ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO PACÍFICO

FIDEL ROJAS VARGAS

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ESTUDIOS CRÍTICOS, INFORMES Y COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Suspensión de la prescripción en los delitos contra la Administración Pública • Prisión preventiva en los delitos contra la Administración Pública • La prueba indiciaria • Delitos de convergencia: colusión ilegal-aprovechamiento indebido de cargo en contrataciones públicas • El delito de peculado de uso

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO
PACÍFICO

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Autor:
© FIDEL ROJAS VARGAS, 2016

Primera edición-junio 2016

Copyright 2016
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Luis Ruiz Martínez
Anyela Aranda Rojas
Georgina Condori Choque
Diego Camasca Borja
José Carrascal Quispe
Ricardo de la Peña Malpartida

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2016
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 7 100 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 11501051600624

ISBN: 978-612-4328-20-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.°: 2016-08157

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

reputación personal, afectación grave a los proyectos profesionales de vida, perjuicios a la imagen política, años de litigios (arbitrarios varios de ellos), zozobra personal y familiar, sensible afectación a la personalidad de los hijos (niños y adolescentes); pero igualmente afectación al estándar de objetividad, que siempre debe proyectar la labor de los fiscales penales en la investigación y acusación de delito.

Se ha optado, en algunos casos que no fueron de dominio público, por preservar el nombre de las personas involucradas o sentenciadas. Se ha respetado, el uso de negritas, y subrayados colocados en palabras, frases o párrafos completos por los operadores oficiales del sistema penal en sus resoluciones, sentencias o dictámenes fiscales. La reproducción del contenido de las audiencias ha merecido correcciones de ortografía y puntuación y mínimos arreglos de composición para su legibilidad y comprensión, que de ningún modo alteran su sentido jurídico, probatorio o de significación.

No existe un orden o secuencia para internarse en la exploración de las historias penales y los enfoques críticos para advertir las distintas argumentaciones, estrategias, aciertos dogmático-conceptuales, valoraciones judiciales, sofismas, errores de interpretación y/o sobredimensionamientos punitivos de los distintos órganos de argumentación (fiscalía, abogado, jueces, etc.). En algunos casos se podrá apreciar que el litigio penal no solo se desarrolla entre abogado y el fiscal sino contra el juez o desde el juez de fallo contra la defensa.

Fidel Rojas Vargas

Lima, junio del 2016

ÍNDICE

CAPÍTULO I
SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. ESTUDIO CRÍTICO 15
1. ¿Suspensión extraordinaria de la prescripción? Un instituto penal sin norma expresa: *Analogía in malam partem*, un tema candente en debate 15
II. DOCUMENTOS 26
1. Ejecutoria suprema que declara inadmisible el recurso de nulidad presentado por el procurador del Congreso de la República 26
2. STC que declara nula la sentencia de vista expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República 36
3. Ejecutoria que confirma la sentencia que condena por el delito de nombramientos ilegales 53
4. Sentencia condenatoria 70

CAPÍTULO II
PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. BREVE COMENTARIO 97
1. La prisión preventiva: el caso del presidente regional Gregorio Santos ... 97
II. DOCUMENTOS 99
1. Requerimiento de prisión preventiva 99
2. Acta de audiencia de prisión preventiva y resolución 155
3. Apelación de prisión preventiva [informe] 190
4. Resolución de la Sala Penal de Apelaciones Nacional 202

CAPÍTULO III
LA PRUEBA INDICIARIA

I. ESTUDIO CRÍTICO 217
1. Cohecho pasivo específico mediante solicitud: forzando el tipo penal para sustentar condena. Indicios y no valoración de contraindicios 217
II. DOCUMENTOS 223
1. Ejecutoria suprema que confirma la sentencia condenatoria 223
2. Recurso de apelación presentado por la defensa [informe] 242
3. Sentencia condenatoria de la Sala Penal Especial de Lima 254
4. Audiencia de alegatos del Ministerio Público y la defensa del acusado ... 289

CAPÍTULO IV
DELITOS DE CONVERGENCIA: COLUSIÓN ILEGAL-APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

I. COLUSIÓN ILEGAL 321
1. Las irregularidades en los procesos de contratación pública y el delito de colusión: relevancia penal o administrativa 321
1.1. Estudio crítico 321
1.2. Documentos 326
1.2.1. Ejecutoria suprema que absuelve de la acusación fiscal 326
1.2.2. Dictamen Fiscal Supremo 350
1.2.3. Sentencia de la Sala de Apelaciones de Lambayeque 358
2. Un irrazonable caso de colusión ilegal: el acuerdo colusorio para contratar un asistente de congresista 418
2.1. Estudio crítico 418
2.2. Documentos 420
2.2.1. Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que declara no haber mérito para juicio oral 420
2.2.2. Dictamen Fiscal Supremo 424
II. EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS 432
1. Estudio crítico sobre la complicidad primaria del *extraneus* en delito de infracción de deber: el caso del ingeniero residente que es favorecido por los miembros del Comité Especial sin que su comportamiento presuponga actos penalmente relevantes por dicho delito 432
2. Documentos 435
2.1. Sentencia absolutoria 435
2.2. Sentencia de vista que declara nula la sentencia 467

2.3. Sentencia absolutoria 478
2.4. Sentencia de vista: nulidad de sentencia 491
2.5. Sentencia condenatoria 508
2.6. Informe de la Contraloría General de la República 560

CAPÍTULO V
EL DELITO DE PECULADO DE USO

I. ESTUDIO CRÍTICO 571
1. Peculado por utilización o peculado de uso: el caso de las apropiaciones y usos insignificantes: objeciones a la Sentencia de conformidad 571
1.1. Justificación del caso 572
1.2. El *factum* atribuido al procesado acusado. 574
1.3. Las incertidumbres de la acusación fiscal: las hojas de papel bond en la lectura del peculado por apropiación, utilización o de peculado de uso 575
1.4. Los ritos iniciales de la audiencia de juzgamiento y los errores jurídicos de la "sentencia conformada" del colegiado superior 578
1.5. La Sala Penal y el debido control de legalidad de la aceptación de cargos, admisión de culpabilidad, pena y reparación civil 580
1.6. Las cautelas en la estimación de la conformidad como modo de concluir el juicio penal 583
1.7. Los fundamentos de la condena por peculado de uso dictada por la sala penal superior 584
1.8. La nulidad interpuesta y oralizada por la defensa del procesado 585
1.9. Los méritos de la ejecutoria suprema: las apropiaciones insignificantes. Los principios de lesividad y última ratio, la desvinculación procesal de las sentencias de condena conformadas .. 587
II. DOCUMENTOS 589
1. Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema 589
2. Dictamen Fiscal Supremo 595
3. Recurso de nulidad planteada por la defensa [informe] 600
4. Sentencia del Colegiado Superior de Huancavelica 604
5. Dictamen Fiscal Superior 613
6. Auto de instrucción 619

CAPÍTULO I
SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. ESTUDIO CRÍTICO

1. ¿Suspensión extraordinaria de la prescripción? Un instituto penal sin norma expresa: *Analogía in malam partem*, un tema candente en debate

La prescripción es un fenómeno jurídico que tiene aplicación en todos los campos del derecho y con especial énfasis en materia penal, en tanto causal que extingue la acción penal y su principal consecuencia jurídica: la pena. Esta causa de extinción del delito es un logro definitivo del derecho penal liberal del siglo XIX, que hace fenecer la función persecutoria del delito y las faltas (prescripción de la acción penal), al igual que la posibilidad de ejecutar la condena dictada por el juez penal (prescripción de la pena), de concurrir específicos determinadores temporales contemplados en la ley penal.

Constituye contenido de la prescripción el transcurso de determinados periodos de tiempo vinculados a las penas máximas fijadas en los tipos delictivos cuyo cumplimiento en régimen ordinario (extremo superior de la pena abstracta) o extraordinario (extremo superior de la pena abstracta más una mitad), sin que el órgano persecutor (Ministerio Público) haya activado acción penal (prescripción ordinaria) o existiendo ya actuaciones fiscales o judiciales, incluso sentencia no ejecutoriada (prescripción extraordinaria) le privan e impiden al Estado poder investigar, procesar o ejecutar la pena ya dictada contra la persona natural sobre quien se presume haya cometido infracción penal. Tiene

así la prescripción de la acción penal una triple función: (i) de advertencia a los órganos estatales a fin que se desempeñen con diligencia y profesionalismo en la persecución y procesamiento del delito, bajo estándares del debido proceso y plazo razonable, con riesgo que de no suceder ello las consecuencias serán las de impedir al Estado el ejercicio del *ius punendi*; (ii) liberatoria, que favorece la situación jurídica del imputado o condenado, al apartarlo de la persecución penal, evitando así abusos y arbitrariedades al haber perdido el órgano persecutor y de justicia penal competencia para ejercer *ius puniendi,* por haber transcurrido los plazos prescriptorios; y (iii) expresiva de la inercia o deficiencias de los órganos del Estado para, en los tiempos fijados en la ley, llevar al agente a una condena firme.

Forma presupuesto de la lógica interna de la prescripción de la acción penal el hecho que —como sostiene Ramón Ragués i Valles— los acontecimientos que forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción (*La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Barcelona, 2004, p. 126). Igualmente da cuenta de su lógica de posicionamiento en el Código Penal la razón pragmática de evitar —como sostiene Iván Meini— el colapso del sistema penal con más casos de los que se puede resolver[1].

El papel que juega el tiempo para dar lugar al cese imperativo de la función persecutoria es explicado, en palabras de Francesco Carrara: "En materia penal, el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto a los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener efecto el mal ejemplo"[2]. Se ha señalado igualmente en favor de la prescriptibilidad de la acción penal que el paso del tiempo no

1 "Sobre la prescripción de la acción penal", en *Temas de derecho penal*, Lima, Ediciones legales, 2012, p. 53.

2 *Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Temis, 1988, parágrafo 576, p. 378.

habiendo delinquido otra vez el agente revela su corrección, arrepentimiento y falta de peligrosidad, al igual que objetivamente se enerva el material probatorio en su contra. El Tribunal Constitucional peruano, al respecto, mediante sentencia de fecha 29 de abril de 2005, Exp. N.º 1805-2005-HC/TC LIMA, considera que la Prescripción desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi* en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma (...). Dicho de otro modo, en una norma fundamental inspirada en el principio *Pro Homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica".

La legislación penal establece que el plazo máximo para que prescriban los delitos castigados con pena privativa de libertad, tanto en vía de persecución penal como en la de cumplimiento de pena son 20 años y 30 años para los supuestos delictivos castigados con pena de cadena perpetua, ello con indiferencia de que en un buen número de delitos las penas de estos sean superiores al quantum máximo de dicho marcador temporal, dado que no se trata de establecer correspondencias, sino de limitar el ejercicio del *ius punendi,* en el entendido que 20 años es un plazo extremadamente alto y severo en el cual el Estado tiene que demostrar diligencia y eficiencia en la persecución del delito. Los delitos merecedores de otras penas tienen un plazo máximo de prescripción de 2 años. Las faltas prescriben de modo general al año (acción penal y pena), excepcionalmente a los dos años de presentarse reincidencia y de forma agravada a los tres años en los supuestos de faltas-lesiones y en las faltas-hurto y daño, conforme determina el artículo 440 del Código Penal.

Los artículos 80, 81 y 83 del Código Penal establecen un sistema detallado y específico de los extremos de la prescripción de la acción penal. Así, comprende: (i) la **prescripción ordinaria**, de inexistir actuaciones fiscales o judiciales contra una persona imputada de delito o falta, la que se construye con el máximo de la pena fijada en el tipo penal especial, que es el tiempo en que prescribe la actividad persecutoria del delito. La prescripción ordinaria se fija delito por delito, pero en términos generales no puede superar el máximo de 20 años, tal y como lo establece el cuarto párrafo del artículo 80 del Código Penal. Término máximo que incluso, rige igualmente para la prescripción extraordinaria, en la cual no es dicho término máximo lo que está en cuestión sino la posibilidad de incrementar en una mitad el plazo de prescripción de los delitos en especie (así, en una estafa, los 6 años de prescripción ordinaria por efecto de la prescripción extraordinaria se incrementan a 9 años); (ii) **la prescripción extraordinaria**, que es la que se presenta cuando, con la terminología utilizada por el primer párrafo del artículo 83 del Código Penal, existen actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales. No queda suficientemente claro, qué haya que entender por "actuaciones del Ministerio Público", con entidad para producir efectos de envergadura capaces de generar el escenario normativo de la interrupción de la prescripción. Son, acaso, estas de carácter general, esto es, cualquier diligencia llevada a cabo por el Fiscal antes de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria, es decir, cuando desempeña actividades puramente administrativas orientadas a preparar la acción penal. O, en rigor, solo pueden estar referidos a aquellas actividades fiscales una vez iniciado el proceso penal. En este punto, el artículo 339.1 del Código Procesal Penal, puede generar un cúmulo de sorpresas a la **interpretación extensiva** que comúnmente suele practicarse al respecto, dado que más allá del error conceptual en que incurre el legislador al confundir interrupción con suspensión, cuando normativiza que la formalización de la investigación penal —es decir el inicio del proceso penal— tiene el efecto de suspender la prescripción, está en la práctica confirmando una interpretación restrictiva de las actuaciones fiscales. Y ello es, formalmente así, por cuanto al poseer la prescripción de la acción penal un tratamiento normativo mixto

(sustantivo y procesal) la interpretación de sus alcances significativos deberá merecer una evaluación también sustantivo-procesal. La **tesis restrictiva del sentido de las actuaciones fiscales**, es decir, entender que la prescripción se torna extraordinaria (por lo tanto se alargan los plazos de prescripción de la acción penal) cuando existe inicio de investigación preparatoria formal o procesamiento penal, esto es, cuando se producen actuaciones fiscales o judiciales que integran el ámbito del proceso penal (con el inicio y continuación de la instrucción, según el lenguaje del Código de Procedimientos Penales, que llega a incluir la sentencia, su impugnación y el curso ulterior del proceso), es una manera de interpretar los alcances de la prescripción extraordinaria y por lo mismo de la ordinaria, técnicamente correcta, y que obliga al Ministerio Público y a los jueces, a actuar sin dilaciones. Interpretación que, sin embargo puede resultar cuestionable desde perspectivas sociales o de alarma social, sobre todos en delitos altamente sensibilizados (delitos de corrupción de funcionarios) o que incluso puede ofrecer resistencias, en el lenguaje fiscal, ante las deficiencias de infraestructura del sistema de justicia penal. En cambio, la drasticidad de las penas establecidas para los denominados delitos que configuran los escenarios de la criminalidad organizada, deja incólume no solo la distinción entre prescripción ordinaria o extraordinaria, sino la necesidad de efectuar interpretación restrictiva que obliga a los fiscales a un uso racional y productivo en el manejo del tiempo de las indagaciones preliminares, las que no pueden ser desnaturalizadas con su excesiva duración. La **perspectiva extensiva** de las actuaciones fiscales —que hace ingresar en ellas las indagaciones preliminares fiscales y policiales—, que permite concluir que con las actuaciones fiscales se abre el escenario de la prescripción extraordinaria, deja en el ámbito de la prescripción ordinaria el solo transcurso del tiempo en absoluta inercia de actos fiscales. Asunto bastante debatible y que la Sentencia de Casación N.º 347-2011 LIMA, del 14 de mayo de 2013, de la Sala Penal Permanente no logra justificar suficientemente en lo jurídico y dogmático.

La prescripción extraordinaria tiene la característica, conforme al modelo peruano, de determinar que el plazo máximo de prescripción

del delito se vea incrementado en una mitad que se agrega al tiempo máximo de la pena conminada para el delito en específico. El Acuerdo Plenario N.º 9-2007 ha interpretado —vía jurisprudencia vinculante— que en el marco de la prescripción extraordinaria el plazo máximo para que opere la prescripción será de 30 años y cuando la pena sea de cadena perpetua dicho plazo extraordinario se incrementa hasta los 45 años. Llama la atención esta forma anómala de "completar" la norma sustantiva, mediante progresiones aritméticas no positivizadas actuando la Corte Suprema como legislador impropio y a modo de intérprete que agrava la situación jurídica del agente; (iii) la **prescripción agravada**, que se produce cuando el funcionario o servidor público comete delito contra el patrimonio público, y cuyo efecto es duplicar el plazo de prescripción del delito (así, si el peculado tiene pena máxima de 12 años, la duplicación de la prescripción será 24 años limitado por el plazo máximo de 20 años). La jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema en este punto ha sido enfática en señalar que para que opere dicha agravación debe afectarse efectivamente el patrimonio público, debiendo existir una vinculación directa de los funcionarios o servidores públicos con dicho patrimonio (Acuerdo Plenario N.º 1-2010); igualmente, que dicha prescripción no alcanza a los *extraneus* partícipes y cómplices *(*Acuerdo Plenario N.º 2-Pleno 2011*)*. Asimismo es oportuno considerar que esta prescripción no está pensada legislativamente para los delitos contra la Administración de justicia (incluso conexos con los de manejo de fondos púbicos) ni se produce en todos los casos de los delitos funcionales contra la Administración pública, menos aún en el marco de los delitos cometidos por particulares contra la Administración pública o en aquellos delitos comunes que llegan a lesionar el patrimonio público (así, en las estafas o falsificaciones, con prescindencia que sea funcionario o particular quien las cometa). La prescripción agravada, tiene así un círculo restringido de aplicaciones en el cual el sujeto especial se halla vinculado con el bien jurídico "patrimonio público" (peculado, colusión agravada) por especiales posiciones de garante específico de naturaleza institucional; (iv) la **prescripción privilegiada**, por la cual se reducen

los plazos prescriptorios a la mitad de tener el agente al momento de la comisión del hecho punible menos de 21 y más de 65 años[3].

La norma penal peruana carece —a diferencia de otras legislaciones (Alemania, España)[4]— de norma específica para regular la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio y de lesa humanidad. Rige en este punto la normativa internacional aprobada y ratificada por el Perú (Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, Estatuto de Roma).

La **interrupción y la suspensión** son dos instituciones jurídicas que afectan sensiblemente el plazo de prescripción de la acción penal del delito en especie. Las diferencias entre ambos conceptos no siempre han sido delimitadas con el rigor y de modo suficiente por la doctrina, confundiéndose en algunos casos en un solo concepto en algunos códigos penales. Confusión que se aprecia por igual en la regulación administrativa general y en los estatutos disciplinarios de las reparticiones públicas. Sin embargo, queda, en términos generales, establecido que la interrupción se produce con las actuaciones del fiscal o el juez, esto es, cuando existe ya en curso un ámbito de persecución efectiva del delito lo que lo aleja del horizonte conceptual de la prescripción ordinaria y lo ubica en el contexto de la prescripción extraordinaria. Los efectos de la interrupción de la prescripción de la acción penal, radican en que abre un nuevo cómputo del plazo de prescripción, dejando sin efecto el plazo ganado con la prescripción ordinaria, es decir, cuando no existían las aludidas actuaciones fiscales. Sin embargo esta apertura puede tornarse irrazonable cuando las actuaciones se alargan afectando el plazo razonable, fundamento por el cual el propio artículo que regula dicha institución cierra la indeterminación al asertivizar que "la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa

3 Una exposición de los fundamentos de la reducción de los plazos de prescripción en función de la edad, véase en Raúl Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Idemsa, 2013, t. II, pp. 588-590.

4 El Código Penal de este país [...], así como el delito de terrorismo que haya causado la muerte. Véase el art. 131.4.

en una mitad al plazo ordinario de prescripción", con lo que da por concluido probables interpretaciones en perjuicio del imputado.

La **suspensión**, en cambio se produce cuando obstáculos —por lo general extrapenales— condicionan el comienzo o la continuación del proceso penal. La norma penal 84 se refiere a "cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento". El efecto de la suspensión de la prescripción de la acción penal es detener el curso de la prescripción hasta que el procedimiento extrapenal concluya, lo que implica que no se pierde el plazo ganado, en el supuesto que el proceso penal (investigación preparatoria o fases ulteriores) haya comenzado. La frase "cuestiones que deban resolverse en otro procedimiento" hace alusión a un conjunto de actos tales como el antejuicio constitucional y el desafuero parlamentario, cuestiones previas diversas, cuestiones prejudiciales, la existencia de un recurso de queja excepcional (que impide el cumplimiento de lo judicialmente decidido o su archivo), entre otras.

Cabe aquí redundar en el siguiente sentido: la interrupción de la acción penal regulada en el artículo 83 del Código Penal, en el marco de la prescripción, tiene una regulación propia y expresa acerca de sus contenidos y alcances. En efecto, la redacción legislativa establece, en relación a sus alcances, un plazo extraordinario cuando ha transcurrido el plazo máximo de pena (prescripción ordinaria de la acción) más una mitad del mismo, situación que la norma penal de Parte General expresamente positiviza en el párrafo final del artículo 83. No sucede lo mismo con la suspensión de la prescripción, la que solo se halla regulada con base a su expresión legislativa ordinaria, esto es, la norma penal general no ha regulado una suspensión extraordinaria de la prescripción de la acción. Este cuadro distinto de tratamiento normativo, sin embargo encuentra cierta explicación en el hecho que las causas que generan suspensión de la prescripción de la acción son abiertas, dado que es cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento distinto al del proceso penal (principal), incluso conforme a interpretación extensiva, antes de que este se inicie propiamente (suspensión de origen), por lo tanto su lógica de regulación

no puede ser igual al de la interrupción que opera con causas internas inherentes al proceso penal. Dejado sentado dicho presupuesto, sin embargo surge de inmediato la siguiente interrogante ¿Puede el juzgador en dicho contexto de regulaciones normativas diferentes crear a su discreción un plazo extraordinario de suspensión de la acción penal?. Una primera respuesta es la de que si el Código Penal no ha regulado la institución de la suspensión extraordinaria, no podría en este punto el juez darla por constituida con base a interpretaciones analógicas negativas o presunciones de contexto perjudiciales a los intereses del imputado (porque si está contemplado para la interrupción debería estarlo también en la suspensión). Interpretación que además de afectar criterios de corrección del razonamiento jurídico lesionaría el principio de legalidad de la ley penal. Un respuesta distinta es aquella que se sustenta en ámbitos de protección de la norma penal, en tanto que no puede propiciarse ámbitos de impunidad tratando la suspensión de la prescripción de la acción penal con base a los parámetros ordinarios de la interrupción, por deficiencia de la ley penal, debiendo estar el juez en el deber de aplicar un razonamiento integrativo que defienda intereses prevalentes a los individuales, esto es en función a los fines del derecho penal actual, con más razón si observamos el auge de los delitos violentos y de la criminalidad organizada. Como es fácil observar los guiones de la polémica se hallan sentados, ante los cuales los jueces fijarán posición, pese a las reticencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema para tratar el tema con rigor, intensidad y profundidad.

Resulta importante destacar que el artículo 84 del Código Penal regula la suspensión tomando como referente el proceso penal y no las indagaciones preliminares, igualmente enfatizar que el obstáculo o cuestión requiere de otro procedimiento, no de una opinión o informe decididos por fuera de la noción de procedimiento. De otro lado, considerar que la prescripción quede en suspenso, reporta dar por válido y existente un momento anterior de curso prescriptorio, dado que ello no implica que empiece a correr un nuevo plazo de prescripción, como sucede con la interrupción.

Un manejo jurídico conceptual anómalo se ha producido en el artículo 339 numeral 1 del Código Procesal Penal que alude a la suspensión de la prescripción como efecto de la formalización de la investigación, esto es, una actuación fiscal que, en rigor, y en la lógica del nuevo Código Procesal Penal da cuenta de la interrupción de la prescripción ha sido categorizado como entidad propia de la suspensión. Al respecto el Acuerdo Plenario N.º 1-2010, ofrece en su interpretación razones no convincentes a los efectos de dotarle de corrección y razonabilidad, a dicho dispositivo receptado irreflexiblemente de la legislación procesal penal comparada.

El artículo 91 del Código Penal regula la renuncia a la prescripción de la acción penal. Cuestión de honor que puede hacer valer, bajo su discreción, el procesado quien busca que se declare su inocencia lo que habilita al juez penal a pronunciarse, bajos estándares de corrección material y suficiente material probatorio, por la inocencia o condena. Asunto por lo visto de opinable naturaleza dada la cuestionada, en términos generales, calidad de la justicia peruana, la que sin embargo en determinados casos llega a exhibir altos estándares.

La jurisprudencia vinculante que ha establecido la Corte Suprema en materia de prescripción es particularmente abundante. Así, los Acuerdos Plenarios: N.º 6-2007 referidos a la queja excepcional interpuesta en tanto factor de suspensión de la prescripción; N.º 9-2007, que analiza y fija posición sobre el máximo temporal de los plazos de prescripción en el sistema ordinario y extraordinario (artículos 80 y 83 del Código Penal); N.º 8-2009, centrado en establecer líneas de interpretación de los artículos 46-A y 49 desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal; N.º 1-2010, acuerdo plenario que analiza la prescripción agravada, la prescripción extraordinaria y sus efectos en faltas objeto de reincidencia, así como analiza y trata de normalizar el contenido significativo (en su interpretación) del artículo 339 del Código Procesal Penal; y el acuerdo plenario N.º 2-2011, que retoma el estudio de la prescripción agravada ahora desde la perspectiva de los *extraneus* partícipes y cómplices que dan aportes en los delitos funcionales que lesionan el patrimonio público.

El caso de la excongresista Elsa Canchaya trajo a luz el debate sobre los alcances y límites de los componentes normativos del delito de nombramientos ilegales (artículo 381 del Código Penal), al igual que sobre la posibilidad de construir judicialmente la suspensión extraordinaria de la prescripción de la acción penal. El caso fue especialmente importante por el interés mediático que la precedió y acompañó, como principalmente por el debate producido en las esferas judiciales que trascendió incluso al Tribunal Constitucional el que estableció una línea interpretativa correctiva sobre tópicos resueltos en el fuero judicial. Elsa Canchaya Sánchez, también fue objeto de una forzada imputación delictiva y sintió en carne propia los efectos de la instrumentalización del sistema penal. Finalmente su caso fue decidido vía prescripción de la acción penal, tras una dura, esforzada e intensa defensa.

Los cargos contra la excongresista de la República radicaron en que ella incurrió en el delito de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, por haber nombrado a --- como asesora dos, nivel SP seis de su despacho, a sabiendas que esta no cumplía con los requisitos exigidos, contraviniendo así la normativa administrativa del Congreso de la República. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante resolución de fecha 7 de octubre de 2009 interpretando extensivamente la frase integradora de los elementos normativos "hacer nombramiento para cargo público", registrado en el artículo 381 del CP, condenó a Elsa Canchaya como autora del delito de nombramientos ilegales, al considerar que la contratación de personal de confianza por parte de dicha excongresista significaba también un nombramiento ilegal. Era evidente que la Sala Suprema actuó aquí urgido por circunstancias nada dogmático-jurídicas, alejadas del rigor material y si de una pretendida defensa social jalonada por la presión de los medios de comunicación social, con lo que afectó su prestigio al optar por una interpretación analógica (no permitida por el principio de legalidad) de los alcances comprensivos del elemento normativo "nombramiento".

II. DOCUMENTOS

1. Ejecutoria suprema que declara inadmisible el recurso de nulidad presentado por el procurador del Congreso de la República

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 2304-2014
LIMA

Lima, diecisiete de marzo de dos mil quince

Sumilla. El recurso de nulidad en sede suprema no es admisible como medio de impugnación de un proceso sumario, conforme lo estipula el Decreto Legislativo 124. El sistema de recursos de impugnación se rige por el principio de legalidad, y al no existir una excepción estipulada en la normatividad vigente se debe declarar inadmisible el recurso interpuesto por el Procurador Público.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Adjunto del Poder Legislativo contra la sentencia de vista emitida por la Sala Penal Especial de fojas seis mil seiscientos diecisiete, del veintidós de mayo de dos mil catorce, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve, del siete de octubre de dos mil nueve, que condenó a Elsa Victoria Canchaya Sánchez, por delito de nombramiento y aceptación indebida de cargo público en agravio del Estado (artículo 381° del Código Penal) a ciento veinte días multa e inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, declaró fundada la excepción de prescripción deducida por dicha encausada mediante escrito de fojas cinco mil setecientos

sesenta y nueve, del ocho de marzo de dos mil diez, presentado en sede de apelación.

OÍDO el informe oral.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero. Que, antes de analizar la viabilidad del recurso y, en su caso, los agravios de la Procuraduría Pública, es menester precisar el itinerario de la presente causa:

A. Según los cargos objeto de acusación fiscal de fojas tres mil novecientos ochenta y seis, el delito se habría perpetrado el día tres de enero de dos mil siete, fecha en que la encausada Canchaya Sánchez, como Congresista de la República, remitió al Director de Recursos Humanos del Congreso de la República, el memorando número cero cincuenta guión dos mil siete guión EVCS diagonal CR, por el cual comunicó el ingreso como Asesora II de su despacho congresal de la señora Jacqueline Mary Simón Vicente, en reemplazo de otro funcionario, pese a que aquella no contaba con los requisitos exigidos por las disposiciones normativas contenidas en tres Acuerdos de Mesa Directiva del Congreso; dos del año mil novecientos noventa y nueve y el último del año dos mil tres.

B. El veinticuatro de abril de dos mil siete el Procurador Público, ante noticias periodísticas, interpuso denuncia constitucional contra la referida encausada, con lo que se inició el procedimiento de acusación constitucional. Este culminó con la expedición de la Resolución Legislativa número cero cero cuatro guión dos mil seis, publicada el ocho de junio de dos mil siete, que dio lugar a la formación de causa penal contra la referida encausada por los delitos de estafa, de falsedad genérica y de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público.

C. La denuncia formalizada del Fiscal de la Nación se formuló a fojas mil doscientos treinta y ocho, del día quince de junio de dos mil siete: y se abrió instrucción por el señor Juez Instructor Especial

de la Corte Suprema el día veintiuno de junio de dos mil siete, por auto corriente a fojas mil doscientos cuarenta y seis.

D. Seguido el trámite sumario de la causa, previa acusación fiscal, con fecha siete de octubre de dos mil nueve se emitió sentencia condenatoria por delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público [fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve].

E. Impugnada la indicada sentencia, en sede de apelación, la referida encausada dedujo excepción de prescripción de la acción penal el ocho de marzo de dos mil diez [escrito de fojas cinco mil setecientos sesenta y nueve].

F. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema por sentencia de fojas cinco mil ochocientos cuarenta y ocho, del cuatro de mayo de dos mil diez, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia y declaró infundada la excepción de prescripción.

G. Denegado el recurso de nulidad e interpuesto el recurso de queja excepcional con fecha veintiuno de mayo de dos mil diez [fojas cinco mil ochocientos noventa y cuatro], la Sala Penal de esta Corte Suprema declaró infundado dicha queja por Ejecutoria de fojas seis mil doscientos setenta y ocho, del doce de septiembre de dos mil once.

H. La encausada Canchaya Sánchez inició un proceso constitucional de Habeas Corpus el día catorce de marzo de dos mil doce, el cual finalmente fue decidido por el Tribunal Constitucional por sentencia número tres mil ciento dieciséis guión dos mil doce guión PHC diagonal TC, del cuatro de septiembre de dos mil trece, de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y cinco, que declarando fundada dicha demanda —por falta de motivación— anuló la sentencia de vista de la Sala Penal Especial en cuanto declaró infundada la excepción de prescripción, a fin de que se dicte otra decisión. Esta sentencia constitucional fue notificada a la Sala Penal Especial el diecinueve de marzo de dos mil catorce [fojas seis mil quinientos veinte].

I. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema por decisión del veintidós de mayo de dos mil catorce, de fojas seis mil seiscientos diecisiete, revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, declaró fundada la excepción de prescripción; decisión que es materia del presente recurso de nulidad por parte del Procurador Público.

Segundo. Que, con carácter previo al análisis de mérito, en tanto se trata del cumplimiento de los presupuestos procesales del recurso de nulidad, es menester revisar si se cumplen en el presente caso.

El artículo 292° del Código de Procedimientos Penales establece los presupuestos que determinan la admisión del recurso de nulidad. El literal c) de dicha norma estipula que cabe recurso de nulidad contra "los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia". Empero, esa norma se ha de concordar con lo dispuesto en el artículo 9o, primer párrafo, del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro estipula que "el recurso de nulidad es improcedente en los casos sujetos al procedimiento sumario regulado en el presente Decreto Legislativo".

La última norma citada es concluyente, pues cierra toda posibilidad de impugnación en nulidad de los procesos sumarios, como lo es el presente caso en que se siguió por delito de nombramiento ilegal, y en el cual medió una sentencia de primera instancia y una decisión del Tribunal Superior.

Tercero. Que el recurso de nulidad, como es evidente, está radicado para el proceso ordinario y otros procesos especiales. Si bien el literal c), a diferencia de los literales anteriores, no precisa la expresión: 'procesos ordinarios', ello no significa que incidencias generadas en segunda instancia en un proceso sumario pueden, por esa vía, llegar a la Corte Suprema, pues se desnaturalizaría la terminante prohibición de la Ley específica para estos procesos.

Lo esencial, respecto del derecho al recurso, es que una causa pueda ser examinada por dos órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía en el sistema orgánico de estructuración del Poder Judicial. En el presente

caso ese doble examen se cumplió, más allá que, por expresa autorización legal, se planteó una excepción directamente ante el órgano judicial de apelación. Resolver ese planteamiento incidental no importa una primera decisión de dicho órgano, pues asumió el conjunto de la causa bajo su conocimiento.

Dadas las reglas específicas del proceso sumario, una excepción al terminante dispositivo de negación del recurso de nulidad, con arreglo al principio de legalidad procesal penal, debió estipularse específicamente en esa normatividad.

Por lo demás, la norma que prevé el recurso de queja excepcional: artículo 297° del Código de Procedimientos Penales prevé la viabilidad del recurso antes mencionado respecto de sentencias y autos equivalentes: que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia. Ello supone que el recurso de nulidad, desde la perspectiva del artículo 292° del Código de Procedimientos Penales, no puede ser admitido. Siendo así, el concesorio del recurso de nulidad es nulo —nulidad insubsanable— e inadmisible el referido recurso.

Cuarto. Que, no obstante que no cabe un pronunciamiento de mérito destinado a absolver los puntos impugnativos de la Procuraduría Pública del Poder Legislativo, dada la especial trascendencia del caso y por los argumentos consignados por la Sala Penal Especial, el Tribunal Constitucional y el Procurador Público, es del caso fijar algunos criterios jurisprudenciales sobre el particular.

El desarrollo dogmático que a continuación se hará solo tiene una dimensión general y, desde luego, no afecta la decisión ya asumida.

Quinto. Que, a la luz del recurso formalizado de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco del Procurador Público, se tiene que se alegó que el delito de nombramiento ilegal es de carácter permanente —pues indicó que el inicio del plazo de la prescripción debe computarse desde que el nombramiento cuestionado cesó y se nombró a otra persona—, y además que en el presente caso, como la encausada era Congresista cuando cometió el hecho delictivo atribuido y esta se vinculaba con su función, debió duplicarse el plazo de prescripción.

Sexto. Que, ahora bien, el tipo legal de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso. Condición determinante para un nombramiento, según las disposiciones parlamentarias, era la propuesta de un Congresista a la Administración del Congreso, cuyo órgano competente, sobre esa base, emitió la resolución correspondiente. Ello ocurrió el tres de enero de dos mil siete, tal como ya se anotó y lo acepta el propio Procurador Público.

Siendo, pues, un delito instantáneo y de resultado [Conforme: Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la Administración pública, 4.º Edición, Grijley, Lima, agosto 2007, página 332], el *Dies a Quo*, como regla general y en principio, sería el tres de enero de dos mil siete. No es relevante, a estos efectos de la consumación, la fecha de terminación del nombramiento ilegal, pues no se trata de un delito permanente. El tipo legal destaca el hecho del nombramiento como verbo rector, que a su vez consolida el daño al bien jurídico tutelado por la ley.

Séptimo. Que, de otro lado, la afectación al patrimonio del Estado está en función al tipo legal vulnerado. Se requiere que se tutele el patrimonio público para poder estimar que el funcionario público, por actos de su función, está sometido a un término de prescripción distinto al común: el doble del plazo respectivo (artículo 80° in fine del Código Penal). Así consta del Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez diagonal CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez.

El tipo legal de nombramiento ilegal no es un delito que afecte el patrimonio del Estado. Este ilícito penal busca proteger la expectativa normativa referida a la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo, de forma específica, el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a las pautas para el nombramiento y aceptación de cargos públicos. El agente público, en este delito, no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales de la Administración. Solo se castiga a quien, extralimitándose en sus funciones, abusa de su poder para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado en dicho delito es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la Administración pública de irregularidad en el ingreso a la función pública [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra la Administración pública, Grijley, Lima, 2009, página 211]. Cabe destacar que, como delito de resultado, se requiere además de la propia ilegalidad del nombramiento, que esta se refiera a contradicciones patentes del ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcionarial del cargo y en violación del principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública [Abanto Vásquez, Manuel: Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Palestra. Lima, 2003, página 270].

Por consiguiente, no es posible la dúplica del término de prescripción de la acción penal.

Octavo. Que, de otro lado, y orden a los problemas jurídicos que tiene la causa, es del caso considerar jurídicamente, primero, la aplicación del artículo 84° del Código Penal, referido a la suspensión de la prescripción de la acción penal (procedimiento parlamentario de acusación constitucional); y, segundo, si debe contarse el tiempo transcurrido luego de precluir el proceso declarativo de condena, con la especial circunstancia de la incoación de un proceso de Habeas Corpus, que finalmente dispuso se reabra la causa para expedir una nueva decisión de segunda instancia.

Queda claro, por lo demás, que el delito objeto del proceso penal está previsto y sancionado en el artículo 381° del Código Penal, con la pena de mulla. En este caso el plazo ordinario de prescripción es de dos años, conforme al artículo 80°, cuarto párrafo, del Código Penal: y, el plazo extraordinario, por imperio del artículo 83°, sería de tres años, que es lo que rige en el sub lite.

Noveno. Que se discute si, a los efectos de la suspensión del plazo, solo debe computarse el tiempo de inicio y culminación del procedimiento parlamentario de acusación constitucional o, por el contrario, si la suspensión se cuenta desde la fecha de comisión del delito hasta la culminación del procedimiento de acusación constitucional.

El artículo 84° del Código Penal estipula que "si el comienzo [...] del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. [...]". Es evidente que, en el presente caso, tratándose de la atribución un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, no podía iniciarse un proceso penal hasta la decisión del Congreso de la República. Se está ante un impedimento procesal para la persecución del delito de carácter absoluto y tal posibilidad corta de plano el inicio de actividad procesal válida en orden a la investigación y el enjuiciamiento por el delito. La aludida configuración normativa, en estos casos, hace prevalecer la acción persecutoria y la condena como fundamento de la suspensión en casos de acusación constitucional e inmunidad de los Congresistas, lo que importa asumir, respecto del artículo 84° del Código Penal, el fundamento procesal de la prescripción sin desestimar el fundamento de mayor calado, que es el material y que, en este caso, concurren razonablemente.

La concepción que se asume, de la suspensión de origen del término de prescripción, no solo se basa en un entendimiento gramatical de la norma ordinaria específica —esta menciona el comienzo del proceso penal y, por ello, por su lógica excepcional, torna inaplicable la regla general del inicio del plazo la fecha de comisión del delito—, sino que, concurrentemente —desde una perspectiva general de la institución—, se incardina en la naturaleza jurídica de la institución de la prescripción en orden al transcurso del tiempo; esto es, en su fundamento material, de procedencia por falta de necesidad de pena [MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal - Parte General, 6º Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008. página 759].

Tratándose de delitos cometidos por Altos Funcionarios con abuso o desviación de poder el sentimiento de alarma social que en su día puede producir un delito de esa magnitud no cesa mientras el Congreso no decida la suerte del Congresista y la justicia pueda pronunciarse. Alzado el obstáculo procesal que representa la acusación constitucional, recién puede iniciarse el cómputo de la prescripción, pues de otra forma se alentaría la impunidad de autoridades públicas con mayor capacidad de afectar bienes jurídicos de especial importancia; y, de ese modo, se desnaturalizaría el fundamento material de la prescripción.

Por tanto, el *dies a quo*, corresponde al ocho de junio de dos mil siete, cuando se publicó la Resolución Legislativa que declaró la formación de causa contra la encausada.

Décimo. Que culminado el proceso penal declarativo de condena con la sentencia de vista —por tratarse de un proceso sumario— se dio la especial circunstancia de un proceso constitucional de Habeas Corpus, en el que el Tribunal Constitucional decidió la reapertura del proceso de declaración. Esos tiempos, desde que se dictó la sentencia de vista —anulada posteriormente— hasta la notificación de la sentencia constitucional, desde luego no pueden computarse.

Se ha de entender que el término de prescripción durante ese lapso estaba suspendido —la justicia penal ya no actuaba por estimar que solo procedía la ejecución de la condena impuesta: el proceso penal de ejecución—. No cabe entenderlo de otra manera, pues ello implicaría que como consecuencia de un proceso excepcional y autónomo, de protección de la libertad, la posibilidad de prescripción y la consiguiente impunidad —de ampararse la demanda— quedarían afirmadas, lo que va en contradicción con el fundamento material de la prescripción.

En igual sentido no cabe computar el tiempo transcurrido durante la tramitación del recurso de queja excepcional, pues tiene un carácter no suspensivo de las actuaciones de ejecución procesal y esta fue desestimada por el Tribunal Especial. Su carácter excepcional permite una interpretación como la presente, al punto que incluso de haberse amparado dicha queja, la tramitación de la misma suspendería el plazo de prescripción, como ha quedado establecido en el Acuerdo Plenario número seis guión dos mil siete diagonal CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Décimo primero. Que, en suma, cuando se presentan las circunstancias arriba expuestas, el cómputo de los plazos sería de la siguiente forma:

A. El cómputo del término de prescripción se inicia en la fecha de publicación de la Resolución Legislativa que declara haber lugar a la formación de causa, y se suspende en la fecha de emisión de la sentencia de vista.

B. El cómputo se reinicia a partir de la fecha de comunicación a la Sala Penal Especial de la sentencia del Tribunal Constitucional hasta la fecha en que se absuelve el grado por dicho órgano jurisdiccional ordinario.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal: declararon **NULO** el auto concesorio del recurso de nulidad de fojas seis mil seiscientos cuarenta y seis, del once de agosto de dos mil catorce; e **INADMISIBLE** el recurso de nulidad de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco; en el proceso penal que se siguió a Elsa Victoria Canchaya Sánchez por delito de nombramiento y aceptación indebida de cargo público en agravio del Estado. **DISPUSIERON** se remita la causa a la Sala Penal Especial para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Intervienen los señores jueces supremos Duberli Rodríguez Tineo, José Antonio Neyra Flores y David Enrique Loli Bonilla por licencia e impedimento de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga, Jorge Luis Salas Arenas y Hugo Príncipe Trujillo, respectivamente.

s.s.

SAN MARTIN CASTRO
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

2. STC que declara nula la sentencia de vista expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República

EXP N.º 03116-2012-PHC/TC
LIMA
Elsa Canchaya Sánchez

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia solo es suscrita por los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, acompañada del voto singular del magistrado Urviola Hani, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N.º 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de setiembre de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Urviola Hani que se agrega, y el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Elsa Victoria Canchaya Sánchez contra la resolución expedida por la Cuarta Sala

Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 541, su fecha 9 de mayo de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha**14 de marzo de 2012,** la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Santa María Morillo, y el Juez Penal de la Suprema Corte, señor Zevallos Soto, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009, que la condenó como autora del delito de nombramiento indebido de cargo público, imponiéndole una pena de multa de 120 días, inhabilitación por tres años y el pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil; y su confirmatoria de fecha 4 de mayo de 2010, que además declaró infundada su excepción de prescripción y corrigió la fecha para el cómputo de la pena de inhabilitación, por considerarlas atentatorias de sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y del principio de legalidad penal.

Revisados los argumentos expuestos en la demanda, estos pueden quedar resumidos del siguiente modo **a)** en primer lugar, la actora cuestiona que el proceso penal instaurado en su contra (Exp N.º 07-2007) lo haya sido por un hecho que no se subsume en el tipo penal imputado (delito de nombramiento o aceptación ilegal, ex artículo 381° del Código Penal), dada la incapacidad del agente en el acto de nombramiento; en ese sentido, discrepando de la tesis adoptada por las emplazadas, sostiene que un congresista no tiene la competencia para "nombrar" a personal de confianza, sino solo de "proponer" dicho nombramiento ante la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República, que es como debe entenderse el Memorando N.º 050-2007-EVCS/CR, lo que pone en evidencia la afectación del principio de legalidad penal; **b)** por otro lado, la recurrente enfatiza que, en un caso sustancialmente igual al de autos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia declaró fundada la excepción de naturaleza de acción interpuesta por

otra congresista (A. V. 03-2005- DI, Resolución de fecha 25 de marzo de 2009), precisamente porque esta no tenía la función específica de realizar nombramientos o contrataciones de personal, lo que estima congruente con lo decidido por el propio Congreso de la República en el caso de otros dos parlamentarios; todo lo cual vulnera, a su juicio, el principio de igualdad ante la ley; y **c)** finalmente, la actora sostiene que la Resolución de fecha 4 de mayo de 2010 ha sido expedida con manifiesta vulneración del plazo prescriptorio, toda vez que la Sala demandada ha considerado que la inmunidad parlamentaria impide que el término prescriptorio se inicie desde el momento de la consumación del delito; cuando, en realidad, dicho término se rige por las reglas generales atendiendo a si el delito es instantáneo o continuado (criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en las SSTC N.º 05068-2006- HC, 04118-2004-HC y 05291-2005-HC, y avalado por la propia Corte Suprema en el Exp. N.º. AB.27-2003); en ese sentido, razona que, en su caso, si el plazo extraordinario de la prescripción venció el 3 de enero de 2010, a lo que deben agregarse los 44 días en que esta estuvo suspendida (desde el momento de la acusación constitucional hasta la publicación de la resolución legislativa autoritativa en el diario El Peruano), entonces el plazo de prescripción venció indefectiblemente el 17 de febrero de 2010, resultando a las claras que cuando la sentencia de fecha 4 de mayo de 2010 fue expedida, la acción penal ya había prescrito.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 15 de marzo de 2012, rechazó liminarmente de la demanda, por considerar que no estaba acreditada en autos la conexidad con la libertad personal del favorecido. La Sala revisora, a su turno, con fecha 9 de mayo de 2012, confirmó la apelada siguiendo a tal efecto el mismo razonamiento,

Asimismo, en su recurso de agravio constitucional, de fecha 28 de junio de 2012, la recurrente se reafirmó en los argumentos expuestos en su demanda.

Finalmente, cabe señalar que, con fecha 13 de julio de 2012, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersonó al proceso de hábeas corpus de autos y delegó su representación procesal.

FUNDAMENTOS

1. Es de verse de autos que con fecha 14 de marzo de 2012 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009 y su confirmatoria de fecha 4 de mayo de 2010, puesto que con la emisión de las referidas resoluciones se estarían vulnerando sus derechos fundamentales con relevancia sobre todo en la figura de la prescripción, del principio de legalidad penal, debido proceso y de igualdad ante la ley, por lo que solicita que reponiéndose las cosas al estado anterior a la vulneración de sus derechos fundamentales, se retrotraiga el referido proceso penal hasta el momento en que la Sala Suprema dicte nueva resolución en la que se respete sus derechos fundamentales.

   Refiere que mediante memorándum N.º 050-2007- EVCS/CR del 3 de enero de 2007, en su calidad de congresista, designó a Jacqueline Simón Vicente como asesora II de su despacho congresal, pese a que no contaba con los requisitos exigidos. Sostiene que el comportamiento ilícito materia de juzgamiento se encuentra subsumido en el artículo 381° del Código Penal (nombramiento indebido de cargo público), que es sancionado con sesenta a ciento veinte días multa, y con pena de inhabilitación según el artículo 426 del Código Penal, por lo que el plazo de prescripción ordinario de la acción penal sería de dos años y el extraordinario de tres años.

2. El objeto del proceso constitucional está dirigido a que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009 y su confirmatoria de fecha 4 de mayo de 2010, puesto que considera que se le están afectando su derecho al debido proceso, el principio de legalidad penal y el derecho de igualdad además de haber operado la prescripción.

Cuestión previa

3. Respecto a la figura jurídica del rechazo liminar este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el caso *Víctor Esteban Camarena* [STC 06218-2007-PHC/TC, fundamento 12] que cabe el rechazo liminar de una demanda de hábeas corpus cuando: **i)** los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 del C.P. Const.), entre otros supuestos.

   Cabe enfatizar que los aludidos supuestos se presenta ante la configuración manifiesta de una causal de improcedencia específicamente descrita en la norma que hace viable el rechazo de una demanda de hábeas corpus que se encuentra condenada al fracaso y que, a su vez, restringe la atención oportuna de otras demandas que merecen un pronunciamiento urgente por el fondo.

4. Tenemos de autos que la demanda ha sido rechazada liminarmente, sin embargo cabe expresar que las resoluciones materia de cuestionamiento inciden con el derecho a la libertad, puesto que si bien en el caso de autos a la recurrente no se le impuso una pena efectiva de restricción de su libertad, fue condenada con pena de multa de ciento veinte días, e inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil; y si bien la condena limitó sus derechos en menor grado, lo concreto es que existe una limitación, razón por la que sería ilegítimo expresar que como no está privada de su libertad la condena no le afecta Por ende este Tribunal considera que en el caso de autos se debe ingresar a evaluar el fondo de la controversia a efectos de verificar la validez de las resoluciones judiciales cuestionadas.

El antejuicio político y su relación con el ejercicio de la acción penal

5. Sobre el particular este Tribunal ha precisado que el antejuicio político constituye una prerrogativa o privilegio de los altos funcionarios citados en el referido artículo 99° de la Constitución, que consiste en que no pueden ser procesados —*válidamente*— por la

jurisdicción penal ordinaria por la comisión de un delito si antes no han sido sometidos a un procedimiento político constitucional ante el Congreso de la República en el que se haya determinado la verosimilitud de los hechos materia de acusación y que estos se subsuman en uno o más tipos penales de orden funcional (Exp. N.º 0006-2003- AI/TC, fundamento 3). Sobre esta base, se concluye que es el Congreso el órgano constitucional encargado —a través de un procedimiento establecido— de *dejar sin efecto* el privilegio del alto funcionario y de ponerlo a disposición de la jurisdicción penal ordinaria mediante una resolución acusatoria, acto a partir del cual se puede formalizar denuncia penal y dar inicio al proceso penal.

Sobre la prescripción de la acción penal

6. El Tribunal Constitucional en anterior oportunidad [Cfr. Exp. N.º 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte], ha precisado que la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi,* bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro hómine* la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

   Así la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la

seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

7. La prescripción de la acción penal está normada en el artículo 80° y siguientes del Código Penal, y mediante ella se ha establecido que el comienzo del cómputo de dicho plazo se encuentra regulado en el artículo 82° del Código Penal, estableciéndose diferencias respecto al tipo de delito de que se trate. Así, los plazos de prescripción de la acción penal comenzarán a computarse:
   a) En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.
   b) En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.
   c) En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa.
   d) En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.
8. Asimismo existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando.
9. La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84° del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción regulada en el artículo 83° del Código Penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que "[si] el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". En tal sentido puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales; se puede considerar también la prerrogativa del antejuicio (STC N.º 4118-2004-HC/TC).

10. Asimismo la prescripción de la acción según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario En cuanto al plazo ordinario de prescripción, regulado en el artículo 80° del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Y en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismo sostenidos por esta, el plazo de prescripción se duplica.
11. En cuanto al plazo extraordinario de prescripción, este será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción, según lo establece el artículo 83° del Código Penal, y es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad.

Antejuicio político y prescripción

12. Si bien este Colegiado ha señalado que la prescripción constituye un límite a la acción punitiva del Estado, también ha establecido que el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal. En efecto, de acuerdo con el artículo 84° del Código Penal "[si] el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido".
13. En tal sentido es evidente que el plazo de prescripción puede ser suspendido cuando es necesario que se resuelva alguna cuestión en otro procedimiento, puesto que es necesario un pronunciamiento previo a efectos de que se ejerza la acción penal.

En el caso de autos

14. Tenemos que con fecha 24 de abril de 2007, el Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo (fojas 173) denunció constitucionalmente a la recurrente por el delito de nombramiento indebido de cargo público señalado en

el artículo 381° del Código Penal. Tal hecho se consumó a través de la remisión del Memorando N.º 050-2007-EVCA/CR que la beneficiara cursara a la Gerencia de Recursos Humanos del Congreso de la República con fecha 3 de enero de 2007 mediante el cual propone la contratación de doña Jacqueline Simón Vicente como asesora dos de su despacho congresal, cuando esta no contaba con los requisitos para el ejercicio del cargo. Por otro lado a fojas 200 de autos corre la Resolución Legislativa del Congreso N.º 004-2006-CR), por la que se declara "Haber Lugar a formación de causa contra la señora Congresista de la República Elsa Victoria Canchaya Sánchez, por su presunta responsabilidad en la comisión de los delitos de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público estafa y falsedad genérica, previstos en los artículos 381°, 196° y 438° del Código Penal, respectivamente, quedando en suspenso sus derechos parlamentarios en tanto Jure el proceso penal"*;* asimismo corre a fojas 179 de autos que con fecha 13 de junio de 2007 se resuelve formalizar contra la demandante denuncia penal por el delito referido.

15. Siendo esto así tenemos que el hecho imputado se consumó a través de la remisión del Memorando N.º 050-2007-EVCS/CR, que la procesada cursara a la Gerencia de Recursos Humanos del Congreso de la República con fecha 3 de enero de 2007, mediante el cual propone la contratación de una asesora para su despacho, por lo que sería esta la fecha que debería tomarse como inicio del plazo de prescripción.

16. Asimismo el hecho imputado fue subsumido en el artículo 381° del Código Penal que sanciona la conducta con sesenta a ciento veinte días-multa, por lo que de conformidad con el artículo 80° del Código Penal, el plazo de prescripción de la presente acción penal, sería de dos años. Sin embargo atendido a que la favorecida le asistía la prerrogativa del antejuicio político en su condición de Congresista de la República, se suspende el plazo de prescripción durante el tiempo que duró el procedimiento del Antejuicio Constitucional, esto es desde el 24 de abril al

8 de junio del 2007 —fecha de publicación de la Resolución Legislativa autoritativa—; cabe entender entonces que durante 44 días que duró la sustanciación del procedimiento establecido en el artículo 99° de la Constitución, quedó suspendido el plazo de prescripción.

17. En el presente caso analizada la Resolución de fecha 4 de mayo de 2010, que declara infundada la excepción de prescripción, se aprecia la motivación esgrimida es insuficiente, puesto que no explica de manera clara y detallada cómo es que el plazo de prescripción no ha vencido, teniendo en cuenta que el inicio del plazo de prescripción en el caso materia de análisis rige a partir de 3 de enero de 2007, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictiva (en los demás casos) conforme lo dispone el artículo 82° del Código Penal, debiéndose deducir del plazo de prescripción el procedimiento del antejuicio político.

18. Teniendo en cuenta que el procedimiento del antejuicio político suspende el plazo de prescripción se puede concluir que estando al plazo límite extraordinario de prescripción de la acción penal que es de tres años, se podría asumir que a la fecha la facultad de perseguir y sancionar el delito imputado a la procesada habría prescrito, siendo necesario que la resolución precise desde cuándo empieza a computarse el plazo de prescripción, qué plazo transcurrido, así como el tiempo de suspensión que se ha aplicado a la recurrente, siendo ello estrictamente necesario puesto que de haberse excedido dicho plazo prescriptorio la condena sería totalmente atentatoria a los derechos de la recurrente, aspecto que es de competencia de la justicia ordinaria.

19. A mayor abundamiento la resolución cuestionada tampoco precisa si el delito imputado a la actora es uno de naturaleza instantánea, continuado o permanente y si correspondía que se aplique al presente caso el plazo extraordinario de prescripción.

20. Este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 5890-2006-PHC/TC, no obstante la relevancia constitucional que ostenta la prescripción de la acción penal, no pudo estimar la pretensión incoada toda vez que la justicia ordinaria no había establecido la fecha de consumación del ilícito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, lo cual no puede ser dilucidado por la justicia constitucional.
21. Por lo expuesto corresponde declarar la nulidad de la resolución de fecha 4 de mayo de 2010 y por conexidad de la resolución de fecha 7 de octubre de 2009, puesto que es necesario que primero se dilucide si ha operado la prescripción o no a efectos de emitir una decisión final, correspondiéndole a los emplazados la emisión de nueva resolución debidamente motivada, expresando de manera clara y detallada las razones que sustenten su decisión. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; consecuentemente **NULA** la sentencia de vista de fecha 4 de mayo de 2010 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por la recurrente en el proceso penal seguido en el Exp. 07-2007.
2. **ORDENAR** a la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República que emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en la presente sentencia Publíquese y notifíquese.

S.S.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Santa María Morillo, así como contra el Juez Penal de la Suprema Corte, señor Zevallos Soto, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009 y su confirmatoria de fecha 4 de mayo de 2010, puesto que considera que se le están afectando sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y al principio de legalidad penal.

   Refiere que ejerciendo el cargo de Congresista de la República se le imputó el delito de nombramiento indebido de cargo público, condenándosele con pena de multa de ciento veinte días, e inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil. Sostiene que desempeñándose como Congresista de la República designó a Jacqueline Simón Vicente como asesora dos de su Despacho Congresal hecho que fue subsumido en el artículo 381° del Código Penal, por lo que el plazo de prescripción ordinario de la acción penal conforme a la pena que se impone a ese delito es de 2 años y el extraordinario es de 3 años, considerando que no puede aplicarse la suspensión del plazo de prescripción bajo el argumento de que se encontraba sometida al procedimiento del antejuicio.

2. El Cuadragésimo Sétimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la improcedencia liminar de la demanda considerando que la demanda carece de sustento razonable y de la verosimilitud que permita inferir la afectación insalvable a la debida motivación de resoluciones judiciales, como exponen los demandantes La Sala Superior revisora confirma la apelada considerando que se cuestionan aspectos de competencia ordinaria y no constitucional.

3. Tenemos entonces que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de solo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.

4. Sin embargo debemos tener presente que nos encontramos ante un proceso especial y singular, como es el proceso de hábeas corpus, en el que si bien el mismo Código Procesal Constitucional ha establecido en sus artículos 47° (para el proceso de amparo), 65° (para el proceso de hábeas data) en el que expresa que *"El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia* del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso" (subrayado agregado), así como el artículo 74° (para el proceso de cumplimiento), la aplicación de la figura del rechazo liminar de la demanda cuando esta sea manifiestamente improcedente, tal figura no ha sido considerada para el proceso de hábeas corpus, y esto en atención al objeto que persigue dicho proceso, esto es la defensa del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, casos en los que se amerita la verificación de la existencia del acto denunciado como vulnerador del referido derecho, pudiendo realizarse dicha constatación sin la participación del emplazado. No obstante ello el Tribunal Constitucional, vía su jurisprudencia estableció la posibilidad de aplicar la figura procesal del rechazo liminar cuando la demanda sea totalmente descabellada, puesto que el admitirla a trámite implicaba poner en funcionamiento del aparato jurisdiccional en vano.

5. En tal sentido por regla general podemos expresar que en el proceso de hábeas corpus no procede la aplicación del auto de rechazo liminar, pudiendo admitirse solo excepcionalmente la aplicación de tal figura procesal, cuando la demanda sea manifiestamente descabellada. Esto implica un alto grado de responsabilidad por parte del juzgador, puesto que debe analizar concienzudamente el contenido de la demanda y la procedencia de la denuncia realizada

del presunto afectado de manera que no aplica indebidamente dicha figura procesal del rechazo liminar.

6. Poe ende entonces de existir un indebido rechazo liminar el superior en grado puede revocar dicho acto —en el supuesto de ser necesario la actuación de determinados actos a efectos de verificar la afectación del derecho invocado como vulnerado, o de ser necesaria la intervención del emplazado— o puede válida y legítimamente ingresar al fondo a efectos de verificar de forma inmediata si ha existido afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos —en este supuesto el juzgador para resolver no necesita la intervención del emplazado, puesto que solo le corresponde constatar la existencia de la denuncia realizada por el demandante—. Por tanto en este caso el ingreso al fondo por parte del órgano jurisdiccional —pese a existir un auto de rechazo liminar— no se torna en atentatoria de los derechos del emplazado, puesto que por la naturaleza del proceso constitucional, se requerirá —en la mayoría de casos— la constatación inmediata y urgente del acto denunciado como vulnerador al derecho a la libertad individual.

7. Asimismo debe señalar que si bien la recurrente no ha sido condenada con pena privativa de libertad, en realidad la condena impuesta es una pena de multa de ciento veinte días, inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, sanción que si bien no implica un encierro sí implica una limitación en menor grado del desarrollo personal de la actora, que en definitiva le afecta a su desenvolvimiento normal, situación que amerita ingresar al fondo de la controversia.

8. Además cabe expresar que en el caso de autos, inicialmente consideré que la demanda debía ser desestimada en atención a que no existía incidencia negativa en el derecho a la libertad individual. Sin embargo llegada nuevamente la causa al Despacho con el escrito presentado por la recurrente con fecha 25 de julio de 2013, encuentro que en realidad si existían no solo argumentos suficientes para ingresar al fondo de la controversia sino también razones para estimar la demanda conforme lo expresa la sentencia de autos.

9. Es así que en el caso de autos tenemos que la recurrente denuncia la afectación de sus derechos por el hecho de haber sido condenada en sede penal por el delito de nombramiento indebido de cargo público. En tal sentido concuerdo la presente sentencia que estima la demanda por considerar que las resoluciones cuestionadas no se encuentran debidamente fundamentadas, puesto que no justifican debidamente en términos constitucionales la desestimatoria del plazo de prescripción, advirtiéndose el vacío de la argumentación y una deficiente motivación, más aún cuando al parecer del tiempo transcurrido al momento de la emisión de las resoluciones, ha operado la prescripción.
10. En tal sentido corresponde declarar la nulidad de la resolución de fecha 4 de mayo de 2010, y por conexidad de la resolución de fecha 7 de octubre de 2009, puesto que es necesario que primero se dilucide si ha operado la prescripción o no, a efectos de emitir una decisión final, correspondiéndole a los emplazados la emisión de nueva resolución debidamente motivada, expresando de manera clara y detallada las razones que sustenten su decisión.

    Mi voto entonces es por declarar **FUNDADA** la demanda, y en consecuencia se declare la nulidad de la resolución de fecha 4 de mayo de 2010, y por conexidad de la resolución de fecha 7 de octubre de 2009, puesto que es necesario que primero se dilucide si ha operado la prescripción o no, a efectos de emitir una decisión final, correspondiéndole a los emplazados la emisión de nueva resolución debidamente motivada, expresando de manera clara y detallada las razones que sustenten su decisión.

Sr. **VERGARA GOTELLI**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Elsa Victoria Canchaya Sánchez contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 541, su fecha 9 de mayo de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos el magistrado firmante emite el siguiente voto:

1. Con fecha 14 de marzo de 2012, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Santa María Morillo, y el Juez Penal de la Suprema Corte, señor Zevallos Soto, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009 y su confirmatoria de fecha 4 de mayo de 2010, puesto que considera que se le están afectando sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y el principio de legalidad penal.

   Refiere que ejerciendo el cargo de Congresista de la República se le imputó el delito de nombramiento indebido de cargo público, condenándosele con pena de multa de ciento veinte días e inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil. Sostiene que desempeñándose como Congresista de la República designó a doña Jacqueline Simón Vicente como "asesora dos" de su despacho congresal, hecho que fue subsumido en el artículo 381° del Código Penal, por lo que el plazo de prescripción ordinario de la acción penal conforme a la pena que se impone a ese delito es de 2 años y el extraordinario es de 3 años, considerando que no puede aplicarse la suspensión del plazo de prescripción bajo el argumento de que se encontraba sometida al procedimiento del antejuicio.

2. Las instancias precedentes han rechazado liminarmente la demanda por considerar que los hechos y el petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual.

3. Respecto a la figura jurídica del rechazo liminar, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el caso *Víctor Esteban Camarena* [STC 06218-2007-PHC/TC, fundamento 12] que cabe el rechazo liminar de una demanda de hábeas corpus cuando; **i)** se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4° del C.P Const.), **ii)** los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 del C.P. Const.),

y **iii)** a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o esta se haya convertido en irreparable (artículo 5.5 del C.P. Const.).

Cabe enfatizar que los aludidos supuestos se presentan ante la configuración manifiesta de una causal de improcedencia específicamente descrita en la norma, lo que hace viable el rechazo de una demanda de hábeas corpus que se encuentra condenada al fracaso y que, a su vez, restringe la atención oportuna de otras demandas de hábeas corpus que merecen un pronunciamiento urgente por el fondo.

4. La Constitución establece expresamente en su artículo 200°, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar a lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si agravian el contenido o fundamental a la libertad personal. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5°, inciso 1) que "no proceden los procesos constitucionales cuando: 1) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

5. En el presente caso, se advierte que la demandante cuestiona tanto la sentencia condenatoria como su confirmatoria, mediante las que se le impuso la pena de ciento veinte días-multa e inhabilitación por 3 años (inhabilitación que se computará del 7 de octubre de 2009 hasta el 6 de octubre de 2012); es decir, las resoluciones cuestionadas emitidas por los emplazados no han impuesto medida restrictiva alguna que afecte su derecho a la libertad individual, evidenciándose así la falta de incidencia negativa en el citado derecho. Asimismo para abundar cabe expresar que a la fecha tal sanción ya ha sido ejecutada. En razón de ello corresponde la aplicación al caso del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.

Sr. **URVIOLA HANI.**

3. Ejecutoria que confirma la sentencia que condena por el delito de nombramientos ilegales

SALA PENAL ESPECIAL
RECURSO DE APELACIÓN
EXP. N.º 07 -2007

Lima, cuatro de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; oídos los informes orales conforme a la constancia de Relatoría de fojas cinco mil ochocientos veintiséis; el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la encausada Elsa Victoria Canchaya Sánchez y por la parte civil [Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo] contra la sentencia condenatoria de fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve, del siete de octubre de dos mil nueve, en el proceso penal que se sigue por delito contra la Administración pública – nombramiento ilegal para ejercer cargo público en agravio del Estado. Además, también es materia de pronunciamiento la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la defensa técnica de la citada acusada en la presente causa. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. De los agravios de los recurrentes.

1.2 De la defensa técnica de la acusada Canchaya Sánchez

Primero: La defensa técnica de la acusada Canchaya Sánchez en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos nueve [ampliado a fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y tres] alega cuatro ámbitos concretos de agravios:

A. Sobre la excepción de naturaleza de acción

a) La excepción de naturaleza de acción que interpuso ante la Vocalía de Instrucción [la cual desestimó dicho medio de defensa técnico, y cuya decisión fue confirmada por la Sala Penal Especial] se encuentra aún en trámite, ya que se concedió el recurso de nulidad vía queja excepcional- por mandato de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Por ello, se debió paralizar la emisión de la sentencia condenatoria a fin de evitar resoluciones de carácter contradictorias. En consecuencia, se afectó el derecho defensa, así como la garantía de tutela judicial efectiva y la pluralidad de instancias.

b) La falta de trámite de una segunda excepción de naturaleza de acción que dedujo ante la Vocalía de Instrucción generó indefensión en la inculpada.

B. Respecto a la actuación probatoria

a) Las "diligencias" llevadas a cabo por la Vocalía de Instrucción [conforme al fundamento jurídico segundo —puntos uno al doce— de la sentencia recurrida] no pueden ser apreciadas como tales, pues estas deben ser entendidas como actuaciones judiciales a cargo del Juez, y con la participación y con la participación del Ministerio Público y/o de las partes, con posibilidad de ser sometidas al contradictorio a fin de adquirir calidad probatoria. Además, solo se hizo una sumilla de las declaraciones testimoniales sin asignarle ningún tipo de valor probatorio —puntos trece al veinticinco, del citado fundamento jurídico—.

b) La sentencia impugnada pasa del primer y segundo fundamento jurídico al quinto —obviando los fundamentos tercero y cuarto—, situación que explicaría por qué no se tomó en cuenta el caudal probatorio presentado por la encausada luego de la acusación fiscal –que incluye instrumentales y diligencias actuadas en sede judicial-. La falta de mérito de la prueba instrumental de descargo invalida el fallo, en tanto se ha causado indefensión.

c) La resolución recurrida omitió consignar testimonios practicados durante la investigación judicial —como las de Verástegui Pajares, Venero Bocangel y Lazo Guevara— y ha señalado de manera "escueta" la declaración de la acusada —fundamento jurídico quinto—. Además, las tachas contra los testigos y documentos fueron declarados infundadas sin mayor fundamentación jurídica, vulnerando así, el derecho de defensa.

C. Acerca de la valoración de principios constitucionales

Los fundamentos que invoca la sentencia no guardan relación con los elementos normativos de imputación objetiva y subjetiva que exige el delito de nombramiento ilegal porque:

a) El argumento de que los Congresistas tienen deberes especiales de evaluar que las personas propuestas para ser asesores cumplan con los requisitos de ley no es una exigencia del tipo penal. Esto deberes de evaluar y calificar competen a los funcionarios de la Dirección de Recursos Humanos.

b) La acusada no quebrantó el principio de confianza, sino más bien la Gerencia de Recursos Humanos, quien tenía la capacidad de decisión de contratar o no a Jacqueline Simón Vicente [refiere que este órgano administrativo infraccionó los deberes especiales que le competen y que en todo caso sería esta quien tendría el dominio del hecho].

c) Por consiguiente, el Juez penal al imputarle a la acusada Canchaya Sánchez un cargo ajeno, vulneró el principio constitucional de responsabilidad por el propio hecho.

d) Además, atentó contra el principio de legalidad [específicamente el principio de taxatividad o tipicidad, que consiste en la precisa definición de la conducta que la ley considera como infracción] ya que no indicó qué norma concreta faculta a los Congresistas nombrar a sus funcionarios, pues integra el tipo penal tanto con el verbo rector designar como nombrar, lo cual constituye un acto de analogía penal *in malam partem.*

D. Con relación a la reparación civil

Se ha impuesto una reparación civil de treinta mil nuevos soles que no guarda proporción con la gravedad del hecho punible ni con las consecuencias jurídicas del mismo.

2. De la parte civil

Segundo: Por su lado, la parte civil en su recurso formalizado de fojas cinco mil trescientos noventa y tres y cinco mil cuatrocientos impugna solo el extremo de la pena de inhabilitación y refiere que esta debe computarse desde el momento en que se expide la sentencia, y no desde el siete de junio de dos mil siete como erróneamente se consignó.

II. De la excepción de prescripción.

Tercero: Con relación a la excepción de prescripción de la acción penal deducida ante este Superior Colegiado —véase fojas cinco mil setecientos sesenta y nueve—, la defensa técnica de la inculpada Canchaya Sánchez arguye que los plazos ordinario y extraordinario de la acción penal, a la fecha, se encuentran vencidos. Precisa que el hecho imputado ocurrió el tres de enero de dos mil siete, y que la prescripción extraordinaria operó el tres de enero de dos mil diez. Sin embargo, al sumarse el período de suspensión de la prescripción [un mes y cinco días] sostiene que la acción penal se extinguió el ocho de febrero de dos mil diez. Finalmente, manifiesta que no son de aplicación la duplicidad de los plazos de prescripción ni el artículo cuarenta y seis – A del Código Penal.

III. Del hecho imputado

Cuarto: La acusación fiscal de fojas tres mil novecientos ochenta y seis señala que Elsa Victoria Canchaya Sánchez —en su condición de Congresista de la República— incurrió en el delito de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, por haber nombrado a la señorita Jacqueline Simón Vicente como asesora dos, nivel SP seis de su despacho, a sabiendas que esta no cumplía con los requisitos exigidos.

De esta manera, contravino las disposiciones administrativas contenidas en los Acuerdos de Mesa número doscientos sesenta y tres–noventa y ocho–noventa y nueve, CONSEJO–CR, número cero diez–noventa y nueve–dos mil, CONSEJO–CR y número trescientos setenta y dos–dos mil dos–dos mil tres, MESA–CR, del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve, diecisiete de agosto del mismo año y veinticuatro de enero de dos mil tres, respectivamente. Además, concurre la agravante que dicha asesora laboraba para la Congresista como trabajadora del hogar, dedicada exclusivamente al cuidado de sus menores hijos, como aparece de los videos del programa periodístico "Cuarto Poder", difundidos los días veintidós y veintinueve de abril de dos mil siete.

IV. De la absolución de agravios

Quinto: Ahora bien, los recursos planteados y la excepción de prescripción deducida serán evaluados en el orden que aparecen consignados como agravios.

1. **De la defensa técnica de la acusada Canchaya Sánchez** Conforme quedó señalado en el fundamento jurídico primero, los agravios de la acusada se circunscriben a cuatro ámbitos concretos de análisis:

A. Sobre la excepción de naturaleza de acción

La excepción de naturaleza de acción es un medio de defensa técnico que concede la ley a quienes se les imputa la comisión de un hecho que carece de tipicidad formal.

Sin embargo, dicha excepción no suspende el trámite del expediente principal —confróntese el artículo noventa del Código de Procedimientos Penales—. Ahora bien, el derecho de defensa y el paralelo de tutela jurisdiccional no pueden entenderse con carácter absoluto, pues ellos están condicionados al cumplimiento de la oportunidad, modo y forma prescrito por la ley. Toda excepción no es, pues, suspensiva respecto del trámite del principal, el principio de celeridad procesal y la necesidad de impedir dilaciones indebidas así lo determinan; las

defensas técnicas deben presentarse tal y conforme lo regula la ley, la cual no dispone la suspensión del trámite de la causa.

Al respecto, el Juez Penal mediante resolución del veintitrés de setiembre de dos mil nueve —fojas cinco mil ciento sesenta y ocho—, señaló que la interposición del recurso de queja no paralizaba la tramitación del principal ni la eficacia de la resolución denegatoria, y amparó su decisión en lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco y la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil. En tal sentido, es de precisar, que este mecanismo de defensa técnico fue resuelto en primera y segunda instancia, siendo desestimado, tanto por la Vocalía de Instrucción como por la Sala Penal Especial —en su oportunidad—.

Por lo demás, respecto a la segunda excepción de naturaleza de acción deducida, el Juez Penal emitió pronunciamiento sobre ella, a través de la resolución del dos de octubre de dos mil nueve, y señaló que la postulación del referido medio de defensa técnico era de carácter malicioso y que solo aspiraba a desarrollar efectos dilatorios, en atención a que la causa se encontraba ya expedita para su resolución final –siete de octubre de dos mil nueve-.

En consecuencia, no se vulneró el derecho de defensa, así como la garantía de tutela judicial efectiva y pluralidad de instancias que alega la recurrente, en tanto esta pudo deducir todos los mecanismos de defensa técnico que le facultaba la ley —en ningún momento se le causó indefensión material— y además, ha tenido la posibilidad de recurrir a una instancia superior planteando los agravios correspondientes. Por consiguiente, este primer extremo de su impugnación debe desestimarse.

B. Respecto a la actuación probatoria

La defensa de la acusada Canchaya Sánchez señala que las *"diligencias"* consignadas por el Aquo en el fundamento jurídico segundo —puntos uno al doce— de la sentencia no pueden ser valorados como medios de prueba, ya que no fueron practicados por el Juez con participación de las partes y del Ministerio Público.

Sin embargo, tal aseveración debe considerarse como un argumento de defensa, ya que la denominación que se atribuye a las fuentes de prueba no las puede invalidar. Las pruebas documentales a las que hace referencia en los puntos uno al doce del fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada, fueron incorporadas válidamente al proceso, y a las cuales el Juez Penal les asignó valor probatorio, tal como consta en el fundamento jurídico Octavo. Con relación a las testimoniales —puntos trece al veinticinco— el Aquo detalló los aspectos más relevantes de dichas declaraciones [que por lo demás, contaron con la presencia de los abogados defensores de la acusada Canchaya Sánchez, así como del Ministerio Público y de la Parte Civil], y en la parte tres del fundamento jurídico octavo señaló aquéllas que le creaban convicción acerca de la responsabilidad de la acusada en el hecho imputado.

La recurrente también alega que se causó indefensión porque no se valoró el caudal probatorio que presentó con posterioridad a la acusación fiscal —refiere que ello se explica en la omisión los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia—. Empero, tal afirmación es de naturaleza subjetiva, y la omisión de consignar los documentos que presentó no constituye elemento suficiente para desvirtuar la conclusión arribada por el Juez Penal, ya que —conforme se precisó precedentemente— esta sustentó su decisión en medios de prueba que le crearon convicción acerca de la responsabilidad penal de la acusada. De otro lado, la falta de numerales tercero y cuarto en el correlato de la resolución constituye un error material, que no configura causal de nulidad ni afecta la coherencia lógica de los argumentos que justifican la decisión adoptada, por lo que tal extremo también debe desestimarse.

Asimismo, el agravio referido a que las tachas —contra los testigos y documentos— se declararon infundadas sin mayor fundamentación jurídica, carece de sustento, ya que la decisión adoptada por el Juez Penal se encuentra debidamente motivada, conforme se aprecia de los puntos uno, dos, tres y cuatro del fundamento jurídico séptimo, cumpliendo así con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve inciso cinco, en concordancia con el

artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, no se afectó el derecho de defensa como alega la apelante, ya que los argumentos del Aquo son razonados y razonables.

Por lo demás, la alegación respecto a las testimoniales de Verástegui Pajares, Venero Bocangel y Lazo Guevara, así como la consignación "escueta" de la declaración de la acusada, constituyen argumentos de defensa que tampoco pueden variar su responsabilidad penal en el hecho que se le atribuye.

C. Acerca de la valoración probatoria y de la violación de principios constitucionales

El tema concreto en este ámbito de impugnación versa en que la acusada Canchaya Sánchez no tenía la facultad de nombrar a sus asesores, ya que ello correspondía a la Dirección de Recursos Humanos.

Al respecto, cabe precisar que el artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que "*nombra*" sino de aquel que "hace un nombramiento" para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, "hacer un nombramiento" no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando esta lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente.

En caso *sub judice,* está acreditado que este procedimiento de nombramiento se inició con fecha tres de enero de dos mil siete cuando la acusada Canchaya Sánchez eligió a Jacqueline Mary Simón Vicente para que se desempeñara como Asesor dos, conforme se advierte del Memorandum número cero cincuenta —dos mil siete— EVCS/CR —fojas cuatrocientos dieciséis—, cursado por la citada encausada al Director de Recursos Humanos del Congreso de la República, y finalizó el veinte

de abril del mismo año cuando la propia inculpada comunicó mediante Memorándum número cero setenta y ocho —dos mil siete— EVCS/CR —fojas cuatrocientos quince—, dirigido también a la Dirección de Recursos Humanos- que en esa fecha Simón Vicente hizo entrega formal de toda la documentación y material asignado para el ejercicio de sus funciones, dando por aceptada su renuncia y precisando que ya no mantiene vínculo laboral con dicha persona. Por lo demás, la capacidad de "hacer un nombramiento" para el desempeño de un cargo público de la acusada queda también acreditada con el Memorandum número cero setenta y nueve —dos mil siete— EVCS/CR —fojas cuatrocientos catorce- que remitió también al Director de Recursos Humanos del Congreso, y a través del cual señala que en reemplazo de Simón Vicente ingresará la señorita Torrejón Comeca que se desempeñará como Asesor dos. A hora bien, los numerales tres, cuatro y cinco del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida —fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve— recogen estos medios probatorios. Y, luego, el Aquo realiza la ponderación respectiva en el fundamento jurídico octavo referido a la valoración probatoria.

Por lo demás, el Juez Penal también fundamentó su decisión en el Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República —fojas treinta y seis— [aprobada por Resolución número cero once —noventa y siete— OM/CR, del trece de junio de mil novecientos noventa siete] referido —en la parte pertinente— al ingreso de personal de confianza de los Congresistas y a la formalización de contrato por la Gerencia de Recursos Humanos. Lo cual guarda relación con el Acuerdo de Mesa número doscientos sesenta y tres —noventa y ocho —noventa nueve/CONSEJO CR, del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve —ver fojas doce, en el que se aprobó el cuadro de perfiles que se deben cumplir para el contrato de asesor de comisión, especialista parlamentario y asesor de congresista—. Así como con el cuadro de perfiles para Asesores de Comisión y de Congresistas —fojas trece-; el Acuerdo de Mesa número cero diez —noventa y nueve—dos mil/CONSEJO/CR del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve —véase fojas catorce, en el que se acordó que para ser asesor de comisión se debe tener grado académico, título profesional y otro

establecido en la Ley Universitaria número veintitrés mil setecientos treinta y tres y normas complementarias. Los niveles salariales para los asesores de los congresistas son: ... nivel siete para quienes no tienen grado académico ni título profesional-; y el Acuerdo de Mesa número trescientos setenta y dos —dos mil dos— dos mil tres/MESA —CR, del veinticuatro de enero dos mil tres —véase fojas quince, que acordó autorizar a la Gerencia General y a la Gerencia de Recursos Humanos para que efectúen la contratación de un asesor adicional con nivel remunerativo seis, por cada despacho congresal, a partir del tres de febrero de dos mil tres—.

Por consiguiente, no se vulneró el principio constitucional de responsabilidad por el propio hecho ni el principio de legalidad [específicamente el principio de taxatividad o tipicidad] que alega la recurrente. Por lo que estos agravios también deben desestimarse.

D. Con relación a la reparación civil

El artículo noventa y tres del Código Penal determina la extensión de la reparación civil en sede penal. Esta comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de daños y perjuicios.

En los delitos como el que motiva la presente causa —artículo trescientos ochenta y uno—, no cabe restitución ni reparación —en tanto estas solo se refieren a bienes de carácter patrimonial— sino una indemnización, que significa condenar al pago de una cantidad dineraria suficiente para cubrir el daño producido por el delito, el mismo que en atención a la prueba de los hechos, está suficientemente acreditado. Su cuantificación, en suma, debe ser establecida con criterios de equidad atendiendo a las circunstancias en que ocurrió y se desarrolló el evento delictivo y a las características particulares de la parte agraviada.

En tal sentido, la acusada Canchaya Sánchez abusó de la posición preeminente que ocupaba en la sociedad para cometer el delito imputado —desempeñaba el cargo de Congresista de la República—, afectando la confianza que le fue depositada para el ejercicio de sus

funciones, defraudando, de esta manera, la expectativa de legalidad sobre sus actos de la Administración pública, tanto más si es una profesional del derecho. Además, esta situación antijurídica se mantuvo durante un período prolongado causando perjuicio al Estado, pues, mientras que la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente se desempeñó como Asesor dos, conforme se ha acreditado, percibió las remuneraciones correspondientes.

En consecuencia, el Juez Penal graduó la reparación civil de manera prudencial en atención al daño causado y en función al bien jurídico vulnerado, así como a la forma y circunstancias lesivas generadas con la comisión del delito.

2. DE LA PARTE CIVIL

El ámbito concreto de la impugnación de la parte civil se refiere al cómputo legal del inicio de la pena de inhabilitación. En tal sentido, y estando a lo que expresamente autoriza el artículo doscientos noventa del Código de Procedimientos Penales, este debe entenderse como un requerimiento de aclaración de dicho extremo de la sentencia. Por consiguiente, en este ámbito solo corresponde precisar lo siguiente —en los términos que autoriza el artículo doscientos noventa y ocho, párrafo segundo, del citado Código adjetivo—:

a) La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir [en este sentido se ha pronunciado el Acuerdo Plenario número dos —dos mil ocho/CJ—ciento dieciséis— Asunto: Alcances de la pena de inhabilitación-del dieciocho de julio de dos mil ocho].

b) Según su importancia o rango interno, la pena de inhabilitación puede ser principal o accesoria. La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación para un tipo delictivo

concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Sin embargo, en algunos casos el Código Penal utiliza una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación principal y a su duración específica al final de un Capítulo o Título. Ello ocurre en el artículo cuatrocientos veintiséis —delitos cometidos por Funcionarios Públicos— el cual es aplicable, por su ubicación sistemática, al tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y uno, que describe la conducta punible atribuida a la acusada Canchaya Sánchez.

c) Respecto al requerimiento planteado por la parte civil, cabe señalar que el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, vigente en el Distrito Judicial de Lima, admite expresamente, en su artículo trescientos treinta, el denominado sistema de la ejecución inmediata o provisional de la sentencia condenatoria. En tal sentido, no hace falta esperar la firmeza de un fallo que imponga la pena de inhabilitación para que dicha pena comience a ejecutarse [así lo ha precisado el Acuerdo Plenario número diez —dos mil nueve/CJ —ciento dieciséis —Asunto: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio— del tres de noviembre de dos mil nueve].

d) Por consiguiente, en el caso *sub examine,* la pena de inhabilitación impuesta, conforme a ley, solo comienza a correr desde la fecha de emisión de la sentencia condenatoria —esto es, desde el siete de octubre de dos mil nueve—, y no desde el siete de junio de dos mil siete, como erróneamente se consignó en la decisión recurrida, la que, por un error material subsanable alude en su fundamento jurídico noveno —parte *in fine*— al artículo cuatrocientos treinta y seis del Código Penal, cuando debió señalar el numeral cuatrocientos veintiséis, y que fue el consignado por la acusación fiscal a fojas cuatro mil veinticuatro. Por lo que, tratándose solo de vicios procesales susceptibles de ser subsanados, y que no afectan el sentido de la resolución recurrida, debe procederse de conformidad con lo previsto, para estos casos, por el artículo doscientos noventa y ocho del citado Código Adjetivo.

IV. De la excepción de prescripción

1. Prescripción de la acción penal y suspensión de la prescripción

Sexto: Con relación a la excepción de prescripción deducida por la defensa técnica de la acusada se deben hacer las siguientes precisiones:

a) La prescripción de la acción penal extingue la posibilidad de persecución procesal del hecho imputado por el transcurso del tiempo, opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad, y de dos años si el delito es sancionado con pena no privativa de libertad, caso de la denominada prescripción ordinaria. Sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público u órgano judicial la acción penal prescribe de manera extraordinaria al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo ochenta y tres del Código Penal.

b) Ahora bien, el artículo ochenta y cuatro del Código Penal establece que la suspensión de la prescripción —la cual se aplica única y exclusivamente a los plazos de prescripción de la acción penal— opera cuando el comienzo de un proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en una vía extra penal. La suspensión de la prescripción se rige, pues, por el aforismo latino ***contra non valentem agere non currit praescriptio,*** lo cual implica que contra quien no se puede ejercer una acción penal, la prescripción no corre [véase: Luis E. Roy Freyre. Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena. Grijley. Lima. Mil novecientos noventa y siete, página ochenta y cuatro].

La inmunidad parlamentaria y el antejuicio que se reconoce en la Constitución a los Congresistas configuran un claro supuesto de suspensión de la prescripción de eficacia absoluta y por imperio de la ley [el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC número cinco mil sesenta y ocho – dos mil seis –PHC / TC, del quince de

noviembre de dos mil seis, fundamento jurídico décimo segundo, estimó que el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal, por lo que resulta de aplicación el artículo ochenta y cuatro del Código Penal. Es, insistió, un paso previo para que se diera inicio al proceso penal].

De otro lado, la inmunidad y por ende, el antejuicio, conforme a lo dispuesto en los artículos noventa y tres, noventa y nueve y cien de la Carta Magna son obstáculos procesales que afectan la persecución del delito en el caso de Congresistas de la República "desde el día que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones...". Ello implica que los Congresistas solo pueden ser sujetos de acción penal luego que lo autorice el Congreso previo procedimiento de antejuicio. Entonces, durante todo ese período que transcurra desde la comisión del delito hasta la decisión de ha lugar a causa los plazos de prescripción de la acción penal no transcurren por estar suspendidos.

Como sostiene San Martín Castro, la inmunidad opera como condición de procedibilidad que conlleva inevitablemente al procedimiento de antejuicio o acusación constitucional, en caso de delitos funcionales cometidos por Congresistas. Lo cual se traduce en la necesidad de una autorización que otorga el Congreso para el procesamiento penal. En tal sentido, "en cuanto a la promoción de la acción penal se entiende que el Ministerio Público no puede proceder a menos que el Congreso dicte la correspondiente resolución acusatoria de carácter penal, previo procedimiento parlamentario de antejuicio o acusación constitucional" [véase: César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Grijley. Lima. Mil novecientos noventa y nueve, página novecientos cincuenta].

c) En efecto, el artículo ochenta y cuatro del citado Código Sustantivo incorpora dos formas de suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal. En primer lugar, dicha norma alude a la *suspensión sobreviniente,* que es la que tiene lugar en función a una circunstancia posterior a la incoación del proceso penal, pero que impide su prosecución hasta que el obstáculo

producido sea superado, caso de las cuestiones prejudiciales o los procedimientos de extradición activa.

Al respecto, como señala Peña Cabrera, una causal de suspensión de la prescripción es aquella que demanda "autorización especial, sin la que no podría **iniciarse** o **proseguirse** la acción penal" —el énfasis con negritas es nuestro—. En estos casos la prescripción comienza a correr "desde el día en que se otorgue la autorización" [véase Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Parte General. Editorial Sagitario. Lima. Mil novecientos ochenta y siete, página cuatrocientos cuarenta y seis].

d) En consecuencia, los efectos concretos de cada modalidad de suspensión de la prescripción difieren en razón de la eficacia del obstáculo procesal o constitucional que motiva la suspensión. Si se trata de un **supuesto original** el plazo de prescripción no corre. En cambio, cuando la suspensión corresponde a un **supuesto sobreviniente,** el período acumulado hasta la producción de aquel deberá ser adicionado, luego, al cómputo que corresponda establecer cuando, superado el obstáculo, se reactive la prescripción.

2. El examen de prescripción en el presente caso

Séptimo: De la revisión de autos y del tipo penal materia del presente proceso se tiene que: **a)** El hecho atribuido a la acusada Canchaya Sánchez tuvo lugar entre el tres de enero de dos mil siete [cuando la inculpada eligió a Simón Vicente para que se desempeñara como Asesor dos, conforme se advierte del Memorandum número cero cincuenta – dos mil siete —EVCS/CR —fojas cuatrocientos dieciséis-], y el *veinte de abril del citado año* [la misma acusada –mediante Memorándum número cero setenta y ocho —dos mil siete —EVCS/CR- dio por aceptada su renuncia —ver fojas cuatrocientos quince-].

b) Este comportamiento ilícito fue subsumido en el artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal, que es sancionado con sesenta a ciento veinte días–multa, y con pena de inhabilitación según el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal. Por lo que, el plazo de pres-

cripción ordinario de la acción penal, conforme a las aludidas penas conminadas, sería de dos años, y el extraordinario de tres años.

c) No obstante, en el caso *sub judice* nos encontramos ante un supuesto de *suspensión de origen* del plazo de prescripción de la acción penal, por lo que el mismo solo comenzará a contabilizarse cuando la autorización del Congreso de la República habilite la promoción de la acción penal por la Fiscalía de la Nación ante las instancias correspondientes de la Corte Suprema de Justicia de la República [la Resolución Legislativa del Congreso de la República número cero cero cuatro – dos mil seis – CR –fojas trescientos cincuenta y tres- publicada el ocho de junio de dos mil siete, en el diario oficial El Peruano, habilitó a partir de esa fecha la posibilidad de incoar el proceso penal]. En ese sentido, como apunta ROY FREYRE, en estos casos el antejuicio constitucional cumple ese rol habilitador de la jurisdicción penal ordinaria, ya que "impide que las personas que desempeñan, o hayan desempeñado, ciertos cargos públicos taxativamente indicados en el artículo noventa y nueve de la Constitución Política puedan ser enjuiciadas penalmente, por delito cometido con motivo del ejercicio de sus funciones, sin que antes el Congreso haya declarado que 'ha lugar' a la formación de causa como consecuencia de una acusación constitucional" [confróntese: Luis E. Roy Freyre. Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena. Grijley. Lima. Mil novecientos noventa y siete, página ochenta y ocho].

d) No cabe, por tanto, considerar para efectos de dicho cómputo prescripción de la acción penal-, como lo hace la defensa, el momento de comisión del delito, pues este último, por la condición congresal de la encausada Canchaya Sánchez, no era susceptible de ser perseguido por el Ministerio Público ni por las instancias judiciales correspondientes, sino hasta el momento en que se declaró suspendido el derecho de inmunidad parlamentaria de esta, vía el procedimiento de antejuicio. Como bien señala Hurtado Pozo, en el caso de los Congresistas de la República la inmunidad penal opera como un obstáculo de orden procesal absoluto [José Hurtado Pozo. Manual de Derecho penal. Parte General I. Tercera edición. Grijley. Lima. Dos mil cinco, página trescientos cuarenta y uno].

e) Por consiguiente, estando al plazo límite extraordinario de prescripción de la acción penal que es de tres años, es de asumir que a la fecha la facultad de perseguir y sancionar el delito imputado a la procesada se encuentra aún expedita. Por lo que la excepción de prescripción deducida como argumento complementario de defensa en esta instancia recursal debe ser desestimada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; con lo expuesto en los dictámenes de los señores Fiscales Supremos en lo Penal:

I. Declararon **INFUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la defensa técnica de la encausada Elsa Victoria Canchaya Sánchez en el proceso que se le sigue por delito contra la Administración pública – nombramiento ilegal para ejercer cargo público en agravio del Estado.

II. **CONFIRMARON** la sentencia de fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve, del siete de octubre de dos mil nueve, que condenó a Elsa Victoria Canchaya Sánchez como autora del delito contra la Administración pública –nombramiento ilegal para ejercer cargo público en agravio del Estado, y le impuso pena de multa de ciento veinte días– multa equivalente al treinta por ciento de su ingreso promedio diario y que se determinará atendiendo al haber que ha percibido como Congresista de la República; y pena de inhabilitación por el período tres años; así como fijó en treinta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar la condenada a favor del Tesoro Público; con lo demás que contiene.

III. **CORRIGIERON** el extremo de dicha sentencia en cuanto al cómputo del período de la pena de inhabilitación, la misma que deberá contabilizarse desde el siete de octubre de dos mil nueve —fecha en que se dictó la sentencia— [y no desde siete de junio de dos mil siete como erróneamente se consignó] y que vencerá el seis de octubre de dos mil doce, debiendo cursarse información a las entidades correspondientes.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA
PRINCIPE TRUJILLO
SANTA MARIA MORILLO

4. Sentencia condenatoria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE JUZGADO PENAL DE LA SUPREMA CORTE

SENTENCIA

EXPEDIENTE	:	N.º 07-2007
ACUSADA	:	Elsa Victoria Canchaya Sánchez
DELITO	:	Nombramiento llegal para Cargo Público
AGRAVIADO	:	El Estado
NATURALEZA	:	Sumaria
JUEZ	:	Sócrates Mauro ZEVALLOS SOTO
SECRETARIA	:	María Pilar Salazar Casas

Lima, miércoles siete de octubre de dos mil nueve.

VISTOS:

RESULTA DE AUTOS:

El Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa número cuatro del siete de junio de dos mil siete, de fojas trescientos cincuentiuno, suscrita por los Congresistas Señora Mercedes Cabanillas Bustamante y Señor José Vega Antonio, declaró HABER LUGAR a formación de causa contra la Congresista de la República Señora Elsa Victoria Canchaya Sánchez, por su presunta responsabilidad en la comisión de los delitos de: nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, estafa y falsedad genérica, previstos en los artículos trescientos ochentiuno, ciento noventiseis y cuatrocientos treintiocho del Código Penal, respectivamente.

La Fiscalía de la Nación a fojas mil doscientos treintiocho, el quince de junio de dos mil siete presenta la formalización de denuncia número ciento ochenta. La Sala Penal Permanente a fojas mil doscientos cuarentitrés, el dieciocho de junio de dos mil siete remite los de la materia al Despacho del Vocal Supremo Instructor. La Vocalía Suprema de Instrucción el veintiuno de junio de dos mil siete a fojas mil doscientos cuarenta y seis, decide abrir instrucción en la vía sumaria contra Elsa Victoria Canchaya Sánchez por los delitos contra la Administración pública —nombramiento y aceptación ilegal para cargo público—; contra el Patrimonio —estafa— y contra la Fe Pública —falsedad genérica—, dictándose contra la inculpada mandato de comparecencia restringida.

Durante la investigación judicial en sus períodos ordinario y ampliatorio, se han llevado adelante la actuación de diversidad de actos de investigación, obtención documentaría y otras diligencias judiciales que corren en esta voluminoso expediente. Vencido el plazo de investigación judicial, el Fiscal Adjunto Supremo Señor Víctor Raúl Rodríguez Monteza presenta el dictamen número ciento dieciocho del once de enero de dos mil ocho, de fojas tres novecientos ochenta y seis a cuatro mil veintincinco, se pronuncia en los siguientes términos:

1.- Fórmula acusación sustancial contra Elsa Victoria Canchaya Sánchez por el delito de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, en agravio del Estado; y

2.- No ha lugar a formular acusación contra Elsa Victoria Canchaya Sánchez, por los delitos de estafa y falsedad genérica.

Por resolución de fojas cuatro mil noventinueve, del diecisiete de enero de dos mil ocho, la Vocalía Suprema de Instrucción de conformidad a lo previsto en el literal c) del artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales decide elevar los autos a la Fiscalía Suprema en lo Penal para incoar control jerárquico sobre la no acusación por los delitos de estafa y falsedad genérica (punto dos de postulación fiscal). El Fiscal Adjunto Supremo Señor Tomas Gálvez Villegas con fecha veintiocho de abril de dos mil ocho, expide el Dictamen Resolutivo

número setecientos sesentiseis (folio cuatro mil doscientos ochenta y uno), donde comparte la postulación del Fiscal Superior y aprueba el mismo, en los extremos anotados (no ha lugar a acusación por estafa y falsedad genérica). Por resolución del veintiséis de enero de dos mil nueve, obrante a fojas cuatro mil novecientos treinta y cuatro, la Vocalía Suprema de Instrucción, estando a la postulación del Ministerio Público declara el archivamiento definitivo del proceso penal seguido contra Elsa Victoria Canchaya Sánchez solo por los delitos de estafa y falsedad genérica, en agravio del Estado. Por resolución de vista del ocho de mayo de dos mil nueve, (fojas cinco mil cincuenta y cuatro), la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma dicha resolución, quedando la causa expedita para decisión final, solo por Nombramiento Ilegal. El día miércoles treinta de setiembre de dos mil nueve, en audiencia pública se ha escuchado los argumentos y evaluaciones del Procurador Público, del representante del Ministerio Público, del abogado de la acusada y de la misma acusada, por lo que la causa se encuentra expedita para expedir la correspondiente sentencia, la que se lee en audiencia pública conforme lo manda la primera parte del inciso cuatro del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú.

CONSIDERANDO:

Primero: delimitación de los cargos:

La Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo al presentar acusación textualmente formula los siguientes cargos: "...De lo actuado en la Investigación Congresal así como de la Instrucción, se imputa a la encausada Elsa Victoria Canchaya Sánchez haber cometido los ilícitos penales de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, estafa y falsedad genérica; en cuanto al primer delito se indica, por haber nombrado a la señorita Jacqueline Simón Vicente como Asesora dos nivel SP seis de su despacho, a sabiendas que no cumplía con los requisitos exigidos, contraviniendo las disposiciones administrativas contenidos en los Acuerdos de Mesa número doscientos sesenta y tres - noventa y ocho - noventa y nueve/CONSEJO-CR, número cero diez - noven-

ta y nueve -dos mil/CONSEJO-CR y número trescientos setenta y dos - dos mil dos - dos mil tres /MESA - CR, de fechas veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve, diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve y veinticuatro de enero de dos mil tres, respectivamente, con la agravante que la referida asesora laboraba para la Congresista como trabajadora del hogar, dedicada exclusivamente al cuidado de sus menores hijos, conforme aparece de los videos del programa periodístico "Cuarto Poder", difundidos los días veintidós y veintinueve de abril de dos mil siete...". **(sic)**

La Fiscalía Suprema acusadora considera que los hechos están calificados, previstos y penados por el artículo trescientos ochentiuno del Código Penal que dice: "El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurre los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días - multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales, será reprimido con la misma pena." En la citada acusación la Fiscalía Suprema demanda se le imponga a la acusada: ciento veinte días-multa, inhabilitación por el término de tres años conforme a los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Penal, y se le obligue al pago de treinta mil Nuevos Soles, por concepto de reparación civil a favor del Estado.

Segundo: actuación probatoria:

Durante la investigación judicial en sus periodos ordinario y ampliatorio se han llevado a cabo las siguientes diligencias vinculadas a los hechos materia de la acusación:

DOCUMENTALES:

Uno: Copias Certificadas del Acuerdo de Mesa N.º 263-98-99/CONSEJO- CR, del 23 de marzo de 1999, que aprobó el cuadro de perfiles que se deben cumplir para el contrato de asesor de comisión, especialista parlamentaria y asesor de congresista. Acuerdo de Mesa N.º 010-99-2000/CONSEJO-CR, del 17 de agosto de 1999, que acordó: para ser asesor de comisión se debe tener grado académico, título profesional universitario y otro establecido en la Ley Universitaria N.º 23733 y

normas complementarias. La remuneración es la correspondiente al nivel salarial 9. Los niveles salariales para los asesores de los congresistas son: nivel 8 en el caso de quienes tengan grado académico (o su equivalencia, según el acuerdo número 263-98-99/CONSEJO-CR) y nivel 7 para quienes no tienen grado académico ni título universitario; Acuerdo de Mesa N.º 372- 2002-2003/MESA-CR, del 24 de enero de 2003, que acordó: autorizar a la Gerencia General y a la Gerencia de Recursos Humanos para que efectúen la contratación de un asesor adicional, con nivel remunerativo 6, por cada despacho congresal, a partir del tres de febrero dos mil tres. Dichos documentos corre a fojas cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos cuarentiuno.

Dos: Copia Certificada del cuadro de perfiles para Asesor de Despacho Congresal, de fojas cuatrocientos cuarentidós, que indica: grado universitario (más experiencia profesional no menor de un año) o estudios técnicos superiores, más experiencia laboral no menor de tres años en la especialidad o amplia experiencia laboral, no menor de cinco años en temas que lo califiquen para la función.

Tres: Copia Certificada del Memorándum N.º 050-2007-EVCS/CR del 03 de enero de 2007, a fojas cuatrocientos diesiséis, dirigido al Director de Recursos Humanos -Miguel García Foy, por parte de la Congresista Elsa Victoria Canchaya Sánchez, sobre contrato de personal, mediante el cual comunica que el señor Jesús Jorge Huaman Rojas, ha prestado sus servicios como Asesor 2, hasta el 31 de diciembre de 2006, y que en su reemplazo ingresará la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente, quien se desempeñara como Asesor 2, a partir del uno de enero de dos mil siete.

Cuatro: Memorándum N.º 078-2007-EVCS/CR del 20 de abril de 2007, a fojas cuatrocientos quince, dirigido al Director de Recursos Humanos —Miguel García Foy—, por parte de la congresista Elsa Victoria Canchaya Sánchez, del veinte de abril de dos mil siete, mediante el cual pone en conocimiento que la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente presentó su carta de renuncia el nueve de abril de dos mil siete, y que en la fecha ha entregado el material asignado para el ejercicio de sus funciones.

Cinco: Copia Certificada del Memorándum N.º 079-2007-EVCS/CR, del 20 de abril de 2007, dirigido al Director de Recursos Humanos —Miguel García Foy—, por parte de Elsa Victoria Canchaya Sánchez, mediante el cual comunica que en reemplazo de la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente ingresará la señorita Gabriela Torrejon Comeca quien se desempeñará como Asesor 2.

Seis: Copia Certificada del Informe Técnico Administrativo N.º 087-2007, del 25 de abril de 2007, obrante a fojas cuatrocientos treintinueve, dirigido ai Director de Recursos Humanos del Jefe del Área de Registro y Control del Congreso de la República, mediante el cual informa sobre la situación laboral de la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente, personal de confianza con cargo de asesor con categoría SP nivel 6, en el rubro de observación informa: no se le hizo entrega del fotocheck del congreso que la identifica como servidora de la institución, por falta de documentación, documento obligatorio para el ingreso y tránsito en las instalaciones del Congreso de la República.

Siete: Copia de Cartilla de información Administrativa para Congresistas, de fojas 1203, en la que le pone en conocimiento los derechos y deberes funcionales del Congresista y del nivel académico que requiere el Personal de Confianza.

Ocho: Copia Certificada de la Declaración Jurada de Datos Personales, del 09 de enero de 2007, llenado por Jacqueline Mary Simón Vicente de fojas cuatrocientos once, en la que señala como nivel de estudios secundaria completa, conocimientos básicos de computación, tipo de contrato: personal de confianza; documento entregado el 09 de enero de 2007.

Nueve: Copia Certificada del oficio del Instituto Superior Tecnológico de Lima, en el que se informa que la testigo Jacqueline Simón Vicente se matriculó el catorce de marzo de dos mil siete en la especialidad de técnica en farmacia, adjuntando copia simple de su registro de evaluación, recibo de pago y silabus.

Diez: Copia Certificada del Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República, aprobado por resolución N.º OU-97-OM/CR, del 13 de junio de 1997, obrante a fojas dos mil doscientos noventa y

ocho: en su **artículo 5** establece: "...El ingreso del personal de confianza de los señores congresistas es por designación directa. Corresponde a la Gerencia de Recursos Humanos formalizar el contrato pertinente". En su **artículo 41** establece: " Cada congresista tiene derecho a contar con personal de confianza que labore bajo sus directas órdenes y supervisión. Dicho personal es contratado bajo su propuesta, con sujeción al régimen laboral de la actividad privada". El **artículo 42** establece: "Es condición resolutoria del respectivo contrato de trabajo, el retiro de la confianza o la culminación del mandato legislativo del Congresista que propuso la contratación". En el **artículo 43** establece: "Los trabajadores del Congreso que se desempeñen como personal de confianza de los Congresistas se encuentran sujetos a los alcances del presente Reglamento en lo que corresponda".

Once: Copia Certificada del "Proyecto de Titulación de Predios de las Poblaciones Rurales de Extrema Pobreza y Desmembramiento de Territorio de Comunidades Campesinas ubicadas en zonas urbanas", suscrito por la congresista Elsa Canchaya Sánchez, a fojas dos mil diez.-

Doce: Copia Certificada de los informes números 001, 002, 003, 004 y 005 del año dos mil siete elaborados por Jacqueline Simón Vicente, dirigidos a la congresista Elsa Canchaya Sánchez, a fojas dos mil trece.

DECLARACIONES:

Trece: Testimonial de Tulio Augusto Vizcarra Basto a fojas mil seiscientos veinticinco, señala que se desempeña como Jefe de Control del Área de Registro y Control del Departamento de Personal de la Dirección de Recursos Humanos, cumple la función de controlar la asistencia y permanencia de los trabajadores de planta del Congreso, mientras que los trabajadores de confianza de despachos congresales, su asistencia y permanencia está a cargo del congresista; que no conoce a la señorita Jacqueline Simón Vicente, llegándose a enterar que era asesora de la Congresista Elsa Canchaya Sánchez a raíz de la denuncia periodística; que a través de un memorándum enviado por la citada congresista se contrató a Jacqueline Simón Vicente, documento que luego ingresó al Area de Recursos Humanos, siendo derivado al Departamento de

Administración de Personal en donde se inicia la hoja de ruta del trabajador, llenando un documento con sus datos personales (nombre, el despacho, el cargo a desempeñar), posteriormente se apersona al área de Control de Personal donde llena una declaración jurada de datos personales, debiendo entregar la documentación relacionada con su legajo personal, como currículo sustentado, documento nacional de identidad, antecedentes penales, partida de nacimiento y dos fotografías, los mismos que sirven para otorgar el fotocheck, documento que no se le entregó pues no volvió a apersonarse al área de Control de Personal; que de acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República quien designa a su personal de confianza es el propio congresista, a través de un memorándum.

Catorce: Testimonial Jacqueline Mary Simón de fojas mil seiscientos cuarentlsiete, refiere que laboró en la Notaría de la Congresista Elsa Canchaya Sánchez, posteriormente la propone como asesora 2 nivel SP seis de su despacho congresal, por medio de un memorándum; que la congresista Elsa Canchaya Sánchez le dijo que para ocupar dicho cargo no se requería de título profesional y que no recogió su fotocheck porque la oficina de Recursos Humanos no le informó; que se le asignó la labor recopilar información por medio de encuestas, para el proyecto de titulación de predios de las poblaciones rurales de extrema pobreza y desmembramiento de territorios de las comunidades campesinas ubicadas en el Valle del Mantaro y que por dicha labor no coordinó con ninguna institución y tampoco utilizaba el fotocheck para ganarse la confianza de los campesinos que iba a encuestar y obtener así una veraz información; que la razón por la cual se matriculó en el Instituto Arzobispo Loayza fue porque en el mes de abril de dos mil siete, ya culminaba su trabajo de titulación de tierras.

Quince: Declaración testimonial de Miguel Alfonso García Foy a fojas mil ochocientos siete, refiere que se desempeña como Director del área de Recursos Humanos encargándose de supervisar, dirigir, controlar las áreas que está en el organigrama de la Dirección; que la contratación de Jacqueline Simon Vicente se efectuó por designación directa de la congresista Elsa Canchaya Sánchez a través del memorándum número cero

cincuenta - dos mil siete / EVCS / CR, el que posteriormente fue dirigido a la Oficina de Registro y Control para iniciar su hoja de ruta, con dicha finalidad se le entregó a Simon Vicente una cartilla de información para que trajera toda la documentación necesaria para su ingreso al libro de planilla y un formato de declaración jurada para que llenara todos sus datos, documentos que entregó pero que aún faltaban, razón por la cual no se le entregó su fotocheck, pues no completó su legajo personal; que el control de los legajos se efectúa posteriormente y en principio confían en la buena fe de los congresistas, para contratar a su personal de confianza, quienes son designados directamente por los congresistas, debiendo reunir uno de los requisitos señalados en el acuerdo de mesa número doscientos sesenta y tres; que el uso del fotocheck era obligatorio portar desde el Director de Administración hasta el auxiliar de limpieza.

Dieciseis: Declaración testimonial de Tania Elizabeth Osores Quispealaya de fojas mil novecientos ochenta, refiere que conoce a la congresista Elsa Canchaya Sánchez desde mil novecientos noventa y ocho pues era Decana del Colegio de Notarios de Junín, donde laboraba como secretaria administrativa y que a Jacqueline Simon Vicente la conoció en el año dos mil tres en el domicilio de la citada congresista, cuando acudía a llevarle documentos para despacho, pudiendo observar que otra manipulaba un cochecito, y que se encontraba vestida de blanco; esta testigo informa que fue despedida arbitrariamente por Elsa Canchaya Sánchez, quien la hostilizaba en el trabajo, pero no le tiene enemistad; que reconoce como suya la declaración jurada legalizada notarialmente a fojas mil quinientos dieciocho en la que reconoce.

Diecisiete: Declaración testimonial de José Francisco Cevasco Piedra de fojas dos mil ciento cincuenta y uno, refiere que se desempeñó como Oficial Mayor y realizó las funciones de Secretario de Despacho del Consejo Directivo, Mesa Directiva, asesoraba en los aspectos reglamentarios al Presidente del Congreso, a los miembros de la Mesa Directiva y a los congresistas; que desde hace diez años el congresista estaba facultado para designar un asesor de confianza sin tener título profesional, luego evoluciona y se establecen requisitos académicos y de experiencia para estos cargos, explicando que el requisito de la ex-

periencia está ligado a las funciones congresales, como representación, fiscalización, control político y legislación; que es la máxima autoridad del servicio parlamentario (oficinas administrativas del Congreso y los despachos congresales, comisiones y plenos del Congreso), así pues tiene conocimiento que el congresista designa al personal de confianza y ejerce control sobre su labor y permanencia en el despacho congresal; que la designación que hace el congresista, como alta autoridad, no es objeto de observación o evaluación por parte de la oficina de Recursos Humanos, pues prima el principio de buena fe, en base a dicha designación se contrata al personal de confianza.

Diecinueve: Declaración testimonial de Graciela Maricruz Montalvo Carlin de fojas tres mil doscientos noventa y cinco, refiere que no conoce a la encausada Elsa Canchaya Sánchez, pero sí a Jacqueline Simón Vicente pues ha sido su alumna en el Instituto Superior Arzobispo Loayza en la especialidad de farmacia, la misma que empezó a estudiar en el mes de marzo, no habiendo completado la unidad debido a que dejó de asistir, reconociendo como suyos los registros de evaluación del año lectivo dos mil siete, correspondientes a los cursos de primeros auxilios y educación cívica y que no ha sufrido ninguna alteración; que la institución al momento de la matrícula le entregan a todos los alumnos una mochila y chaqueta de color blanco con el logo de la institución.

Veinte: Declaración testimonial de Julio Solar Flores de fojas tres mil doscientos doce, refirió conocer la calidad personal de la encausada Canchaya Sánchez, constándole que es una persona honesta y honorable, que en el ejercicio de su profesión como abogado concurría a la Notaría de la citada encausada observando que se encontraba la señorita Jacqueline Mary Simón Vicente quien se encargaba de recepcionar las minutas para ser elevadas a Escritura Pública y en muchas oportunidades lo atendió.

Veintiuno: Declaración testimonial de Sonia Ruth Blanco Campos de fojas tres mil doscientos diecisiete, refirió haber laborado en la Notaría de encausada Elsa Canchaya Sánchez, donde conoció a Jacqueline Simón Vicente, quien ingresó a laborar en la Notaría desde el año dos mil tres hasta el año dos mil cinco, que su función era ver que la documentación que presentaban los clientes cumplan con los requisitos necesarios.

Veintidós: Declaración testimonial de Ricardo Marino Bullón Matos de fojas tres mil doscientos setenta y uno, refirió no conocer a la señorita Jacqueline Simón Vicente, pero a raíz de los hechos materia de investigación que se dieron a conocer a través de los medios de comunicación, pudo identificar a dicha persona como una persona que trabajaba en la Notaría de la señora Canchaya, y que durante la campaña política de la señora Canchaya, entregaba volantes alusivos a la postulación al Congreso de la referida encausada.

Veintitrés: Declaración testimonial de Isaac Pablo Matos Sotelo, a fojas tres mil doscientos setenta y cuatro refirió haber desempeñado el cargo de Juez y Vocal Superior en la Corte Superior de Huancayo, y que en el periodo dos mil cuatro a dos mil seis fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Junín, destacó la honorabilidad de la procesada Elsa Canchaya Sánchez.

Veinticuatro: Declaración testimonial de Janett Mariluz Ambar Quispe, a fojas tres mil doscientos setentiocho, refirió haber laborado en la Notaría de la procesada Canchaya Sánchez, donde conoció a la señorita Jacqueline Simón Vicente ya que esta se dedicaba a llevar expedientes de una oficina a otra y que posteriormente pasó a laborar en el área de legalizaciones de documentos y firmas, luego en el área de escrituras públicas, revisando los documentos que iban a ser elevados a escritura pública.

Veinticinco: Declaración testimonial de Gabriela Torrejón Comeca, de fojas tres mil doscientos ochenta y seis, refirió que era asesora SP seis del Despacho congresal de la encausada Elsa Canchaya Sánchez, donde conoció a Jacqueline Simón Vicente quien realizaba labores de recolección de información para un proyecto de titulación de tierras, no constándole si realizó dicha labor; que a propuesta de la encausada Elsa Canchaya Sánchez fue contratada como asistente de despacho con nivel SP seis y asumió a mérito de un memorándum emitido por la citada encausada, que para ello presentó un curriculum documentado.

Quinto: la acusada Elsa Victoria Canchaya Sánchez:

Según el informe de RENIEC de fojas mil cuatrocientos ocho está inscrita con el número cero seis millones setecientos cincuentiún mil novecientos sesentiuno, nacida el diecisiete de noviembre de mil no-

vecientos sesentiséis, en el Departamento y Provincia de Lima, con instrucción superior completa, hija de Modesto y Flora, domiciliada en el Jirón Loreto trescientos cincuenta y cuatro.

La acusada al prestar su instructiva en Sede Judicial cuyas actas corren a fojas mil cuatrocientos cincuenta y nueve, informa: que conoce a Jacqueline Simon Vicente pues ingresó a laborar en su Notaría a partir de enero de dos mil tres hasta el dos mil seis, siendo registrada en la planilla denominada "Formación Laboral Juvenil", conforme lo acredita con la copia simple del "Convenio de Formación Laboral Juvenil"; que es cierto que la señorita Jacqueline Simon Vicente se desempeñó como asesora de su despacho congresal desde los primeros días del mes de enero al nueve de abril de dos mil siete, pues la propuso a través del memorándum número cero cincuenta - dos mil siete - EVCS / CR y que no requería título profesional para ocupar dicho cargo, según la cartilla de información que le proporcionaron; que le asignó la labor de recopilar información sobre titulación de tierras de los pobladores del Valle del Mantaro, la misma que culminaba en el mes de abril de dos mil siete, luego de lo cual retomaría sus estudios de técnico en farmacia, no necesitaba contar con fotocheck para realizar dicha labor; que Jacqueline Simón Vicente estaba apta para ocupar el cargo de asesora dos nivel SP seis, pues contaba con grado de instrucción secundaria completa y la formación de tres años, que le dio en su Notaría; que solo propuso a Simón Vicente, siendo el área de Recursos Humanos la encargada de calificar las proposiciones a fin de poder contratarlos, conforme lo establece el artículo ciento treintinueve del Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República; que para realizar la labor de recopilación de información que tiene una estrecha amistad y confianza con Jacqueline Simón Vicente, siempre le ha hecho favores personales como realizar depósitos bancarios, pago de cuentas personales, tener la llave de su despacho notarial e incluso en recoger del colegio a sus menores hijos.

Sexto: Oposiciones:

Uno: Por resolución del seis de agosto de dos mil siete, la Vocalía Suprema de Instrucción ordenó la actuación de medios probatorios solicitados por el abogado defensor de la encausada Elsa Canchaya Sánchez mediante

escrito de fecha tres de agosto de dos mil siete, pues consideró pertinente para los fines a que se contrae la primera parte del artículo setenta y dos del Código de Procedimientos Penales, disposición contra la que formuló oposición el Procurador Público del Poder Legislativo mediante escrito de fecha quince de agosto de dos mil siete, de fojas dos mil sesenta y nueve, absolviendo traslado el abogado defensor y la precitada encausada a fojas dos mil doscientos cuarenta y ocho y dos mil cuatrocientos treinta y seis, respectivamente, disponiendo el Vocal Instructor sea resuelta conjuntamente con la sentencia dicha oposición, mediante resolución del diecinueve de setiembre de dos mil siete; al respecto cabe precisar que el Juez Instructor es el director de la investigación, y en ese sentido tiene la función de admitir y actuar medios probatorios sobre el tema materia de prueba que considera son pertinentes y útiles para el esclarecimiento judicial de los hechos y en cuanto, no afecten los derechos fundamentales de la persona (es decir, constituyan prueba prohibida).

Dos: El Abogado defensor de la encausada Elsa Canchaya Sánchez solicitó el once de setiembre de dos mil siete —véase fojas dos mil quinientos cuarenta y cinco—, la declaración testimonial de los congresistas Víctor Ricardo Mayorga Miranda y Cayo Cesar Galindo Sandoval, siendo que por resolución del catorce de setiembre de dos mil siete, de fojas dos mil seiscientos cuarenta y cuatro, la Vocalía Suprema de Instrucción admitió la actuación de dichas testificales, disposición contra la que formuló oposición el Procurador Público del Poder Legislativo, pues no era conducente ni pertinente al no ser materia de investigación; sin embargo, ante el inminente vencimiento del período extraordinario de investigación, por resolución del veintiuno de setiembre de dos mil siete —véase fojas tres mil catorce—, se dispuso se tenga presente en lo que fuera de ley y de la revisión de autos se advierte que no se actuaron las mencionadas testificales, careciendo de objeto pronunciamiento sobre la oposición formulada.

Séptimo: Tachas:

Durante la etapa de la investigación judicial, a solicitud de las partes —procesada y Procurador—, se han formado incidentes de tachas encontrándose con sus respectivos dictámenes Fiscales y expeditos para resolver, siendo estos los siguientes:

Uno: Tacha de videos adjuntados en la denuncia de la Fiscal de la Nación Rotulados: a) denuncia contra la parlamentaria Elsa Canchaya por contrato irregular de asesoría en el Congreso emitido en el Programa "Cuarto Poder" el domingo 22 de abril y **b)** canal "N" el lunes 23 de abril de 2007, formulado con fecha seis de julio de dos mil siete, por la procesada Elsa Victoria Canchaya Sánchez, solicitud que fue reiterada el veinte de agosto de dos mil siete (fs. 114) por la defensa de la procesada, a fin de que se comprenda en el mencionado recurso de tacha, el video emitido con fecha veintinueve de abril de dos mil siete por el programa "Cuarto Poder", argumentando que los citados videos presentados es una prueba ilícita por que han sido obtenidos invadiendo el derecho a la intimidad y otros derechos constitucionales, al respecto cabe señalar, que debe desestimarse lo solicitado conforme a las diligencias de visualizaciones y transcripciones, obrantes a fojas ciento cincuenta y tres y ciento noventa y cinco del referido incidente, las mismas que han sido realizadas con la presencia de la procesada, su defensa, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública; y además se debe tomar en cuenta el pronunciamiento del Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, en su dictamen número mil ciento cincuenta y cinco-dos mil siete, de fecha veinte de agosto de dos mil siete, obrante a fojas ciento dos del citado cuaderno, que precisa "...en suma es la base material de la imputación inicial y sirve de pauta para actuar válidamente pruebas por los operadores penales debido a su relación objetiva con la verdad, y cuyo resultado se analizará críticamente en la estación procesal correspondiente. El video no es prueba ya que no ha sido obtenida por autoridad oficial sino, reitera, información probatoria, fuente de prueba que por sí sola no puede acreditar el delito, empero sirvió de basamento de sendas investigaciones oficiales del Congreso de la República que habilitó la práctica de la presente investigación jurisdiccional...".

Dos: Tacha de la testigo Tania Elizabeth Osores Quispealaya Formulada por la procesada Elsa Canchaya Sánchez fundamentando, que tiene una marcada enemistad con esta persona por que es sobrina del ex -Decano del Colegio de Notarios de Junín doctor Arturo Quispealaya Cerrón, por haberle propuesto su destitución de dicho Colegio; que debe desestimarse esta petición, en atención a la diligencia de la decla-

ración testimonial de la citada persona, realizada el trece de agosto de dos mil siete, obrante a fojas mil novecientos ochenta y uno del presente proceso, con la presencia del Ministerio Público, Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo y los abogados defensores de la procesada; así como al pronunciamiento del señor Fiscal Supremo en lo contencioso administrativo, en su dictamen número mil ciento cincuenta y seis -dos mil siete, de fecha veinte de agosto de dos mil siete, que obra a fojas ciento cuarenta y siete del referido incidente, que precisa "...la indicada relación parental es insuficiente para acreditar una causal de deslegitimación absoluta de las calidades del testigo, máxime si sus afirmaciones incriminatorias van a ser eventual objeto de valoración probatoria en el estadio procesal correspondiente para determinar finalmente un juicio de convicción valedero de la realidad de los cargos levantados en contra de la encausada ...".

Tres.- Tacha de videos presentados por el Procurador Público del Poder Legislativo Rotulados 1) Fiesta Infantil a fines del año dos mil cuatro y 2) Fiesta infantil filmada en el mes de octubre del año dos mil cinco, formulada por la defensa de la procesada Elsa Canchaya Sánchez, argumentando que los videos ofrecidos por la Procuraduría son pruebas impertinentes y no idóneas en el presente proceso penal; al respecto se debe desestimarse dicha petición, en atención a las diligencias de visualización y transcripción, obrantes a fojas mil ochocientos veinticuatro y mil ochocientos veintiocho, respectivamente, realizadas el primero de agosto de dos mil siete, a las tres y cuatro de la tarde, respectivamente, con la presencia de la procesada, su abogado defensor, el Ministerio Público y el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo; así como al pronunciamiento del señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, en su dictamen número mil doscientos treinta y seis -dos mil siete, de fecha cuatro de setiembre de dos mil siete, obrante a fojas ciento cinco del referido incidente, Indicando lo siguiente: "...su finalidad redundaría positivamente en la posición acusatoria, ya que contribuye a recrear la verdadera relación que tuvo la procesada con la testigo Jacqueline Simón Vicente antes de desempeñar la función pública parlamentaria. La concepción teórica de la prueba penal es más restrictiva que la civil, materia jurídica en que se reputa

como prueba elementos diversos con la más amplia flexibilidad, no así en materia procesal penal en que la actuación probatoria y los elementos de prueba se encuentran fuertemente reglados, es decir, tienen que necesariamente rodearse de múltiples garantías para su admisibilidad. En conclusión ...la impugnación interpuesta no procede, toda vez que al contrario de lo alegado por la defensa de la procesada, sí se le considera contextualizado con la Teoría del Caso que se pretende sustentar en la presente investigación, razón por la que debe ser incluido dentro del material que se viene colectando para dichos fines; admitir contrario sensu, significaría impugnar un dato de la realidad...".

Cuatro: Tacha del testigo Ronald Rómulo Venero Bocángel, formulado por la defensa de la procesada Elsa Canchaya Sánchez, fundamentando que existe una causal que inhabilita al testigo ofrecido, la existencia de una marcada parcialidad en la declaración del referido testigo, por la existencia de procesos judiciales entre su patrocinada y el testigo, al respecto se señala que debe desestimarse, en atención a la declaración testimonial de la mencionada persona, que obra a fojas dos mil seiscientos veintitrés del principal, la misma que se llevó a cabo el trece de setiembre de dos mil siete, con la presencia del Ministerio Público, el Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, la inculpada y sus abogados defensores; y además se debe tener en cuenta el pronunciamiento del señor Fiscal Supremo en lo contencioso Administrativo, en su dictamen número mil doscientos treinta y cinco —dos mil siete—, de fecha cuatro de setiembre de dos mil siete, obrante a fojas ciento uno del mencionado cuaderno, indicando lo siguiente: "... la realización de la diligencia permite al juzgador analizar no solo la personalidad del testigo, sino también sus relaciones con el afectado por su testimonio, así como sus posibles motivaciones supuestamente encubiertas, a decir de la impugnante; pero en cuanto al contenido de su declaración, esta necesariamente requiere de la coherencia en el relato y que su acreditación sea coincidente con los demás indicadores que aportan las diligencias resultantes de la actuación probatoria, lo que eventualmente la consolidará o la desvirtuará en su congruencia y solidez. Prueba de ello es la propia conducta procesal de la impugnante en un similar, en el que se desistió de la tacha formulada

contra otro testigo, luego de realizada su deposición, por convenir su defensa. Igualmente para el presente caso debe franquearse el juicio de valoración del Juez, aunque medien elementos ciertos de parcialidad, a fin de determinar qué datos de la realidad aportados por el testigo y debidamente corroborados con otros elementos indiciarios, son rescatable y aprovechable para los fines del proceso...".

Cinco: Tacha contra los documentos, a) Plan de trabajo del Proyecto denominado "Titulación de Predios de las Poblaciones Rurales de extrema pobreza y desmenbramiento de Territorio de Comunidades Campesinas ubicadas en zonas Urbanas", b) Los cinco informes presentados por la señorita Jacqueline Simón Vicente a la Congresista Elsa Canchaya Sánchez, c) Las quinientos trece encuestas, d) Dieciocho oficios que llegaron al despacho de la Congresista Elsa Canchaya Sánchez y e) El informe final número ocho del trabajo realizado por la asesora de la Congresista, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo, argumentando que las pruebas tachadas no garantizan su valor probatorio por la vinculación entre dos personas por procesos penales y que por ser documento privado no se puede establecer su credibilidad por que puede ser una prueba elaborada con posterioridad a los hechos, por lo que lo solicitado debe desestimarse.

Seis: tacha contra el documento presentada por el Abogado defensor de la inculpada en el que adjunta la comunicación remitida por la Contadora Mirtha Tolentino Churampi de fecha quince de agosto de dos mil siete, formulada por el Procurador Público Adjunto del Poder Legislativo, fundamentando que dicha tacha se encuentra relacionada en el hecho de querer comprobar una afirmación vertida por su persona, respecto a que procedió realizar unas publicaciones de un aviso periodístico, solicitando personal para su notaría en Huancayo en el mes de diciembre de dos mil dos y en contraposición a que no pueden sustentar esa afirmación por que no obran los recortes periodísticos; que lo solicitado debe ser desestimado.

Siete: Tacha de los testigos Jorge Jesús Huamán Rojas y Gabriela Torrejón Comeca, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo, argumentando que las declaraciones testimoniales se tachan por el grado de dependencia y la sumisión jerárquica, ya que las referidas

personas ingresaron por disposición de la inculpada a laborar como personal de su confianza, al respecto es del caso desestimar dicha petición, en razón que el primero de los nombrados no prestó su declaración testimonial por inasistencia, conforme obra la constancia de fecha veintiséis de setiembre de dos mil siete, a fojas tres mil doscientos ochenta y cinco y la segunda de las nombradas en atención a la declaración testimonial brindada por la citada Gabriela Torrejón Comeca, que obra a fojas tres mil doscientos ochenta y seis del principal, la misma que se llevó a cabo el veintiséis de setiembre de dos mil siete, con la presencia del Ministerio Público, el Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo y los abogados defensores de la procesada; y además se debe tener en cuenta el pronunciamiento del Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, en su dictamen número mil cuatrocientos cuarenta y nueve, de fecha veinticinco de octubre de dos mil siete, obrante a fojas ciento sesenta y tres del citado cuaderno, indicando lo siguiente ... "En ambos casos el juicio de convicción del Juez examina la validez del testimonio de acuerdo a su relación objetiva con la verdad y la descarta si está impregnada de una subjetividad que la distorsione, para el caso presente, la fundamentación de la tacha se basa en el grado de dependencia y sumisión jerárquica....". La realización de la diligencia permite al juzgador analizar no solo la personalidad del testigo, sino también sus relaciones con el afectado por su testimonio, así como sus posibles motivaciones, supuestamente encubiertas, a decir de la impugnante, pero en cuanto al contenido de su declaración, esta necesariamente requiere de la coherencia en el relato y que su acreditación sea coincidente con los demás indicadores que aportan las diligencias resultantes de la actuación probatoria...".

Ocho: Tacha de los testigos 1) Julio del Solar Flores, **2)** Sonia Ruth Blanco Campos, **3)** Samuel Sánchez Oré, **4)** Ricardo Marino Bullón Matos, **5)** Isaac Pablo Matos Sotelo y **6)** Janeth Mariluz Ambar Quispe, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo, en razón de que las mencionadas personas no fueron testigos ni directa ni indirectamente, puesto que no podrían aportar elemento alguno que sirvan para los efectos de este proceso, al respecto se debe desestimar dicha petición

en atención a las declaraciones testimoniales brindadas por los citados testigos a excepción de Samuel Sánchez Oré, el veinticinco y veintiséis de setiembre de dos mil siete, respectivamente, con la presencia del Ministerio Público, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo y los abogados de la procesada, conforme obran las actas de fojas tres mil doscientos doce, tres mil doscientos diecisiete, tres mil doscientos setenta y uno, tres mil doscientos setenta y cuatro y tres mil doscientos setenta y ocho, respectivamente; así como a la constancia de inconcurrencia a la diligencia de declaración del testigo Samuel Sánchez Oré, de fecha veinticinco de setiembre de dos mil siete, obrante a fojas tres mil doscientos sesenta y cuatro; además se debe tener en cuenta que el señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, en su dictamen número mil cuatrocientos cincuenta y cinco, de fecha veintinueve de octubre de dos mil siete, que corre a fojas novecientos sesentisiete del mencionado incidente, se ha pronunciado precisando lo siguiente: "...la realización de la diligencia permite al juzgador analizar no solo la personalidad del testigo, sino también sus relaciones con el afectado por su testimonio, así como sus posibles motivaciones, supuestamente encubiertas, a decir de la impugnante; pero en cuanto al contenido de su declaración, esta necesariamente requiere de la coherencia en el relato y que su acreditación sea coincidente con los demás indicadores que aportan las diligencias resultantes de la actuación probatoria, lo que eventualmente la consolidará o la desvirtuará en su congruencia y solidez . Igualmente para el presente caso debe franquearse el juicio de valoración del juez, aunque medien elementos ciertos de duda de su parcialidad y de su integridad, a fin de determinar qué datos de la realidad aportados por el testigo y debidamente corroborados con otros elementos indiciarios, son rescatables y aprovechables para los fines del proceso...".

Octavo: Valoración probatoria:

Uno: Que el artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal, prescribe: "El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa", en tal contexto

normativo, a manera de introducción, cabe precisar que el nombramiento consiste en la designación para un cargo público de una persona determinada, así la persona quien nombra debe ser un funcionario público facultado para efectuar tal nombramiento —competencia funcionarial—, a fin de desempeñar una función pública; nombramiento que debe cumplir con las formalidades o requisitos previstos en la ley y que en su aspecto subjetivo, el tipo penal exige el conocimiento de la ilegitimidad del nombramiento (dolo), por parte del sujeto activo.

Dos: Que, ahora bien, mediante memorándum N.º 050-2007-EVCS/CR del 03 de enero de 2007, la Congresista Elsa Canchaya Sánchez designó a Jacqueline Simón Vicente como asesora dos de su despacho congresal (conducta objetivizada), pese a que no contaba con los requisitos exigidos como son: grado universitario (más experiencia profesional no menor de 01 año) o estudios técnicos superiores, más experiencia laboral no menor de tres años en la especialidad o amplia experiencia laboral, no menor de 05 años en temas que la califiquen para la función, que fuera aprobado en el Acuerdo de Mesa Directiva números doscientos sesenta y tres - noventa y ocho - noventa y nueve/CONSEJO-CR del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el que fue puesto en conocimiento de la encausada Canchaya Sánchez, a través de la cartilla de información administrativa para congresistas, según lo admitió la propia encausada al deponer en su instructiva, aduciendo que para dicho cargo no se requería de título profesional.

Tres: Que, a mayor abundamiento sobre la designación directa del personal de confianza por los congresistas, refieren al respecto Miguel Alfonso García Foy en su condición de Jefe del área de Recursos Humanos y Tulio Vizcarra Basto como Jefe del Control del Área de Registro y Control del Departamento de Personal de la Dirección de Recursos Humanos, agregando además que a Jacqueline Simón Vicente se le hizo entrega de una cartilla de información para que trajera toda la documentación necesaria para su ingreso al libro de planilla correspondiente, adicionalmente se le dio un modelo de declaración jurada de datos personales para que lo llenara, documentos que entregó, pero tenía que regresar porque faltaban otros y sus fotografías recientes para

la elaboración de fotocheck, y completar con ello su legajo personal, cosa que no sucedió, no contando así con dicho documento que era de uso obligatorio, y que la calificación del legajo personal se hacía posteriormente, pues se confiaba en la buena fe de la congresista Elsa Canchaya Sánchez, según aseveró García Foy. Que, el artículo quinto del Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República aprobado por resolución N.º 011-97-OM/CR, del 13 de junio del 1997, establece que la contratación del personal de confianza de los señores congresistas, se efectúan por su designación directa; distinguiéndose de esta manera el acto de nombramiento efectuado por designación directa de los congresistas; el acto de calificación administrativa de su legajo personal, que lo realiza posteriormente la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República, determinándose con convicción que el dominio del hecho (capacidad decisoria) en el acto de nombramiento de la señorita Jacqueline Simón Vicente lo tuvo la congresista Elsa Canchaya Sánchez quien de manera voluntaria y pese a que conocía con antelación la falta de idoneidad para el puesto de asesora de despacho congresal (dolo directo), establecido en el Acuerdo de Mesa Directiva doscientos sesenta y tres - noventa y ocho - noventa y nueve / CONSEJO - CR, toda vez que era su empleada del hogar; que, la función presunta que realizó sobre levantamiento de encuestas en comunidades campesinas del Valle del Mantaro no lo realizó identificándose como asesora de despacho congresal, al no haber recabado su fotocheck.

Cuatro: Que la acusada por sus condiciones personales (abogada y Congresista de la República) tenía el deber de hacer una **designación** cumpliendo las exigencias y requisitos de la normatividad antes señalada, según lo manda el artículo treintiocho de la Constitución Política del Perú que establece: "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"; el rol de la inculpada Elsa Canchaya Sánchez en su condición de Congresista de la República, era designar a su personal de confianza y cumplir con la normatividad en dicha designación, función que la Dirección de

Recursos Humanos del Congreso de la República esperaba se cumpla correctamente, en virtud del Principio de Confianza (categoría de la imputación objetiva), que debe prevalecer en un régimen de división de roles; y que en mérito a dicha designación o nombramiento la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República, procedió contratar a Jacqueline Simón Vicente como asesora del despacho congresal de Elsa Victoria Canchaya Sánchez, sin perjuicio de que posteriormente califiquen dicha designación; de este modo, se ha probado de manera suficiente la materialidad del delito y la responsabilidad penal de la encausada Elsa Canchaya Sánchez, quedando enervada la presunción de inocencia que le garantiza la Constitución Política del Perú en su literal e), inciso veinticuatro del artículo segundo; por lo que es de aplicación lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales.

Noveno: Determinación Judicial de la Pena:

Para efectos de la dosificación punitiva o efectos de imponer una sanción penal, se debe considerar el principio de razonabilidad y proporcionalidad y los criterios rectores establecidos en los artículos cuarenticinco y cuarentiseis del Código Penal, garantizando que la sanción penal guarde correlación con el injusto penal y la culpabilidad del agente, considerando los fines de la prevención general y prevención especial; en ese orden de ideas, la encausada Elsa Canchaya Sánchez infringió los deberes de función que se le asignó en su calidad Congresista de la República, condición personal que hace más reprochable su accionar por su condición de abogada; y que ha afectado gravemente al bien jurídico que es el correcto funcionamiento de la Administración pública.

La pena de inhabilitación corresponde imponer por mandato del artículo cuatrocientos treinta y seis del Código Penal porque la acusada a cometido el hecho en su condición de funcionaría y/o servidora pública.

Décimo: Determinación de la reparación civil:

La reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad —civil y penal— protege al bien jurídico en su totalidad, la misma que debe fijarse conforme a lo establecido en el artículo no-

venta y tres del Código Penal, restituyendo el daño ocasionado por un ilícito penal, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente; que la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo se obligue a la sentenciada al pago de treinta y mil nuevos soles por concepto de reparación civil, al respecto la Procuraduría Pública no ha ofrecido las pruebas que le faculta el artículo doscientos veinte y siete del Código de Procedimientos Penales.

Por estos fundamentos, administrando justicia a Nombre de la Nación y con el criterio de conciencia, es decir metodológicamente como aconseja el artículo doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales, el Juez Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú:

FALLA:

Primero: DECLARANDO INFUNDADAS:

1) La Tacha de Videos adjuntados en la denuncia de la Fiscal de la Nación Rotulados: **a)** denuncia contra la parlamentaria Elsa Canchaya por contrato irregular de asesoría en el Congreso emitido en el Programa "Cuarto Poder" el domingo 22 y 29 de abril y **b)** canal "N" el lunes 23 de abril de 2007, presentado por la procesada Elsa Victoria Canchaya;

2) La Tacha de la Testigo Tania Elizabeth Osores Quispealaya, deducida por la procesada Elsa Victoria Canchaya Sánchez; la Tacha de Videos presentados por el Procurador Público del Poder Legislativo Rotulados: **a)** Fiesta Infantil filmada a fines del año dos mil cuatro y **b)** Fiesta infantil filmada en el mes de octubre del año dos mil cinco, deducida por la defensa de la procesada Elsa Victoria Canchaya Sánchez;

3) La Tacha del testigo Ronald Rómulo Venero Bocangel, deducida por la defensa de la procesada Elsa Victoria Canchaya Sánchez;

4) La Tacha contra los documentos **a)** "Plan de Trabajo del Proyecto Denominado Titulación de predios de las Poblaciones Rurales de extrema pobreza y desmenbramiento de territorio de comunidades campesinas ubicadas en zonas urbanas", **b)** Los cinco informes

presentados por la señorita Jacqueline Simón Vicente a la Congresista Elsa Canchaya Sánchez, **c)** Las quinientos trece encuestas, **d)** Dieciocho oficios que llegaron al despacho de la Congresista Elsa Canchaya Sánchez y e) El informe final número ocho del trabajo realizado por la asesora de la Congresista, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo;

5) La Tacha contra el documento presentado por el abogado defensor de la inculpada en el que adjunta la comunicación remitida por la Contadora Mirtha Tolentino Churampi, de fecha quince de agosto de dos mil siete, formulada por el Procurador Público Adjunto del Poder Legislativo;

6) La Tacha de testigos Jorge Jesús Huamán Rojas y Gabriela Torrejón Comeca, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo;

7) La Tacha de los testigos **1)** Julio del Solar Flores, **2)** Sonia Ruth Blanco Campos, **3)** Samuel Sánchez Oré, **4)** Ricardo Marino Bullón Matos, **5)** Isaac Pablo Matos Sotelo y **6)** Janeth Mariluz Ambar Quispe, formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo por el delito de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público en agravio del Estado.

Segundo: DECLARANDO INFUNDADA la oposición formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo respecto de la actuación de medios probatorios solicitados por la defensa de la encausada Elsa Victoria Canchaya Sánchez, mediante escrito de fecha tres de agosto de dos mil siete y **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la oposición formulada por el Procurador Público del Poder Legislativo respecto de la actuación de las testificales de los señores congresistas Víctor Ricardo Mayorga Miranda y Cayo Cesar Galindo Sandoval, solicitados por la defensa de la encausada Elsa Victoria Canchaya Sánchez, mediante escrito de fecha once de setiembre de dos mil siete.

Tercero: DECLARANDO responsable penalmente a doña Elsa Victoria Canchaya Sánchez como autora de la comisión del Delito de nombramiento ilegal para ejercer cargo público, en agravio del Estado.

Cuarto: IMPONIENDO a Elsa Victoria Canchaya Sánchez la pena de multa de ciento veinte días-multa equivalente al treinta por ciento de su ingreso promedio diario y que se determinará atendiendo al haber que ha percibido como Congresista de la República y que se pagará a favor del Tesoro Público en ejecución se sentencia, dentro de los diez días de pronunciada esta sentencia, bajo expreso apercibimiento de convertirse, previo requerimiento judicial con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.

Quinto: IMPONIENDO la pena de inhabilitación a Elsa Victoria Canchaya Sanchez, consecuentemente se resuelve: privarla del cargo de Congresista de la República; y declarar la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; todo por el período de tres años contados desde el siete de junio de dos mil siete hasta el seis de junio de dos mil diez

Sexto: FIJANDO en treinta mil Nuevos Soles por concepto de reparación civil que la sentenciada deberá abonar a favor del Tesoro Público con sus bienes propios, libres y realizables o con el tercio de su haber si fuere el caso; en ejecución de sentencia.

Séptimo: DISPONIENDO que consentida y/o ejecutoriada que sea esta sentencia se remitan los testimonios de condena a las siguientes instituciones:

1) Registro Central de Condenas de la Corte Suprema de la República;
2) Jurado Nacional de Elecciones;
3) Presidencia del Consejo de Ministros;
4) Congreso Nacional de la República;
5) Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario.
6) RENIEC

Para las anotaciones que corresponda, dichas instituciones, avisaran a este Órgano Jurisdiccional de la recepción y cumplimiento.

Lima, miércoles 07 octubre 2009.

CAPÍTULO II
PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. BREVE COMENTARIO

1. La prisión preventiva: el caso del presidente regional Gregorio Santos

La prisión preventiva dictada por el Juzgado Penal Nacional contra Gregorio Santos Guerrero, dirigente comunero, líder social y político de izquierda (si es que aún se puede utilizar dicho rotulador genérico y no lo suficientemente preciso para indicar una específica orientación socio-política), es sumamente ilustrativa para demarcar lo que sucede en los predios judiciales cuando se trata de adoptar medidas cautelares personales en los casos en los cuales se presentan las cuatro condiciones de fuego para todo juez penal (formado, riguroso y valiente): la extrema mediatización de la denuncia, la naturaleza altamente sensible de los delitos imputados, su politización y el juego de intereses.

Y el caso de Santos Guerrero reúne con demasía dichas condiciones, lo que le confirió la naturaleza de un caso difícil para ser asumido con objetividad e imparcialidad. Objetividad e Imparcialidad, cuya presencia o ausencia, podrá advertirse de la lectura de las resoluciones judiciales que privilegiaron presunciones negativas, no valoraron los arraigos (domiciliario, familiar y laboral), omitieron valorar indicadores positivos en la conducta procesal de Santos Guerrero y supuso el ingreso de argumentaciones subjetivas por parte de los jueces para sustentar y ulteriormente confirmar una medida cautelar de pérdida de libertad, altamente discutible.

A través del desarrollo descriptico y argumentativo de tres documentos (El requerimiento fiscal de prisión preventiva; la resolución del Juzgado Penal Nacional de Investigación Preparatoria, precedida de la respectiva audiencia en la que se debatió el caso y la resolución de segunda instancia del colegiado superior de la Sala penal Nacional que confirmó la prisión preventiva) se puede tener un cuadro lo suficientemente explícito acerca de lo que sucedió jurídica, argumentativa y procesalmente en esta causa que tiene a Gregorio Santos sometido a prisión preventiva por ya 24 meses, en un esquema procesal en el cual, los procedimientos alternativos de cesación de prisión preventiva y las casaciones presentadas ante la Corte Suprema no han variado el estado de confirmación de la extrema medida cautelar dictada; incluso, en ese esquema los jueces aceptaron el incremento de la prisión preventiva solicitada por la Fiscalía.

A nivel constitucional, los jueces (en primera y segunda instancia, con un voto singular) rechazaron liminarmente el habeas corpus presentado a favor de Gregorio Santos. El caso, en vía de recurso extraordinario, se halla ante el Tribunal Constitucional habiéndose producido ya la alegación oral de los abogados de ambas partes, no habiendo dicho Tribunal, emitido decisión, pese al vencimiento del plazo que el Código Procesal Constitucional al respecto establece.

El caso de Gregorio Santos, comunero campesino perteneciente por su origen a un pueblo indígena, líder social cajamarquino, Presidente (Gobernante) Regional reelecto estando en prisión, candidato a la Presidencia de la República (con un envidiable caudal electoral en los resultados de las elecciones presidenciales 2016, dadas las circunstancias de su encierro y ausencia de financiación de su campaña electoral), coloca en tela de juicio la propensión de los jueces penales —por lo menos de un sector— de acudir a argumentos de instrumentalizada subjetividad al momento de evaluar los estándares validadores de la prisión preventiva, e introducir razones nada jurídicas y sobredecisionistas para justificar decisiones de naturaleza cautelar carentes del suficiente rigor jurídico y por lo mismo cuestionables, sin que ello comprometa o invalide las imputaciones de fondo o de naturaleza delictiva a debatir en etapa intermedia o durante el juicio oral.

II. DOCUMENTOS

1. Requerimiento de prisión preventiva

CARPETA FISCAL 02-2012
EXPEDIENTE JUDICIAL N.º 91-2014
Investigado : Gregorio Santos Guerrero y otros
Delito : Colusión y otros
Agraviado : Estado.
Sumilla : Requiere prisión preventiva

Señora Dra.:
JUANA MERCEDES CABALLERO GARCÍA
Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional.

WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR, Fiscal Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con domicilio procesal en el Jr. Lampa N.º 597, esquina con Jr. Miroquezada, Cercado de Lima; en la investigación preparatoria seguida contra Gregorio Santos Guerrero y otros, por la presunta comisión de los delitos contra la Administración pública —colusión—, cohecho pasivo propio-, contra la tranquilidad pública —asociación ilícita para delinquir—, contra la fe pública —uso de documento público falso—, y delito contra la administración justicia —falsa declaración en procedimiento administrativo—, en agravio del Estado Peruano y la sociedad, a Usted atentamente digo:

I. PETITORIO

En mérito de lo dispuesto por el artículo 159° de la Constitución Política y de conformidad con lo establecido en los artículos 268°, 269°, 270° y 272° del Código Procesal Penal, **FORMULO REQUERIMIENTO DE MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVA**, por el plazo de 18 meses, contra:

Gregorio Santos Guerrero, a quien se le imputa en calidad de autor el delito contra la Administración pública-cohecho pasivo propio (art. 393 CP), Colusión agravada y simple (art. 384° C.P.), en agravio del Estado; y en calidad de autor, el delito Contra la Tranquilidad Pública —**Asociación Ilícita** (art. 317° CP)— en agravio de la sociedad.

Juan Enrique Salazar Silva, a quien se le imputa en calidad de **CÓMPLICE** el delito contra la Administración pública-cohecho pasivo propio (art. 393° CP).

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS IMPUTADOS

Nombre y apellidos: Gregorio Santos Guerrero

Documento de identidad: [...]

Sexo: Masculino

Fecha de Nacimiento: 09 de Octubre de 1966

Edad: 47 años

Estado civil: casado

Lugar de Nacimiento: [...]

País: Perú

Departamento: Cajamarca

Provincia: San Ignacio

Distrito: Chirinos

Nombre del padre: Gregorio Santos Neyra

Nombre de la madre: Máxima Guerrero Martínez

Grado de instrucción: Superior Universitaria - Docente

Ocupación: Presidente Regional de Cajamarca

Dirección señalada ante este despacho fiscal: [...]

Domicilio laboral: [...]

Domicilio procesal: Casilla del Colegio de Abogados de Lima N.º 4435-sede 4to. piso del Palacio Nacional de Justicia.

Nombre de su abogado defensor: Fidel Rojas Vargas y Enrique José Llontop Quesquén

Correo electrónico: [...]

Teléfono: [...]

Nombre y apellidos: Juan Enrique Salazar Silva

Documento de identidad: [...]

Sexo: Masculino

Fecha de Nacimiento: 28 de Febrero de 1985

Edad: 29 años

Estado civil: soltero

Lugar de Nacimiento:

País: Perú

Departamento: Cajamarca

Provincia: Cajamarca

Distrito: Cajamarca

Nombre del padre: Juan Jesús

Nombre de la madre: María Octavila

Grado de instrucción: Secundaria completa

Ocupación: Conductor del Gobierno Regional de Cajamarca

Domicilio según RENIEC: [...]

Domicilio señalado en currículo[1]: [...]

1 Información obtenida mediante Acta de verificación de documentos de fecha 11 de junio de 2014.

Domicilio procesal: No ha señalado en autos.

Teléfonos señalados en su currículo: [...]

Correo electrónico señalado en su currículo: [...]

III. IMPUTACIÓN

Que, conforme se ha detallado en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y disposición de la ampliación, corrección y adición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, las premisas fácticas de la presente investigación, en sucinto son las siguientes:

Los hechos que dieron lugar a la presente investigación tienen su origen en las publicaciones del Diario "Peru21", de fechas 17, 18 y 19 de septiembre de 2012, mediante las cuales se informó que existía un grupo de empresas vinculadas al señor Wilson Manuel Vallejos Díaz (Servicios Múltiples del Norte S.A.C., CCC Constructora e Inmobiliaria S.A.C., BSP Obras E.I.R.L. CASSUN Ingenieros S.A.C. y CINAMC S.A.C.) que habrían sido favorecidas indebidamente con el otorgamiento de la buena pro en millonarias licitaciones convocados por PROREGION (Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca); contando con la participación de José Panta Quiroga (Director de PROREGION) y Juan Ricardo Coronado Fustamante (Administrador de PROREGION).

Conforme la disposición de formalización de investigación preparatoria, de fecha 13 de mayo de 2014, disposición de ampliación, corrección y adición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, de fecha 22 de mayo de 2014 y la disposición de ampliación de la investigación preparatoria de fecha 13 de junio de 2014, la imputación es la siguiente:

Se imputa que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional-PROREGION, se gestó una **organización criminal** destinada a cometer delitos contra la Administración pública, especialmente vinculada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculadas al señor Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle .

Dicha organización estaría liderada por su Presidente Regional, Gregorio Santos Guerrero, quien a su vez se desempeña como Presidente del Comité Directivo de PROREGION, e integrada por su exdirector ejecutivo, José Panta Quiroga, su exadministrador, Juan Ricardo Coronado Fustamante, el Jefe de la Unidad de Ingeniería, Herbert Wilderd Bravo Saucedo; el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal, Fuaad Abdala Samham Graham; el Jefe de la Unidad de Estudios, Fernando Armando Díaz Carnero; el ex Jefe de la Unidad de Tesorería, Aristides Atilio Narro Miranda; el Jefe de la Unidad de Adquisiciones, Segundo Rudecindo Calua Gamarra; el trabajador de la Oficina de Programación y Presupuesto y actual Administrador de la entidad, Percy Martín Flores del Castillo; así como por los particulares, Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador, Johan Jerry Zavala Ledezma.

Esta organización estaría integrada por una pluralidad de personas, como se ha detallado; organizados estructuradamente en función a criterios de jerarquía, pues como se ha señalado se habría utilizado la propia estructura estatal para gestar una organización ilícita destinada a cometer delitos contra la Administración pública en los diversos procesos de selección convocados por PROREGION; asimismo, existiría uña distribución funcional, de forma que cada integrante desempeñaba un rol concreto, ya sea aprovechándose de su calidad de funcionario público o de extraneus, vinculado a personas jurídicas que participaban en procesos de selección. También existiría una vocación de permanencia, pues dicha organización habría venido actuando desde el año 2011, continuando su vigencia durante el año 2012, incluso posteriormente, durante el tiempo que se han venido ejecutando y liquidando los diversos procesos de selección adjudicados al grupo de empresas vinculados a la asociación ilícita.

La estructura de la organización ilícita, sería la siguiente:

[Se omitió el cuadro]

Imputación al señor Gregorio Santos Guerrero

Por tanto, se imputa en calidad de autores el delito de Asociación Ilícita para Delinquir a los señores Gregorio Santos Guerrero (líder de la organización), José Panta Quiroga, Juan Ricardo Coronado Fustamante, Herbert Wilderd Bravo Saucedo, Fuaad Abdala Samham Graham, Fernando Armando Díaz Carnero, Aristides Atilio Narro Miranda, Segundo Rudecindo Calua Gamarra, Percy Martín Flores del Castillo, Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y Johan Jerry Zavala Ledezma.

Asimismo, se imputa que los funcionarios del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora PROREGION, especialmente el señor **Gregorio Santos Guerrero**, en los procesos de selección L.P. 01-2011-GR.CA/PROREGION, L.P. 03-2011-GR.CA/PROREGION, C.P. 01-2011-GR.CA/PROREGION, A.D.S. 02-2011-GR.CA/PROREGION, A.D.P. 01-2011-GR.CA/PROREGION, L.P. 01-2012-GR.CA/PROREGION, L.P. 02-GR.CA/PROREGION, L.P. 03-GR.CA/PROREGION, C.P. (J2-2012-GR.CA /PROREGION, C.P. 03-2012-GR.CA/PROREGION y A.D.S. 01-2012-GR.CA/PROREGION se habrían concertado con los representantes de las empresas y consorcios que obtuvieron la buena pro en los citados procesos de selección, para defraudar al Estado.

En tal sentido, siendo Gregorio Santos Guerrero el titular del Gobierno Regional y Presidente del Comité Directivo de PROREGION, infringiendo su deber de velar por los intereses patrimoniales de la Entidad y de dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y sus órganos ejecutivos, se concertó con el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, administrador de hecho de la serie de empresas y consorcios beneficiados con la adjudicación de la buena pro en los procesos de selección convocados por PROREGION, antes detallados.

Finalmente, también se imputa al señor Gregorio Santos Guerrero haber recibido sumas de dinero de parte de Wilson Manuel Vallejos Díaz, con la finalidad de realizar actos en violación de sus obligaciones, especialmente vinculados a los procesos de selección convocados por PROREGION.

Imputación contra Juan Enrique Salazar Silva

Se imputa al señor Juan Enrique Salazar Silva, en calidad de cómplice del delito de cohecho pasivo propio, en razón que prestó colaboración al señor Gregorio Santos Guerrero, recibiendo en su nombre sumas de dinero y otras ventajas de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, empresario cuyas empresas vinculadas se encontraban participando en procesos de selección en la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca, PROREGION.

Asimismo, se ha dispuesto la remisión de copias a las Fiscalías Especializadas en pérdida de dominio y lavado de activos, a fin de que actúen conforme a sus atribuciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO.

A) Existencia de fundado y graves elementos de convicción

3.1. Existencia de una organización delictiva al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y de la Unidad Ejecutora PROREGION; así como la existencia de acuerdos colusorios en 11 procesos de selección convocados por PROREGION

Después de llevada a cabo la investigación preliminar se imputa que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca se habría estructurado una organización delictiva destinada a cometer delitos contra la Administración pública; organización liderada por su Presidente Regional, Gregorio Santos Guerrero, e integrada por Funcionarios de la Unidad Ejecutora de dicho Gobierno Regional, Unidad de Programas Regionales PROREGION, así como por particulares representantes de empresas. Dicha organización criminal estaba destinada a cometer delitos de Corrupción de Funcionarios, especialmente: Colusiones y Cohecho s en los diversos procesos de selección convocados por PROREGION.

En tal sentido, se imputa también que en 11 procesos de selección convocados por PROREGION, respecto a la construcción de hospitales, electrificación rural y construcción del muro de encauzamiento del Río Lajas, habría existido un acuerdo, colusorio entre los funcionarios

públicos, entre ellos, el propio Presidente Regional de Cajamarca; José Panta Quiroga, exdirector Ejecutivo de la Unidad Ejecutora PROREGION, Juan Ricardo Coronado Fustamante, exadministrador de la citada Unidad Ejecutora, otros funcionarios de PROREGION de menor jerarquía, tanto aquellos que participaron como miembros del comité especial en los procesos de selección o tenían alguna participación, en razón al cargo que desempeñaban, durante la ejecución contractual, con las empresas que obtuvieron la buena pro; especialmente, el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle , quienes a través de las empresas vinculadas a los mismos aseguraban la obtención de la bu ena pro en los procesos de selección cuestionados.

También se imputa la comisión de los delitos de Cohecho **pasivo** propio y Cohecho Activo Genérico en virtud a que los Funcionarios Públicos del Gobierno Regional de Cajamarca y PROREGION, entre ellos, el Presidente Regional, Gregorio Santos Guerrero; el Director Ejecutivo PROREGION, José Panta Quiroga; el Administrador de PROREGION, Juan Ricardo Coronado Fustamante, recibieron sumas de dinero, pasajes, equipos móviles o chips telefónicos, pasajes, entrega de recursos logísticos (camionetas, polos) de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y otras personas por disposición de los mismos.

En resumen los procesos de selección cuestionados son los siguientes:

N.º	PROCESO	MONTO ADJUDIC. (S/.)	CONSORCIO GANADOR	Empresas Integrantes del Consorcio
1	LP. N.º 002-2012-GR.CA/ PROREGION Construcción e Implementación del Hospital II de Jaén	78,134,004	CONSORCIO CAXAMARCA	MESTRAL SAC
				JAVI SA Contratistas Generales
				CASSUN Ingenieros SAC
				A. Jaime Rojas Representaciones Grales SA
				Dextre + Marimoto Arquitectos (1)
				Eduardo Raúl Dextre Morimoto (1)
				Wladimir Ylich Rojas Palomino
2	LP. N.º 001-2012-GR.CA/ PROREGION Construcción e Implementación del Hospital Nuestra Señora del Rosario – Cajabamba	32,592,000	CONSORCIO HOSPITALARIO CAJABAMBA	SAINC Ing. Constructores SA Sucursal Perú
				Chung & Tong Ingenieros SAC
				ASA Asociados SA
				CCC Constructora Inmobiliaria SAC
				Guillermo Andrés Turza Arévalo
				Carrasco Tupayachi Guillermo
3	LP. N.º 003-2012-GR.CAJ/PROREGION Elaboración de expediente técnico y ejecución de obra: Instalación de sistema eléctrico rural de localidad de San Luis (...)	5,287,301 1,605,000	CONSORCIO ELÉCTRICO ICSA	ICSA Constructores SRL
				CCC Constructora e Inmobiliaria SAC
				Carlos Alberto Chuyes Gutierrez

N.º	PROCESO	MONTO ADJUDIC. (S/.)	CONSORCIO GANADOR	Empresas Integrantes del Consorcio
4	LP. N.º 001-2011-GR.CAJ/PROREGION Instalación del sistema de electrificación rural caserío Alto Miraflores (...)	5,251,274	CONSORCIO BAÑOS DEL INCA	CCC Constructora e Inmobiliaria SAC ICSA Constructores SRL
5	LP. N.º 003-2011-GR.CAJ/PROREGION Construcción de muro de encausamiento sobre márgenes río Chotano y quebrada Jalqueña en distrito de Lajas	5,138,615	CONSORCIO OBRAS	CINAMC SAC Ingeniería Corporativa Contratista Generales Constructora y Servicios PRAGA SAC
6	C.P. N.º 01-2011-GR.CAJ/PROREGION Contratación de servicio de consultoría para la elaboración de estudios pre inversión a nivel de perfil más factibilidad – San Ignacio	1,605,000	CONSORCIO CONSULTOR SAN IGNACIO	S & Z Consultores Asociados SA CCC Constructora e Inmobiliaria SAC

N.º	PROCESO	MONTO ADJUDIC. (S/.)	CONSORCIO GANADOR	Empresas Integrantes del Consorcio
7	C.P. N.º 03-2012-GR.CAJ/PROREGION Elaboración de estudios de pre inversión a nivel de perfil de proyectos: Ampliación de la frontera eléctrica FASE III del distrito de Celendín	746,793	CONSORCIO CELENDÍN III	Cruzado Saavedra Jorge Abel
				CCC Constructora Inmobiliaria SAC
				Alva Julca Ruber Gregorio
				Serv. Representac. Profesionales RUBELEC
				Consultora y Constructora RUBELEC
8	A.D.P. N.º 01-2011-GR.CAJ/ PROREGION Contratación supervisión obra: Baños del Inca	271,240	CONSORCIO VIAL INGENIERÍA	Representaciones Profesionales RUBELEC
				Carlos Jorge Pinto Fuentes
9	A.D.S. N.º 01-2012-GR.CAJ/ PROREGION Servicios de supervisión de consultoría de obra de construcción de muro de encausamiento (...)	102,772	FORTALEZA CONSTRUCCIONES SAC	

N.º	PROCESO	MONTO ADJUDIC. (S/.)	CONSORCIO GANADOR	Empresas Integrantes del Consorcio
10	A.D.S. N.º 01-2012-GR.CAJ/ PROREGION Contratación de servicios de supervisión para etapa de expediente técnico de obra: Construcción e implementación de Hospital II Nuestra Señora de Cajabamba	47,000	CONSORCIO SUPERVISOR CAJABAMBA	Carlos Jorge Pinto Fuentes CASSUN Ingenieros SAC
11	C.P. N.º 02-2012-GR.CAJ/PROREGION Elaboración de estudios de pre inversión a nivel de perfil de proyecto: Ampliación de la frontera eléctrica FASE II del distrito de Celendín	650,481	CONSORCIO CELENDÍN	Ruber Gregorio Alva Julca Carlos Jorge Pinto Fuentes Jorge Cruzado Saavedra

De otro lado, los funcionarios públicos que integraron la Organización Criminal son: José Panta Quiroga, quien se desempeñaba como Director Ejecutivo; Juan Ricardo Coronado Fustamante, quien se desempeñaba como Administrador de PROREGION y fue miembro titular del Comité Especial de Licitación Pública N.º 02-2012-GR. CA/PROREGION y Licitación Pública N.º 03-2012-GR.CA/ PROREGION. También fue Presidente Titular del Comité Especial en el Concurso Público N.º 01-2011-GR.CA/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 01-2011-GR. CA/PROREGION, en la Ad-

judicación Directa Publica N.º 01-2011, en la Licitación Pública N.º 03-2011-GR.CA/PROREGION, en la Adjudicación Directa Selectiva N.º 02 - 2011-GR.CA, Finalmente, también dio el Visto Bueno en los Contratas del Concurso Público N.º 02-2012-GR.CAJ/PROREGION, Adjudicación Directa Selectiva N.º 01-2012- GR.CAJ/PROREGION y en el Concurso Público N.º 03-2012-GR.CAJ/PROREGION; **Herbert Wilderd Bravo Saucedo**, quien se desempeñó como Sub-Jefe de Programas de la Unidad de Ingeniería de PROREGION, habiendo sido ascendido al cargo de Director de la Unidad de Ingeniería, desde el 02 de enero del 2012 hasta el 07 de marzo del 2013[2]. Asimismo, participó como miembro titular del Comité Especial en la Licitación Pública N.º 01-2012-GR.CAJ/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 02-2012-GR-CAJ/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 03-2011-GR.CAJ/PROREGION, y en la Adjudicación Directa Selectiva N.º 02-2011-GR: CAJ/PROREGION; Percy Martín Flores Del Castillo, quien laboró en la Unidad Ejecutora PROREGION como especialista en Programación y presupuesto. Fue miembro suplente del Comité Especial en el Concurso Público N.º 01-2011-GR.CAJ/PROREGION, presidente titular de la Licitación Pública 01-2012-GR.CAJ/PROREGION y miembro titular de la Licitación Pública 01-2011-GR.CAJ/PROREGION; Fuaad Abdala Samham Graham, quien laboró como Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de PROREGION, asimismo participó como Presidente Titular del Comité Especial de la Licitación Pública N.º 02-2012-GR.CAJ/PROREGION, la Licitación Pública N.º 03-2012-GR.CAJ/PROREGION, el Concurso Público N.º 02-2012-GR.CAJ/PROREGION y el Concurso Público N.º 03-GR.CAJ/PROREGION. Asimismo, dio el Visto Bueno a los contratos suscritos en la Licitación Pública N.º 01-2011-GR.CAJ/PROREGION, en la Adjudicación Directa Pública N.º 01-2011-GR.CAJ/PROREGION, la Licitación Pública N.º 03-2011-GR.CAJ/PROREGION y la Adjudicación Directa Selectiva N.º 02-2011-GR.CAJ/PROREGION; Fernando Díaz Carnero, quien se desempeña como Jefe

2 Declaración de Herbert Bravo Saucedo de fecha 06 de diciembre de 2013, en la que decidió guardar silencio.

de la Unidad de Estudios de PROREGION. Asimismo, participó como miembro del Comité Especial en el Concurso Público N.º 01-2011-GR.CAJ/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 01-2011-GR. CAJ/PROREGION, en el Concurso Público N.º 03-2012-GR.CAJ/ PROREGION y en la Adjudicación Directa Pública 01-2011-GR.CAJ/ PROREGION; Arístides Narro Miranda, quien se desempeñó como sub jefe de Tesorería de PROREGION; Roberto Celis Alva, quien se desempeña en el cargo de especialista de estudios en PROREGION; asimismo, participó como miembro titular del Comité Especial en la Licitación Pública 03-2012-GR.CAJ/PROREGION; Segundo Rudecindo Calua Gamarra, quien se desempeñó como Sub-Jefe de la Unidad de Logística de PROREGION, durante el año 2011-2012; asimismo, participó como miembro titular del Comité Especial en la Adjudicación Directa Pública N.º 01-2011/GR.CAJ/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 03-2011/GR.CAJ/PROREGION, en la Adjudicación Directa Selectiva N.º 2-2011/GR.CAJ/PROREGION, en la Licitación Pública N.º 01-2012/GR.CAJ/PROREGION, en el Concurso Público N.º 02-2012-/GR.CAJ/PROREGION, en el Concurso Público N.º 03-2012/GR.CAJ/PROREGION y en la Adjudicación Directa Pública N.º 01-2012/GR.CAJ/PROREGION en su condición de Presidente del Comité Especial.

Asimismo, como extraneus integraban la citada organización delictiva Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle , entre otros.

En esta línea, el Colaborador 07-2013, en su declaración de fecha 17 de diciembre de 2013 ha señalado: "En todos los procesos de selección llevados a cabo por PROREGION en los que ganaron la buena pro las empresas vinculadas con Wilson Vallejos Díaz, el Presidente Regional Gregorio Santos Guerrero, ya había dado luz verde para que Wilson Vallejos gané los procesos de selección; al interior de PROREGIÓN también estaban coludidos José Panta Quiroga, Ricardo Coronado Fustamante quienes eran los jefes de más alto rango, Percy Flores del Castillo quien era el contacto entre Gregorio Santos Guerrero y Wilson Vallejos Díaz; debo precisar que Percy Flores del Castillo, a pedido de Wilson Vallejos Díaz, fue promovido como gerente General del Go-

bierno Regional de Cajamarca, con la finalidad de asegurar esta vez los procesos de selección convocados por el Gobierno Regional. Los funcionarios que también estaban coludidos con Wilson Vallejos Díaz son **Fernando Díaz Carnero** quien es el jefe de la Unida de Estudios quien se encargaba de direccionar los procesos de electrificación; **Herbert Bravo Saucedo** quien era el jefe de Infraestructura quien se encargaba del direccionamiento de los procesos de construcción (hospitales), él estuvo en el comité del caso grande del hospital de Cajabamba (LP N.º 01-2012); **Fuaad Abdala Samham Graham** a quien yo le hacía el trabajo, ya que no sabía nada de contrataciones, por lo que llamaba por teléfono a Wilson Vallejos y este a su vez me comunicaba a mí, por lo que yo iba a PROREGION le pedía a Fuaad Samhan las observaciones o consultas, yo las respondía las que tenía suficiente conocimiento y en caso que la pregunta fuera muy técnica coordinaba con las empresas vinculadas a Wilson Vallejos que se estaban presentando al proceso en concreto, como por ejemplo, MESTRAL SAC, siendo que coordinaba con los ingenieros Ricardo Vila y Janet Lazo; también coordine con Carlos Pinto Fuentes, Jorge Abel Cruzado Saavedra (...). Por otro lado, **Gino Contreras Cubas, Roberto Celis Alva**, quienes también fueron miembros de comité especial los que también estaban coludidos por la cercanía de Carlos Pinto Fuentes con Jorge Abel Cruzado Saavedra quien tenía mucha amistad con ambos".

3.2. De los vínculos entre Wilson Manuel Vallejos Díaz y el Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, Gregorio Santos Guerrero

Durante la investigación preliminar se ha podido corroborar que existirían vínculos entre Wilson Manuel Vallejos Díaz y el Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, Gregorio Santos Guerrero; vínculos que incluyen a los funcionarios y familiares de su entorno más cercano; incluso, se ha podido verificar la presunta existencia de pagos de sumas de dinero por parte del señor Vallejos Díaz a favor de Santos Guerrero; la asignación de dos camionetas de propiedad de BSP OBRAS EIRL, cuyo titular es Wilson Vallejos Díaz, para el uso personal del mencio-

nado Presidente Regional; así como innumerables comunicaciones telefónicas entre los mismos; finalmente, también se ha determinado la presunta existencia de aportes concretos del señor Vallejos Hidalgo para el Movimiento de Afirmación Social - MAS, conforme se detallará a continuación:

a) Relación con Diana Santos Dávila

En la página web denominada http://sinrodeoscajamarca.com se publicó un artículo al que se adjuntó cuatro fotografías en las que se puede apreciar lo siguiente:

[Se omitió la imagen]

En esta fotografía se aprecia una camioneta de la empresa DESSAU; asimismo, se aprecia de pie, al costado de la puerta delantera derecha, con gorra roja al señor José Panta Quiroga; en la tolva de la camioneta, con sombrero de color claro, la señora Diana Santos Dávila, hija del Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, así como la hija de Yván Sánchez Sunción, exaccionista de la empresa CASSUN INGENIEROS SAC y exespecialista de Programación y Presupuesto de PROREGION.

[Se omitió la imagen]

En esta fotografía se aprecia a la señora Diana Santos Dávila, de pie, con bividí y un sombrero de color claro; al señor Yván Sánchez Sunción, vestido con short a cuadros y polo morado; a Cyntia Felicia Milagros Ríos Ruiz, vestida con enterizo beige y sombrero de color claro; así como a la hija de Yván Sánchez Sunción, vestida con short jean azul y polo rojo. Dicha fotografía se tomó en las instalaciones del restaurant Venezia, de propiedad de José Panta Quiroga.

[Se omitió la imagen]

En la primera fotografía se aprecia a Diana Santos Dávila e Yván Sánchez Sunción al interior de un bungalow; en la segunda fotografía se puede observar a Cyntia Felicia Milagros Ríos Ruiz, echada y vestida con el mismo enterizo beige; a la hija de Yvánchez Sunción, echada y

vestida con polo amarillo; al señor Yván Sánchez Sunción, con short y sin camisa; y, a Wilson Manuel Vallejos Díáz, de pie, vestido con sandalias, short y polo.

Dichas fotografías corresponden a un mismo viaje, realizado en febrero del 2012, a las localidades de Los Órganos y Punta Veleros; en las que se puede advertir que en la misma ocasión coincidieron la hija del Presidente Regional de Cajamarca, Diana o, pantos Dávila; la Sub Gerente de Presupuesto del Gobierno Regional de Cajamarca y ex alumna de Gregorio Santos Guerrero, Cyntia Felicia Milagros Ríos Ruiz, el ex funcionario de PROREGION y exaccionista de la empresa CASSUN INGENIEROS SAC, Yván Sánchez Sunción; a Jimmy Álvarez Cortez, así como el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, empresario cuyas empresas vinculadas ganaron casi la totalidad de los procesos de selección de construcción o supervisión de hospitales, electrificación y construcción del muro de encauzamiento de Lajas, convocados por PROREGION[3], durante los años 2011 y 2012.

3 Sobre el particular, todos los involucrados han brindado declaraciones incoherentes entre sí, y además poco creíbles; así por ejemplo, Diana Santos Dávila —declaración de fecha 18 de marzo de 2014— ha manifestado que con Cyntia Ríos hasta Los Órganos, y que por la exposición al sol le generó una alergia; por lo que Cyntia Ríos decidió llamar a un conocido que tenía en dicho lugar, para que le alquile parte del ambiente que él estaba ocupando; dicho conocido era Sánchez Sunción. Respecto a la circunstancias de cómo abordó la camioneta de DESSAU señala que iba caminando sola por la carretera con rumbo a Máncora y que de pronto hizo su aparición la camioneta, la que le dio un aventón para cruzar una zona que estaba inundada por la rotura de una tubería; señala desconocer al chofer, a la empresa propietaria del vehículo y a las personas que la ocupaban; incluso señala que antes de dicha fecha no conocía a Yván Sánchez Sunción y que no conoce a Panta Quiroga a pesar de haber estado con él, según la fotografía en los exteriores del bungallow y haberse fotografiado en el restaurante Venezia de propiedad de Panta Quiroga. Por su parte, Cyntia Ríos ha señalado en su declaración de fecha 14 de marzo de 2014, que viajó solo con Diana Santos y que estando en Piura llamó a Yván Sánchez Sunción para que le recomiende un hospedaje, sin saber que estaba en la misma ciudad. Que, mientras estaban en el bungalow apareció Wilson Vallejos —a quien no conocía—, quedándose solo cinco minutos, después de saludar a todos. Sobre su fotografía en el restaurant Venezia señala que no recuerda el

Aun cuando, los intervinientes en dicho evento hayan negado que estuvieron juntos y más bien alegan —inconsistenternente— solo la existencia de un encuentro ocasional, dada las circunstancias en que se registraron las fotografías veraneando, presencia de bebidas alcohólicas, uso de ropa de baño, al interior de un bungallow, la postura y los gestos que cada uno de ellos expresa en las mismas, se puede apreciar la existencia de una relación de suma confianza entre los mismos.

Aún más, según lo señalado por el Colaborador 07-2013, el bungalow frente a la playa en que se han registrado tres de las fotografías antes citadas iba a ser adquirido en copropiedad por José Panta Quiroga y Wilson Manuel Vallejos Díaz; sobre el particular, el colaborador 07-2013, en su declaración de fecha 17 de diciembre de 2013 ha señalado: "También quiero precisar que Panta Quiroga y Wilson Vallejos tenían la intención de comprar un bungalow que estaba en la playa Punta Veleros, Los Órganos, y que se corresponde con las fotografías que se me muestran en este acto y que están numeradas como 1, 2 y 3; asimismo la fotografía que en esta acto se me muestra impresa y en soporte digital y que está numerada como 4 se corresponde al restaurante "Venezia" ya remodelado, en la fotografía número 4 puedo reconocer a Yván Sanchez Sunción quien se encuentra con un polo morado y un short a cuadros, a Diana Santos Dávila quien lleva un bibidí negro y un sombrero de paja color crema quien era pareja

nombre del mismo, que era el más barato. Sobre la presencia de Jirnmv Álvarez señala que es amigo suyo y de Diana Santos; mientras que Diana Santos afirmó no conocerlo. Por su parte, José Panta Quiroga ha señalado en su declaración de fecha 21 de marzo de 2014, que Cyntia Ríos Ruiz y sus acompañantes fueron a buscarlo al restaurant Venezia y que cuando retornaba de Punta Veleros fue interceptado por la camioneta de DESSAU para preguntarle dónde podían hospedarse.

El señor Wilson Manuel Vallejos Díaz ha señalado, en su declaración de fecha 13 de enero de 2014, que en febrero de 2012 viajó a Los Órganos-Piura para participar del bautizo del hijo de Gílmer Idrogo Cruzado y que a la mañana siguiente de dicho evento cogió un colectivo hacia Máncora y otro hacia Víchayito y que al caminar por la orilla de la playa se encontró con Yván Sánchez Sunción.

sentimental de Yván Sanchez Sunción y está haciendo una señal con ambas manos, también al parecer al papá de Panta Quiroga quien está sentado con el dorso descubierto un pantalón de color marrón, Cyntia Rios Ruiz quien lleva puesto un conjunto beige o verde y un sombrero de paja".

b) Vínculos de Diana Santos Dávila con Eddy Lenin Temoche Paiva

Eddy Lenin Temoche Paiva fue accionista de la empresa CASSUN INGENIEROS SAC, empresa que consorciada obtuvo la buena pro en el Concurso Público 02-2012, la Licitación Pública 02-2012 y la Adjudicación Directa Selectiva 01-2012; habiendo adquirido las acciones de la empresa de José Benigno Villavicencio, quien en su declaración de fecha 056 de agosto de 2013, ha señalado que vendió sus acciones a dicha persona porque Yván Sánchez Sunción le señaló que este se encontraba interesado en adquirirlas.

Asimismo, fue contador de la empresa BSP OBRAS EIRL, de propiedad del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz. Temoche Paiva ha registrado como domicilio el ubicado en Av. Arica 2010, distrito y provincia de Zarumilla, departamento de Tumbes; inmueble que es de propiedad de José Panta Guerrero, padre de José Panta Quiroga, Director Ejecutivo de PROREGION[4].

Asimismo, Temoche Paiva, según la declaración de la señora Patricia Camacho Alva, asistió junto a José Panta Quiroga al domicilio de Wilson Vallejos Díaz, con ocasión de la celebración del cumpleaños de uno de los hijos del último de los citados.

De otro lado, durante la investigación preliminar se ha encontrado un vínculo entre el señor Temoche Paiva y la señora Diana Santos Dávila, hija del Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, habiéndose verificado una transferencia de dinero que le efectuó la última de las mencionadas, con fecha 19 de marzo de 2012, conforme al siguiente detalle:

4 Véase, declaración de Eddy Lenin Temoche Paiva, de fecha 09 de agosto de 2013.

[Se omitió la imagen]

El señor Eddy Lenin Temoche Paiva registra diverso ingresos a PROREGION, así conforme al "Libro de Ocurrencias de la empresa Shaolin, se han registrado los siguientes ingresos:

"02.02.2012 08:33 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595, para conversar con el Ing. José Panta".

"03.02.2012 10:32 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595, para conversar con el Ing. Herbert Bravo".

"03.02.2012 16:28 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595, para conversar con el Área de Estudios".

"06.02.2012 10:33 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595".

"16.02.2012 15:47 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595, para conversar con el Sr. Favio Fiestas".

"12.03.2012 .15:43 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595, para conversar con el Sr. Aristides Narro del Área de Tesorería".

"13.03.2012 09:50 Ingresó el Sr. Eddy Lenin Temoche Paiva. DNI 03899595".

Sobre Eddy Lenin Temoche Paiva, ha precisado el colaborador 07-2013 —declaración de fecha 18 de diciembre de 2013— "era brazo derecho del señor José Panta Quiroga y desempeñaba la labor de contador y era el nexo entre José Panta Quiroga y Wilson Vallejos Díaz, asimismo ingresaba a PROREGION a sacar datos, siendo que manejaba la computadoras del área de presupuesto y otras áreas de dicha sede".

Asimismo, dicho colaborador proporcionó un video, en el que se visualiza al señor Lenin Temoche Paiva, al interior de PROREGION —en una misma oficina junto a Yván Sánchez Sunción— trabajando en una de las computadoras de la entidad[5].

[Se omitió la imagen]

5 Véase, Acta de visualización de video de fecha 17 de marzo de 2014.

Además, conforme a la Hoja Informativa 008-2013-CG/ORCA-EE-GRC de la Contraloría General de la República, Eddy Lenin Temoche Paiva ha recogido varios cheques por el pago efectuado por PROREGION en los procesos de contratación; así recogió un Cheque por la suma de S/. 247,170.00 nuevos soles en el CP. 01-2011; en el mismo proceso los cheques emitidos a favor de S&Z Consultores Asociados fueron endosados por el antes citado, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

Asimismo, respecto al cobro de cheques, se advierte lo siguiente en la Licitación Pública 03-2011:

Fecha según Estado Bancario	Cheque	CTA. Cte.	Importe S/.	Modalidad de cobro	Persona que cobra	Fecha	Lugar de Cobro	N.º de Cuenta Corriente Canje de Cheque
12JUN 2012	67276 131	003-00-761-074008	273 915,61	Depósito Cta. Cte.	Eddy Lenin Temoche Paiva	11.JUN. 2012	Banco Nación Cajamarca	0011-0190-67-0100035175
12JUN 2012	67276 133	003-00-761-074008	245 575,97	Deposito Cta. Cte.	Eddy Lenin Temoche Paiva	11.JUN. 2012	Banco Nación Cajamarca	0011-0190-67-0100035175
06JUL 2012	67276 163	003-00-761-074008	67 900,95	Deposito Cta. Cte.	Eddy Lenin Temoche Paiva	11.JUN. 2012	Banco Nación Cajamarca	0011-0190-67-0100035175

c) Visitas de Gregorio Santos Guerrero al domicilio de Wilson Manuel Vallejos Díaz

Durante su declaración de fecha **17 de diciembre de 2013**, el colaborador 07-2013, ha señalado: "De otro lado, debo precisar que en una ocasión, aproximadamente la primera quincena de mayo del 2012, vi al señor **Gregorio Santos Guerrero** tomando desayuno en la casa de Wilson Vallejos Diaz con su seguridad y con una mujer que estaba gestando, junto a Wilson Vallejos Diaz"; consultado el señor Gregorio Santos Guerrero —declaración de fecha **20 de marzo de 2014**— sobre si en alguna ocasión había estado en la ciudad de Trujillo contestó: "he viajado varias veces a Trujillo, por haber sido, invitado por la Universidad Nacional de Trujillo, la Facultad de Derecho, no recuerdo las fechas. Para un evento de Rondas Campesinas. También he ido invitado por los promotores del MAS. Estuve ahí, la vez que estuve enfermo. Una vez he ido con mi familia, es decir, con Maritza Briones Rojas quien es la mamá de uno de mis hijos, en esa época todavía no había nacido mi hijo, ella estaba embaraza, fue en el año 2012".

Si bien es cierto, el señor Santos Guerrero no señala haber visitado el inmueble de Wilson Manuel Vallejos Díaz; sin embargo, su propia declaración en la que reconoce su visita a Trujillo, acompañado de la madre de uno de sus hijos, Maritza Briones Rojas, embarazada; permitiría inferir la veracidad del dicho del colaborador; máxime si dicha declaración data de tres meses antes de la declaración del mencionado Presidente Regional. A esto cabe agregar, que la señora Patricia Camacho Alva, en su declaración de fecha 17 de marzo de 2014, ha señalado: "Si bien indiqué en mi declaración primigenia que no conocía al señor Santos Guerrero, debo precisar que si bien no he sostenido ninguna relación amical, personal o de cualquier índole con el mismo, sin embargo en una ocasión en los primeros meses del 2012, la señora Crysti Soledad Varas Langle me pidió que le ayudara a preparar y servir el desayuno porque tenía unos invitados, se trataba de una persona de sexo masculino y una señora que estaba embarazada, después de esa ocasión tomé conocimiento que la identidad de la persona de sexo masculino era el presidente regional de Cajamarca, Gregorio Santos Guerrero".

d) Atención de Gregorio Santos en la vivienda de Wilson Manuel Vallejos Díaz y Asignación de camioneta

De otro lado, el Colaborador 07-2013 señaló que: "el señor Gregorio Santos Guerrero, llegó enfermo a Trujillo siendo atendido en el hospital de EsSalud de "Florencia de Mora", en esta ocasión tengo entendido que Wilson Vallejos, le pidió apoyo a su familiar el del doctor Sojo [sic], antes de ser atendido estuvo en la casa de Wilson y de ahí se dirigieron al hospital antes citado. Debo precisar, que Wilson Vallejos facilitó la camioneta más rápida de la empresa (RAV4 - marca Toyota), para trasladar al señor Gregorio Santos".

En el mismo sentido, el Colaborador identificado con la Clave 02-2014, en su declaración de fecha 22 de mayo de 2014, ha señalado: "el chofer de Gregorio Santos Guerrero a quien conozco como Juan Salazar Silva llamó a Wilson Manuel Vallejos Diaz para decirle que el Presidente Regional estaba en Trujillo delicado de salud, para lo cual Wilson Manuel Vallejos Diaz le dijo que no había problema y que fueran a su oficina en Franz Schubert donde los hizo subir al área que sirve de vivienda, ahí Gregorio Santos le dijo a Wilson Manuel Vallejos Diaz que quería hacerse ver que si podía recomendarle un médico, por lo que Wilson Manuel Vallejos Diaz llamó al Dr. Sojo, quien fue a la casa y le señaló que la dolencia que tenía era una celulitis que estaba muy avanzada y que debía ser internado. En el primer día que Gregorio Santos Guerrero llegó a casa de Wilson Manuel Vallejos Diaz luego se hospedó en el Hostal Costa Verde, a la espalda del Banco de la Nación de Quintanas. El día viernes 11 de mayo, después de tomar desayuno en casa de Wilson Manuel Vallejos Diaz, el Dr. Sojo lo revisó recomendando que se hospitalizara. Es el día 12 de mayo que Gregorio Santos Guerrero es hospitalizado en Florencia de Mora, debido a que en el Hospital Lazarte había demasiadas personas y Gregorio Santos Guerrero no quería que se le hospitalizara ahí. Al Hospital lo acompañaron, el Dr. Sojo, quien coordinó el internamiento, así como Wilson Manuel Vallejos Diaz, el chofer que Juan Salazar y un custodio que es de seguridad del Estado. La camioneta RAV4 T1U-178 con la que Gregorio Santos Guerrero ingresó, se la prestó Wilson Manuel Vallejos Diaz durante toda su permanencia en el Hospital, para que se movilizara y comprara los medicamentos que fueran necesarios".

Asimismo, el Colaborador identificado con Clave N.º 03-2014, en su declaración de fecha 27 de mayo de 2014, ha señalado: "el señor Gregorio Santos Guerrero fue una vez a la casa de Wilson Manuel Vallejos Diaz, ubicada en Franz Schubert No. 789 Urb. Primavera - Trujillo, entre los meses de abril y mayo de 2012. En esa oportunidad, ese inmueble estaba siendo remodelado y tengo conocimiento de que Gregorio Santos Guerrero llegó con su esposa que estaba embarazada, con su chofer y con su seguridad (...). En esa oportunidad (...), Gregorio Santos Guerrero y su esposa, acompañados de su seguridad y el chofer, tomaron desayuno con los señores Wilson Manuel Vallejos Diaz, Johan Jerry Zavala Ledezma y Rafael Acosta. Mientras que la señora Crysti Soledad Varas Langle y la señora Patricia Camacho Alva, fueron quienes prepararon y sirvieron él desayuno En esa oportunidad, es que el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz llamó al Dr. Sojo Quevedo, quien era médico del señor Wilson Manuel Vallejos Diaz hace varios años; el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz lo llamó para que revise al señor Gregorio Santos Guerrero, puesto que tenía una dolencia. Entonces, el Dr. Sojo Quevedo llegó a la casa del señor Wilson Manuel Vallejos Diaz y señaló que el señor Gregorio Santos Guerrero debía ser hospitalizado, entonces, ese mismo día, el señor Gregorio Santos Guerrero fue conducido por su seguridad y su chofer, acompañado del Dr. Sojo Quevedo, en una camioneta de la empresa BSP Obras".

Durante la etapa de corroboración de información en el proceso de colaboración eficaz 07-2013, este Despacho Fiscal llevó a cabo diligencias en el Hospital Florencia de Mora de Trujillo, los días 04 y 05 de marzo de 2014, habiendo obtenido copia del Registro de Hospitalización por Emergencia, habiendo verificado que el señor Gregorio Santos Guerrero fue hospitalizado el día sábado 12 de mayo de 2012; habiéndosele dado de alta el día 17 de mayo de 2012.

Asimismo, verificado el cuaderno de zona de parqueo se acreditó que el señor Gregorio Santos Guerrero ingresó a bordo de dos camionetas de placa T2L 885 y T1U 178, y acompañado —entre otros— del Doctor Juan Carlos Sojo Quevedo, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió la imagen]

Al respecto, debe precisarse que la camioneta de placa T1U 178 permaneció —intermitentemente— en la sede del Hospital de Florencia de Mora hasta la salida de alta del Presidente Regional de Cajamarca (17 de mayo de 2012), conforme a los registros del cuaderno de zona de parqueo, en el que se detalla el ingreso de la camioneta en diversas fechas; así el 13 de mayo de 2013 se detalló:

"21.10 1/ camioneta 4x4 de placa T1U 178, chofer Juan Salazar Silva, y a la vez se coordina con el Dr. Víctor Baríes Zuta (Med-Guar), para que autoriza si la móvil se puede quedar dentro del hospital zona de parqueo dando V°B° que la móvil se quede en Zona de Parqueo"

Asimismo, el día 15 de mayo de 2012 se detalló lo siguiente:

"19.02 i/la cmta T1U 178 c/x Juan Salazar Silva perteneciente al personal de la Presidencia Regional Caja".

De otro lado, el día 16 de mayo de 2012 se detalló lo siguiente:

"14.30 I u/m particular (seguridad del Presidente regional Cajamarca) c/x Alberto Cieza Rojas".

Como se ha señalado, el día 17 de mayo de 2012, fecha en que fue dado de alta el señor Gregorio Santos Guerrero, fue trasladado en la camioneta T1U 178, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió la imagen]

Debe precisarse que ambas camionetas T2L 885 y T1U 178, a la fecha de dicho traslado y hospitalización eran de propiedad de la empresa BSP OBRAS EIRL, cuyo titular es Wilson Manuel Vallejos Díaz, conforme al siguiente detalle: La camioneta de placa T2L 885, es una camioneta pick up 4x4, marca Nissan, modelo frontier, de color azul; mientras que la camioneta de placa T1U 178 es una camioneta rural 4x4, marca Toyota, modelo RAV4[6], color plata metálico.

[Se omitieron las imágenes]

6 Conforme a la información Registral remitida mediante Oficio N.° 133-2014-Z.R.N.° V-UREG, de fecha 06 de marzo de 2014.

De otro lado, consultado el señor Santos Guerrero sobre su internamiento en la ciudad de Trujillo señaló:

"Que, estuve internado entre el 12 y 17 de mayo de 2012, en el Hospital ESSALUD de Florencia de Mora. Yo salía de Cajamarca, para ir a Jaén porque el 12 de mayo de 2012 es el aniversario de San Ignacio y el 13 de mayo era el Día de la Madre e iba a visitar. En el transcurso de camino hacia Jaén, me sentí mal desde el distrito de San Juan en Cajamarca, comencé a sentir en la ingle un dolor y cuando empiezo a tocar, observo una especie de infección en la pierna derecha, entonces decidí ir a hospitalizar a la ciudad de Trujillo, por tranquilidad personal. Yo me trasladaba en una camioneta particular prestada por mi amigo Enrique Rojas, quien vive en Cajamarca. El me la prestó el viernes 11 de mayo por la tarde, el nos prestaba en la campaña movilidad en tres o cuatro oportunidad, distintas camionetas, la camioneta era una 4 x4 doble cabina, no recuerdo la marca. Permanecí en Trujillo los días de internamiento y luego volví a Cajamarca en la misma camioneta. El día que me trasladaba estaba mi seguridad Javier García Paima y el chofer, José Manozalva Cruzado".

Aunque el señor Santos Guerrero reconoce haber estado internado en el Hospital de Florencia de Mora de Trujillo, brinda información incorrecta respecto a las personas que lo acompañaron y sobre el titular de las camionetas que lo trasladaron.

Sin embargo, de la declaración del médico Juan Carlos Sojo Quevedo, el 28 de mayo de 2014, recabada en el proceso de corroboración de información brindada por el Colaborador 02-2014, se advierte que fue el señor Vallejos Díaz quien atendió en su domicilio al mencionado presidente regional, lo contactó con su médico de cabecera y le facilitó vehículos para su traslado; en tal sentido, dicho galeno señaló: "con ocasión de una atención médica que realicé al señor Wilson Manuel Vallejos Diaz, hace unos cinco años aproximadamente iniciamos una relación de confianza pues empecé a atender incluso a su esposa e hijos y sus familiares cercanos. Un día del mes de mayo de 2012, el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz me llamó por teléfono a mi celular, no recuerdo si fue al #972981466 o al RPC 969385465 pidiéndome que

vaya a su casa debido a que había una persona que se encontraba mal de salud, hasta ese momento no sabía de quien se trataba. Cuando llegué a la casa ubicada en la calle Franz Schubert en Trujillo, me hicieron subir al área de la casa, ya que en el primer piso funcionan las oficinas del señor Wilson Manuel Vallejos Diaz. Ahí, ingresé a un dormitorio, donde estaba el señor Gregorio Santos Guerrero apoyado en un inmueble, al examinarlo diagnostiqué que padecía de celulitis en una pierna, razón por la cual le prescribí tratamiento endovenoso y que debía ser hospitalizado. Cuando fui a la casa, recuerdo la presencia de Wilson Manuel Vallejos Diaz y del señor Gregorio Santos Guerrero. Yo le pregunté al señor Gregorio Santos Guerrero si es que era asegurado y al señalarme que sí, yo efectué las coordinaciones en el Hospital Florencia de Mora, ya que en el Hospital Lazarte no habían camas. El mismo día en que fui a la casa de Wilson Manuel Vallejos Diaz y después de conocer que no habían camas en el Hospital Lazarte, fuimos hacia el Hospital Florencia de Mora, para hospitalizarlo, yo acompañé al paciente, Gregorio Santos Guerrero, para facilitarle su ingreso, finalmente se trataba de una autoridad, tenía incluso policía de resguardo. Si mal no recuerdo fuimos en dos camionetas. En una camioneta estábamos Wilson Manuel Vallejos Díaz, el que habla y el Presidente Regional de Cajamarca y en la otra camioneta habían otras personas entre los que se encontraban, me parece, los miembros de seguridad del Presidente Regional (que eran dos) y un trabajador de Wilson Manuel Vallejos Díaz, aunque no estoy muy seguro de esta último. (...) Debido a que yo lo atendí fuera del Hospital y debido a la preocupación de Wilson Manuel Vallejos Díaz por saber el estado del paciente Gregorio Santos, estuve pendiente de su estado de salud y de la evolución del tratamiento y así se lo comunicaba a Wilson Manuel Vallejos Díaz, quien me llamó durante la permanencia de Gregorio Santos en el Hospital, para saber de él...".

De otro lado, con fecha 05 de marzo de 2014, se recibió —como acto de corroboración del proceso de Colaboración Eficaz 07-2013— la declaración del señor Willie Abelardo Arana, quien fue el personal de seguridad que registró el ingreso del señor Santos Guerrero en las

camionetas antes citadas, el que precisó: "Que, el día 12 de mayo de 2012 me encontraba prestando servicio de seguridad en el primer turno, siendo que a las 11.14 horas de ese día, cuando me encontraba prestando servicio en el puesto de Zona de parqueo (puesto o Puerta 02) se acercó a la reja de ingreso de vehículos una camioneta 4x4 de color azul metálico, en la que se encontraba como copiloto el Dr. Juan Carlos Sojo Quevedo, quien laboraba en este Hospital Florencia de Mora, diciéndome que iba a ingresar a emergencia, por lo que procedí a abrir las rejas, ingresando la citada camioneta y detrás de ella una segunda camioneta, también 4x4 de color plata, cuyas placas son las detalladas en el cuaderno que se me ha puesto a la vista; este hecho me causó extrañeza, por lo que decidí acercarme a hablar con el Dr. Sojo, después de cerrar la reja. En ese momento, ya todos los ocupantes de las camionetas habían descendido de las mismas, reconociendo en ese acto al Sr. Gregorio Santos Guerrero, Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, quien caminaba por sus propios medios pero convaleciente, renqueaba un poquito, todos ingresaron a Emergencia, salvo dos personas de sexo masculino (...). Las camionetas permanecieron dentro del Hospital hasta que empezó el horario de visitas de ese día, pues según informaron se iban a almorzar, luego reingresaron las camionetas, no recordando la hora exacta en que se retiraron...".

e) Aporte a la campaña del MAS

En su declaración de fecha 17 de diciembre de 2013, el Colaborador N.º 07-2013, señaló: "Por otro lado, el señor Wilson Vallejos se encargó de (...) la confección de polos para el MAS, a fin de corroborar lo antes citado dejo copia de las Facturas N.º 002-000181, N.º 002-000180 de "Confecciones Johanna".

Como acto de corroboración de dicha información proporcionada en el proceso de colaboración eficaz, con fecha 05 de marzo de 2014 se llevó a cabo una diligencia en calle Sinchi Roca N.º 1001, Int. 289, segundo piso, Centro Comercial Don Carlos, en la que la señora Sonia Johanna Beltran Rojas hizo entrega del original de las facturas 002-180 y 002-181, emitidas por su persona con RUC 10406829303, de fechas 23 y

31 de agosto de 2012 a la empresa CCC Constructora e Inmobiliaria SAC, conforme al siguiente detalle:

[Se omitieron las imágenes]

Asimismo, señaló que la persona que contrató sus servicios fue la señora Crysti Soledad Varas Langle ; precisando además que se confeccionó polos con el logo del MAS, reconociendo como uno de los que confeccionó, el polo proporcionado por el Colaborador N.º 07-2013, con fecha 18 de diciembre de 2013; también señaló que si bien en la factura se consignó la confección de chalecos, esto fue a solicitud de la señora Varas Langle. Asimismo, precisó que la señora Varas Langle le remitió correos electrónicos enviándole el modelo de los polos, conforme al siguiente detalle:

[Se omitieron las imágenes]

La señora Crysti Varas Langle remitió tres correos electrónicos desde su cuenta [...] al correo [...], los días 20, 21 y 28 de agosto de 2012.

Asimismo, vía correo electrónico remitió el voucher de fecha 28 de agosto de 2012, por la suma de S/. 630.00 nuevos soles depositados en la cuenta de Sonia Johanna Beltran Rojas en el Banco de Crédito del Perú, confirmando el pago por el servicio de confección de polos del MAS, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió la imagen]

Al respecto, el Colaborador identificado con Clave N.º 02-2014 ha referido que Wilson Manuel Vallejos Diaz mandó a hacer polos y planillones para la campaña de Gregorio Santos Guerrero. Habiendo señalado el Colaborador identificado con Clave N.º 03-2014 que "el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz llamó un día a la señora Crysti Soledad Varas Langle y le dijo que mandara a confeccionar polos con el logo del MAS, el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz le comentó a la señora Crysti Soledad Varas Langle que a través del teléfono que él le había entregado al señor Gregorio Santos Guerrero; le pedían y a veces le exigía que hiciera distintas cosas, además de los pagos de dinero, tal es el caso de la confección de polos y de planillones para la recolección de

firma de la Campaña Electoral del Movimiento de Afirmación Social". Agrega el Colaborador 03-2014 que el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz le dijo a la señora Crysti Soledad Varas Langle que mandara hacer 300 polos con el logo del Partido del señor Gregorio Santos Guerrero, y por ello, la señora Crysti Soledad Varas Langle fue a buscar a la señora Johanna Beltrán Rojas, quien anteriormente le había brindado el servicio de confección del buzo de colegio de sus hijos. El Colaborador 03-2014 agrega al respecto, que la señora Crysti Soledad Varas Langle solicitó que la descripción del servicio brindado por Johanna Beltrán Rojas fuera "por confección de chalecos y casacas" y no por polos con el logo del MAS con la finalidad de evitar suspicacias. Además estos polos fueron llevados a Cajamarca, por Wilson Manuel Vallejos Diaz, desconociendo a quién se los entregaba.

De otro lado, el Colaborador 03-2014, en su declaración del 27 de mayo de 2014, corroborando lo señalado por el Colaborador 02-2014 (...) y el Colaborador 07-2013 (...), señaló que "Wilson Manuel Vallejos Diaz, junto con el señor Johan Jerry Zavala Ledezma, coordinaron el servicio de impresión de planillones para la recolección de firmas del MAS, en la Multigráfica BURGOS E.I.R.L. (...)". Esa misma fecha, el mencionado Colaborador, hizo entrega de un paquete envuelto con papel kraft, que en un lado presentaba una etiqueta de la mencionada MULTIGRÁFICA BURGOS E.I.R.L. y contendría 4 millares de planillones de firmas del Movimiento de Afirmación Social.

Con fecha 28 de mayo de 2014 se llevó a cabo la diligencia de apertura, verificación y lacrado de paquete entregado por el colaborador identificado con clave N.º 03-2014, verificándose que en su interior contenía planillones a favor del Movimiento de Afirmación Social —MAS—, conforme a las siguientes imagenes:

[Se omitieron las imágenes]

Corroboración en el procedimiento de colaboración eficaz, procedió a recabar los originales de las facturas 001-1632, 001-1633, 001-1652, 001-1653 y 001-1657, las tres primeras emitidas a favor de la empresa CCC Constructora e Inmobiliaria SAC y la última a favor de la empresa Servicios Múltiples del Norte SAC, conforme al siguiente detalle:

[Se omitieron las imágenes]

Es pertinente mencionar que, respecto al concepto descrito en dichos comprobantes, el colaborador 03-2014, señaló que si bien aparecía en estos el tenor "Millares boletines e informativos a full color" (factura 001-01633), "Impresión de Formatos de Encuestas Rurales" (Factura No. 001-0152), "Formatearía para estudios rurales" (Factura No. 001-001653) y "Millares de Boletines Informativos" (Factura No. 001-1632), "lo cierto es que estas impresiones era de los mencionados Planillones para la recolección de firmas del MAS". Adicionalmente refirió: "Debo señalar; además que así como la descripción de los comprobantes de pago fue cambiada para evitar suspicacias, también se consignó un monto de pago distinto y menor en las facturas, lo que se corrobora con los vouchers de depósito en los que aparecen montos mayores".

Ahora bien, la veracidad de la información vertida por el Colaborador Eficaz N.º 03-2014 se corrobora al analizar de la Factura No. 0001-050735 de la empresa Turismo Ejecutivo S.R.Ltda. "EJETUR" y la Guía de Remisión No. 001-073682 de la misma empresa, así como la Factura No. 182-0016526 y la Guía de Remisión No. 183-16526 de la empresa ITTSA BUS, proporcionados por dicho Colaborador.

Al respecto el Colaborador N.º 03-2014 refirió que "Los paquetes conteniendo los planillones de firmas fueron enviados a distintos puntos de Cajamarca; así Johan Jerry Zavala Ledezma, envió a Jaén 08 paquetes a Oscar Córdova López, conforme se aprecia de la Factura No. 0001-050735 de la empresa Turismo Ejecutivo S.R. Ltda. "EJETUR" y la Guía, de Remisión No. 001-073682 de la misma empresa".

[Se omitió la imagen]

Oscar Córdova López, conforme se desprende la Resolución Directoral-Sectorial N.º 335-2012-GR-CAJ/DRTC del 23 de julio de 2012 (fs. 6706), fue designado en el cargo de Director Sub Regional de Transporte de Jaén de la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de la Región de Cajamarca.

De la información señalada en el párrafo anterior, se advierte que fue un alto funcionario del Gobierno Regional de Cajamarca quien recogió

los 13 PAQUETES conteniendo planillones de firmas del MOVIMIENTO DE AFIRMACIÓN SOCIAL (MAS), remitidos por un proveedor de PROREGION, CCC Constructora e Inmobiliaria S.A.C. cuya representante legal era la esposa de Wilson Manuel Vallejos Diaz, Crysti Soledad Varas Langle .

Ahora bien, el Colaborador N.º 03-2014, en su declaración del 27 de mayo de 2014, refirió que la señora Crysti Soledad Varas Langle envió a Piura 13 paquetes de planillones de firma del Movimiento de Afirmación Social, a través de la empresa ITTSA BUS, conforme se aprecia de la Factura No. 182-0016526 y la Guía de Remisión No. 183-16526, cuyo receptor fue Arcenio Eli Flores Orozco, dichos documentos, se encuentran anexados a la copia de la Guía de Remisión No. 001-000163 de Multigráfica Burgos en la que se aprecia en copia el sello de cargo de la empresa ITTSA.

[Se omitieron las imágenes]

Ahora bien, de las vistas anteriores se tiene que el receptor de los 13 paquetes de planillones de firmas del MOVIMIENTO DE AFIRMACION SOCIAL por la empresa CCC Constructora e Inmobiliaria S.A.C., en la localidad de Piura, fue Arcenio Eli Flores Orozco.

Conforme se desprende del Acta de Nacimiento[7] de Deyber Eli Flores Calle, Administrador del Gobierno Regional de Cajamarca, el señor Arcenio Eli Flores Orozco es su padre y, conforme se desprende de las Notas Periodísticas obrantes en el Cuaderno de Colaboración Eficaz 003- 2014, actual precandidato a la Presidencia del Gobierno Regional de Piura, precisamente por el Movimiento de Afirmación Social, liderado por Gregorio Santos Guerrero.

En orden a lo expuesto, el hecho de que los planillones de firmas del Movimiento de Afirmación Social, impresos en Multigráfica Burgos E.I.R.L. de la ciudad de Trujillo, fuera remitido por CCC Constructora e Inmobiliaria S.A.C., al padre de un funcionario del Gobierno Regional de Cajamarca y dirigente del Movimiento de Afirmación Social, en la localidad de Piura, permite concluir válidamente que el contenido

7 Remitida mediante Oficio N.º 209-20147AGCHUL/JR1PIU/GOR/RENIEC

de los paquetes en cuestion eran planillones para recabar firmas del movimiento de afirmación social con la finalidad de inscribirse como un partido nacional.

Estos hechos corroborarían la cercanía y contribución del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz al señor Gregorio Santos Guerrero y su agrupación política, Movimiento de Afirmación Social.

Aunado a ello, cabe señalar que el Colaborador 07-2013, en su declaración de fecha 17 de marzo de 2014, ha sostenido: "Al señor Jorge Olivera Gonzales se le entregó la camioneta de placa de rodaje T2L 885 de propiedad de BSP Obras EIRL, la cual fue utilizada para actividades partidarias del "MAS" esto fue entre abril y mayo del 2012, la cual fue devuelta en agosto del 2012".

f) Comunicaciones Telefónicas

Ante la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República, el señor Gregorio Santos Guerrero declaró señalando, con relación a su vínculo con Wilson Vallejos Díaz, que: "(...) sobre si conozco o no al señor Vallejos, quiero expresar mi enérgico rechazo y repudio a las declaraciones de este señor; yo no soy su amigo; lo conozco, lo he visto en una o dos oportunidades porque la Región Cajamarca es pequeña..."[8].

Por su parte, en su declaración —20 de marzo de 2014— brindada ante este despacho fiscal señaló: "lo he visto un par de veces, en la obra de Electrificación rural de Baños del Inca cuando izamos el primer poste y en la obra de las defensas ribereñas de Lajas - Chota cuando se colocó la primera piedra y me saludaron y se presentaron ante mi persona, entre ellos el señor Vallejos y los trabajadores de la obra. Después de esas oportunidades no he tenido ningún contacto, no recuerdo haber tenido comunicaciones telefónicas con él".

No obstante, pese a este enérgico rechazo de ser vinculado con dicho investigado, se ha acreditado que entre ambos **sí existió una estrecha relación**, lo cual habría permitido a Wilson Vallejos Díaz ser

8 Véase, folios 7490

favorecido en los distintos procesos de selección convocados por PROREGIÓN.

En efecto, constituye elemento de convicción de esta afirmación **el tráfico de llamadas existentes entre ambos investigados**, conforme se detalla a continuación:

Debemos partir por señalar que, el número de celular 985 318 870 aparece como teléfono de contacto de Gregorio Santos Guerrero (junto a su correo ...[9]) en dos comunicados oficiales del MAS extraídos de Internet; consultado el imputado sobre dicho correo electrónico y número telefónico señaló —en su declaración de fecha 20.01.2014— que sí es su correo y que debe haber usado dicho número telefónico. Asimismo, debe precisarse que entre el número 985 318 870 existe comunicaciones telefónicas los días 08 y 12 de enero de 2012 con el número 995 270 961, cuya titular es Diana Lisbeth Santos Dávila[10].

De otro lado, Telefónica del Perú, mediante Carta TSP-83030000-EAE-213-2013 del 25.02.13 (fs. 23) informó que del 18.10.11 al 16.05.12 la línea estuvo a nombre del Gobierno Regional de Cajamarca[11].

9 De la información recabada en ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones, correos electrónicos de zimbra, existen diversos correos electrónicos oficiales remitidos por presidencia@regioncajamarca.gob.pe al correo ..., dirigidos por la secretaria de Presidencia directamente al Presidente Regional. Véase, Anexo 24 (impresiones del Zimbra).

10 Carta de Telefónica TSP-830-3000-MSC-0431-2014, de fecha 27.03.2014.

11 Desde el 06.11.12 —fecha a la que ya se había efectuada la denuncia pública de los hechos materia de investigación— dicha línea estuvo a nombre de DEJJE SANTI LIBIA BALBINA. Asimismo, mediante Carta TSP 83030000-EAE-213-2013 del 19.02.13 (fs. 18/20) Telefónica señaló que dicho número está a nombre de DEJJE SANTI LIBIA BALBINA, desde el 06.11.1Z Con Carta TSP 83030000-EAE-535-2013 del 06.05.13 (fs. 116), se informó que la línea se desactivó el 08.03.13 por robo. También es menester señalar que al parecer entre el 16.05.2012 al 06.11.12 no hubo tráfico de llamadas de dicha línea. Se recibió la declaración de DEJJE SANTI LIBIA BALBINA, la que señaló que es su número telefónico, sin embargo no supo explicar cómo es que las llamadas efectuadas o recibidas eran captadas en Cajamarca, por las cercanías del Gobierno Regional de Cajamarca, habiendo incluso precisado que nunca estuvo en Cajamarca.

En resumen, las comunicaciones telefónicas que se efectuaron o recibieron desde el número telefónico 985 318 870, cuyo usuario era el señor Gregorio Santos Guerrero con los números de la empresa BSP OBRAS EIRL son las siguientes:

	N.º TELEFÓNICO	N.º de teléfono con el cual es encontrado vinculación	TITULAR	Detalle de Llamadas			Fecha de Llamadas
				Cantidad de Llamadas	Tipo de Llamadas		
Gregorio Santos GUERRERO	985318870	949600372	BSP Obras EIRL (Número que habría sido usado por Coronado Fustamante)	14	E	13	Octubre a Dic. 2011 Enero a Febrero 2012
					S	4	
		952940934	BSP Obras EIRL	4	E	-	Diciembre 2011 Febrero 2012
					S	51	
		981768987	BSP Obras EIRL	71	E	20	Diciembre 2011Enero a Mayo 2012
					S	2	
		999305978	BSP Obras EIRL	2	E	-	Enero del 2012
					S	18	
		990813964	BSP Obras EIRL (Número que habría sido usado por Coronado Fustamante)	19	E	1	Noviembre del 2011
					S	1	
		990813644	BSP Obras EIRL (Número que habría sido usado por Coronado Fustamante)	20	E	17	Enero a Marzo del 2012
					E	3	

De otro lado, cabe mencionar que, mediante Carta TSP-83030000-EAE-0011-2013 del 18.01.13 Telefónica informó que la línea 981 768 987 tiene como titular a BSP OBRAS EIRL, cuyo representante

legal es Wilson Manuel Vallejos Díaz (Tomo "Telefónica": fs. 04/06). Asimismo, el colaborador 07-2013, en declaración de fecha 18.12.2013 señaló que dicho número era utilizado por Wilson Manuel Vallejos Díaz. Asimismo, los números 952940934 y 999305978 también tienen como titular a la empresa BSP OBRAS EIRL, conforme a la información remitida por Telefónica, mediante Carta TSP-83030000-EAE-0011-2013, del 18.01.13

En cuanto al detalle de las comunicaciones tenemos:

[Se omitió cuadro]

En conclusión se ha verificado que entre Wilson Manuel Vallejos Díaz y Gregorio Santos Guerrero habría existido fluida comunicación, la que formalmente no estaría justificada.

g) Pagos

El colaborador 07-2013, en su declaración de fecha 17 de diciembre de 2013 señaló: "De otro lado, también quiero señalar que en varias ocasiones he presenciado entregas de dinero del señor Wilson Vallejos Díaz a Gregorio Santos Guerrero, detallando que una vez fue en la entrada de Choropampa - Cajamarca, la entrega fue aproximadamente a las siete de la noche, el señor Wilson Vallejos Díaz iba llevando una mochila y nos trasladábamos en la camioneta de la empresa de Wilson Vallejos, siendo que durante el trayecto se comunicaban por teléfono coordinando el punto de reunión, en el lugar antes citado llegó la camioneta que trasladaba a Wilson Vallejos, encontrándose con otra camioneta, e la cual descendió el señor Gregorio Santos Guerrero con su seguridad, entregándole el señor Wilson Vallejos Díaz la mochila que contenía dinero, siendo que en dicha ocasión estaba el tema del problema de Conga. En otra ocasión, viajamos con el señor Wilson Vallejos Díaz, a bordo de una de sus camionetas, a la ciudad de Chiclayo, siendo yo el conductor, siendo que el señor Wilson Vallejos llevaba la suma de S/. 210,000.00 (doscientos diez mil nuevos soles), informándome el señor Wilson Vallejos que ese dinero iba a ser entregado al señor Gregorio Santos Guerrero; llegamos a la ciudad de Chiclayo siendo que Wilson

Vallejos me pidió que lo espere cerca al centro de la ciudad y él se fue con el dinero, luego retornó y nos fuimos a Chota, en ese tiempo estábamos con el tema de la obra del muro de encauzamiento de Lajas. Los otros encuentros, se han producido en Ciudad de Dios que es una intersección de las ciudades de Cajamarca, Chiclayo y Trujillo, ha dichos encuentros acudían indistintamente el señor Gregorio Santos Guerrero, Juan Ricardo Coronado Fustamante o el señor Percy Flores del Castillo".

Asimismo, el mencionado colaborador hizo entrega de copias de un cuaderno de anotaciones, en el que Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle registraban los pagos ilícitos efectuados a los funcionarios del Gobierno Regional de Cajamarca y de PROREGION.

Sobre el particular, el Colaborador 07-2013 ha señalado: "De otro lado, quiero señalar que en cuanto a las copias del cuaderno con anotaciones que he entregado anteriormente (09 de enero de 2014) al despacho fiscal, en el que se detalla información de pagos a funcionarios del Gobierno Regional de Cajamarca y de PROREGION, me ratifico que las anotaciones de dicho cuaderno fueron realizadas por el señor Wilson Vallejos Díaz, salvo la última página que entregué en la que la letra corresponde a la señora Crysti Varas Langle. Asimismo, quiero precisar que si bien se efectuaron algunos depósitos en las cuentas bancarias de los funcionarios ahí mencionados otros pagos se hicieron en efectivo, así por ejemplo, el propio señor Wilson Vallejos efectuó pagos en efectivo no solo al presidente regional sino también a varios de los funcionarios ahí mencionados..."[12].

Por su parte, el Colaborador 03-2014, en su declaración de fecha 27 de mayo de 2014, ha señalado: "...Tengo conocimiento de que el señor Wilson Manuel Vallejos Diaz tenía un cuaderno de anotaciones en el que registraba distintas operaciones y que se lo daba a la señora Crysti Soledad Varas Langle para que lo guardara en un lugar seguro...".

Conforme a la información de dicho cuaderno Wilson Vallejos habría entregado las siguientes sumas de dinero al señor Gregorio Santos Guerrero, personalmente o a través de personas vinculadas al mismo.

12 Declaración de fecha 17 de marzo de 2014.

[Se omitió el cuadro]

Ahora bien, el Colaborador Eficaz N.º 02-2014, en su declaración del 22 de mayo de 2014, refirió que "Wilson Manuel Vallejos Diaz le entregó a Gregorio Santos un promedio de S/140,000.00 a S/.150,000.00, más la camioneta. Estos pagos se hicieron en partes, nunca de golpe, semanalmente, Wilson Manuel Vallejos Diaz entregaba a Gregorio Santos Guerrero S/.20,000 a S/.30,000.00 de manera medida, porque como era adelanto, entonces Wilson Manuel Vallejos Diaz pagaba de su plata". Agrega que "Wilson Manuel Vallejos Diaz habrá realizado alrededor de veinte pagos en efectivo a Gregorio Santos Guerrero, la mayoría de veces, unas doce o treces veces el dinero se lo entregó a su chofer Juan Salazar. En Trujillo Wilson Manuel Vallejos Diaz le ha hechos unas dos o tres entregas de dinero, a Juan Salazar, en Chiclayo la vez que he referido anteriormente (en una caja de WISKY S/50,000.00, entrega efectuada en TOTTUS de Chiclayo) y las demás oportunidades han sido en ruta, es decir en la carretera. Wilson Manuel Vallejos Diaz se comunicaba al teléfono de Juan Salazar quien le pasaba la llamada a Gregorio Santos Guerrero, con quien coordinaba el lugar de encuentro en la carretera y la entrega el dinero, esas entregas en ruta se hacían principalmente a la mano de Juan Salazar, pero también ha habido veces que Wilson Manuel Vallejos Diaz le ha entregado el dinero a Gregorio Santos Guerrero, ya sea en ruta, en el cruce de Ciudad de Dios o camino a Cajamarca. Además del dinero depositado a su esposa, las entregas de dinero a su hermano Leider Calva para la compra de pintura. Ese dinero que Wilson Manuel Vallejos Diaz entregaba a Gregorio Santos Guerrero venía del pago de las valorizaciones y Wilson Manuel Vallejos Diaz lo retiraba de sus cuentas corrientes del Banco Continental de BSP OBRAS y Servicios Múltiples del Norte y de las Cuentas corrientes de CCC Constructora e Inmobiliaria".

Esta versión, que corrobora la declaración del Colaborador N.º 07-2013 es a su vez corroborada con la versión del Colaborador N.º 03-2014 que en su manifestación del 27 de mayo de 2014, entregó el Voucher de depósito a la Cuenta No. 17232165747, de la Caja de Trujillo, perteneciente a la señora Nancy Dávila Castillo, esposa del señor Gregorio Santos Guerrero, por la suma de S/. 8,000.00 que el

señor Wilson Manuel Vallejos Diaz le dijo a la señora Crysti Soledad Varas Langle que abone el 14 de abril de 2012.

[Se omitió imagen]

Como resultado de los actos de corroboración de la información brindada por el Colaborador Eficaz N.º 03-2014, este Despacho Fiscal solicitó el Levantamiento del Secreto Bancario de la señora Nancy Dávila Castillo, esposa del imputado Gregorio Santos Guerrero, recibiendo de la Caja de Trujillo el reporte de operaciones de la Cuenta de Ahorros N.º 17-232-146-5747, en el cual resalta en sobremanera las siguientes operaciones:

[Se omitió cuadro]

Nótese, que el día 14 de abril de 2014, fecha en la que la señora Crysti Soledad Varas Langle depositó S/. 8,000.00 nuevos soles a la señora Nancy Dávila Castillo, existió **comunicación telefónica** entre el señor Gregorio Santos Guerrero y el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, lo que a su vez coincide con lo señalada en el cuaderno de anotaciones conforme al siguiente detalle:

Número de Gregorio Santos	Fecha y Hora	Llama Entrante o Saliente (E o S)	Tiempo de comunicación en Segundos	Número de Wilson Vallejos
985318870	2012-4-14/11:49:23	S	53	981768987

h) Compra de camioneta a Gregorio Santos Guerrero

Por su parte, el Colaborador 01-2014, en su declaración de fecha 21 de mayo de 2014, señaló: "...Gregorio Santos Guerrero, Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca llamó a Jose Panta Quiroga y le pidió reunirse con él en su casa, reunión a la que accedió, su vivienda queda cerca de un local de nombre "Estadio" o "La Calera", es un departamento que queda en una casa de tres pisos, el Presidente Regional vive en el segundo piso. En esa oportunidad, estaba en la casa de Gregorio Santos Guerrero, Presidente del gobierno Regional de Cajamarca, Wilson Manuel Vallejos Diaz y, en otro ambiente,

Deyber Florees, quien era el Administrador del Gobierno Regional, actualmente es candidato a la Municipalidad de Piura. En esa oportunidad, Gregorio Santos Guerrero, Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca le pido a Panta Quiroga que viera la Licitación Pública para la contratación de la obra de construcción del Hospital de Jaén con Wilson Manuel Vallejos Diaz, en ese momento Panta Quiroga le reclamó al Presidente Regional sobre el panfleto que lo vinculaba con dicha persona y que entonces se diría que es verdad que está vinculado con todas las obras de PROREGION si es que se le daba lo del Hospital de Jaén que además era una obra por muchísimo dinero. Entonces, Gregorio Santos Guerrero, Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca dijo a Panta Quiroga que se deje de tonteras, y le dijo que él "había luchado mucho a lo largo de los años y que merecía asegurar la vida de toda su familia...".

Asimismo, el colaborador 02-2014, en su declaración de fecha 22 de mayo de 2014 ha sostenido lo siguiente: "Wilson Manuel Vallejos Díaz compró una camioneta en la ciudad de Lima para Gregorio Santos, pero está a nombre de Juan Solazar Silva, primero Gregorio Santos iba a comprarla en Trujillo, pero luego desistió y decidió comprarla en Lima, para ello Wilson Manuel Vallejos Díaz efectuó dos retiros en el año 2013 del Banco Continental, por S/. 60,000.00 y S/. 30,000.00. Ese dinero se lo entregó Wilson Manuel Vallejos Díaz a Juan Salazar en efectivo, y con ese dinero es que este seguridad compró lo camioneta Mitsubishi Nativa que, a la fecha, sigue usando Gregorio Santos Guerrero. Juan Solazar compró la camioneta en efectivo en la ciudad de Lima".

En la misma línea, el colaborador 03-2014, en su declaración de fecha 27 de mayo de 2014 ha sostenido: "Tengo conocimiento de que Wilson Manuel Vallejos Díaz le entregó al señor Gregorio Santos Guerrero, a través de su chofer Juan Solazar Silva, una suma fuerte de dinero, en dos partes, la primera de S/. 60,000.00 y la otra S/. 30,000.00, para la compra de un vehículo para el señor Gregorio Santos Guerrero y que, sin embargo, esa camioneta iba ser puesta a nombre del chofer".

También señaló: "Tengo conocimiento de que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz compró tres líneas telefónicas de la empresa Claro, en la ciudad de Cajamarca. Estas líneas telefónicas estaban a su nombre y fueron entregadas, una al chofer de Gregorio Santos Guerrero (Juan Salazar Silva), a Gregorio Santos Guerrero y otro era usado por Wilson Manuel Vallejos Díaz...".

Como acto de corroboración de la información proporcionada por los citados colaboradores eficaces se logró verificar que, entre otros, el señor Juan Enrique Salazar Silva tiene registrado a su nombre una camioneta rural marca Mitsubishi, año de fabricación 2012, modelo nativa, color negro, número de motor 4D56UCDT2544, número de serie MMBGNKH40CF037482, de placa de rodaje D2L-143, inscrito en la Partida registral N.º 52503712.

[Se omitió imagen]

Dicha camioneta fue adquirida el 21 de noviembre de 2012, a la empresa Desarrollo Automotriz S.A. (DETRIZ), por la suma de US$ 42,990.00 dólares americanos pagados en efectivo, habiéndose emitido la Boleta de Venta N.º 002-6076. El pago se efectuó en las siguientes fechas: el **31 de octubre de 2011**, dos depósitos en cuenta de la empresa del Banco-Continental, por las sumas de US$ 30,000.00, en la Oficina Los Olivos, y US$ 770.00 dólares americanos, en la Oficina Los Olivos; el 07 de noviembre de 2012 un depósito en cuenta de la empresa del Banco Continental, por las suma de US$ 9,600.00 dólares americanos, en la Oficina Cajamarca; y un último depósito en cuenta de la empresa del Banco de Crédito, el día 20 de noviembre de 2012, por la suma de US$ 2,620.00 dólares americanos.

El Banco Continental, mediante Carta de Código 817604 CN, de fecha 12 de junio de 2014, ha remitido copia de los vouchers de depósito en efectivo de fechas 31 de Octubre de 2012 y 07 de noviembre de 2012, así como la Declaración Jurada de Origen de Fondos - Registro de Transacciones Significativas, de fecha 31/10/2012, en la que se deja constancia que el depositante de los US$ 30,000.00 dólares americanos es Juan Enrique Salazar Silva.

En tal sentido, se ha formalizado investigación preparatoria al señor Juan Enrique Salazar Silva, en calidad de cómplice el delito de Cohecho pasivo propio, por haber prestado colaboración al señor Gregorio Santos Guerrero, recibiendo en su nombre sumas de dinero y otras ventajas de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, empresario cuyas empresas vinculadas se encontraban participando en procesos de selección en la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca, PROREGION; asimismo, se ha dispuesto la remisión de copias a la Fiscalía especializada en pérdida de dominio y lavado de activos, a fin de que actúen conforme a sus atribuciones.

i) Análisis de comunicaciones telefónicas en relación a fechas de pagos

El 12 de enero de 2012, según el cuaderno de anotaciones, Wilson Vallejos entregó a Gregorio Santos Guerrero las siguientes sumas de dinero: S/. 45,000.00 y S/. 30,000.00 nuevos soles.

Del análisis de la información remitida a consecuencia del levantamiento secreto de las comunicaciones se advierte que existió comunicación telefónica (11 llamadas) entre los números 985 318 870 (a nombre del Gobierno Regional de Cajamarca, siendo su usuario Gregorio Santos Guerrero) y el 981 768 987 (cuyo titular es la empresa BSP OBRAS EIRL, siendo su usuario -según lo señalado por el Colaborador 07-2013, Wilson Manuel Vallejos Díaz), los días 11,12 y 13 de enero de 2012; incluso el día 12 de enero existió 04 comunicaciones telefónicas (03 entrantes y 01 saliente) entre los antes citados, según el siguiente detalle:

[Se omitió cuadro]

En la misma línea, conforme al cuaderno de anotaciones mencionado, también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado la suma **S/. 7,000.00** nuevos soles al señor Gregorio Santos Guerrero, con fecha **26 de enero de 2012**; sobre el particular, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 06 comunicaciones entre los antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió cuadro]

En la misma línea, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado, con fecha **08 de febrero de 2012**, la suma **S/. 5,000.00** nuevos soles al hermano del señor Gregorio Santos Guerrero, Leider Calva Guerrero; asimismo, con fecha **09 de febrero** Wilson Vallejos habría depositado **S/. 30,000** nuevos soles al Señor Santos Guerrero; y, con fecha **10 de febrero** le habría entregado **S/. 50,000** nuevos soles; sobre el particular, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en las citadas fechas hubo 14 comunicaciones entre los antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

Así también, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado, con fecha **22 de febrero de 2012**, la suma **S/. 50,000.00** nuevos soles al señor Gregorio Santos Guerrero; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 1 comunicación entre los antes mencionados, así también existió comunicación entre los mismos el día previo y el día posterior, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió cuadro]

Así también, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría hechos dos entregas de dinero, con fecha **06 de marzo de 2012**, al señor Gregorio Santos Guerrero, una por la suma **S/. 50,000.00** nuevos soles y otra por la suma de **S/. 40,000.00** nuevos soles; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 7 comunicaciones entre los antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

Asimismo, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado, con fecha **16 de marzo de 2012**, al señor Gregorio Santos Guerrero, la suma **S/.**

40,000.00 nuevos soles; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 02 comunicaciones entre los antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

Asimismo, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado, con fecha **30 de marzo de 2012**, al señor Gregorio Santos Guerrero, la suma **S/. 30,000.00** nuevos soles; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 03 comunicaciones entre los antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

Asimismo, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado dos sumas de dinero, con fecha **14 de abril de 2012**, al señor Gregorio Santos Guerrero, una por la suma **S/. 8,000.00** nuevos soles y la otra por la suma de **S/. 13,600.00** nuevos soles; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que en la citada fecha hubo 1 comunicación entre los antes mencionados, asimismo, existió 02 comunicaciones el día 12 de abril de 2012:

[Se omitió el cuadro]

Asimismo, conforme al cuaderno de anotaciones también se advierte que el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado dos sumas de dinero, con fecha **18 de abril de 2012**, al señor Gregorio Santos Guerrero, una por la suma **S/. 30,000.00** nuevos soles y la otra por la suma de **S/. 80,000.00** nuevos soles; al respecto, analizada la información proveniente del levantamiento del secreto de las comunicaciones se advierte que el día 17 de abril de 2012 existió 03 comunicaciones entre los antes citados, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

B) Prognosis de pena superior a 04 años

Los tipos penales investigados son los delitos contra la Administración pública - Colusión Agravada (artículo 384° del C.P[13]) en 11 procesos de selección, Corrupción de Funcionarios - Cohecho pasivo propio (artículo 393° primer párrafo del C.P.)[14] y contra la Tranquilidad Pública - Asociación Ilícita para Delinquir (artículo 317° del C.P.)[15], en agravio del Estado Peruano, cuyas penas en su extremo mínimo **superan los 04 años**.

---

13 *"Art. 384°*.- El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

14 "artículo 393.- cohecho pasivo propio
"el funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de odio años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del código penal"

15 "Artículo 317.- Asociación ilícita
El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N.º 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin"

Para efectos de la determinación de la pena, debe tenerse en cuenta los criterios establecidos en el artículo 46 del Código Penal, tales como la extensión del daño o peligro causados, el uso de una organización criminal, los medios empleados, la habitualidad o reincidencia y la pluralidad de agentes. También se deberá tener presente que nos encontramos frente a un concurso real de delitos, lo que incrementará la pena a imponer, dada la sumatoria de penas, conforme el artículo 50° del Código Penal.

C) Peligro procesal

47. Que, existen circunstancias concretas de peligro procesal de fuga respecto de los imputados Gregorio Santos Guerrero Y Juan Enrique Salazar Silva, conforme procedemos a detallar:

C. l. Peligro de fuga

- **Gravedad de la Pena**

  a) Que, conforme lo expuesto en los ítems antes citados, se imputa a **Gregorio Santos Guerrero** en calidad de autor de los delitos de: Colusión simple y agravada en 11 procesos de selección, Cohecho pasivo propio y Asociación Ilícita para Delinquir. Habiendo un concurso real de delitos, 11 colusiones, entre simples y agravadas, cohecho s y la pertenencia a una organización criminal, por lo que deberán sumarse las penas, lo que genera una prognosis de pena elevada.

  b) Por su parte, se imputa a Juan Enrique Salazar Silva, en calidad de cómplice del delito de Cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, el que prevé una pena elevada.

  c) Asimismo, se tiene que **Gregorio Santos Guerrero** ostenta el cargo de Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca; por lo que, la reprochabilidad de su conducta es mayor, por los mayores deberes que tiene para con la Administración pública; y, sobre todo por haber empleado como medio el aparato estatal y a los funcionarios a su cargo, conformando

y liderando una organización criminal que otorgaba la buena pro a empresas con las cuales existía un acuerdo colusorio.

d) En tal sentido, conforme lo regulado en el considerando cuarto de la RESOLUCION ADMINISTRATIVA N.º 325-2011-P-PJ - Circular de la Prisión Preventiva, la gravedad de la pena es un indicador de peligro de fuga, más aún si en el presente caso, la prognosis será **mayor a 10 años.**

e) Así dicho considerando de la Circular citada, señala: "cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). (...) no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra —desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia— puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido".

f) Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado, y la existencia de peligro de fuga.

- **Importancia del daño resarcible**

a) El daño ocasionado al Estado peruano es sumamente elevado, pues se trata de 11 procesos de selección, los que en su totalidad suman como monto contratado cerca de S/. 150'000,000.00 de nuevo soles, conforme al siguiente detalle:

[Se omitió el cuadro]

b) Al margen del posible perjuicio patrimonial ocasionado con el hecho de haber otorgado la buena pro en dichos procesos de selección a empresas con las cuales existe un acuerdo colusorio, se ha defraudado las expectativas que la Administración pública

pone respecto a sus funcionarios públicos, los que han incumplido sus deberes específicos de actuar con legalidad, imparcialidad, lealtad y en tutela del interés estatal, específicamente del interés vinculado al patrimonio estatal y particularmente en la intervención del funcionario.

- **Fundados y graves elementos de convicción, conforme el estado actual del presente proceso**

a) Que, conforme el estado actual del presente proceso —investigación preparatoria—, la vinculación de los imputados Gregorio Santos Guerrero y Juan Enrique Salazar Silva con los hechos, es mucho mayor respecto a los elementos iniciales que motivaron las diligencias preliminares.

b) Pues conforme se ha detallado en la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria —in extenso—, disposiciones ampliatorias y en los fundamentos fácticos del presente requerimiento; existen fundados y graves elementos de convicción que vinculan a los citados imputados, no solo con los hechos, sino también en el caso del señor Gregorio Santos Guerrero como líder de una organización de personas -funcionarios, servidores públicos y extraneus titulares de empresas- destinadas a cometer el delitos de colusión y cohecho pasivo propio; asimismo, se ha verificado la activa colaboración del señor Juan Enrique Salazar Silva en los actos de corrupción imputados al presidente regional, siendo el presunto intermediario de cuantiosas sumas de dinero y apareciendo como supuesto titular de bienes, con la finalidad de evitar su descubrimiento y posterior incautación y decomiso.

c) Que, obviamente, la conducta procesal del imputado frente a los actuales elementos de convicción existente variará. Es de tener presente el considerando tercero de la RESOLUCION ADMINISTRATIVA N.º 325-2011- P-PJ - Circular de la Prisión Preventiva que señala: "ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son

necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento. (...) Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento".

d) Esto es, conforme el estado inicial del proceso, ante la existencia de fundados elementos de convicción y la gravedad de la pena a imponer, se puede inferir la existencia de una peligro de fuga.

- **Pertenencia del imputado a una organización delictiva y las facilidades que le proporcionará la misma**

a) Un elemento decisivo a valorar —respecto al peligro de fuga—, es la pertenencia del imputado **Gregorio Santos Guerrero**, a una organización criminal que ha percibido cuantiosas sumas de dinero, como producto de las contrataciones suscritas con PROREGION. Aún más, al citado imputado se le atribuye la calidad de cabecilla de dicha organización delictiva.

b) Así conforme el considerando tercero de la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ - Circular de la Prisión Preventiva: "Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser:

=> **La pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva:** que conforme se ha detallado en los puntos antes citados, al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y su Unidad Ejecutora PROREGION se gestó una organización delictiva destinada a cometer delitos contra la Administración pública -colusiones y cohecho s; la que, en 11 procesos de selección ha otorgado la buena pro a empresas vinculadas a los señores Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle ; contrataciones por cuantiosas sumas de dinero.

=> **La complejidad en la realización del hecho atribuido:** que conforme a los fundamentos detallados en la formalización y continuación de la investigación preparatoria y el presente requerimiento, son objeto del proceso, hechos complejos de difícil investigación como es una organización criminal compleja; donde las fuentes de prueba se encuentran en poder del Estado y de los imputados.

- **Comportamiento del imputado: Declaraciones públicas que demuestran su falta de sometimiento al proceso penal**

Después de haberse formalizado la investigación preparatoria en el presente proceso, el señor Gregorio Santos Guerrero ha brindado diversas declaraciones públicas, en las que ha demostrado su falta de sometimiento al proceso penal, trasgrediendo el principio de reserva de la investigación y sobretodo atribuyendo móviles espurios (móviles económicos, influencia de empresas, mineras, grupos editoriales, etc.) a la investigación y proceso penal, atribuyendo que se trata de una "supuesta" campaña contra la regionalización, de tinte "político electoral", calificando la investigación y proceso penal de "andamiaje jurídico". En esta línea, pretende deslegitimar ante la sociedad Cajamarquina a la Fiscalía a cargo de esta investigación señalando: "...*y* luego cambió el nombre de una Fiscalía de Lima para convertirla en Fiscalía Supraprovincial que se encargue de investigar el caso Santos, solo el caso Gregorio Santos se llevó a Lima, solo el caso Santos se investigó fuera de su jurisdicción"; incluso, pretende levantar al pueblo de Cajamarca en contra de la investigación, al señalar: "...pero no pueden insultar la dignidad del pueblo de Cajamarca, de los descentralistas, de los luchadores sociales, diciéndonos que somos una asociación o una banda criminal (...) quieren utilizar el caso Cajamarca como una cortina de humo para tapar las grandes mafias de las multinacionales (...) la Fiscalía de la Nación que armó este andamiaje con órdenes de Peláez Bardales, esperamos que no convierta este caso, en un caso de persecución". Así se advierte de unas declaraciones obtenidas del portal http://www.youtube.com/watch?v=xZ4hpWuCQYo, publicado el 16 de mayo 2014.

"... le iniciaron una auditoría al Gobierno Regional, investigaron hoja por hoja todo Gobierno Regional y no le encontraron nada, después de haber hecho tanto escandalo buscaron un colaborador eficaz, un colaborador eficaz que disque, él dice que escuchó que a mí me daban plata, que él oía conversaciones, pero el Fiscal no ha podido probar absolutamente nada y ahora cuando han investigado más gobiernos y han lanzado toda una ofensiva, ahora dicen por qué a Goyo no lo detienen (...) que no le tenemos miedo ni a jueces ni a sus fiscales, porque será la mejor tribuna para desenmascararlos, que han dicho vayan a cazar corruptos a las provincias, a las regiones...". Declaraciones del señor Gregorio Santos Guerrero de fecha 05 de Junio de 2014, en la Plaza de Armas de Cajamarca.

De la existencia de arraigo

a) Si bien, el imputado Gregorio Santos Guerrero han señalado un domicilio real en la presente investigación; sin embargo su arraigo, no descarta per se una posibilidad de fuga; pues atendiendo a los fuertes indicios de comisión delictiva que vinculan directamente a los imputados con los hechos materia de investigación se incrementa el riesgo de elusión de la acción de la justicia, dada la grave pena con la que se encuentran conminados los delitos materia de investigación y mucho más aún si se toma en cuenta, que al momento de determinación de la pena, deberá valorarse la existencia de concursos de delitos.

b) A esto debe agregarse que conforme al movimiento migratorio del señor Gregorio Santos Guerrero se advierte que ha viajado a Cuba. Lo que implica que tienen facilidad de emigrar al exterior. Si bien, todos ellos han retornado al país, adviértase que a la fecha de dichos viajes su situación procesal era distinta, pues no contaban con la presente investigación.

c) Conforme lo expuesto precedentemente, es de tener presente que conforme el fundamento séptimo de la Resolución Administrativa N.º 325- 2011-P-PJ - Circular de la Prisión Preventiva, "no existe ninguna razón jurídica ni legal -la norma no expresa en ningún caso tal

situación- para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva".

d) Esto es, "es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, mando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado".

e) Así, "es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la "calidad" del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: "las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto".

f) Dichas "facilidades", se encuentran presentes en este caso; ya que "es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera".

g) Por lo tanto, "no es posible identificar la supuesta "existencia de arraigo" (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva".

h) Es importante resaltar que conforme el considerando tercero de la citada Circular: "Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que 'el imputado tiene domicilio conocido', es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente".

i) En el caso del señor Juan Enrique Salazar Silva solo se cuenta con su domicilio de RENIEC, desconociéndose si a la fecha mantiene dicho domicilio.

j) Por lo expuesto, en el presente caso respecto a Gregorio Santos Guerrero y Juan Enrique Salazar Silva, se advierte que:

=> Existen fundados y graves elementos de convicción que los vinculan con los hechos delictivos materia de proceso penal.

=> Gregorio Santos Guerrero integró y lideró una organización delictiva —integrada por funcionarios y servidores públicos, así como extraneus— representantes de empresas- dedicada a cometer los delitos de corrupción de funcionarios; por lo que la gravedad de la pena a imponer es alta, al existir concurso real de delitos (entre el Cohecho pasivo propio, Colusión y la Asociación Ilícita para Delinquir).

=> Como miembros de una organización delictiva que ha participado en contrataciones con el Estado, por sumas millonarias, cuentan con facilidades para sustraerse del proceso y abandonar el país.

=> Juan Enrique Salazar Silva prestaba colaboración al señor Santos Guerrero en los actos de corrupción que se le imputa, habiendo recibido cuantiosas sumas de dinero de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz; asimismo, estaría actuando como testaferro registrando a su nombre bienes producto de actos de corrupción.

=> Si bien podrían tener arraigo en el país, ello en modo alguno descarta el peligro de fuga, conforme a los fundamentos expuestos.

C.2.2. Peligro de obstaculización

- **Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente**

a) Que, toda vez que los imputados integran una organización criminal dedicada a realizar actos de corrupción de funcionarios; organización que ha percibido ingentes sumas de dinero, existe un peligro concreto que dichas personas influyan en sus demás coimputados,

o, lo que es peor, amenazar o amedrentar al colaborador Eficaz 07-2013, que ha proporcionado valiosa información.

En esta línea, en una declaración pública, el señor Gregorio Santos Guerrero lanza una amenaza velada al Colaborador de Clave 07-2013, al señalar: "se valen de la investigación para echar lodo y quieren tomar por hecho, por verdad, las declaraciones de un supuesto colaborador eficaz, el mismo que dice y cuenta, como si fiera películas, que le entregaban a Santos; hasta el 17 de diciembre del año 2013, la Fiscalía no tenía ningún indicio para acusarnos, el 17 de diciembre buscan y consiguen su colaborador eficaz, en su momento se sabrá quién es, en su momento se verán otros temas". Declaraciones brindadas en discurso público, en la plaza de armas de Cajamarca, el día 05 de junio de 2014.

Por los fundamentos expuestos, toda vez que se cumplen los requisitos previstos en los artículos 268°, 269°, 270° y 272° del Código Procesal Penal, este despacho fiscal requiere la prisión preventiva de Gregorio Santos Guerrero y Juan Enrique Salazar Silva, por el **plazo de 18 meses**, dado que se busca asegurar el sometimiento de los investigados durante todas las etapas del proceso.

V. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE SUSTENTAN EL REQUERIMIENTO

1. Informe Especial N.º 669-2013-CG/ORCA-EE, que contiene el detalle de las irregularidades advertidas por la Contraloría General de la República.
2. Hoja Informativa N.º 01-2013-CG/ORCA-EEGRC.
3. Transcripción de declaraciones del colaborador de clave 007-2013.
4. Copias del cuaderno de anotaciones proporcionado por el colaborador de clave 007-2013.
5. Acta Fiscal de fecha 29 de enero de 2013.
6. Carta de Telefónica TSP-83030000-EAE-574-2013.
7. Carta de Telefónica TSP-83030000-STA-228-2013.
8. Carta de Telefónica TSP-83030000-EAE-0011-2013.

9. Declaración del señor Gregorio Santos Guerrero ante la Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.
10. Carta de Telefónica TSP-83030000-EAE-259-2013.
11. Declaraciones de la señora Patricia Camacho Alva, de fecha 13 de setiembre de 2013 y 17 de marzo de 2014.
12. Declaración del señor Juan Carlos Sojo Quevedo.
13. Cuaderno de zona de parqueo del Hospital de Florencia de Mora.
14. Declaración de Willie Abelardo Ravines Arana.
15. Declaración de Manuel Vidaurre Santisteban.
16. Libro de Hospitalización del Hospital de Florencia de Mora.
17. Libro de Emergencia del Hospital de Florencia de Mora.
18. Oficio N.º 133-2014-Z.R.N.º V-UREG, de fecha 06 de marzo de 2014.
19. Acta de fecha 05 de marzo de 2014.
20. Acta de visualización y toma de copias de correo electrónico.
21. Transcripción de parte pertinente de la declaración del colaborador 01-2014.
22. Transcripción de parte pertinente de la declaración del colaborador 02-2014.
23. Transcripción de parte pertinente de la declaración del colaborador 03-2014.
24. Copia de las Facturas N.os 001-1632, 001-1633, 001-1652 y 001-1657, las tres primeras emitidas por la empresa Multigráfica Burgos, a favor de la empresa CCC Constructora e Inmobiliaria SAC y la última a favor de la empresa Servicios Múltiples del Norte SAC.
25. Copia de la Factura No. 0001-050735 de la empresa Turismo Ejecutivo S.R. Ltda. "EJETUR" y la Guía de Remisión No. 001-073682 de la misma empresa.

26. Copia de la Factura No. 182-0016526 y la Guía de Remisión N.º. 183-16526 de la empresa ITTSA BUS.
27. Copia del Voucher de depósito a la Cuenta No. 17232165747, de la Caja de Trujillo, perteneciente a la señora Nancy Dávila Castillo, esposa del señor Gregorio Santos Guerrero, por la suma de S/. 8,000.00 nuevos soles.
28. Carta N.º 182-2014/AJ-CMAC-T, remitido por la Caja Trujillo.
29. Partida Registral N.º 52503712.
30. Carta de Código 817604 CN, de fecha 12 de junio de 2014, remitida por el Banco Continental.
31. Acta de verificación de documentos, de fecha 11 de junio de 2014.
32. Resolución Directoral - Sectorial N.º 335-2012-GR-CAJ/DRTC del 23 de julio de 2012.
33. Partida de nacimiento de Deyber Eli Flores Calle.

POR LO EXPUESTO:

A usted señor Juez de Investigación Preparatoria, solicito se sirva dar el trámite que corresponde al presente requerimiento, conforme a Ley.

Nota 1.- Señora Juez, sírvase señalar fecha y hora para la oralización de los argumentos del presente requerimiento.

Nota 2.- Se pone en conocimiento que el domicilio procesal señalado del agraviado Estado Peruano, representado por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios: Av. 28 de Julio N.º 215 - Miraflores.

Nota 3.- Se adjuntan 02 juegos de copias simples del presente requerimiento, a fin de que sean puestos a conocimiento de los imputados.

Lima, 13 de junio del 2013

2. Acta de audiencia de prisión preventiva y resolución

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL NACIONAL
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA
DE PRISIÓN PREVENTIVA

CUADERNO JUDICIAL	:	N.° 91-2014-13
INVESTIGADOS	:	**Gregorio Santos Guerrero y otros**
DELITOS	:	**Contra La Administración pública pública-colusión y otros**
AGRAVIADOS	:	**El Estado**
ESPECIALISTA DE CAUSAS	:	**Carmen Arias Tello**
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS	:	**Roxana Campos López**

Instalación de la Audiencia

En Lima, siendo las doce con nueve de la mañana del día veinticinco de junio del año dos mil catorce, en la Sala de Audiencias del juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que atiende la señora Juez Juana Mercedes Caballero Garcia, da por instalada la audiencia de Ley convocada, por esta Judicatura en virtud al requerimiento de la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en la investigación seguida contra Gregorio Santos Guerrero y Otros, por el delito contra la Administración pública-Colusión y otros, en agravio del Estado.

Se hace conocer a los sujetos procesales que la audiencia será registrada mediante audio, cuya grabación demostrará el modo como se desarrollará la Audiencia conforme lo establece el artículo 361 inciso 2) del Código Procesal Penal, pudiendo acceder a la copia de dicho registro,

por tanto se solicita procedan oralmente a identificarse para que conste en el registro.

Acreditación de los suietos procesales:

1. **Fiscal:** Doctor Walter Javier Delgado Tovar con domicilio procesal en el Jr. Lampa N.º 597, 2do piso - Cercado de Lima; **interconsulta:** Doctor Hamilton Castro Trigoso; doctor Luis Jiménez Niño y la doctora Vanesa Díaz Ramos.
2. Abogado defensor del imputado Gregorio Santos Guerrero:

   Doctor: Fidel Rojas Vargas con CAL 22869 Procesal Avenida Arenales N.º 395 y la Casilla del poder Judicial N.º 15706.
3. Abogado defensa del imputado Juan Enrique Salazar Silva:

   Doctor: Enrique José Llontop Quesquén, domicilio procesal Av. Nicolás de Piérola N.º 672 Oficina N.º 403, y la Casilla del Poder Judicial N.º 13343 correo electrónico [...]
4. Imputado Gregorio Santos Guerrero: identificado con DNI: N.º 27745461 domiciliado en [...].

Desarrollo de la audiencia:

La señora juez cede la palabra al Representante del Ministerio Público:

Fundamentos:

- Debemos precisar las unidades ejecutoras de PROREGIÓN, todo esto en función a sus gastos institucionales, PROREGIÓN se creó en el año 2009, durante el año 2009 se ejecutaron obras, con productos de endeudamiento externo, esto en función a recursos propios, y si esto se ve en las unidades ejecutoras, siendo la unidad más importante, con un 27 % de en el año 2012 el 19 % y la sede central el 11 %.
- Las acciones concretas por Gregorio Santos este ingresa el año 2011, y su primera resolución que emite fue nombrar como jefe

de PROREGIÓN a Juan Ricardo Coronado Fustamante (dio el manejo económico financiero a una persona de su confianza).

- En esta línea, el Colaborador 07-2013, en su declaración de fecha 17 de diciembre de 2013 ha señalado: "En todos los procesos de selección llevados a cabo por PROREGION en los que ganaron la buena pro las empresas vinculadas con Wilson Vallejos Díaz, el Presidente Regional Gregorio Santos Guerrero, ya había dado luz verde para que Wilson Vallejos gané los procesos de selección; al interior de PROREGIÓN también estaban coludidos José Panta Quiroga, Ricardo Coronado Fustamante quienes eran los jefes de más alto rango, Percy Flores del Castillo quien era el contacto entre Gregorio Santos Guerrero y Wilson Vallejos Díaz; debo precisar que Percy Flores del Castillo, a pedido de Wilson Vallejos Díaz, fue promovido como gerente General del Gobierno Regional de Cajamarca, con la finalidad de asegurar esta vez los procesos de selección convocados por el Gobierno Regional.
- Existen vínculos entre la hija del investigado Gregorio Santos Guerrero Wilson Vajellos.

Imputación al señor Gregorio Santos Guerrero

- Por tanto, se imputa en calidad de autores el delito de Asociación Ilícita para Delinquir a los señores Gregorio Santos Guerrero (líder de la organización), José Panta Quiroga, Juan Ricardo Coronado Fustamante, Herbert Wilderd Bravo Saucedo, Fuaad Abdala Samham Graham, Fernando Armando Díaz Carnero, Aristides Atilio Narro Miranda, Segundo Rudecindo Calua Gamarra, Percy Martín Flores del Castillo, Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y Johan Jerry Zavala Ledezma.
- En tal sentido, siendo Gregorio Santos Guerrero el titular del Gobierno Regional y Presidente del Comité Directivo de PROREGION, infringiendo su deber de velar por los intereses patrimoniales de la Entidad y de dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y sus órganos ejecutivos, se concertó con el señor Wilson

Manuel Vallejos Díaz, administrador de hecho de la serie de empresas y consorcios beneficiados con la adjudicación de la buena pro en los procesos de selección convocados por PROREGION, antes detallados.

- Finalmente, también se imputa al señor Gregorio Santos Guerrero haber recibido sumas de dinero de parte de Wilson Manuel Vallejos Díaz, con la finalidad de realizar actos en violación de sus obligaciones, especialmente vinculados a los procesos de selección convocados por PROREGION.

Imputación contra Juan Enrique Salazar Silva

- Se imputa al señor Juan Enrique Salazar Silva, en calidad de cómplice del delito de Cohecho pasivo propio, en razón que prestó colaboración al señor Gregorio Santos Guerrero, recibiendo en su nombre sumas de dinero y otras ventajas de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, empresario cuyas empresas vinculadas se encontraban participando en procesos de selección en la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca, PROREGION.
- Asimismo, se ha dispuesto la remisión de copias a las Fiscalías Especializadas en Pérdida de Dominio y Lavado de Activos, a fin de que actúen conforme a sus atribuciones.
- Audio presentado (se escuchó en audiencia el audio refreído)

Prognosis de pena superior a 04 años

Los tipos penales investigados son los delitos contra la Administración pública-Colusión Agravada (artículo 384 del CP) en 11 procesos de selección, Corrupción de Funcionarios-Cohecho pasivo propio (artículo 393 primer párrafo del CP) y contra la Tranquilidad Pública-asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del CP), en agravio del Estado Peruano, cuyas penas en su extremo mínimo superan los 04 años.

Para efectos de la determinación de la pena, debe tenerse en cuenta los criterios establecidos en el artículo 46 del Código Penal, tales como

la extensión del daño o peligro causados, el uso de una organización criminal, los medios empleados, la habitualidad o reincidencia y la pluralidad de agentes. También se deberá tener presente que nos encontramos frente a un concurso real de delitos, lo que incrementará la pena a imponer, dada la sumatoria de penas, conforme el artículo 50 del Código Penal.

Peligro procesal

Que, existen circunstancias concretas de peligro procesal de fuga respecto de los imputados Gregorio Santos Guerrero Y Juan Enrique Salazar Silva, conforme procedemos a detallar:

Peligro de fuga

- ***Gravedad de la Pena***

  a) Que, conforme lo expuesto en los ítems antes citados, se imputa a Gregorio Santos Guerrero en calidad de autor de los delitos de: Colusión simple y agravada en 11 procesos de selección, Cohecho pasivo propio y Asociación Ilícita para Delinquir. Habiendo un concurso real de delitos, 11 colusiones, entre simples y agravadas, cohecho s y la pertenencia a una organización criminal, por lo que deberán sumarse las penas, lo que genera una prognosis de pena elevada.

  b) Por su parte, se imputa a Juan Enrique Salazar Silva, en calidad de cómplice del delito de Cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, el que prevé una pena elevada.

  c) Asimismo, se tiene que Gregorio Santos Guerrero ostenta el cargo de Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca; por lo que, la reprochabilidad de su conducta es mayor, por los mayores deberes que tiene para con la Administración pública; y, sobre todo por haber empleado como medio el aparato estatal y a los funcionarios a su cargo, conformando y liderando una organización criminal que otorgaba la buena pro a empresas con las cuales existía un acuerdo colusorio.

d) En tal sentido, conforme lo regulado en el considerando cuarto de la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ-Circular de la Prisión Preventiva, la gravedad de la pena es un indicador de peligro de fuga, más aún si en el presente caso, la prognosis será *mayor a 10 años.*

e) Así dicho considerando de la Circular citada, señala: "cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal) (...) no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra —desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia— puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido".

f) Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado, y la existencia de peligro de fuga.

Importancia del daño resarcible

- El daño ocasionado al Estado peruano es sumamente elevado, pues se trata de 11 procesos de selección, los que en su totalidad suman como monto contratado cerca de S/. 150'000,000.00 de nuevos soles.
- En tal sentido por los elementos de convicción presentados, solicitamos que declare fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de 18 meses. [se registró en audio]

01:33:00

Se cede la palabra a la defensa de Gregorio Santos Guerrero:

- Las dos fuentes de prueba que ha utilizado el señor fiscal para ser líder de una organización criminal ante mi patrocinado.
- Contraloría le imputa haber incurrido en delito de colusión, ya que en la segunda página mediante resolución de fecha 26 de abril del 2012, suscrita por Gregorio Santos Guerrero, un presidente no puede emitir resoluciones electorales ejecutivas no nos habla sobre el papel que juega como jefe de la organización, la organización criminal es un delito de peligro y se destina a cometer delitos.
- Solo se explica de una organización, pero qué pasó con el delito de colusión.
- El informe de control sostiene la tesis contraloría refiere que es un delito de colusión.
- El pedido del Fiscal se sustenta en relación al cuaderno de apuntes del señor Wilson Vallejos. No podemos darle la información a nuestro gusto habiéndonos negado esa información.
- Sobre el depósito a la esposa del Presidente Regional y a su hermano. Pues que se pregunte a esas personas.
- LOS ACTOS: el Ministerio Público no habla de las fuentes, estos colaboradores eficaces Clave 07-2013 habla de la entrega de una mochila con dinero, y cómo sabía este testigo que dentro de la maleta había dinero; estos son colaboradores de referencia, más no han visto el monto del dinero entregado.
- El colaborador eficaz N.º 02-2014 habla sobre una entrega de dinero, no habiendo verificado sobre la entrega de dinero, pero sí hizo la verificación sobre la entrada a un hospital en la ciudad de Trujillo. Este mismo testigo habla también sobre otra entrega de dinero y se habla sobre la compra del vehículo a nombre de Juan Enrique Salazar Silva.
- El colaborador eficaz N.º 02-2014 dice que Wilson Vallejo realizo varios pagos de dinero, también refiere que se entregó dinero en

ruta y a su chofer Juan Enrique Salazar Silva. Este colaborador se contradice.

- El colaborador eficaz N.º 07-2014 dice que Wilson aseguraba la buena pro y con ello ganaba parte de las comisiones que solicitaban a las empresas que formaban el consorcio. El Ministerio Público solo investiga a Gregorio Santos Guerrero y que paso con las empresas.
- Nos habla el Ministerio Público que la esposa de Wilson dispuso que se hagan polos y planillones con el logotipo de MAS ¿Los aportes de Wilson a través de su esposa qué relación tienen con el delito de cohecho ?
- La organización criminal comete delitos para afuera. Ese cohecho qué tiene con la organización criminal.
- Se habla de actos colusorios, y Contraloría habla sobre las bases ni da referencia que Gregorio Santos Guerrero estaría cometiendo actos colusorios. El jefe dispone y manda.
- De la obra de Jaén, se declaró nulo.
- Tiene aportes en obras pequeñas y al recibir dinero, pero donde están las empresas.
- Por lo tanto la defensa de Gregorio Santos requiere una debida fundamentación, motivación del peligro de que el señor Gregorio Santos esté en libertad, solicitando que se declare infundado el pedido por el representante del Ministerio Público. (Se registró audio).

02:15:00

Réplica del Ministerio público:

- Llama la atención que se recurran a falacias. Los delitos las interpone el Ministerio Público más no de contraloría, la contraloría solo emitió su informe.
- Todo lo solicitado por el abogado y sus preguntas están en la formalización de la investigación preparatoria. Páginas 160 al 167 están las copias del cuaderno de anotaciones, los mismos que se adjuntado como elementos.

- Sobre el audio queremos hacer referencia que recién este fin de semana se ha obtenido.
- Se declaró NULO, efectivamente fueron declarados nulos, pero las había ganado la empresa de Wilson Vallejos pero se declara nula ya que días después de esto salió a luz unos audios y eso ocasiona que se declare NULO.
- Son 5 colaboradores los que ratifican exhortando al despacho para evaluar. (Se registró audio).

02:57:50

Réplica por el abogado defensor de Gregorio Santos Guerrero:

- Los elementos deben ser expuestos oralmente.
- Yo hablo sobre contradicciones insalvables del famoso cuaderno de control de los pagos.
- Gregorio Santos no está relacionado con los actos de contratación ni directa ni indirectamente.
- En el punto 4 de se nos niega la obtención de informes de las declaraciones de los colaboradores. (Se registró audio).

03:09:30

Se cede la palabra al abogado defensor de Juan Enrique Salazar Silva:

- Me adhiero a todo lo expresado por el abogado antes oralizado; debiendo expresar: Que, lo que se requiere son fundados y graves elementos de convicción, debo señalar que este requerimiento de prisión preventiva representa un segundo piso del marco de convicción, señalando unas cantidades de dinero, las mismas que provinieron de los avances de obras, y que estos dineros en la página 297 se dice en el punto 3.1 sobre el colaborador 03-2014, no existiendo una base sólida para darle fundados y graves elementos de convicción, y nos atrevemos a calificar sobre los fundados del espacio vacío que existe.

- Se cuenta con elementos, la declaración de los colaboradores, el cuaderno, siendo una transcripción de la copia de lo que dice.
- Como es posible que con un dinero que se saca en el año 2013 se compra una camioneta en el año 2012. De qué elementos de convicción se está hablando.
- En el contexto señalado por el representante del Ministerio Público no lo pone dentro de la organización criminal, no pidiendo que se le ponga dentro de esta organización.
- Solicitando se declare infundado el pedido solicitado por el representante del Ministerio Público. (Se registró audio).

03:10:20

Réplica del Ministerio público:

- Debo aclarar que sí se ha referido sobre la calidad de Juan Enrique Salazar Silva esto es de cómplice primario.
- Nuestro requerimiento es un escrito totalmente sustentado, habiendo sido presentado con anexos, se presentan transcripciones de algunos fragmentos, siendo un procedimiento especial que sigue sus propias reglas, información que fueron anexadas en copias.
- Se habla de una supuesta contradicción respecto de la compra de la camioneta, los pagos se hacen en la ejecución del contrato.
- El Ministerio Público se refiere de la entrega de la contradicción de una fase previa y de contratación, esta es la audiencia donde se debe explicar cómo tiene una camioneta.
- El Ministerio Público reitera el pedido de prisión preventiva por el de 18 meses. (Se registró audio).

03:37:22

Réplica del abogado de Juan Enrique Salazar Silva:

- No puedo referir sobre la camioneta ya que esta fue comprada en el año 2012.

- Reiterando que se declara infundado el requerimiento del Ministerio Público. (Se registró audio).

04:15:19
Se cede la palabra al imputado Gregorio Santos Guerrero:

- Me he venido a ponerme a disposición ya que nunca he formado parte de una banda criminal, lo único que esperaba era ser atendido por un médico cuando estaba en Trujillo.
- Yo no firmo ningún contrato, no doy la buena pro, se sabe que estuvimos en estado de emergencia y yo me encontraba en el campo.
- Estoy a disposición de la justicia sometiéndome a la investigación con todas las reglas que se me impongan. (Se registró audio).

04:21:40
Resolución N.º 04

//Lima veinticinco de junio del año dos mil catorce

AUTOS, VISTOS Y OIDOS: En la audiencia de Prisión Preventiva contra los procesados **Gregorio Santos Guerrero**, a quien se le imputa el delito contra la Administración pública-**Cohecho pasivo propio** (art. 393 CP), Colusión agravada y simple (art. 384° CP), en agravio del Estado; y delito Contra la Tranquilidad Pública —**Asociación Ilícita** (art. 317 CP)— en agravio de la sociedad y Juan Enrique Salazar Silva, a quien se le imputa en calidad de **CÓMPLICE** el delito contra la Administración pública-**Cohecho pasivo propio** (art. 393 CP) en agravio del Estado. **Y CONSIDERANDO**:

I. ANTECEDENTES:

Que, conforme lo ha referido el Ministerio Público en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y disposición de ampliación, corrección y adición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, se tiene en resumen como hechos:

Que según lo expresado por el ministerio público al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional- PROREGION, se gestó una organización criminal destinada a cometer delitos contra la Administración pública, especialmente vinculada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculadas al señor Wilson Manuel Vallejos Díaz. Dicha organización estaría liderada por su Presidente Regional, Gregorio Santos Guerrero, quien a su vez se desempeña como Presidente del Comité Directivo de PROREGION e integrada por su exdirector ejecutivo, José Panta Quiroga, su exadministrador, Juan Ricardo Coronado Fustamante, el jefe de la Unidad de Ingeniería, Herbert Wilderd Bravo Saucedo; el jefe de la Oficina de Asesoría Legal, Fuaad Abdala Samham Graham; el jefe de la Unidad de Estudios, Fernando Armando Díaz Carnero; el ex Jefe de la Unidad de Tesorería, el trabajador de la Oficina de Programación y Presupuesto y actual Administrador de la entidad, Percy Martín Flores del Castillo; así como por los particulares, Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador, Johan Jerry Zaavala Ledezma.

En ese contexto señala, que esta organización estaría integrada por una pluralidad de personas y otras que están en proceso de identificación, se han estructurado repartiéndose roles de jerarquía, siendo liderada por el imputado Gregorio Santos Guerrero y ha utilizado esta forma estructural del estado para gestar una organización ilícita destinada a cometer delitos contra la Administración pública en once procesos de selección, asimismo señala que existiría una distribución funcional de cada uno de estos integrantes ejerciendo cada uno de ellos un rol determinado, y asimismo se señala que esto habría dado lugar a que ellos se aprovechen en su calidad de funcionarios y a través del *extraneus,* vinculado a personas jurídicas que participaban en once procesos de selección. Y que esta organización habría venido efectuando desde el año 2011 en que gano el imputado Gregorio Santos durante el año 2012 y posteriormente a dicha época, por la que se habrían constituido una asociación ilícita para delinquir.

Imputación al señor Gregorio Santos Guerrero

Que, se le imputa en calidad de autor el delito de Asociación Ilícita para Delinquir quien con los otros funcionarios ya señalados habrían formado esta asociación ilícita para delinquir y que dentro del Gobiernos Regional en 11 procesos de selección se habría concertado con estos representantes y consorcios que obtuvieron la buena pro para defraudarlos intereses del Estado, en tal sentido señala que Gregorio Santos Guerrero el titular del Gobierno Regional y Presidente del Comité Directivo de PROREGIÓN, infringiendo su deber de velar por los intereses patrimoniales de la Entidad y de dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y sus órganos ejecutivos, se concertó con el señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, administrador de hecho de la serie de empresas y consorcios beneficiados con la adjudicación de la buena pro en los procesos de selección convocados por PROREGIÓN.

Asimismo señala el Ministerio Público que Gregorio Santos Guerrero haber recibido sumas de dinero de parte de Wilson Manuel Vallejos Díaz, con la finalidad de realizar actos en violación de sus obligaciones, especialmente vinculados a los procesos de selección convocados por PROREGION.

Imputación contra Juan Enrique Salazar Silva

Que, en cuanto a Juan Salazar Silva se le imputa que en su calidad de cómplice del delito de Cohecho pasivo propio, en razón que prestó colaboración al señor Gregorio Santos Guerrero, recibiendo en su nombre sumas de dinero y otras ventajas de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, empresario cuyas empresas vinculadas se encontraban participando en procesos de selección en la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca, PROREGION.

Señala en este contexto el Ministerio Público ha remitido copias a las Fiscalías Especializadas en Pérdida de Dominio y Lavado de Activos, a fin de que actúen conforme a sus atribuciones en cuanto a lo expresado últimamente.

II. PETITORIO:

El Ministerio Público formuló el petitorio de prisión preventiva, contra los procesados Gregorio Santos Guerrero (calidad de Presidente Regional), a quien se le imputa en calidad de autor el delito contra la Administración pública-Cohecho pasivo propio (art. 393 CP), Colusión agravada y simple (art. 384 C.P.), en agravio del Estado; y en calidad de autor, el delito Contra la Tranquilidad Pública —Asociación Ilícita (art. 311 CP)— en agravio de la sociedad y Juan Enrique Salazar Silva (calidad de chofer), a quien se le imputa en calidad de CÓMPLICE el delito contra la Administración pública-Cohecho pasivo propio (art. 393 CP) en agravio del Estado; por el plazo de 18 meses.

III. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:

03.1. Que, conforme lo dispone el artículo 253.1.2 y 3 del CPP "los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella", así mismo "la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción".

03.2. Que, en este orden de ideas en atención a los principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, razonabilidad y necesidad y conforme lo señala el artículo 268 del Código Procesal Penal para dictar el mandato de prisión preventiva se requiere 3 presupuestos concurrentes:

a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo;

b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará ele eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización.

03.3. De tal suerte que corresponde analizar luego del debate contradictorio si se cumplen estos presupuestos en atención a los primeros recaudos, así tenemos:

Que, el Ministerio Público señala que existan fundados y graves elementos de convicción basado en que:

a) El Colaborador eficaz 7-2013 ha señalado ante el órgano Fiscal, que el presidente regional dio luz verde para que sea el co procesado Wilson Vallejos Díaz quien ganara la buena pro, la convocatoria era una simple formalidad por existir un acuerdo previo para tal efecto; lo expuesto por este colaborador eficaz era que Wilson Vallejos Díaz ganara como extraneus todo los procesos de licitación o que ganara alguna de las empresas vinculadas a estas persona y por ello iban a recibir una comisión entre ellos para el presidente regional.

b) Adjunta como otro elemento de convicción una fotografía en la cual se aprecia a la hija del presidente de la Región con Wilson Vallejos Díaz en febrero del año 2012 en un restaurante que pertenecía a la familia Panta Quiroga, la Fiscalía se hace la pregunta: ¿Qué hacia la hija del Presidente Regional con Wilson Vallejos Díaz?, quien era uno de los principales proveedores del Gobierno Regional.

c) Tiene también como elemento de convicción que señala que existían vínculos entre la hija del presidente y Lenin Temoche Paiva quien gano 3 procesos de licitación cuando este era accionista de la empresa CASSUN INGENEIRO SAC y era también a su vez contado de Wilson Vallejos Díaz, ha señalado al respecto también que existe un depósito efectuado por esta persona.

d) Como cuarto elemento el vinculo que existiría contra Wilson Vallejos y el Presidente Regional, lo ha señalado no solo el colaborador 7-2013 que señala que lo vio en mayo del año 2012 tomando incluso desayuno en la casa de Wilson Vallejos Díaz en Trujillo y este estaba junto a su esposa.

e) Otro elemento de convicción está en que Crysti Soledad Langle le pidió ayuda a Patricia Camacho Alva para que pueda ayudarle a preparar el desayuno y que en este caso el invitado en la casa de Wilson Vallejos Díaz era Gregorio Santos, según la declaración de esta testigo, quien ha reconocido al imputado; bajo este contexto señala el Ministerio Público no solo se tiene lo expresado por el colaborador eficaz de que Gregorio Santos pernoctó en la casa de Wilson Vallejos sino lo expresado por esta testigo que indica que ella ayudo a preparar el desayuno y que en dicha casa vio al imputado Gregorio Santos.

f) Se tiene frente a este colaborador 7-2013 como otro elemento de convicción ofrecido por la Fiscalía el colaborador 3-2014 quien señala también corroborando lo dicho por el colaborador 7-2013 a ver visto en la casa de Wilson Vallejos Díaz a Gregorio Santos en abril o mayo del año 2012. Aunado a estos dos colaboradores y lo expresado por esta testigo se tiene que efectivamente Gregorio Santos en su declaración rendida ante el Ministerio Público señala haber estado en Trujillo junto con Maritza Briones Rojas quien era la madre de uno de sus hijos; y, para la hipótesis de la Fiscalía todos estos elementos de convicción lo que pretendía era acreditar ante la suscrita la vinculación que existiría entre Wilson Vallejos Díaz uno de los principales ganadores de licitaciones del Gobierno Regional precisamente con el presidente de la Región Cajamarca.

g) También que los medios de comunicación de Trujillo dieron cuenta del internamiento de Gregorio Santos en Trujillo, y

que este habría estado internado en un hospital de Trujillo, llego al centro de salud en compañía de un efectivo policial, al respecto el colaborador 7-2013 dice que efectivamente estuvo ese día Gregorio Santos en la casa de Wilson Vallejos Díaz y que esta enfermedad aparentemente habría tenido el presidente de la Región y lo expresado por el colaborador 7-2013 se ve ratificado por el Clave 2-2014 quien ha señalado que el chofer Juan Salazar llamó a Vallejos Díaz y le dijo que estaba delicado de salud el imputado y en la oficina de Vallejo Díaz Gregorio Santos le dijo que quería hacerse ver y para dicho efecto el día viernes 11 de mayo el médico Sojo lo reviso y le dijo que tenía que internarse y ser hospitalizado y llegó a ese nosocomio junto con el medico Sojo, el chofer en una de las camionetas que pertenecía a Vallejos Díaz el colaborador de clave 3-2014 dice que fue a la casa de Vallejos Díaz y fue conducido de ahí al hospital el presidente regional, en Florencia de Mora donde estuvo.

h) Señala como otro elemento de convicción que lo que pretende señalar la vinculación de que ese día fue internado Gregorio Santos en un hospital de Trujillo es el libro de ingresos del hospital de Florencia de Mora donde se verifica según este cuaderno que él ingreso el doce de mayo del 2013 se recabo el cuaderno de zona de parqueo que fue visualizado en este acto, donde se determina que este llego con el chofer y en este cuaderno se registró tanto el ingreso y salida del Presidente de la Región con 2 camionetas las mismas que estaban a nombre de Wilson Vallejos Díaz y la otra a nombre de su empresa; por si fuera poco señala el Ministerio Público se tiene la recreación de William Abelardo Rabines Arana personal de seguridad de este hospital quien señalo efectivamente mientras estuvo hospitalizado el imputado Gregorio Santos señalo haber visto estas camionetas y se ratifica de lo que obra en el cuaderno respectivo y que ofreció como elemento de convicción el Ministerio Público.

i) Se tiene también la declaración de Juan Sojo Quevedo quien vendría ser el Medico de Vallejo Díaz y quien habría atendido a Gregorio Santos y señalo que este efectivamente lo atendió y mantuvo comunicación durante todo el tiempo de hospitalización y que Vallejos Díaz estaría preocupado por la salud de Gregorio Santos y que incluso se señala que este médico era el médico de cabecera de Vallejo Díaz. Estos son elementos de convicción ofrecidos por el Ministerio público para acreditar la vinculación que existiría deduzco yo entre Wilson Vallejo Díaz con el imputado Gregorio Santos pero si esto no fuera poco ofrece también el Ministerio Público como elemento de convicción que también el colaborador 7-2013 señala que Wilson Vallejos se encargó de confeccionar polos para la agrupación MÁS a fin de corroborar la información que se tenía que efectivamente Vallejos Díaz habría confeccionado estos polos, teniéndose copias de estas facturas originales que mando a confeccionar no Wilson Vallejos Díaz sino su esposa Crysti Soledad Langle y para tal efecto se ha mostrado las facturas en original y asimismo le ha sido proporcionada por la persona que confeccionó estos polos el correo electrónico donde Crysti le dice a la persona que confeccionó los polos como debía efectuarse y el modelo para tal efecto y señala la Fiscalía como un fuerte y grave elemento de convicción para ellos en el año 2013 ya Gregorio Santos Guerrero era presidente regional y ya se había otorgado la buena pro como lo señala el colaborador 7-2013.

j) El Colaborador 02-2014 también señala que se pagaba propaganda para la organización que lideraba Gregorio Santos, así lo dice también el colaborador 3-2014 quien señala que entregó un paquete y se verificó que era de la empresa Multigráfica Burgos de Trujillo y allí se confeccionó planillones del grupo MAS que fueron pagadas su confección por CCS Constructora y Mobiliaria empresa que correspondía a Vallejos Díaz, en la misma fecha en que se confeccionó los polos

y para tal efecto se tiene cuatro facturas y todas de ellas dan cuenta de los diseños y que fueron mandadas a confeccionar por CCC Constructoras y Servicio SAC Norte, estos planillones fueron remitidos a Jaén por la misma empresa que mando a confeccionar estos polos, y esta fue recogida según la factura y guía de trasporte por Oscar Córdova López este es el Director Sub Regional de trasporte de. Jaén del Gobierno Regional de Cajamarca con este elemento de convicción el Ministerio Público pretende acreditar que, la constructora de las Empresas que correspondían a Wilson Vallejos Díaz mandaban estos planillones y que estos fueron recogidos por un funcionario del Gobierno Regional que en este caso vendría ser Oscar Córdova López.

k) También señala que el colaborador 3-2014 señaló que no solo se remitieron estos planillones a Jaén sino también a Piura por ITTSA BUS y que esto lo habría efectuado la empresa CCC Constructora e Inmobiliaria S.A.C que pertenece a Vallejos Díaz y quien recoge estos planillones en Piura fue Arcenio Eli Flores Orozco y adjunta para tal efecto una factura que ha sido visualizado en este acto, esta persona es padre de Deyber Eli Flores Calle quien es un exadministrador del Gobierno Regional de Cajamarca, postulante a la Región Piura por el partido MAS hoy pre candidato a Piura al MAS, y para tal efecto adjunta una foto que acredita tal efecto, el Ministerio Público pretende acreditar con esto que la empresa de Vallejos Díaz compraba planillones, no solo para el MAS no solo para Jaén sino también para Piura y que efectivamente uno de los beneficiados de estos planillones y que recogió sería un exadministrador del Gobierno Regional de Cajamarca si estos elementos de convicción ofrecidos como son las declaraciones de los testigos y colaboradores no fuera suficiente, el Ministerio Público ha ofrecido las comunicaciones efectuadas entre Wilson Vallejos Díaz y Gregorio Santo hubo un comunicado que se efectuó donde se señala un número RPM 98531887 y en ese comunicado también se señala el

correo de Gregorio Santos, en virtud de ese teléfono que habría dado y que correspondía a Gregorio Santos se efectuó el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones por orden judicial, de ese teléfono supuestamente perteneciente a Gregorio Santos tuvo más de 100 llamadas entre esta persona Gregorio Santos con el teléfono de Wilson Vallejos Díaz, la Fiscalía quiere acreditar que no solamente se tiene lo dicho por los colaboradores sino que se levantó el secreto de las comunicaciones y se determinaría la vinculación que existiría entre Gregorio Santos y el extraneus Vallejos Díaz.

l) Asimismo el colaborador 7-2013 le proporcionó un cuaderno entregado por este colaborador, donde Vallejos Díaz consignaba los pagos efectuados y en ellos se tiene alrededor de ochocientos mil nuevos soles que habrían sido depositados para Gregorio Santos y fechas diferentes a través de diferentes personas, hay según este cuaderno depósitos efectuados a varios funcionarios del Gobierno Regional de PROREGION donde según el Ministerio Público se corrobora la fecha que se entregó el dinero y el monto que habría sido recibido, indica el Ministerio Público que también ese cuaderno no solo se efectuaban esos depósitos a los bancos y entidades bancarias sino que también era dinero entregado en efectivo a esta persona, según la tesis de la Fiscalía, según aparece en el cuaderno cada vez que se consignaba una suma de dinero inmediatamente Vallejos Díaz se comunicaba telefónicamente con Gregorio Santos y viceversa, para tal efecto según se ha visualizado se corrobora las fechas, el momento del depósito y la posterior llamada entre ambas personas, para corroborar la hipótesis del Ministerio Público señala que el 12 de enero del 2012 se entregó 45,000 y 30,000 nuevos soles y se encontró en esa fecha cuatro conversaciones. Esa fecha también se entregó dinero a Panta Quiroga y Coronado Bustamante señala que de ese cuaderno el 26 de enero del 2012 se entregó 7,000 soles a Gregorio Santos y producto de ese supuesto dinero hay

7 comunicaciones entre Gregorio Santos y Wilson Vallejos Díaz señala también que con fecha 8, 9 y 10 de febrero se efectuó entrega de dinero de 5,000, 30,000 y 5,000 nuevos soles, los mismos que se corrobora con que en esas fechas hay llamadas telefónicas entre Gregorio Santos y Wilson Vallejos, según ese cuaderno también el 22 de febrero se entregó 50,000 nuevos soles y ese día Gregorio Santos se comunicó con Wilson Vallejos Díaz; también se habla que el 6 de marzo del 2012 se entregó según el cuaderno de referencia por parte de Vallejos Díaz S/50, 000 y S/40,000 y hay ese mismo día 7 comunicaciones entre ambas personas. El 16 de marzo del 2012 se entregó S/40 000 y se verifican llamadas del teléfono de Wilson Vallejos con Gregorio Santos; también se tiene que el 30 de marzo del 2012 según el cuaderno de referencia se entregó a Gregorio Santos S/ 30,000 y hubieron 3 comunicaciones entre Gregorio Santos y Wilson Vallejos Díaz; el 14 de abril el 2012 se registra un depósito de 8,000 nuevos soles y dice que en esa fecha también hubo una comunico entre los teléfonos de Gregorio Santos y Wilson Vallejos Díaz; el 18 de abril del 2012 se entregó 30,000 y 80,000 y también hubo llamas respectivas; con esto lo que el ministerio público quiere acreditar que, si bien hubo un cuaderno donde se anotaba los depósitos que hacia Wilson Vallejos Díaz a funcionarios del Gobierno Regional esto lo corrobora con el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones donde se corrobora que en las fechas ya señaladas siempre existía 1,2 y diferentes llamadas entre estas personas.

m) Señala también que el colaborador N.º 02-2014 dice Vallejos Díaz le entregó no solo dinero sino también una camioneta, y para tal efecto entregó sumas de 20,000 y 30,000 como adelanto y que le efectuó 20 pagos en efectivo y muchas veces estos pagos eran al chofer Juan Salazar Silva, señala que en Trujillo le entrego 2 o 3 veces a Juan Salazar, en una caja conteniendo whisky con 50,000 conforme lo señala el

colaborador 7-2013 y en ruta se entregaba al chofer dinero cuando se iba a Cajamarca; es decir el Ministerio Público señala que de acuerdo a la versión de este colaborador el chofer de Gregorio Santos y hoy imputado habría recibido sumas de dinero en 2 o 3 veces y era para ser entregadas a Gregorio Santos así como una camioneta que debía estar a nombre del chofer y no de Gregorio Santos, esto que dice el colaborador 2-2014 lo ratifica el colaborador 7-2013.

n) También se tiene que se habría dado dinero al hermano de este imputado Leyner y a su esposa y ese dinero venía ser de pagos de valorizaciones a través de Juan Salazar depósitos a familiares y esposa de Gregorio Santos.

o) El colaborador 3-2014 señala que se entregó a la Fiscalía un vaucher original de un deposito efectuado por Crysti que vendría ser la esposa de Vallejos Díaz a Nancy Dávila Castillo pareja de Gregorio Santos y ese depósito se efectuó el 14 de abril del año 2012 esto es que la esposa de Vallejos Díaz en la agencia Hermelinda en Trujillo efectuó ese depósito por la suma de 8,000 y ese mismo día se verifica la llamaba entre Santos y Vallejos Díaz esto fue a las 11:49 y luego del depósito, esto es a las 12:13 que se efectúa el depósito haya una segunda llamada entre Gregorio Santos y Vallejos Díaz y según la hipótesis de la Fiscalía esto permitía corroborar que llamaban a Vallejos Díaz, este efectuaba el depósito y luego le devolvía la llamada indicando que se había efectuado el depósito, esto según lo indicado por el colaborador eficaz 3-2014 y ello fue corroborado con el vaucher respectivo.

p) Se tiene también, que el colaborador 1-2014 señala que Gregorio Santos llamó a Panta Quiroga y se reunieron en su casa y en esa oportunidad también estaba Vallejos Díaz y Deyber Eli Flores Calle quien es Administrador del Gobierno Regional y le pidió a Panta Quiroga que viera lo de la construcción del hospital de Jaén con Wilson Vallejos Díaz, le dijo a Panta Quiroga que esa buena pro debía ser ganada por

Vallejos Díaz y cuando se cuestionó por Panta Quiroga esta operación le habría señalado Gregorio Santos "que él había trabajado mucho y que tenía que asegurar a su familia".

q) Otro elemento de convicción por el Ministerio Público es el depósito de Juan Salazar Silva a Leider Calva Guerrero, se señala que el 18 de mayo del 2012 se efectuó un depósito para Leider Calva Guerrero hermano del presidente del Gobierno Regional, y asimismo se señala según este colaborador que se efectuó la compra de la camioneta de Gregorio Santos conforme lo indica el colaborador 2-2012, que Vallejos Díaz iba a comprar la camioneta pero que esta debía salir a nombre del Chofer, sobre la compra de esta camioneta no solo se tiene la declaración del colaborador 2-2014 sino del colaborador 3-2014 quien ratifica que la compra de esa camioneta se efectuó a nombre de Juan Salazar Silva pero que era para Gregorio Santos; según lo expresado por el Ministerio Público Juan Salazar Silva como conductor ganaba 2, 300 nuevos soles y en neto ganaba 2,000 y no se explicaría como este ha comprado una camioneta por casi 43,000 dólares y que al efecto esta camioneta a la fecha se encuentra con orden de captura; asimismo señala el Ministerio Público como argumento para pedir la prisión preventiva que en este caso no solo estas personas serían las encargadas dentro de la organización para dar dinero a favor de Gregorio Santos, sino que también conforme lo indico líneas arriba estaría comprometido el hermano de Gregorio Santos Leider Calva Guerrero quien habría adquirido el terreno 1 lote B denominado El Pajuelo por un costo de 5,000 soles, costo que no es el precio real ya que en esa zona el metro cuadrado cuesta 300 dólares; esto se llega a saber porque lo señalado el colaborador eficaz y este indico que se adquirió el terreno, por ello el Ministerio Público hizo una verificación en Cajamarca y se determinó en una notaría se había efectuado esta compra, pero lo curioso y resaltante es que cuando lo

adquirió Leider Calva Guerrero ese terreno en la propia notaría consigna el número telefónico N.º 990-450-132; y, del levantamiento del secreto de las comunicaciones hay 14 comunicaciones de este número con el teléfono de Wilson Vallejos Díaz y que al final se señala que hay alrededor de 50 llamadas entre estas personas.

r) Asimismo surge otro colaborador con clave 8-2014 quien ha señalado que Gilmer Idrogo Cruzado representante de 1TZA Constructores SAC, le entregaba dinero a Vallejos y Coronado para ganar la buena pro y pasado algunos meses y no se recibía el dinero por lo que el imputado Gregorio Santos mando a Percy Flores del Castillo para que este cobre el dinero de la comisión porque ya había ganado la empresa de Gilmer Idrogo Cruzado la buena pro, lo mandó para indicarle que toda tratativa debía hacer con Peixy Flores del Castillo y ya no con Coronado Fustamanta, que al parecer se había quedado con una parte de la comisión, no solo se tiene lo expresado por este colaborador de esa conversación que sostuvo Gregorio Santos y Gilmer Idrogo sino que también en este acto se ha mostrado un audio (se escuchó en este acto), donde supuestamente hay una conversación sostenida entre Gilmer idrogo y Gregorio Santos con Percy Flores del Castillo en donde según se ecucha, Gregorio Santos le diría a Gilmer Idrogo que todas las conversaciones a la fecha serian con Percy Flores y no con Coronado.

La defensa de Gregorio Santos ha cuestionado en esencia el tipo penal, señala que aquí no se trataría de una organización criminal siendo una fantasía del Ministerio Público que no se habría dado el delito ele colusión, ni tampoco el delito de cohecho , que las apreciaciones son vagas y confusas, se dice también que la Fiscalía no ha tenido en cuenta el informe de contraloría donde solamente le imputan por haber modificado el plan de contrataciones para incluir una obra, señala que se ha falseado datos que Gregorio Santos no da directivas regionales, sino resoluciones administra-

tivas que los 11 procesos de selección que le cuestiona y que el presidente supuestamente habría participado no se habría dado tal colusión, porque la Fiscalía no ha señalado donde se reunieron, que concertaron y que acordaron por lo tanto no se daría el tipo de Asociación Ilícita para delinquir, menos el delito de colusión y que en cohecho se habría determinado cuál sería su participación y para la defensa no se daría los fundados y graves elementos de convicción, que no hay seriedad y que la Fiscalía no es objetiva en su decisión.

En cuanto los fundados y graves elementos de convicción debe señalar la suscrita que para dictar la medida de prisión preventiva esto se efectúa no con certeza sino con probabilidades según lo señala la norma, y luego de haber expresado el Ministerio Público los elementos de convicción considero que hay fundados y graves elementos de convicción, en el presente caso sí, si bien es cierto la defensa cuestiona los tipos penales, debo precisar que en el nuevo modelo procesal penal la tipificación puede ser cambiada incluso en el estadio del juicio oral lo que importa ver, es que si los hechos guardan cierta coherencia con la imputación formulada; y, si para el requerimiento se dan esos fundados y graves elementos de convicción al respecto debe precisar que la Fiscalía ha señalado que en este caso se trataría de una organización criminal y al imputado Gregorio Santos seria el líder de esta organización y que la colusión habría sigo en perjuicio del Estado para hacer que Gregorio Santos y las empresas vinculadas a él puedan ganar 11 procesos de licitación. La pregunta es: ¿Estamos ante graves y fundados elementos de convicción?, la suscrita considera que sí, si bien es cierto la defensa cuestiona la declaración del colaborador eficaz 07- 2013, 02-2014, 03-2014, 01-2014 y en esta audiencia del 08-2014, que han narrado de cómo sería la participación de Gregorio Santos y Wilson Vallejos Díaz, la defensa solo dice que hay contradicciones, y eso puede ser posible, pero la suscrita debe trabajar en ver si hay fundados y graves elementos de convicción y como he indicado para la suscrita si lo hay, porque lo expuesto

pro estos colaboradores se ha corroborado pollas testimoniales que se ha señalado en el caso que Gregorio Santos y Vallejos Díaz hay una estrecha vinculación la misma que se ha podido evidenciar, no solo en el contexto de que Gregorio Santos iba para la casa de Wilson Vallejos Díaz sino que Vallejos Díaz según la foto que se ha mostrado tenía reuniones con la hija de Gregorio Santos, existiendo tal vinculación con todo lo señalado cuando estuvo Gregorio Santos en el hospital donde estuvo internado.

s) No solo se cuenta con la declaración de los colaboradores eficaces sino también de lo expresado por los testigos que se ha hecho referencia en este caso de la persona que habría confeccionado los polos que eran para el partido político MAS, tenemos los correos electrónicos que fueron proporcionados que corroboran lo dicho por el colaborador 7-2013. También se tiene los Boucher y las boletas donde la Empresa Multigráfica Burgos E.I.R.L. de Trujillo habría elaborado planillones para el partido político MAS y que estos habrían sido recibidos tanto en Jaén y en Piura por hombres de confianza de Gregorio Santos, el mismo que fue recogido por Oscar Córdova López en Jaén y por Arcenio Eli Flores Orozco padre de Eli Flores Calle quien hoy está postulando al Gobierno Regional de Piura, por la cual hay elementos de convicción no solo por lo declarado por los colaboradores, ya analizados sino la declaración de la persona que confecciono los polos, las facturas en original que han sido visualizadas por la Fiscalía y asimismo como un fuerte elemento de convicción el levantamiento del secreto de las comunicaciones que permiten determinar la vinculación que existe evidentemente entre Wilson Vallejos Díaz y Gregorio Santos dado a la cantidad de veces que estos se comunicaron.

t) Para este estadio procesal donde es una medida provisional y primigenia la suscrita trabaja con probabilidad no con certeza, con lo expresado por la Fiscalía me he acreditado como ha precise la existencia de fundados y graves elementos

de convicción, hasta el momento no solo de lo expuesto por los colaboradores sino el levantamiento del secreto de las comunicaciones entre Wilson Vallejos, Gregorio Santos y los demás integrantes y co procesados en este caso, alguno de ellos ya recluidos en el penal. Frente a todo lo expuesto por lo colaboradores, boletas, facturas que acreditan la vinculación entre Gregorio Santos con Wilson Vallejos, tenemos el cuaderno ofrecido por el colaborador 7-2013 donde Vallejos Díaz escribe el dinero que venía efectuando tanto a Gregorio Santos y personal vinculado a este. No solo de depósitos entregados a los bancos sino también de sumas de dinero entregados personalmente. No solo se tiene lo que dice el colaborador sino que se tiene ese cuaderno que la defensa señala que no se le ha mostrado el cuaderno, sería interesante que se haga una pericia para ver si corresponde o no a la letra de Vallejos Díaz, pero ese cuaderno esta corroborado con lo que dice el colaborador 7-2013 y los depósitos que se habría hecho y que fueron contrastados por la Fiscalía, cuando efectuado el levantamiento del secreto Bancario y posteriormente el levantamiento del secreto de las Comunicaciones, por tanto se dan los fundados y graves elementos de convicción.

u) Se tienen también que Nancy Castillo Dávila, pareja del ahora imputado habría recibido un depósito de 8,000 nuevos soles de la esposa de Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle esto con fecha 14 de abril del año 2012. La defensa señala que se le pregunte a la esposa, pero para tal efecto uso la máxima de la experiencia y digo: "Que hace la esposa de un presidente de un Gobierno Regional, una autoridad muy importante en Cajamarca recibiendo dinero de la esposa de Vallejos Díaz", que era precisamente de uno de los proveedores que ganaba la licitación de obras efectuadas por el Gobierno Regional, esto no ha sido debidamente explicado por la defensa y ha señalado que en el trascurso

de la investigación se determinará, siendo un indicio grave ya que no fue debidamente explicado por la defensa.

v) La defensa también ha señalado que dónde estaría el acto colusorio, como se habrían reunido y para tal efecto le doy la respuesta que el Colaborador 01-2014 señala que Gregorio Santos llamó a Panta Quiroga se reunieron en su casa y en esa oportunidad estuvo también Vallejos Díaz y Eli Flores y le pidió a Panta que la construcción del Hospital de Jaén lo viera con Wilson Vallejos, es decir este imputado le estaba diciendo a Panta Quiroga que la construcción de ese hospital debía ser tratado con Wilson Vallejos, quien debía ganar, la licitación era solo una formalidad; ¿había o no, acto colusorio? Considero que sí, es más la respuesta que da a Panta Quiroga el propio Presidente del Gobierno Regional y hoy imputado es grave al decir: "que tiene que asegurarse he trabajado mucho y tengo que asegurar a mi familia" esto lo ha señalado conforme lo ha indicado el colaborador N.º 1-2014 dándose los fundados y graves elementos, ya que no solo se tiene colaboradores eficaces, tengo levantamiento del secreto de las comunicaciones, tengo el levantamiento del secreto bancario, tengo facturas, boletas que acreditan la vinculación que existe entre estas personas.

w) También se tiene como tesis de la Fiscalía que Wilson Vallejos Díaz habría comprado una camioneta para Gregorio Santos y que esta se habría efectuado a través del co imputado Salazar Silva. En este estadio también fue acreditado porque conforme ha dicho el Ministerio Público como es que un chofer ganando neto 2,000 soles puede comprar una camioneta valorizada en más de 49,000 dólares, el abogado defensor habría señalado que era producto del dinero de su trabajo con su familia, no acreditándolo en este momento, pero lo dicho por el colaborador 2-2014 que se habría comprado la camioneta para Gregorio Santos a través de su chofer, se ve corroborado también lo dicho por el colaborador 3-2014,

hay cuestionamientos en la fecha y eso se determinara en la investigación pero evidentemente de acuerdo por lo dicho por estos colaboradores que se compró una camioneta fue a nombre del imputado Salazar Silva, efectivamente esto es así, y conforme señala el Ministerio Público que hay una orden de captura con el indicado vehículo, no ha acreditado en este acto que hubiera sido producto de algún dinero lícito la adquisición de esta camioneta, es más ha señalado en este acto que esa camioneta y no lo ha negado el abogado que vendría siendo utilizando Gregorio Santos, ¿cómo es que Gregorio Santos utiliza la camioneta de propiedad de su chofer, este señala que le dio la camioneta en alquiler tampoco esto ha sido acreditado, pero uso para tal o efecto la máxima de la experiencia resultando contradictorio ese punto en ese extremo. Por tanto considero que contra Gregorio Santos hay fundados y graves elementos de convicción, aunado a que el hermano de Gregorio Santos, Leider Calva Guerrero adquirió un terreno cuyo monto es evidentemente no es de 5,000 soles y que supuestamente se habría comprado, del teléfono del hermano del imputado Gregorio Santos 990-450-132 habrían alrededor de 50 llamadas efectuadas por Wilson Vallejos Díaz, como si estos elementos no fueran suficientes de la gravedad y fundados que exige la norma, tengo otro que lo pienso tomar por más que diga la defensa que esta es una prueba sorpresa, pero vuelvo a repetir que la suscrita trabaja con probabilidad y en el trascurrir de la investigación se determinara si efectivamente es o no la voz; pero el colaborador 8-2014 señala que Gilrner Idrogo representante de Itza Constructores SA le entregaba dinero a Vallejos y Coronado para Gregorio Santos porque este habría ganado una buena pro pero sin embargo Coronado no le habría entregado el dinero, por eso fue Percy Flores a decirle que a partir de la fecha toda comunicación y conversación ya no sería con Coronado sino con Percy Flores del Castillo,

y este le mando a decir el imputado Gregorio Santos, si la declaración del colaborador como simple declaración no sirve pero la fiscalía adjuntado para tal efecto un audio en la que la defensa señala que su patrocinado le ha indicado que esa no sería su voz, peor en dicha conversación se dice esto entre Gilmer Idrogo, Gregorio Santos y Percy Flores donde Gregorio Santos le indicaría que toda conversación la debía efectuar con Percy Flores; y la pregunta es: ¿Qué hace conversando un Presidente de un Gobierno Regional con un representante de una empresa que habría ganado la buena pro? e incluso le diga: Toda conversación lo vas hacer con Flores de Castillo y no con Coronado, ¿eso hace un presidente del Gobierno Regional? Considerando que eso no es posible por tanto invoco la máxima de la experiencia considero que en ese contexto hay fundados y graves elementos de convicción. Ya en el trascurso del proceso se podrá verificar si esa voz le corresponde o no; pero lo dicho por el colaborador viene siendo corroborado con ese audio que hemos escuchado, en conclusión existen fundados y graves elementos de convicción que Gregorio Santos junto con los demás imputados formaría una asociación ilícita para delinquir, por tanto hay una organización criminal por ahora que permiten ver que hay fundados y graves elementos de convicción.

x) En cuanto al segundo presupuesto de Prognosis de Pena, se tiene que ha señalado el Ministerio Público que también se ciaría dado los delitos que se imputa a Gregorio Santos, así tenemos que a esta persona se le imputa ser autor del delito de cohecho pasivo propio, colusión agravada y simple y asimismo asociación ilícita para delinquir, ambos cometidos por organización criminal. En este contexto el abogado defensor señala que para él no hay asociación ilícita para delinquir ni tampoco habría colusión agravada y que simplemente se quedaría con colusión simple, los elementos de convicción

b) La obligación de no variar de domicilio sin conocimiento del Juzgado.

c) Concurrir cada vez que sea citado por el Ministerio Público y el Poder Judicial y de darse el caso de concurrir al Juicio oral.

d) La prohibición de comunicarse con las personas que se encuentran vinculadas a esta investigación siempre que esto no afecte el derecho de defensa.

e) Bajo apercibimiento que en caso no cumplieran con las reglas de conducta la Fiscalía podrá solicitar lo que considere pertinente

4. **DECLARAR FUNDADO** en parte su requerimiento en cuanto al plazo de prisión preventiva la que debe ser por **CATORCE MESES.**
5. **NOTIFICÁNDOSE** en este acto a los sujetos procesales pudiendo tener acceso en este acto al audio de registro de la audiencia de hacerlo otro día deberán solicitar copias llenando un formulado en mesa de partes.

Sobre lo resuelto:

- ✓ Ministerio Público: en el extremo que declara fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero por el plazo de 14 meses, estamos conforme: en el extremo que declara infundado nuestro requerimiento contra Juan Enrique Salazar Silva interponemos recurso impugnatorio.
- ✓ Abogado Defensor **Gregorio Santos Guerrero**: INTERPONE APELACIÓN
- ✓ Abogado Defensor de Juan Enrique Salazar Silva: CONFORME

En este acto se concede la apelación debiendo fundamentarla en el término de ley bajo apercibimiento de declararse inadmisible.

A las 14:45 hrs.- Se da por concluida la presente audiencia, notificándose en este acto a la parte asistente; de lo que doy fe.-

3. Apelación de prisión preventiva [informe]

EXPEDIENTE N.º: 00091-2014-13-5001-JR-PE-01
CUADERNO : **de Prisión Preventiva**
ESPECIALISTA: **Dra. Arias Tello**
SUMILLA : **Apelación de Prisión Preventiva**

SEÑORA JUEZ DEL JUZGADO INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL

FIDEL ROJAS VARGAS, abogado de Gregorio Santos Guerrero, contra quien vuestro Despacho ha dictado prisión preventiva, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 290 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundamento nuestro recurso impugnatorio de apelación presentado en audiencia:

I. PETITORIO

Al amparo de lo regulado en el artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Procesal Penal y lo dispuesto en los artículos 278 y 414. d) del Código Procesal penal, **interpongo Recurso de Apelación contra la decisión expedida en audiencia por vuestro Juzgado**, y por la cual se establece la medida coercitiva de prisión preventiva de 14 meses en contra de mi patrocinado.

Apelación que es fundamentada dentro del plazo que la ley concede.

II. OBJETO DEL PETITORIO

Solicito, Sra. Juez, se admita mi recurso y en consecuencia se eleve mi apelación al órgano superior jerárquico a fin de que examine y revise sus fundamentos, con el fin de obtener la revocatoria de la decisión de

prisión preventiva por usted adoptada y reformándola se dicte comparecencia con restricciones.

Para ello se expone a continuación los siguientes fundamentos tácticos y jurídicos.

III. PARTES O PUNTOS OBJETO DE IMPUGNACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN FÁCTICO-JURÍDICA DE LA APELACIÓN

2.1. Parte resolutiva que dispone imponer medida coercitiva personal de 14 meses

Fundamentos fáctico jurídicos de impugnación

La decisión judicial adoptada que establece Prisión preventiva de 18 meses en contra de Gregorio Santos Guerrero deviene en arbitraria y carente de motivación conforme a Derecho (violando lo dispuesto en el artículo 139. 3 de la Constitución), al aceptar como válidos argumentos planteados por el Ministerio Público (en relación a los requisitos establecidos por los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal de 2004), sin establecer un mínimo control jurídico de los mismos ni explicar razonablemente porque, para el criterio judicial, poseen sustento táctico jurídico, soslayando absolutamente los argumentos planteados por la defensa, los que fueron minimizados en la parte expositiva y no analizados en la parte considerativa de fundamento de la decisión adoptada.

2.2. Considerandos b) d), e), f), g), h), i), j)... de la decisión

b) Fotografía de la hija de Gregorio Santos en un restaurante de la familia de Panta Quiroga con Wilson Vallejos). Esto acreditará la vinculación entre Gregorio Santos y Wilson Vallejo; d) e), f), g), h) y j) haber estado Gregorio Santos en abril o mayo en Trujillo en la casa de Wilson Vallejo (según Colaboradores N.º 3 y 7), haber tomado desayuno, haber pernoctado. En conjunto las declaraciones apuntan a señalar que Gregorio Santos, llegó

a la ciudad de Trujillo, y estuvo en la casa de Wilson Vallejo, antes de hospitalizarse en un hospital del Estado, recibiendo el asesoramiento del Dr. Juan Sojo Quevedo, médico de Vallejo Díaz. Según la Fiscalía y el Juzgado Esto, según así lo acepta la operadora jurídica del Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional acreditaría la vinculación entre Gregorio Santos y Wilson Vallejo Díaz.

FUNDAMENTOS FÁCTICO JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa considera que esta vinculación (que indicarían los considerandos b, d), e), f), g), h) y j) carece de naturaleza indicante, probatoria inicial o indiciaría para generar elemento de convicción por delito de Asociación Ilícita, esto es, que dichos actos pongan de manifiesto comportamientos de formar parte o la existencia o el modo de proceder de una organización delictiva, más aún que sirvan para generar convicción de que Gregorio Santos sería el líder de una organización criminal al interior del Gobierno Regional.

La defensa considera igualmente que dichos actos carecen en absoluto de valor indicante para llevarnos a concluir que ellos expresen o den siquiera razonabilidad mínima para considerar que estemos ante actos colusorios, orientados a defraudar a la Administración pública.

La defensa igualmente considera que dichos actos no tienen en absoluto valor para poner de manifiesto actos de corrupción cometidos por Gregorio Santos.

Por lo que su utilización por la A-quo para formar parte de la ratio decidendi (razones esenciales de justificación interna que fundan el fallo) de la decisión, que ha afectado el derecho fundamental a la libertad de Gregorio Santos Guerrero, es arbitraria colisionando con el deber constitucional de motivación y el principio lógico de identidad y razón suficiente.

2.3. Considerando a) y c) de la decisión

a) Según el Colaborador Eficaz 7-2013, el Presidente Regional dio luz verde para que Wilson Vallejos Díaz ganara la buena pro, la convocatoria era una simple formalidad, por existir un acuerdo previo... y por ello iban a recibir una comisión entre ellos para el Presidente regional.

b) Existían vínculos entre la hija del Presidente y Lenin Temoche Paiva (accionista de CASSUN INGENIEROS y socio de Wilson Vallejos).

FUNDAMENTOS FACTICO JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

Tales fundamentos de la decisión de la A-quo, aportados por colaboradores eficaces no poseen fuerza indicadora para generar razonablemente criterios de convicción sobre la existencia de una organización criminal o acerca de actos colusorios ni de corrupción. Son las afirmaciones de colaboradores eficaces que constituyen justamente parte del tema a investigar, contrastar y probar (de parte de la Fiscalía), no pudiendo por lo mismo servir de fundamentos para afectar el derecho fundamental a la libertad.

2.4. Considerandos j) y k):

j) confección de polos y planillones con logotipos del MAS (dichos de los colaboradores eficaces 02-2014 y 3-2014), remitidos a Jaén.

k) Remisión de planillones siendo recogidos en Piura

FUNDAMENTOS FACTICO JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

En la lógica que maneja el Ministerio Público de haberse producido aporte económico de Wilson Vallejo para el MAS (Movimiento de Afirmación Social), mediante la contribución de polos y planillones y que estos hayan sido recogido por servidores (o parientes de estos) del

Gobierno Regional en distintas ciudades de la región, era deber del juez derivar de dichos actos implicancias delictivas por asociación ilícita, o corrupción de funcionario público lo que no ha efectuado. No basta en una lógica de razonabilidad y rigor jurídico afirmar una imputación para darla por cierta al nivel de fundar los presupuestos para afectar la libertad de una persona.

El aporte de bienes de un empresario al partido político del gobernante regional, puede tener distintas lecturas no pudiendo reducirse a la de inferir de ello actos de corrupción.

2.5. Considerando:

I) Los pagos efectuados a Gregorio Santos y otros funcionarios del Gobierno Regional se hallan consignados en un cuaderno, entregado por el colaborador eficaz N.º 07-2013.

FUNDAMENTOS FÁCTICO-JURÍDICOS

En este extremo el Colegiado efectúa una apreciación intrínsecamente subjetivizada de los hechos, al darle valor ya casi pleno y de prueba por excelencia a un cuaderno o registro de datos, entregado por un colaborador eficaz y en poder de la Fiscalía, que no ha sido objeto de contradictorio alguno.

Resulta evidente que el referido cuaderno admite varias lecturas posibles no solo la que le ha dado la Fiscalía y aceptado el juez, en el sentido que en él se consignaba los pagos entregados a Gregorio Santos. Tampoco este dato táctico posee rigor, dado que Vallejos Díaz habría interactuado —en un discurso en el cual la Fiscalía no ha investigado suficientemente o quizás, esperamos equivocarnos, no le resulte de interés investigar— no solo dando donativos sino también exigiéndolos a las empresas consorciadas. En tal orientación, el indicado cuaderno podría ser utilizado para justificar actos en esta segunda dirección

El tema de las entregas de dinero, formuladas sin precisar fechas, modos específicos o momentos, al igual que el tema de la camioneta (en tanto esta última es una imputación que involucra al chofer de Gregorio San-

tos) deberán ser esclarecidas en su momento, no siendo per se razones jurídicas para dictar una medida de prisión preventiva.

2.6. Considerandos n), o), q), referidos a la entrega de dinero a uno de los hermanos de Gregorio Santos, vaucher de depósito de 8000 nuevos soles a Nancy Dávila Castillo.

FUNDAMENTOS FÁCTICO JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

Igualmente, se trata de temas a investigar y esclarecer, los que carecen de significatividad procesal para ser considerados fundamentos para dictar una medida de prisión preventiva con base al argumento que constituirían actos representativos de Asociación ilícita y Colusión.

2.7. Considerandos r), que hace alusión a lo afirmado por él colaborador eficaz N.º 1-2014 sobre una reunión entre Gregorio Santos y Panta Quiroga, Vallejo Díaz y Deyber Eli Flores, en la que Santos Guerrero le habría dicho a Panta que la buen pro, en el hospital de Jaén, debía ser ganada por Vallejos Díaz; asimismo, el considerando **q)** en el sentido que por indicación de Gregorio Santos toda tratativa debía hacerse con Percy Flores del Castillo.

FUNDAMENTOS FÁCTICO JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

En la misma idea, al tratarse de imputaciones nacidas en el marco de declaraciones de colaboradores eficaces, el criterio judicial que considera que estamos frente a criterios de convicción fundados y graves para dictar la más drástica medida de coerción personal observa un evidente sobredimensionamiento.

Resumen de los fundamentos de impugnación (considerando T)

Elementos fundados y graves de convicción

La Sra. Juez ha sostenido que para ella existen fundados y serios elementos de convicción, para estimar razonablemente la comisión de delito, dado que no requiere certeza sino probabilidad; igualmente

indica que lo que interesa es ver si los hechos guardan cierta coherencia con la imputación formulada; que ha quedado evidente una estrecha vinculación entre Gregorio Santos y Wilson Vallejos Díaz, no solo por la presencia de Santos en la casa (hospital) de Vallejos sino por la foto de su hija con lo que se acreditaría que esta mantenía reuniones con Vallejos. Sin embargo, hay que preguntarse si tales circunstancias admiten un mínimo de razonabilidad para ofrecer convicción configuradora de actos que se correspondan con las exigencias típicas de los delito de asociación ilícita (art. 317 del CP), esto es por la existencia de una organización criminal, si ello supone ya actos colusorios (art. 384 del CP) o implican acaso actos de corrupción imputables (393del CP) a Gregorio Santos, en su calidad de gobernante regional.

La defensa requiere de la Sala Penal, encargada de conocer el presente caso en apelación que ingrese al análisis de la razonabilidad de la probabilidad, cierta coherencia y vinculación estrecha asumidos por el A-quo. Para la defensa y en una lectura de razonabilidad y rigor los datos aportados por la Fiscalía no resultan suficientes para articular elementos de convicción de los delitos de Asociación ilícita y Colusión, no alcanzan la entidad significativa requerida por dichas figuras penales conforme ha sido sostenida en la audiencia de control del requerimiento del Ministerio Público, con abundancia de argumentos y que la señora Juez no ha evaluada ni ha contestado como era su deber.

La señora jueza ha expuesto en lujo de detalles (en varias folios) los fundamentos del representante del Ministerio Público pero a los argumentos de la defensa le ha dedicado quince líneas (segundo párrafo del considerando), citándolos sin efectuar labor de ponderación ni análisis, no los ha respondido conforme era su deber. No basta decir que las tipicidades pueden variar a lo largo del proceso, se trata —en aplicación del mandato de determinación constitucional— de que los hechos introducidos por el Ministerio Público fundamental y principalmente ingresen en las exigencias de tipicidad de los delitos de asociación ilícita y colusión. No basta decir como ha sostenido el fiscal que solo hay que acreditar reuniones (colusión), en una errónea apreciación jurídica del concepto jurídico normativo del acto de

colusión. Los actos atribuidos por el Ministerio Público no encajan en la lectura inicial y exigible que supone el marco jurídico de una medida de coerción personal bajo los títulos de asociación ilícita ni de colusión. La defensa consideró que las verosimilitud de las imputaciones de cohecho , constituyen justamente el tema a verificar o descartar, dada la extensa información acopiada por el Ministerio Público, pero los supuestos, probables o pretendidos donativos no pueden ser articulados con apreciaciones temerarias de asociación ilícita para construir en la fábula jurídica del Ministerio Público un delito grave que excluya la posibilidad de una medida de coerción personal en libertad. La DECISIÓN de la A quo no ha sopesado estos argumentos, se ha sentido satisfecha con repetir cuestiones generales y ha incurrido en errores de interpretación y estimación del valor y oportunidad de uso de las máximas de experiencia.

Las máximas de experiencia judicial han sido empleadas, por la Sra. juez en un escenario de ausencia de caudal probatorio objeto de contradicción. El error lamentable incurrido radica en utilizar un procedimiento metodológico válido para evaluar medios de prueba, bajo perspectiva de sana crítica cuando todavía no existen medios de prueba ni es posible desarrollar estimación probatoria, invalida los razonamientos de la Sra. Jueza.

2.8. La pena grave

En el Considerando 3. 3 x), de la decisión judicial se sustenta por parte de la Sra. jueza "Los elementos de convicción que he señalado me permiten por ahora determinar que este investigado si se encuentra comprendido en los delitos de asociación ilícita para delinquir, cohecho pasivo propio y colusión agravada, y por tanto en el caso se efectuara una prognosis de pena esta sería superior a los cuatro años".

FUNDAMENTOS FÁCTICO JURÍDICOS DE IMPUGNACIÓN

Sin siquiera ingresar a analizar los componentes de tipicidad objetiva de los delitos de asociación ilícita, colusión agravada y cohecho pasivo propio, para establecer la necesaria relación mínima e incipiente de correspondencia, la jueza ha concluido que con base a los elementos de convicción Gregorio Santos se encuentra comprendido en tales delitos. La defensa exige a los miembros de la Sala normalizar el análisis y superar el fácil y simple expediente de utilizar fraseos generalizadores, con el riesgo que ello supone para la seguridad jurídica y la concreción de medidas coercitivas graves, que afectan innecesariamente derechos fundamentales de la persona. Es decir, no se puede admitir, jurídico-dogmáticamente, que si el fiscal imputa un determinado número de delitos, cada cual más grave que el otro, ello sea criterio válido para que el Juzgado efectúe operaciones de prognosis matemática para sumar penalidades y decir el delito es grave, por lo mismo la pena a aplicar es severa y por lo tanto hay peligro de fuga o de obstaculización **(fundamento "y")**. ¿Dónde queda el rol de control jurídico del juez?, qué sentido tiene la seguridad jurídica si el juez da por válidos los delitos imputados por el fiscal, sin efectuar precisiones jurídicas al respecto. **La tesis de la emboscada fiscal con la que se actuó en la audiencia al visualizar un audio** (al que se le colocó el rostro de Gregorio Santos) que no formaba parte de los elementos de convicción presentados por el fiscal al solicitar la medida de prisión preventiva, y que la juez convalidó, ha jugado su rol desestabilizador con la respuesta de la señora juez que concluye que este investigado si se encuentra, por tanto comprendido en los delitos de asociación ilícita, cohecho pasivo y colusión agravada. El lamentable error de cognición de la A-quo es evidente, no se trata de si el investigado está o no comprendido, por cuanto el Ministerio público efectivamente lo ha comprendido (a Gregorio Santos Guerrero) en los delitos por los cuales imputa, sino de si dichos delitos imputados guardan coherencia mínima con los elementos tácticos imputados. De si hay una relación de subsunción de los actos atribuidos con las exigencias descriptivo-normativas de dichos tipos penales. El requisito

de tipicidad es la condición mínima tanto para dar por acreditados elementos fundados y serios de convicción como para poder hablar de la razonabilidad —en línea de prognosis de pena probable a aplicar—. Que quede claro que no se está diciendo que la conducta sea típica y antijurídica para determinar una medida coercitiva personal no. Pero si se requiere por parte del operador jurídico (el juez), subsunción mínima.

Lo que distingue en el fondo y en esencia el modelo acusatorio de estimación de los medios de convicción, es justamente que el juez no puede construir relatos o que sustente sus apreciaciones valorativos (directa o indirecta) en presunciones o en creencias acerca de cómo se sucedieron los hechos, sino que llegue a conclusiones fundadas en criterios de razonabilidad, objetividad y fuerza probatoria mínima que no solo son expectativas fundadas en derecho del justiciable sino un deber del juez utilizarlos para apreciar elementos de convicción.

IV. NATURALEZA DEL AGRAVIO Y FUNDAMENTOS LEGALES

El auto del Jugado de investigación Preparatoria Nacional, de fecha 25 de junio de 2014, con el conjunto de defectos sustantivos y formales ya detallados, ha infringido:

A). *El principio de legalidad procesal* (artículo 2.24, d de la Constitución) y penal (artículo II del Título Preliminar del Código Penal y artículo 253.3 del Código Procesal Penal), fundamentos matriciales para legitimar el ejercicio del *ius punendi* a nombre del Estado. El A-quo ha fundado su decisión sin tomar en cuenta todos los presupuestos de la medida de coerción personal, con más razón en el caso de una prisión preventiva, al no haberse concordado en el proceso de justificación externa, los artículos 268 y 269 con lo normado por el artículo 253 de dicho cuerpo procesal, esto es en la indispensabilidad y finalidad de fuga. Al tomar como argumento principal el probable *quantum* de pena —ya que no ha efectuado análisis mínimo de tipicidad— derivado de la preordenada acumulación de delitos formulada por el fiscal. Es decir ha utilizado en exclusividad lo dispuesto por el artículo 269 cuando se refiere a la probabilidad de la pena grave.

B). *El derecho de defensa* (artículo 2.24, f de la Constitución y artículo IX del Código Procesal Penal) no solo por el uso principalmente de declaraciones de colaboradores eficaces para sustentar la afectación al derecho constitucional a la libertad sino y fundamentalmente por haber acudido el Ministerio Público y acogido el Juzgador a un audio sorpresivo al cual le colocaron el rostro de Gregorio Santos Guerrero, violentando el derecho a tener conocimiento con antelación de dicha articulación del órgano persecutor del delito para poder articular la defensa con el debido y razonable tiempo. Igualmente la afectación al derecho de defensa se aprecia se expresa al haber contravenido el principio y derecho de intervenir en condiciones de igualdad para alegar. Como indica el Título Preliminar del Código Procesal Penal, el **derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento** en la forma y oportunidad que la ley señala.

C). *El deber constitucional de motivación de resoluciones judiciales* (artículo 139.5 de la Constitución Política), dado que el auto judicial tiene una errática justificación externa y errónea congruencia interna, que impiden considerarlas ajustada a derecho. No le ha bastado al juez la conducta respetuosa de Gregorio Santos Guerrero para con las citaciones y el proceso de Investigación preliminar, la colaboración dada a Contraloría General, ni la ausencia de peligro procesal derivada de su arraigo o su calidad de funcionario regional en funciones. Ante la ausencia total de fundamentación .acerca de la existencia .de actos que configuren, liminarmente, aportes de intervención por delito de Asociación Ilícita. Al tomar como válido, en el marco del delito de Colusión, la noción de acuerdo identificándolo con reunión llevada a cabo por terceros (la hija de Gregorio Santos), reunión en la casa de Vallejos Díaz (en el contexto de una hospitalización de Gregorio Santos), sin que dichas circunstancias tácticas tengan una mínima significación de acto colusorio. Sin que exista en las declaraciones de los colaboradores eficaces una imputación concreta de dinero entregado a Gregorio Santos, más allá del tenor o anotaciones de los cuadernos. Sin que

exista línea de congruencia entre dichas premisas, la señorita jueza ha construido las *ratio decidendi* de su decisión contraviniendo los presupuestos de justificación interna y externa, que le eran exigibles.

Asimismo, el Juzgador ha desnaturalizado el uso, naturaleza y oportunidad de las máximas de experiencias En efecto, la Sra. juez ha acudido insistentemente a las máximas de experiencia para validar sus conclusiones, omitiendo considerar principios básicos que fundan el derecho penal peruano y mínimos criterios de coherencia no contradicción y razón suficiente. Incluso en el marco mismo de esta herramienta de sana crítica, la *A quo* ha hecho depender sus máximas de experiencia del escenario configurado por las declaraciones de los colaboradores eficaces, no para someterlas a análisis y apreciación crítica sino para darlas por válidas, lo cual ha implicado una desnaturalización del valor de sana crítica que le corresponde a las máximas de experiencia que no pueden ser utilizadas en forma preliminar en escenarios donde no hay todavía medios de prueba.

D). Se ha afectado el derecho a la prueba (art. 139.3 de la Constitución Política) que le asiste a mi patrocinado y a defensa técnica, al aceptar y usar elementos sorpresivos de prueba para utilizarlos en contra de Gregorio Santos y sustentar la decisión judicial.

POR TANTO

Señora jueza, solicito se sirva Usted tener por interpuesto el presente recurso de apelación, lo eleve junto al expediente principal al superior jerárquico donde espero obtener la revocatoria de dicha resolución y su reforma que dicte una medida de coerción personal de menor entidad.

Lima, 30 de junio del 2014.

OTROSI DIGO: Solicito se eleve el audio de audiencia a fin de que la sala tenga una visión más completa de los argumentos expuestos por la defensa el día 25 de junio de 2014.

4. Resolución de la Sala Penal de Apelaciones Nacional

SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

JJ. SS.	VILLA BONILLA TORRE MUÑOZ CARCAUSTO CALLA
Proceso Penal N.º :	00091-2014-13
Inculpado :	Gregorio Santos Guerrero y otros
Delito :	Asociación Ilícita para delinquir y otros
Agraviado :	El Estado Peruano y otro

RESOLUCIÓN N.º 8

Lima, once de julio del dos mil catorce.

VISTOS y **OIDOS**; la apelación interpuesta por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Gregorio Santos Guerrero, contra la resolución número 04; y las actas de audiencia de apelación;

I. MATERIA EN GRADO:

Es materia de apelación la resolución de fecha veinticinco de junio del dos mil catorce; que declara INFUNDADO en parte el requerimiento del Ministerio Público que solicita prisión preventiva para Juan Enrique Salazar Silva, contra quien se dispone mandato de comparecencia con restricciones; y, declara FUNDADO el requerimiento formulado por el Ministerio Público y por ende dispone la prisión preventiva contra el imputado Gregorio Santos Guerrero, por el delito contra la Administración pública- Cohecho pasivo propio, Colusión agravada y simple, en agravio del Estado; en calidad de autor, y por el delito Contra la Tranquilidad Pública - Asociación ilícita, en agravio de la sociedad.

II. FUNDAMENTOS DE LAS APELACIONES

2.1. El Ministerio Público ha establecido en audiencia pública, como núcleo central de su apelación, lo siguiente:

a. Que, existen suficientes elementos de convicción de la participación de Juan Enrique Salazar Silva.

b. Que, se le imputa ser cómplice primario del delito de cohecho pasivo cometido por el investigado Gregorio Santos Guerrero.

c. Que, Juan Enrique Salazar Silva fue chofer de confianza del investigado Gregorio Santos Guerrero.

d. Que, Juan Enrique Salazar Silva en su condición de chofer ha adquirido una camioneta marca Mitsubishi. la que en la actualidad sería usada por Gregorio Santos Guerrero.

2.2 La defensa del investigado Gregorio Santos Guerrero ha señalado en audiencia pública, como argumento sustancial de su impugnación, lo siguiente:

a. Que, existe falta de motivación en la resolución impugnada.

b. Que, la jueza ha utilizado las máximas de la experiencia como procedimiento metodológico en un escenario de ausencia de caudal probatorio.

c. Que, no resulta lógico imputar asociación ilícita para delinquir y a la vez delitos de cohecho y colusión entre sus miembros.

d. Que, no existen elementos de convicción demostrativos de los delitos imputados.

e. Que en relación a la pena grave la jueza solamente ha tenido en cuenta los delitos atribuidos por el Ministerio Público.

III. CONSIDERANDO

Primero.- Nuestra Constitución Política del Estado en el inciso 3 del artículo 139 señala:

"3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley,

ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."

Segundo.- El recurso de apelación es un medio impugnatorio vertical, por el cual la decisión del Juez Originario es revisada por el Juez Superior en Grado (Sala Penal), y la decisión del *Ad Quem* se producirá dentro de los límites de las apelaciones y respetándose el principio de congruencia, evitándose la reforma *in peius*; en tal sentido el *Ad Quem* deberá pronunciarse en relación a la petición de cada uno de los apelantes.

Sobre la apelación a la prisión preventiva impuesta a Gregorio Santos Guerrero

Tercero.- Con relación a la apelación del investigado Gregorio Santos, el Colegiado considera pertinente analizar lo siguiente:

a. La existencia o no de elementos de convicción que cumplan con las exigencias contenidas en el literal a) del artículo 268 del Código Procesal Penal; implicante a ocuparnos sobre los y enunciados "c" y "d" del ítem 2.2 de los fundamentos de la apelación.

b. La gravedad de la pena a imponerse en caso el procesado sea merecedor a una sanción penal, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 268 del Código Procesal Penal, que atañe al enunciado "e" del ítem 2.2 aludido líneas arriba.

Cuarto.- En el caso concreto se tiene que al procesado Gregorio Santos Guerrero se le imputa, en calidad de autor, la comisión del delito contra la Administración pública - Cohecho pasivo propio (artículo 393° del C.P.), Colusión agravada y simple (artículo 384 del C.P.), en agravio del Estado; y, contra la Tranquilidad Pública - Asociación ilícita para delinquir (artículo 317° del C.P), en agravio de la Sociedad; imputación penal que ha sido delimitada objetiva y subjetivamente por el Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones, quien asume la responsabilidad de la investigación y en quien recae la carga de la prueba.

Quinto.- El Acuerdo Plenario N.º 04-2006/CJ-116 señala cuáles son los elementos de una asociación ilícita para delinquir, sin embargo, es

necesario tener en cuenta que el contenido de cada uno de los elementos es de carácter relativo, pues cada organización criminal se encuentra investida de particularidades; además, el desarrollo de la criminalidad va gestando nuevas formas de esta en su dimensión organizada, lo cual obliga a la judicatura otorgar nuevos contenidos a cada elemento acorde al caso concreto materia de su pronunciamiento.

Sexto.- La organización en sí no constituye delito, sino su finalidad —cometer delitos—, esto ubica a la organización al margen de ley; es así como, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal, el solo hecho de constituir o pertenecer a una organización criminal constituye delito; ahora bien, si la organización criminal incurre en una variedad de hechos punibles, estos son también reprimidos como concurso de delitos.

Séptimo.- En el caso concreto, según la tesis del Ministerio Público, la acción criminal, materia de los actuados sometidos a conocimiento de esta instancia, se habría gestado al interior del Gobierno Regional de Cajamarca, y específicamente en la Unidad Ejecutora Regional PROREGION, donde utilizando las estructuras formales de organización correspondientes al Gobierno Regional, se habría ido instituyendo y luego consolidando una organización para perpetrar hechos criminales en agravio del Estado, afectándose de esta manera la Administración pública, tales como la colusión y el cohecho , donde tendría participación el investigado y otros funcionarios.

Octavo.- En relación al investigado, la A quo sustenta su decisión en varios elementos de convicción, señalando entre los principales los siguientes:

1. La confección de polos de la agrupación política MAS, de parte de Crysti Soledad Varas Langle , quien es la esposa del investigado Wilson Manuel Vallejos Díaz.
2. Los reportes de llamadas telefónicas entre el investigado Gregorio Santos Guerrero y Wilson Vallejos Díaz.
3. El cuaderno entregado por el colaborador eficaz signado con el número 7-2013, donde se consignan fechas y cantidades de entrega de dinero.

4. El voucher original del depósito efectuado por Crysti Soledad Varas Langle a Nancy Dávila Castillo, esposa de Gregorio Santos, con fecha 14 de abril del 2012, por la suma de ocho mil soles.
5. La compra de una camioneta por Juan Enrique Salazar Silva, la cual sería usada por Gregorio Santos Guerrero.

Noveno.- Con relación a los polos, conforme obra de las facturas de fechas veintitrés y treinta y uno de agosto del dos mil doce, obrantes en el presente cuaderno de apelación de prisión preventiva, y del mensaje de correo electrónico; la confección de los mismos a favor de la agrupación política "MAS" de la cual es líder el investigado Gregorio Santos Guerrero, estuvieron a cargo de Crysti Soledad Langle, esposa de Wilson Manuel Vallejos Díaz, cuyas empresas obtuvieron la buena pro en los procesos de selección cuestionados convocados por el Gobierno Regional de Cajamarca.

La defensa de Gregorio Santos Guerrero sostuvo en su escrito de impugnación, que el aporte de bienes de un empresario al partido político del gobernante regional es pasible de distintas lecturas, no pudiendo reducirse a inferir de este, actos de corrupción.

Sin embargo, para el Colegiado, este elemento de convicción acreditaría la relación cercana que habría existido entre Gregorio Santos, el movimiento político "MAS" y el empresario ganador de las obras, al extremo que la esposa de Wilson Manuel Vallejos Díaz coordinaba el diseño de los polos, así como el pago de los mismos, denotando ello interés por cumplir con el investigado Gregorio Santos Guerrero y su movimiento político, conducta que permite inferir haberse efectuado para seguir beneficiándose con futuras licitaciones.

Décimo.- Con relación a los reportes de llamadas telefónicas entre el investigado Gregorio Santos Guerrero y Wilson Manuel Vallejos Díaz; la defensa del primero aludido ha señalado en audiencia de apelación que conforme obra en la carpeta fiscal del presente caso, la empresa Telefónica del Perú remitió un informe señalando que su patrocinado no es usuario de la citada empresa de telefonía.

El Colegiado considera que en nuestro medio el uso de aparatos celulares pueden ser utilizados por los propietarios o personas que no tengan la

titularidad de dichos bienes; en este último caso, una persona puede ser legalmente propietaria de un aparato celular y realmente otra lo puede estar utilizando.

Empero el teléfono celular número 985318870, desde donde se habría realizado según la imputación fiscal, gran cantidad de llamadas entre el investigado Gregorio Santos Guerrero y Wilson Manuel Vallejos Díaz habría sido consignado en dos documentos de la agrupación política "MAS" como número de contacto junto al correo electrónico [...] que pertenecería al investigado Santos Guerrero; con lo cual se evidencia que este último habría utilizado el referido instrumento telefónico como medio de comunicación interpersonal. En tal sentido, el investigado al señalar como número de celular el signado como: 985318870 para su comunicación asume el riesgo de las consecuencias a las cuales se contrae su uso.

Siendo ello así, y habiendo el Ministerio Público establecido que Wilson Manuel Vallejos Díaz se comunicaba con el citado teléfono y a la vez recibía llamadas del mismo, obraría sustentado ad initio que Gregorio Santos Guerrero también se comunicaba en forma regular y frecuente con su coinvestigado antes referido.

Décimo Primero.- Con relación al cuaderno entregado por el colaborador eficaz 7-2013 y el voucher de fecha 14 de abril del dos mil doce a nombre de Nancy Dávila Castillo, la defensa en comento ha sostenido en su escrito de impugnación, que tanto las entregas en comento de dinero formuladas, sin precisar fechas, modos específicos o momentos, como el voucher de fecha 14 de abril del dos mil doce, deberán ser esclarecidos en su momento, no siendo por sí mismos razones jurídicas para dictar prisión preventiva.

El Colegiado considera que en Derecho Procesal la prueba es todo aquello que sirve para acreditar o sustentar el objeto del proceso, siempre que la misma cumpla con las exigencias de legalidad en su obtención, incorporación y ulterior valoración. Asimismo, en la fase del proceso de investigación preparatoria lo posible de verificación es la existencia o no de elementos de convicción; es así como un documento entregado por

un colaborador eficaz, mientras no haya sido expulsado del proceso, es objeto de apreciación o valoración de parte del órgano jurisdiccional.

En el presente caso se tiene un cuaderno con diferentes anotaciones de fechas y montos, que según el colaborador eficaz y el Ministerio Público, son anotaciones de dinero destinados a diferentes funcionarios relacionados a Gregorio Santos Guerrero, y en relación al voucher, lo verificable es que el mismo asciende al monto de ocho mil soles a nombre de la persona de Nancy Dávila Castillo, quien sería la pareja o esposa del investigado Gregorio Santos Guerrero, documento bancario acreditativo sobre la existencia de una cuenta bancaria, cuyo titular es la persona de Nancy Dávila Castillo, en la cual se habría depositado la suma antes indicada; información que inicialmente habría estado registrada en el cuaderno de anotaciones alcanzada por el colaborador eficaz, cuyo tenor señala: "14-04-2012 GOYO depósito 8.000", concordante con la fecha y monto del voucher mencionado.

Por estas razones, el voucher a nombre de Nancy Dávila Castillo constituye para el Tribunal un indicio grave y fundado, que pasa a tener mayor intensidad vinculante frente al dato contenido en el cuaderno alcanzado por el colaborador eficaz, siendo además, que para efectos procesales el primero aludido deviene en corroborante del Segundo.

Asimismo, el Colegiado tiene en cuenta que según la versión del Ministerio Público, que asume la información del colaborador eficaz, dicho depósito habría sido realizado por Crysti Soledad Varas Langle , quien sería esposa del investigado Wilson Manuel Vallejos Díaz. Por lo que, este depósito acreditaría la estrecha relación entre Gregorio Santos Guerrero, Wilson Manuel Vallejos Díaz y su entorno familiar, la existencia de transferencia de recursos económicos entre dichas personas, y la forma de conducta o modus operandi de incorporar a familiares y personas cercanas en la transferencia de recursos de dicha índole.

Décimo Segundo.- Con relación a la compra del automóvil por parte del señor Juan Enrique Salazar Silva y que estaría siendo usada por Gregorio Santos Guerrero, la defensa sostuvo, en su escrito de apelación, que el citado hecho, en tanto involucra al chofer Salazar Silva, deberá ser esclarecido en su momento.

Sin embargo, esta instancia considera el existir suficientes elementos objetivos de convicción sobre la compra de la camioneta cuestionada por la fiscalía, como es, la inscripción del vehículo de placa D2L143 en la SUNARP, los depósitos de pago realizados en el Banco Continental por el señor Juan Enrique Salazar Silva, y la anotación en la parte inferior del documento de inscripción vehicular, consistente en haber presentado a la SUNARP una boleta de venta de la transacción realizada entre esta y la persona jurídica-Desarrollo Automotriz SA, por la compra-venta al contado del citado vehículo, valorizado en $42.990.00, con fecha 21/11/2012. Asimismo, se debe tener en consideración que dicha persona se desempeñaba como chofer contratado al servicio de Gregorio Santos Guerrero, percibiendo aproximadamente dos mil nuevos soles mensuales, y que con viáticos alcanzaba entre tres mil a cuatro soles, como así lo ha manifestado el investigado en la audiencia de apelación de prisión preventiva: agregando, además, que el señor Salazar Silva habría ingresado a laborar a mediados del año 2011, según el defensor de este último.

El Colegiado verifica por otro lado que el señor Salazar Silva era un trabajador contratado, percibía un promedio de dos mil soles mensuales, a la fecha de la adquisición del citado vehículo tenía veintisiete años de edad, era estudiante de educación superior, y que la fecha en que ingresó a trabajar coincide con la asunción del investigado Gregorio Santos Guerrero en la conducción del Gobierno Regional de Cajamarca; información que permite tener dudas razonables que dicha persona sea la real propietaria del vehículo, en tanto, que el mismo por su elevado costo y modelo es uno de uso personal, y no resulta razonable que un ciudadano que percibe ingresos mínimos pueda adquirir una unidad de tal índole para ponerlo al servicio, goce o disfrute de una persona diferente al propietario; más aún cuando, según la tesis del Ministerio Público, dicho vehículo habría sido utilizado por Gregorio Santos Guerrero.

Décimo Tercero.- De los elementos de convicción evaluados por el Colegiado se puede afirmar, inicialmente, sobre la presunta comisión de hechos punibles que habrían atentado contra la Administración pública, los mismos que estaban relacionados con los procesos de selección, adjudicación y contratación de obras del Gobierno Regional

de Cajamarca, siendo que para ello, se habría utilizado la estructura formal del Gobierno Regional.

Estando a lo expuesto se evidenciaría existir una marcada y estrecha relación entre Gregorio Santos Guerrero y el empresario Wilson Manuel Vallejos Díaz, al extremo que este último, mediante su esposa y empresas, estaba al tanto de la confección y pago de polos y propaganda del movimiento político "MAS", cuyo líder era Gregorio Santos Guerrero, y entre ambos existía una comunicación, permanente y fluida mediante el uso del celular número 985318870; asimismo, ambas personas contaban con el concurso de sus familiares y terceros para cumplir con el designio de sus propósitos, al extremo que entre las esposas de ambos habrían transacciones bancarias, lo que denotaría también el modus operandi en que estarían actuando estas personas, debiéndose agregar que la compra de la camioneta por el chofer del investigado Santos Guerrero, puesta al servicio de esta, contribuye a evidenciar dicho modus operandi; es decir, incluir en su accionar a familiares y personas cercanas a ellos, por la confianza existente en los mismos, con la finalidad de difuminar su accionar.

Décimo Cuarto.- En relación a la prognosis de pena, la defensa ha señalado que la jueza solo ha analizado los elementos de convicción, sin realizar una evaluación de los componentes de tipicidad de los delitos imputados.

El Colegiado puntualiza que para dictar una medida cautelar personal se requiere cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 268° del C.P.P, dentro de los cuales se precisa la concurrencia de graves y fundados elementos de convicción; y, conforme se ha referido en los considerandos precedentes en relación al imputado Gregorio Santos Guerrero, los mismos sí existirían. De otro lado, cualquier cuestionamiento a la tipicidad de los hechos imputados, el ordenamiento procesal ha previsto los mecanismos pertinentes a los cuales puede recurrir la defensa, si lo considera conveniente, en la oportunidad y vía adecuada.

Décimo Quinto.- En el presente caso el Ministerio Público ha imputado la comisión de varios hechos punibles y por ende la afectación a varios bienes jurídicos. En ese sentido, nuestro ordenamiento penal ha

asumido la tesis de la acumulación jurídica de penas; es decir, la suma de penas concretas que recae en cada uno de los delitos.

Además, nuestro ordenamiento procesal penal señala que en caso de imposición de prisión preventiva, el hecho imputado debe tener como pena prevista una superior a los cuatro años de privación de libertad.

De la revisión de las figuras jurídicas imputadas cohecho , colusión agravada y simple, así como asociación ilícita, se tiene que las dos primeras regulan en su extremo mínimo pena superior a cuatro años, por lo que existiendo un concurso de delitos se prevé que la pena a imponerse superará largamente el mínimo exigido como presupuesto procesal material, en caso se acredite la responsabilidad penal del imputado en la estación procesal correspondiente.

Décimo Sexto.- Respecto al peligro procesal si bien es cierto la defensa no lo ha cuestionado en su escrito impugnatorio, sí lo ha referido en la audiencia de apelación; por tanto, la Sala considera pertinente pronunciarse sobre este presupuesto.

Conforme se ha fundamentado, existen graves elementos de convicción y de máxima intensidad que vincularían al investigado con los hechos ilícitos atribuidos, los mismos que se encuentran relacionados directamente con la alta prognosis de pena señalada en el considerando precedente; siendo que fa intensidad vinculante de los elementos de convicción generaría en el investigado una probable acción evasiva a la justicia y rehusamiento de asistir al proceso, lo cual se traduciría en un concreto peligro de fuga.

De otra parte se aprecia converger peligro de obstaculización, en tanto, que el investigado en su calidad de presidente del Gobierno Regional podría interferir en el manejo de la documentación del citado organismo, que precisamente es materia de investigación en el proceso del cual derivan estos actuados pudiendo ejercer presión sobre cada uno de los testigos a citarse en la investigación, que estarían vinculados de forma directa o indirecta con el Gobierno Regional; o contra los colaboradores eficaces que vienen contribuyendo a la averiguación de la verdad; finalmente, los hechos imputados y los elementos de convicción graves y fundadas evidenciarían que el investigado Gregorio Santos Guerrero

cuenta con suficientes recursos económicos acumulados que podrían ser utilizados para obstaculizar el normal desarrollo de la investigación.

En tal sentido, habiéndose cumplido con todos los presupuestos materiales para dictar prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero, la resolución materia de alzada debe ser confirmada.

Precisiones a otros cuestionamientos realizados en la audiencia de apelación

Décimo Sétimo.- Durante el desarrollo de la audiencia, el Ministerio Público señaló la existencia de una ampliación de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, presentado copia de esta acompañando nuevos elementos de convicción, hecho que ha sido cuestionado por la defensa, en tanto lo consideraba sorpresivo y atentatorio contra el derecho de defensa. Al respecto el Tribunal precisa que aludir tales documentos referentes a nuevos hechos y nuevos investigados, según el señor Fiscal Superior, para resolver el presente caso no constituyen elementos a ser valorados en esta oportunidad.

Asimismo, ante la precisión solicitada por el Colegiado a la defensa de Gregorio Santos Guerrero, si mantenía su cuestionamiento en relación a la presunta falta de motivación de la resolución apelada, el uso de las reglas de la experiencia y el razonamiento de la A quo; el impugnante señaló que dichos argumentos son "obiter dicta", circunscribiéndose solo en la suficiencia de los elementos de convicción, que por ello pidió la revocatoria de la medida impuesta, lo cual ha sido tomado en cuenta para resolver el presente caso.

EN LO ATINENTE A LA APELACIÓN DE LA COMPARECENCIA CON RESTRICCIONES IMPUESTA A JUAN ENRIQUE SALAZAR SILVA

Décimo Octavo.- Respecto al investigado Juan Enrique Salazar Silva, el Ministerio Público señaló en la audiencia de apelación que existen suficientes elementos de convicción, graves y fuertes, que vincularían al procesado con los hechos investigados; y, por ende, ameritaría la imposición de prisión preventiva. Así, el Fiscal Superior imputa al in-

vestigado Juan Enrique Salazar Silva, el delito de Cohecho pasivo propio, en calidad de cómplice, acotando que el mismo habría colaborado con el señor Gregorio Santos Guerrero, al recibir en su nombre sumas de dinero y otras ventajas de parte del señor Wilson Manuel Vallejos Díaz, cuyas empresas se encontraban en ese momento participando en procesos de selección en la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca, PROREGION.

Décimo Noveno.- El Fiscal Superior ha establecido como elementos de convicción principales que vincularían al investigado Juan Enrique Salazar Silva con el delito imputado: *i)* la manifestación del colaborador eficaz signado con clave N.º 02- 2014, por la que se establecería que Wilson Manuel Vallejos Díaz habría entregado al investigado Salazar Silva sumas de dinero en dos ó tres veces; y, *ii)* el documento obrante a fojas trescientos cincuenta y cuatro, donde se consigna que el investigado Salazar Silva Juan Enrique es propietario del vehículo de placa D2L143, valorizado en $42,990.00, pagado al contado; habiendo presentado una boleta de venta de la transacción realizada entre la persona jurídica-Desarrollo Automotriz SA y el investigado, con fecha 21/11/2012.

Sobre el particular la Sala considera que los citados documentos si bien vinculan al investigado Juan Enrique Salazar Silva con los hechos objeto de proceso, no constituyen graves elementos de convicción, presupuesto necesario para dictar la medida de prisión preventiva; toda vez que la manifestación del colaborador eficaz es una prueba indirecta que requiere de elementos objetivos periféricos que la doten de fuerza acreditativa, siendo que los indicios no son suficientes para sustentar una medida tan gravosa como la solicitada; máxime, si como lo ha referido el propio Ministerio Público en su requerimiento, el hecho que el investigado Juan Enrique Salazar Silva sea propietario de un vehículo valorizado en más de $ 42,990.00, constituye elemento de cargo para iniciar una investigación por delito de lavado de activos, conforme así lo habrían dispuesto.

Vigésimo.- Aunado a ello, es pertinente señalar que conforme lo regulado en el inciso 2 del artículo 286° del C.P.P el Juez deberá dictar mandato de comparecencia con restricciones, cuando no concurran

los presupuestos materiales previstos para la imposición de la prisión preventiva; y en el mismo sentido, el artículo 287° inciso primero del C.P.P, establece que la misma será procedente siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse.

En el caso en concreto, y conforme se puede corroborar con los audios de la audiencia, el Ministerio Público no ha sustentado por qué considera a la medida de comparecencia restrictiva como insuficiente para evitar peligro de fuga u obstaculización en cuanto al investigado Salazar Silva, como para dictársele una medida más gravosa como la prisión preventiva, siendo esto así procedería desestimar su pretensión

DECISIÓN.-

Por los considerandos antes expuestos, la Sala Penal Nacional de Apelaciones, decide:

A) **CONFIRMAR** la resolución número cuatro de fecha veinticinco de junio del dos mil catorce; que declara INFUNDADO en parte el requerimiento del Ministerio Público que solicita prisión preventiva para Juan Enrique Salazar Silva, contra quien se dispone mandato de comparecencia con restricciones, sujeto a reglas de conducta, y, declara FUNDADO el requerimiento formulado por el Ministerio Público y por ende dispone prisión preventiva contra el imputado Gregorio Santos Guerrero, por el delito contra la Administración pública — cohecho pasivo propio, colusión agravada y simple, en agravio del Estado; en calidad de autor, y por el delito contra la tranquilidad pública — asociación ilícita, en agravio de la sociedad; con lo demás que contiene y es materia de alzada.

B) Devuélvase al Juzgado de origen; y, notifíquese.-

s.s.

VILLA BONILLA

TORRE MUÑOZ

CARCAUSTO CALLA

CAPÍTULO III
LA PRUEBA INDICIARIA

I. ESTUDIO CRÍTICO

1. Cohecho pasivo específico mediante solicitud: forzando el tipo penal para sustentar condena. Indicios y no valoración de contraindicios

El abogado del litigante denunció ante la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) que el juez, encargado de una causa civil en ejecución de sentencia, le había solicitado 8000 dólares americanos para reprogramar y ejecutar una diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a favor de su patrocinado. Para tal efecto, señaló el abogado denunciante, que el juez le había escrito en el extremo inferior de un papel doblado el signo de dólares y la cantidad ya señalada e indicado que 4000 dólares eran al momento de la resolución y el saldo cuando se ejecute el desalojo judicial. En el marco de sus declaraciones, el abogado indicó que se habían suscitado varias conversaciones con el Juez en su despacho y que incluso habían llegado a entablar diálogos coloquiales (¿cómo le va su salud?, recomendaciones en tal sentido, etc.), habiendo optado por denunciarlo ante OCMA.

Como es frecuente en estos casos el supuesto fáctico mereció previamente una valoración, calificación y pronunciamiento del órgano disciplinario competente, que supuso un pedido de destitución ante el Consejo Nacional de la Magistratura y el traslado del caso al Fiscal de la Nación a los efectos que disponga la formalización de la denuncia penal.

Antes de evaluar el análisis de tipicidad llevado a cabo por los jueces superiores que condenaron al magistrado, así como poner de manifiesto la ligereza de la actuación jurisdiccional de los jueces supremos que decidieron en apelación frente a un caso que en rigor no se ajustaba a las exigencias del delito de cohecho pasivo específico (artículo 395, segundo párrafo), detengámonos en la diferente valoración efectuada por dos órganos que capitalizan en línea monopólica el ejercicio del *ius punendi*: el órgano jurisdiccional penal y el órgano disciplinario:

Gran parte de la actividad probatoria, luego de la acusación directa optada por el Fiscal, se centró en analizar y evaluar los dichos del Magistrado que fueron grabados por el denunciante, en tres ocasiones en tres audios, luego de la denuncia ante OCMA, y en menor entidad en los diálogos, esto es en la intervención que le cupo al abogado en los audios grabados que grafican las conversaciones con dicho Magistrado. En el primer audio, del 4 de julio de 2008, que contiene los diálogos ente el encausado y el abogado denunciante, se escucha que este último indica "[...] bueno pues yo he creído conveniente convencerlo pues a mi cliente, de acuerdo a lo que estamos hablando y me dice bien pues doctor vamos a confiar recíprocamente, pero sabe que de los 8 mitad le damos pues con la resolución y la mitad en la ejecución ¿Qué le parece?; respondiendo el acusado: "no se preocupe en un par de días"; contestando el abogado: "bueno independientemente de eso preferimos ya aceptar, pero así pues doctor en esas condiciones mitad y mitad". En otra parte de la conversación el acusado dice: "puede venir en la tarde, cuatro véngase", para más adelante el abogado decir: "doctor dígame si gusta le traemos una parte no se preocupe. En un segundo audio se advierte que mientras esperan la llegada de ---, los antes mencionados conversan del caso, precisando el Juez que se estaban presentando escritos que tenían por objeto dilatar la ejecución de la diligencia de lanzamiento, y ante la no llegada del mencionado denunciante, el acusado dijo: "No no, si va a venir, y es más nosotros estamos recuperando una hora más adicional; el abogado: "Ayer por la hora adicional yo vine pues a querer hablar con usted y por la hora ya no dejaron entrar je, je je; el acusado: "poca confianza me hubiese llamado le hubiese autorizado

que suba"; el abogado: "ya doctor mitad mitad", el acusado: ya no hay ningún problema de todas maneras allí"; Un tercer audio del treinta y uno de julio de dos mil ocho, realizado entre el encausado ---, el denunciante Juan Landauro Ramos y el abogado Juan Pablo **Vargas Polo** permite advertir, que el acusado les informa que había que suspender momentáneamente la diligencia de lanzamiento, debido a que existía una acción de amparo: acusado: "no es desconfianza"; abogado: "claro pe doctor, nosotros hemos accedido a pagarle el dinero que usted nos ha pedido"; acusado: "no es eso".

Este factum, que fue tipificado como cohecho pasivo específico mediante solicitud por parte de la Fiscalía, sirvió de *ratio decidendi* para condenar al magistrado, factum asumido como válido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (constituido en sala de apelaciones), declarando no haber nulidad en la sentencia de condena. Este mismo supuesto fáctico el órgano disciplinario, mediante resolución del 6 de agosto del 2008 (que abrió proceso disciplinario) lo calificó en el siguiente sentido y por los siguientes cargos: el magistrado denunciado habría manifestado expresiones inequívocas de avenirse o mostrar su conformidad o complacencia —lejos de rechazar, denunciar o reprobar las aseveraciones del quejoso— cuando se refiere a la entrega de la suma de dinero ascendente a ocho mil dólares, que incluso le manifiesta que esa cantidad le sería entregada la primera parte, la mitad, al expedirse la resolución que señala fecha reprogramando la diligencia de lanzamiento, y la segunda, al ejecutarse esta medida (...) situaciones graves que constituirían notorias conductas irregulares y vicios que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo, al afectar el deber de probidad, a que se contraen los artículos 8 y 201, incisos 1, 2 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Estas calificaciones efectuadas por dos órganos estatales de control de comportamientos irregulares difieren significativamente. Para los órganos jurisdiccionales el *factum* es configurador de solicitud, que en tanto comportamiento típico registra el delito de Cohecho Pasivo Específico. Para OCMA, el comportamiento del magistrado es visto como

"manifestaciones o expresiones inequívocas de avenirse o mostrar su conformidad o complacencia —lejos de rechazar, denunciar o reprobar las aseveraciones del quejoso". Aquí radica una de las claves del caso. Quien calificó el hecho con el rigor jurídico, objetividad y profesionalismo del caso: no fue por cierto la Sala Penal Superior tampoco la Sala Penal Suprema, si en cambio el órgano de control.

Ambos órganos jurisdiccionales (Sala Penal Superior y Sala Suprema Permanente) violentaron el principio de legalidad al forzar el *factum* en las exigencias del enfático, intenso y provocador comportamiento típico "solicitar" que necesita el cohecho pasivo específico para configurarse, no bastando un aceptar, avenirse o mostrar complacencia a los requerimientos e inducciones que el abogado insistentemente había establecido en un esquema de imputación de cargos al Magistrado. Pese a que la Fiscalía en su acusación escrita directa había dado cuenta adecuadamente del significado altamente reprobable del verbo rector "solicitar", que no podía ser entendido como un aceptar o avenirse —como correctamente también sostuvo el órgano de control—, sino en tanto específica, clara, provocadora y altamente demostrativa expresión de la actitud corruptora del magistrado, los órganos judiciales flexibilizaron el concepto para concluir que el "verbo rector solicitar significa, de conformidad con la última edición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española "pretender, pedir o buscar algo con diligencia, cuidado" (1ra acepción) "pedir algo de manera respetuosa o rellenando una solicitud o instancia (4ta acepción), no siendo necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje" (Sala Penal Superior). La Sala Penal Suprema, pese a reconocer —en el marco teórico de justificación de su resolución— que el pacto ilícito aparece en escena mediando una actitud directa y provocadora por parte del Magistrado, en la práctica dicha definición doctrinaria no fue tomada en cuenta para corregir la incorrecta línea interpretativa del verbo rector "solicitar" que la Sala Penal Superior había efectuado, posibilitando finalmente una condena injusta, una sanción desproporcionada.

Mención aparte es el tema de la valoración judicial de los indicios, (que en línea de exposición doctrinara se halla expresada correctamente por la Ejecutoria de la Sala Penal Permanente en su considerando décimo) y el silencio de los jueces superiores para estimar y valorar los contraindicios, que el *factum* presentaba con una fuerza abrumadora, y que en línea de interpretación bajo reglas de sana crítica debieron llevarle a dichos juzgadores estatales a efectuar razonamientos probatorios distintos a los que arribaron. Como se sostiene en el recurso de apelación de sentencia, el Colegiado de fallo: (i) no estimó que las resoluciones judiciales, emitidas por el juez procesado, en contenido y secuenciamiento, se ajustaban al ordenamiento jurídico y no se hallaron precedidas ni preteridas de pedido ni entrega de donativo; (ii). Cuando se valora los dichos del abogado —de entregarle al juez (4000 dólares) a la emisión de la resolución de lanzamiento—, no toma en cuenta que para la fecha en que se dictó dicha resolución (que reprogramó el lanzamiento) ni el juez pide la entrega del dinero ni dicho abogado se acerca a entregárselo o a dar explicaciones de la no entrega. Resulta evidente que el colegiado superior de Lima, que dictó sentencia condenatoria no valoró prueba con sentido crítico ni bajo el cernidor de las máximas de experiencia, utilizando, en cambio, criterios subjetivos para reputar acreditada la existencia de un dubitable delito de corrupción. En efecto, si alguien condiciona su comportamiento funcional (reprogramar la fecha de lanzamiento) a la entrega de un donativo (4000 dólares), las máximas de experiencia deberían explicar que ese alguien (el juez procesado, en el presente caso) debía estar interesado en obtener dicho dinero, esto es, pondría en marcha un conjunto de acciones indicativas, tales como llamar (insistentemente) al abogado para que cumpla con el ofrecimiento pactado, enviaría emisarios, visitaría personalmente al abogado, etc.; (iii) Al respecto el colegiado no le concedió mérito de descargo a dicho contraindicio subsecuente, que hubiera bastado para que los jueces superiores, en rigor y profesionalismo, duden de la verosimilitud de la imputación, no obstante, lo que es peor, el colegiado apartándose de la objetividad que debe reunir el trabajo de valoración de prueba, en su resolución no da cuenta de una apreciación objetiva

de este dato de implicante importancia. El colegiado no evaluó, pese a que la defensa lo puso de manifiesto en audiencia y en sus alegatos, una serie de otros contraindicios que resultaban significativos y necesitados de valoración con arreglo a sana crítica, así: (iv) el interés de los denunciantes en acudir al Despacho, las reuniones a solicitud de dichas personas; (v) la ausencia de datos periféricos que denoten preparación de parte del juez, para concretar la recepción del dinero: ausencia de números telefónicos personales (del juez) en poder de los denunciantes, señalamiento de alguna persona a los efectos de recibir los 4000 dólares al momento de la reprogramación, etc.

El colegiado, en suma, para acreditar —en el juez procesado— culpabilidad en delito de cohecho pasivo específico (uno de los ilícitos de corrupción de más elevada reprochabilidad social y penalidad en la legislación penal nacional) y justificar condena, no llegó a articular prueba indiciaria. Es decir no cumplió con llevar a cabo el rango de inferencias —bajo parámetros lógicos y de máximas de experiencia—, que planteó efectuar en el item 7.4 de la sentencia y que le debieron permitir (en la lógica del Ministerio Público) concluir (tomando en cuenta indicios antecedentes y subsecuentes) por la acreditación del cohecho pasivo específico mediante solicitud y posibilitar el juicio de culpabilidad.

Al revisar los fundamentos con los que la Ejecutoria Suprema confirmó la sentencia de condena, llama la atención la asertivización de un hecho no acreditado en juicio. Señalan los jueces supremos que se advierte de los audios la existencia de una solicitud dineraria previa por parte del acusado. Al respecto, la transcripción de los audios y su merituamiento efectuado por el OCMA como en juicio oral, posibilitó concluir que ello fue una presunción de los jueces de condena no un hecho probado. También, los jueces supremos incurren en un razonamiento inapropiado (considerando décimo tercero), cuando para atacar la tesis del contraindicio subsecuente (sostenido por la defensa acerca de que el magistrado procesado debería estar interesado en hacerse cobro de la coima solicitada, luego de haber dictado resolución, con-

forme a lo convenido), en lugar de someterlo a análisis de consistencia y razonabilidad llegan a sostener que para la configuración del delito imputado no se requiere la concreción del donativo solicitado por el sujeto activo, sino tan solo el acto de solicitarlo con el fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, incurriendo en vicio de motivación aparente esto es, no respondiendo la argumentación probatoria de descargo planteada.

II. DOCUMENTOS

1. Ejecutoria suprema que confirma la sentencia condenatoria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.° 06-2013
LIMA

APELACIÓN DE SENTENCIA

Lima, cuatro de diciembre de dos mil trece

VISTOS: en audiencia pública el recurso de apelación interpuesto por el encausado; oídos los informes orales respectivos, y la última palabra del imputado, de conformidad con lo previsto por el artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal. Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Primero. Es materia de grado la sentencia de primera instancia, de fojas cuarenta y siete, del diecisiete de abril de dos mil trece, que condenó a --- como autor del delito contra la Administración pública —delitos cometidos por funcionarios públicos—, en la modalidad de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa

de libertad efectiva, la misma que se suspendió en su ejecución hasta la fecha que quede consentida o ejecutoriada la misma, bajo determinadas reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de tres años, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; trescientos sesenta y cinco días multa, a razón de veinticinco nuevos soles por cada día multa; y fijó en treinta mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Segundo. La defensa técnica del encausado al formalizar su recurso de apelación, de fojas sesenta y cinco y oralizado en la audiencia de apelación, alega lo siguiente: **i)** La sentencia recurrida vulnera el principio de legalidad, al considerar que el comportamiento típico contenido en el verbo rector "solicitar", previsto en el artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consiste en: pretender, pedir o buscar algo con diligencia o cuidado (primera acepción) y pedir algo de manera respetuosa o rellenando una solicitud o instancia (cuarta acepción); dado que, de esta manera segmentó la definición del comportamiento típico en el delito de cohecho pasivo específico, contenido y alcances del verbo rector "solicitar", que en una elemental conceptualización jurídica están alejados de la significatividad y gravedad de un comportamiento corruptor imputable a funcionario público. El Colegiado, desconociendo la naturaleza del derecho penal, por definición fragmentaria, de última ratio y de mínima intervención, ha construido un concepto gramatical de solicitud corruptora, alejado de los fines del derecho penal; incluso, ha desestimado en dicha lectura gramatical, la séptima acepción que ofrece el diccionario de la Real Academia Española (instar, urgir: pedir algo con urgencia o apremio). Precisa, que ámbito de los significados adoptados como matriz conceptual, del verbo rector solicitar, se corresponden con los hechos, que el Colegiado considera probados, la respuesta es evidente: ninguno. Esta sola constatación basta para echar por tierra toda la valoración efectuada por la Sala Penal Especial en la

sentencia recurrida. En efecto, no se acreditó búsqueda con diligencia y cuidado ni pedido respetuoso y diligente, llenando solicitud para que se pueda justificar las conclusiones de la mencionada resolución judicial. Por tanto, incurriéndose en vicios de interpretación del sentido del tipo penal imputado, se impuso, sin motivar la relación de correspondencia de los significados gramaticales elegidos en tanto subsunción con las exigencias del tipo penal, **ii)** La sentencia recurrida vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia, al no adoptar los parámetros de objetividad y razonabilidad y las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos en la valoración de la actuación probatoria. Precisa, que cuando el Colegiado valoró la prueba testimonial de cargo actuada en audiencia, desestimó considerar que el abogado **Vargas Polo** fue quien le dijo a Landauro Ramos, que había que reconocer los servicios del juez, con la entrega de ocho mil dólares americanos, que de forma insistente dicho abogado refería la entrega de dinero condicionado a la dación de la resolución judicial de lanzamiento. El Colegiado, omitió en su actuación valorativa de este medio de prueba, considerar las motivaciones subjetivas de malestar y resentimiento del abogado **Vargas Polo**, que se advierten de las actas presentadas como prueba de cargo, al no obtener la efectivización del lanzamiento judicial; sin embargo, el Colegiado tomó lo dicho por el abogado **Vargas Polo** (haber sido objeto de solicitud de donativo) como verdad fundada en hechos no acreditados, existente solo en la presunción a la que llegó el Colegiado, no apoyado en indicio alguno. Indica que cuando, el Colegiado valoró los datos que a su criterio constituyen indicios subsecuentes de consumación delictiva para construir su prueba indiciaría (secuencia y contenido de las resoluciones dictadas, diálogos sostenidos con los denunciantes, y la frase "no es eso"), no cumplió con señalar qué reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos, le han permitido en el marco razonabilidad implicante, determinar que se entabló tratativas consistentes en un requerimiento de dinero, a cambio de reprogramar la audiencia de lanzamiento de inmueble que se había adjudicado a Laureano Ramos, menos aún, que se haya solicitado dinero. Refiere que el Colegiado

resolvió en base a la lectura de documentos, pero no dio valor a los argumentos de la defensa sostenidos en la audiencia, vulnerando así los principios de contradicción y oralidad; es más, creó su propia cadena de indicios subsecuentes que difieren de los señalados por el Ministerio Público, para acreditar tratativas consistentes en un requerimiento de dinero. Precisa, que si su patrocinado hubiese condicionado su comportamiento funcional (reprogramar la fecha de lanzamiento) a la entrega de un donativo (cuatro mil dólares americanos), las máximas de la experiencia deberían explicar que estaba interesado en obtener dicho dinero, que llamaría insistentemente al abogado **Vargas Polo** para que cumpla con su ofrecimiento; sin embargo, al respecto, el Colegiado no concedió mérito de descargo a dicho contraindicio subsecuente, que hubiera bastado para que se dude de la verosimilitud de la imputación, no obstante el Colegiado apartándose de la objetividad que debe reunir su trabajo de valoración de la prueba, ni siquiera mencionó este dato de importancia implicante. **iii)** La sentencia recurrida, vulnera el derecho constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debido a sus defectos sustantivos y formales. Precisa que no se tuvo en cuenta que en la acusación fiscal, se consideró que el verbo rector "solicitud", es una actitud directa y provocadora del Magistrado, estándar sustantivo que define en rigor la gravedad del delito de cohecho pasivo específico, que ha sido sustituido en el debate oral por imputaciones de avenimiento o aquiscencia a la entrega de donativo, conforme a la estimación efectuada por el Órgano de Control de la Magistratura. En este punto existe una evidente incongruencia entre lo sostenido por el Ministerio Público en su acusación y lo resuelto por el Colegiado Superior, sin que exista argumentación válida que explique esta fractura de logicidad sustantiva.

IMPUTACIÓN FISCAL

Tercero. Conforme al Requerimiento de Acusación Directa, se atribuye al encausado ---, en su condición de juez suplente del --- Juzgado Penal de Lima, en el mes de julio de dos mil ocho, durante el trámite del expediente número 3130-2000 (en ejecución de sentencia), el haber

solicitado a Juan Landauro Ramos, y a su abogado defensor, Juan Pablo **Vargas Polo**, la cantidad de $ 8,000 (ocho mil dólares americanos), a fin de reprogramar y ejecutar la diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a favor del mencionado Landauro Ramos.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Cuarto. El sustento fáctico de la acusación fiscal, ha sido encuadrado en el delito contra la Administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo específico, previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, que establece: "El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años [...]". Estableciendo la doctrina, que: **i)** En el delito de cohecho pasivo específico existe "[...] una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (estos comprenden a todas las instancias), Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales [...]. La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) solicite los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé[...] como una circunstancia agravante [...]" (James Reátegui Sánchez, Estudios de Derecho Penal Parte Especial, editores Jurista, junio de dos mil nueve, páginas cuatrocientos noventa y tres y cuatrocientos noventa y cuatro), **ii)** La modalidad del injusto previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, se trata de una agravada, lo que se justifica por el hecho de que el pacto ilícito, aparece en escena, mediando una actitud directa y provocadora del Magistrado, Árbitro

o miembro de Tribunal Administrativo. "Dicho lo anterior, se quiebra la tesis del delito plurisubjetivo (participación necesaria), en el sentido de que la perfección delictiva de esta hipótesis delictiva, no requiere de una contribución táctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de la coima (prebenda económica), basta con el Magistrado solicite lo venta o beneficio, sin que el particular haya de admitirlo, claro está, que la conducción del sujeto público, está impulsada por favorecer a la parte interesada, en un caso al cual está avocado por motivos de su competencia funcionarial. Por consiguiente, toma lugar un delito monosubjetivo, de mera actividad [...]. La conducta típica está circunscrita, a que el funcionario específico, solicite los medios corruptores [...]". (Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, editorial IDEMSA, dos mil once, página quinientos cuarenta y siete). Debe precisarse, que el tipo penal imputado es de mera actividad, debido a que se configura con el solo hecho de que el sujeto activo "solicite" (verbo rector) a un tercero, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, pudiéndose o no materializar dicho requerimiento o solicitud.

DE LA NO ADMISIÓN DE MEDIO DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Quinto. Por resolución emitida por esta Suprema instancia, de fojas cuarenta y cuatro, del ocho de noviembre de dos mil trece, se dejó constancia que las partes procesales, pese a estar debidamente notificadas, no ofrecieron pruebas en su oportunidad; por tanto, se resolvió continuar con el siguiente acto procesal de señalar fecha para la audiencia de apelación de sentencia.

DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

Sexto. La audiencia de apelación de sentencia, se llevó a cabo los días veintiuno de noviembre y tres de diciembre del año en curso, a las ocho y treinta y nueve y treinta de la mañana, respectivamente, habiendo concurrido el sentenciado y su abogado defensor y el señor fiscal supremo,

quienes en su debida oportunidad realizaron sus informes orales; asimismo el acusado no fue interrogado por las partes procesales, otorgándose al encausado su derecho a la autodefensa, conforme con lo previsto en el artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL EXTREMO CONDENATORIO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Séptimo. Habiéndose cumplido con la formalidad establecida en Ley —plazo y modo— para la interposición del recurso de apelación, este Supremo Tribunal debe emitir la decisión correspondiente, para lo cual tomará en consideración lo previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, que establece para efectos de la emisión de sentencia de segunda instancia, que: "La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia".

Octavo. Se encuentra acreditado en autos y no es materia de controversia por la parte procesal recurrente, lo siguiente: **i)** El encausado --- a la techa de los hechos imputados, se desempeñaba como juez suplente del Trigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, teniendo a su cargo el trámite del expediente número 3130-2000, seguido contra Víctor Almeida Silva, por el delito contra el Patrimonio, en la modalidad de defraudación, en agravio de Amparo Rojas Punca. Que, en vía de ejecución de la reparación civil, se remató el inmueble del sentenciado Almeida Silva, ubicado en el jirón Mesa Redonda, Plazuela del General Derecha del jirón Andahuaylas número mil sesenta, en el Cercado de Lima, que fue adjudicado a Juan Landauro Ramos. **ii)** En ese contexto, el encausado emitió las siguientes resoluciones; a) La del diez de junio de dos mil ocho, que resolvió entre otros, dejar sin efecto la resolución del veintidós de mayo del mismo año, que habilitaba día y hora para la diligencia de lanzamiento, y la resolución que reprogramaba la hora de

realización de dicha diligencia (ver copia certificada de fojas cincuenta del expediente judicial, debidamente oralizada en el contradictorio); b) La del ocho de julio de dos mil ocho, que señaló se lleve a cabo la diligencia de lanzamiento, para el uno de agosto próximo, a las dos horas (ver copia /// certificada de fojas cincuenta y tres del expediente judicial, debidamente oralizada en el contradictorio); c) La del treinta de julio de dos mil ocho, que resolvió dejar sin efecto la resolución del ocho de julio de dos mil ocho, que habilitaba día y hora para la diligencia de lanzamiento (ver copia certificada de fojas cincuenta y cuatro del expediente judicial, debidamente oralizada en el contradictorio).

Noveno. La imputación fiscal concreta contra el encausado, en su calidad de juez suplente del Trigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, es que en el mes de julio de dos mil ocho, durante el trámite del expediente a su cargo número 3130-2000, solicitó a Juan Landauro Ramos, y a su abogado defensor, Juan Pablo **Vargas Polo**, la cantidad de ocho mil dólares americanos, a fin de reprogramar y ejecutar la diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a favor del mencionado Landauro Ramos; sin embargo, la defensa técnica del referido encausado, alega como agravio principal, que la sentencia recurrida vulnera el principio de legalidad, debido a que no se acreditó que la conducta de su patrocinado se adecuó al verbo rector del tipo penal imputado: "solicitar".

Décimo. Mediante la evaluación conjunta de la prueba indiciaria, es posible llegar a una resolución de condena respecto a determinado delito, lo que conlleva a enervar el derecho de presunción de inocencia, para lo cual debe tenerse en cuenta que los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la Ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar primero, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio: a) Este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza

la Ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento legal alguno. b) Deben ser plurales o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, c) También concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar y, desde luego, no todos lo son—. d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí—. Asimismo, no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera; que en lo concerniente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable; esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que, de los indicios, surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo (ver precedente vinculante de la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número mil novecientos doce-dos mil cinco). De igual forma, el autor Percy García Cavero, en su obra La prueba por indicios en el proceso penal (Editorial Reforma: Instituto de Ciencia Procesal Penal, páginas cuarenta y seis y cuarenta y siete), establece que: "En el ámbito del proceso penal, el indicio es un dato fáctico relacionado razonablemente con el hecho delictivo que se pretende probar [...]. El carácter multiforme de la prueba indiciaría, hace que pueda ser considerado indicio cualquier elemento capaz de dar información sobre otro hecho con el que se encuentra lógicamente vinculado por relación de necesidad derivada de la naturaleza de las cosas. Indicio puede ser, por tanto, una acción, un acontecimiento, una circunstancia, una actitud, un objeto, una huella, etc. Lo único que se requiere es que ese dato táctico tenga la capacidad de expresar información sobre otro hecho, a partir de una inferencia lógica apoyada en leyes científicas, reglas de la lógica o máxima de la experiencia".

Décimo Primero. Este Supremo Tribunal considera que revisados los autos, existe prueba directa e indiciaria que acreditan la responsabilidad penal del encausado en el delito imputado, esto es, el haber actuado con conocimiento y voluntad (dolo) para entablar conversaciones con el abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, y su patrocinado Juan Landauro Ramos, a efectos de solicitar un pago para reprogramar y ejecutar la diligencia de lanzamiento a favor de este último, en un expediente sometido a su conocimiento, por el mérito de lo siguiente**: i)** La declaración en acto oral del abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, quien en concreto señaló que conoció al encausado, cuando se entrevistó con este para tratar el tema de la programación de la diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a su patrocinado Landauro Ramos, el cual le pidió ocho mil dólares americanos para agilizar el proceso y realizar el lanzamiento, para cuyo efecto, en un cuarto de hoja de papel bond en blanco, colocó el monto y al costado el signo de dólar. Indica, que luego le informó ello a su patrocinado, y los primeros días de julio de dos mil ocho, acudieron a denunciar al referido juez ante el OCMA. Precisa, que con fechas posteriores se entrevistaron con el mencionado juez en varias ocasiones en su despacho; que la diligencia de lanzamiento había sido postergada hasta en tres o cuatro ocasiones; en virtud a la denuncia se montó un operativo, comisionándosele al declarante a efectos de que se colocara una filmadora y grabadora, siendo que durante las grabaciones se le reiteró al juez que no tenga desconfianza, debido a que se le iba a entregar cuatro mil dólares americanos al momento de emitirse la resolución que programaba la diligencia de lanzamiento, y los otros cuatro mil dólares americanos, cuando se lleve a cabo la diligencia (ratificándose en su versión de que fue el encausado quien le solicitó dinero, en la diligencia de confrontación con aquel). Asimismo, no se advierte prueba objetiva que acredite un ánimo espurio, de venganza u otro similar por parte del abogado Polo Vargas, que haya generado una imputación tan grave como la que es materia del proceso; en consecuencia, su declaración cumple con las garantías de certeza establecidas como lineamientos jurisprudenciales en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del trein-

ta de septiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (al tratarse de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones), **ii)** La declaración en acto oral de Juan Landauro Ramos, quien refiere que su abogado **Vargas Polo** le manifestó que había que compensar los servicios del juez con ocho mil dólares americanos, motivo por el cual conjuntamente con su referido abogado fue a conversar con el juez para comprobar que sea cierto lo manifestado; que el abogado le dijo al acusado que no se preocupe por los ocho mil dólares americanos, proponiéndole dar cuatro mil dólares con la emisión de la resolución, y los otro cuatro mil, con la entrega efectiva del inmueble; que el acusado expresó su conformidad con lo planteado mediante señas. **iii)** El Acta de diligencia de audio visualización de los discos compactos, realizada durante la investigación administrativa en la OCMA, del quince de diciembre de dos mil ocho, a las once horas con diez minutos, de fojas ciento treinta y ocho (debidamente oralizada); en cuyo acto estuvieron presentes el investigado, asistido por su abogado, Enrique Llontop Quesquén, y el denunciante Juan Landauro Ramos, asistido por su abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, procediéndose a visualizar y escuchar los audios de los siguientes discos compactos: el rotulado, cuatro de julio en horas de la mañana; el rotulado, cuatro de julio en horas de la tarde; y el rotulado, treinta y uno de julio en horas de la tarde, **iv)** Las transcripciones de los audios antes referidos, de fojas ciento veinticinco a ciento treinta y siete del expediente judicial, de donde se advierte en concreto lo siguiente: a) Respecto al audio del cuatro de julio de dos mil ocho, que comenzó a las once horas con treinta y ocho minutos y dos segundos, realizado entre el encausado y el abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, en donde el último de los mencionados precisa: "[...] bueno pues yo he creído conveniente convencerlo pues a mi cliente, de acuerdo a lo que estamos

hablando y me dice bien pues doctor vamos a confiar recíprocamente, pero sabe que de los 8 mitad le damos pues con la resolución y la mitad en la ejecución ¿Qué le parece?"; respondiendo el acusado: "no se preocupe en un par de días"; contestando el abogado: "bueno independientemente de eso preferimos ya aceptar, pero así pues doctor en esas condiciones mitad y mitad". En otra parte de la conversación el acusado dice: "puede venir en la tarde, cuatro véngase", para más adelante el abogado decir: "doctor dígame si gusta le traemos una parte no se preocupe [...]"; b) Respecto al audio del cuatro de julio de dos mil ocho, que comenzó a las dieciséis horas con veintiséis minutos y un segundo, realizado entre el encausado y el abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, de donde se advierte que mientras esperan la llegada de Juan Landauro Ramos, los antes mencionados conversan del caso, precisando el juez que se estaban presentando escritos que tenían por objeto dilatar la ejecución de la diligencia de lanzamiento, y ante la no llegada del mencionado denunciante, el acusado dijo: "No no si va a venir, y es más nosotros estamos recuperando una hora más adicional"; el abogado: "Ayer por la hora adicional yo vine pues a querer hablar con usted y por la hora ya no dejaron entrar je, je je; "el acusado: "poca confianza me hubiese llamado le hubiese autorizado que suba"; el abogado: "ya doctor mitad mitad", el acusado: "ya no hay ningún problema de todas maneras allí"; c) Referente al audio del treinta y uno de julio de dos mil ocho, realizado entre el encausado ---, el denunciante Juan Landauro Ramos y el abogado Juan Pablo **Vargas Polo**, de donde se advierte, que el acusado les informa que había que suspender momentáneamente la diligencia de lanzamiento, debido a que existía una acción de amparo admitida de por medio; a lo cual el abogado dijo: "[...] lo que pasa es que usted ha tenido desconfianza": acusado: "no es desconfianza"; abogado: "claro pe doctor, nosotros hemos accedido a pagarle el dinero que usted nos ha pedido"; acusado: "no es eso", v) La resolución del seis de agosto de dos mil ocho, emitida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, que resolvió: abrir proceso disciplinario contra ---, en su actuación como juez suplente del ---Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, por los si-

guientes cargos: a) Habría manifestado expresiones inequívocas de avenirse o mostrar su conformidad o complacencia —lejos de rechazar, denunciar o reprobar las aseveraciones del quejoso— cuando se refiere a la entrega de la suma de dinero ascendente a ocho mil dólares, que incluso le manifiesta que esa cantidad le sería entregada la primera parte, la mitad, al expedirse la resolución que señala fecha reprogramando la diligencia de lanzamiento, y la segunda, al ejecutarse esta medida, b) Tal entrega de dinero se habría originado en la propuesta hecha por el investigado ---, dado que el quejoso manifiesta que él y su patrocinado, el adjudicatario Juan Landauro Ramos, han "[...] preferido aceptar [...]" y que "[...] hay una predisposición de aceptar[...]" la aludida propuesta; situación ante la cual, el quejoso le reitera que la entrega de dinero se haría en dos partes: "[...] mitad – mitad[...]", propuesta ante la cual el Magistrado contestó: "[...] ya, no hay ningún problema", c) Situaciones graves que constituirían notorias conductas irregulares y vicios que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo, al afectar el deber de probidad, a que se contraen los artículos 8 y 201, incisos 1, 2 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vi) La resolución número veintiséis, del seis de agosto de dos mil diez, emitida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, de fojas trescientos cuarenta y seis (debidamente oralizada), que estableció en mérito a las declaraciones de los quejosos y los audios correspondientes, entre otros, que quedó acreditado que el investigado Juez, ---, sostuvo conversaciones con el adjudicatario Juan Landauro y su abogado **Vargas Polo**, encaminadas a lograr que se reprograme y ejecute la diligencia de lanzamiento en el inmueble adjudicado al denunciante, surgiendo de ello la propuesta condicionada al pago de la cantidad de ocho mil dólares americanos (ver sexto fundamento); concluyendo que el investigado incurrió en notoria conducta irregular y vicios que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo, al afectar el deber de probidad, a que se contraen, los artículos 8 y 201, incisos 1,2 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y resolvió: Proponer ante el Consejo Nacional de la Magistratura a través de la Presidencia del Poder Judicial, se imponga la medida disciplinaria de DESTITUCIÓN de ---, en su

actuación como juez suplente del ---Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, vii) La Disposición de Fiscalía de la Nación, del veintiséis de septiembre de dos mil doce, de fojas ciento veintidós (debidamente oralizada), que dispone: autorizar el ejercicio de la acción penal contra el doctor ---, en su condición de juez suplente del --- Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado, remitiéndose los actuados al Fiscal llamado por ley a fin de que formalice la correspondiente investigación preparatoria (donde se establece como cargo atribuido al encausado, el solicitar a Juan Landauro Ramos y a su abogado, Juan Pablo **Vargas Polo**, la cantidad de ocho mil dólares americanos, a fin de reprogramar y ejecutar la diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a favor de Landauro Ramos).

Décimo Segundo. Por tanto, se encuentra acreditado en autos, que el encausado ---, en su condición de juez suplente del ---Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, los días cuatro y treinta y uno de julio de dos mil ocho, sostuvo reuniones con el abogado **Vargas Polo** y en la última ocasión también con Landauro Ramos, a efectos de tratar el tema de programación y ejecución de la diligencia de lanzamiento respecto a un inmueble a favor del último de los mencionados, advirtiéndose de los audios respectivos, la existencia de una solicitud dineraria previa por parte del acusado (ocho mil dólares americanos), a efectos de emitir la resolución de programación de la diligencia de lanzamiento y ejecutar la misma, para lo cual incluso se concertó, que la mitad se le pagaría al momento de la emisión de la resolución y la otra mitad al momento de la diligencia, conducta del encausado que se encuadra en el tipo penal imputado, previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal (cohecho pasivo específico), con lo cual vulneró el bien jurídico protegido, esto es, el correcto funcionamiento de la Administración pública, y los deberes y obligaciones que le fueron confiados en razón de su cargo como juez penal; sin perjuicio de indicar, que el encausado, en sus declaraciones en el proceso y en su recurso de apelación de sentencia no desconoce haberse reunido con Juan Landauro Ramos y el abogado, Juan Pablo

Vargas Polo, a efectos de tratar sobre el tema materia de imputación, sino lo que cuestiona es que las frases transcritas en las transcripciones de los audios fueron sacadas de contexto, ya que en dichos diálogos a su criterio no se advierte que haya solicitado dinero alguno. Al respecto debe indicarse, que dicha versión debe tomarse con la reserva del caso, debido a que está destinada a tratar de desvirtuar su responsabilidad penal en el delito imputado, la cual ha sido debidamente acreditada en autos.

Décimo Tercero. De otro lado, la defensa técnica del encausado recurrente, en su recurso de apelación, también alega como agravios los siguientes: i) Al valorarse la prueba testimonial de cargo actuada en audiencia, se desestimó considerar que el abogado **Vargas Polo** fue quien le dijo a Landauro Ramos, que había que reconocer los servicios del Juez, con la entrega de ocho mil dólares americanos. Asimismo se omitió considerar las motivaciones subjetivas de malestar y resentimiento del abogado **Vargas Polo**, al no obtener la efectivización del lanzamiento judicial. Al respecto debe indicarse, que conforme a lo anotado en el décimo primer considerando, no se desvirtúa que fue el abogado **Vargas Polo**, quien en un primer momento le comunicó a su patrocinado, Landauro Ramos, que había que pagarle al acusado, ocho mil dólares americanos por la programación de fecha y ejecución de la diligencia de lanzamiento, lo cual resulta lógico, debido a que dicho letrado fue quien tuvo el primer contacto con el acusado y a quien le fue solicitado el pago de la mencionada cantidad de dinero para realizar la referida diligencia, conclusión a la que se arriba después de revisar la transcripción de los audios de fechas cuatro y treinta y uno de julio de dos mil ocho, en donde se hace referencia a un pago previamente acordado y solicitado por el acusado. De igual forma, si bien la denuncia ante el OCMA interpuesta por el abogado **Vargas Polo** fue realizada el treinta y uno de julio de dos mil ocho, esto es, al día siguiente de la emisión de la resolución del acusado que disponía dejar sin efecto su resolución del ocho de julio de dos mil ocho, que habilitaba día y hora para la diligencia de lanzamiento, ello no es óbice para soslayar la conducta previa del acusado al sostener conversaciones con la parte interesada a

efectos de solicitar el pago de una cantidad dineraria a efectos de influir en la decisión de un asunto que estaba sometido a su conocimiento, ii) Si su patrocinado hubiese condicionado su comportamiento funcional (reprogramar la fecha de lanzamiento) a la entrega de un donativo, las máximas de la experiencia deberían explicar que estaba interesado en obtener dicho dinero, que llamaría insistentemente al abogado **Vargas Polo** para que cumpla con su ofrecimiento; sin embargo, al respecto, el Colegiado no concedió mérito de descargo a dicho contraindicio subsecuente, que hubiera bastado para que se dude de la verosimilitud de la imputación. Al respecto debe indicarse, que conforme se precisó en la fundamentación jurídica de la presente resolución, para la configuración del delito imputado no se requiere la concreción del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio solicitado por el sujeto activo, con el fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, sino tan solo el acto de solicitarlo con dicho fin, debido a que nos encontramos ante un tipo penal de mera actividad; sin perjuicio de indicar, que conforme a la lógica y las máximas de la experiencia, en los delitos de corrupción de funcionarios, las partes intervinientes tratan de realizar su concertación ilegal clandestinamente, esto es, sin dejar el menor rastro o prueba posible de dicha conducta ilícita a efectos de no ser descubiertos y posteriormente sean procesados penalmente.

Décimo Cuarto. De igual forma, la defensa técnica del encausado en la audiencia de apelación de sentencia, refiere como agravio que se le recortó el derecho de defensa de su patrocinado, al no haberse practicado una pericia en los audios y videos correspondientes a los días cuatro y treinta y uno de julio de dos mil ocho, que fueron visualizados y transcritos a mérito de un proceso disciplinario en la OCMA. Al respecto debe precisarse, que pese a que dicho agravio no fue formulado en su recurso de apelación de sentencia, se tiene de autos, que fue el representante del Ministerio Público, quien al inicio del juicio oral solicitó como nueva prueba se admitan los dos audios-videos del cuatro y treinta y uno de julio de dos mil ocho, relacionados a las conversaciones que sostuvieron el acusado con el agraviado Juan Landauro Ramos y su abogado, Juan Pablo **Vargas Polo**, lo cual fue declarado inadmisible, por no encon-

trarse dentro de los supuestos del inciso segundo del artículo trescientos setenta y tres del Código Procesal Penal. Asimismo, se advierte que es en la etapa de oralización de documentos, en que el representante del Ministerio Público, solicitó la lectura de las copias certificadas de las transcripciones de audio y video de los días cuatro y treinta y uno de julio de dos mil ocho, que fueron ordenadas por la OCMA; respecto a lo cual la defensa técnica no formuló oposición alguna, sino tan solo precisó que se verifica que la persona que introduce el diálogo sobre el pedido de dinero es el abogado Polo Vargas, esto es, que hubo una actitud proactiva de su parte; interpretación de parte respecto a la lectura de las mencionadas transcripciones de audios, que ha sido desvirtuada en los considerandos precedentes, donde se acredita la existencia de una conversación previa al cuatro de julio de dos mil ocho, entre el acusado y el abogado Polo Vargas, en donde el primero de los mencionados le solicitó una cantidad de dinero a efectos de emitir una resolución de programación de diligencia de lanzamiento judicial y ejecutar la misma, en un expediente a su cargo que se encontraba en ejecución de sentencia; en consecuencia las declaraciones del acusado y el accionar de su defensa técnica cuestionan el contenido de las conversaciones grabadas en los audios y transcritas en el sentido que no existen expresiones por parte del acusado solicitando dádiva alguna, lo que es revertido con el propio contenido de los audios y las declaraciones testimoniales del Abogado **Vargas Polo** y su patrocinado Landauro Ramos, copias de las resoluciones expedidas por el Juez acusado, referidas a la ejecución del lanzamiento a favor de Landauro Ramos; por tanto no existe vulneración alguna al debido proceso y derecho de defensa.

Décimo Quinto. Respecto a la pena impuesta en la recurrida, debe indicarse que para la dosificación punitiva o para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el quantum de estas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y

la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme con el artículos cuarenta y seis del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos —antes de su modificatoria por Ley número 30076 del diecinueve de agosto de dos mil trece, no aplicable porque la acusación no lo contempló, por ser anterior y por no haberse ejercido contradicción al respecto—.

En tal sentido, en cuanto a la pena a imponer al encausado, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) La norma penal aplicable, prevista en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, que sanciona al agente con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, ii) Sus condiciones personales, esto es, ser abogado de profesión, haber ejercido la Magistratura y ser agente primario en la comisión de actos delictivos. Por tanto, analizado lo antes mencionado y las circunstancias que acompañaron al presente evento delictivo, que revisten gravedad, se considera que en la sentencia recurrida se impuso como sanción la pena mínima conminada en el Código Penal (ocho años de pena privativa de la libertad), no existiendo atenuantes para efecto de rebajar la misma; no habiendo el representante del Ministerio Público no formuló recurso de apelación; en consecuencia la sanción impuesta debe mantenerse.

Décimo Sexto. En cuanto a la reparación civil debe referirse que el monto que se consigne en la sentencia debe encontrarse en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados, debiendo existir proporcionalidad entre estos y el monto que por dicho concepto se establezca, que la indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo a lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal, que en dichas consideraciones se advierte que el monto fijado en la sentencia materia de grado por dicho concepto se encuentra arreglado a derecho, pues ha sido establecido de manera razonable y en directa relación con el daño ocasionado al Estado en su función de administrar justicia con sujeción a la Ley y la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN:

De conformidad con los artículos trescientos noventa y tres y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y por las consideraciones expuestas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resuelve: **CONFIRMAR** la sentencia, de tojas cuarenta y siete del cuaderno de debates, del diecisiete de abril de dos mil trece, que condenó a --- como autor del delito contra la Administración de Justicia —delitos cometidos por funcionarios públicos—, en la modalidad de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado (tipificado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal), a ocho años de pena privativa de libertad efectiva, la que computada desde la fecha, vencerá el tres de diciembre de dos mil veintiuno; y fijó en treinta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene. **ORDENARON**: que el condenado --- sea internado en el establecimiento penal que corresponda; y se inscriban los boletines de condena respectivos; notificándose, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

2. Recurso de apelación presentado por la defensa [informe]

APELACIÓN DE SENTENCIA

EXPEDIENTE : 00005-2012-0-1826-SP-PE-01
JUECES SUPERIORES: CASTAÑEDA OTSUMAITA DORREGARAY – LOZADA RIVERA
ESPECIALISTA : Infantes Herrera, Ursula
SUMILLA : INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA CONDENATORIA DE SALA PENAL ESPECIAL

SEÑORITA PRESIDENTA DE LA SALA PENAL ESPECIAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA:

---, identificado con Documento Nacional de Identificación N.º ---, procesado por el delito contra la Administración pública -Cohecho pasivo Específico- (artículo 395, segundo párrafo, del Código Penal), en el plazo de ley interpongo ante vuestro despacho recurso de apelación contra la Sentencia (Resolución N.º 06), DICTADA el 17 de abril de 2013, por vuestro colegiado y que me condena en calidad de autor a 8 años de pena privativa de la libertad suspendida (en aplicación del inciso 2 del artículo 402 del Código Procesal Penal), inhabilitación (art. 36.1 y 2) por el plazo de 3 años, fija 365 días multa y me impone 35,000 nuevos soles en concepto de reparación civil

I. PETITORIO

Al amparo de los dispuesto en los artículos 404, 405 y 416 del Código Procesal Penal del año 2004, interpongo Recurso de Apelación contra la sentencia expedida por vuestro Juzgado, fechado nominalmente el 17 de octubre del 2012, en la que se me condena indebidamente e injustamente a la pena de ocho (8) años de privación de la libertad, suspendida, me inhabilita por el plazo de tres años, fija multa y se me

impone reparación civil. Apelación que es fundamentada dentro del plazo que la ley concede.

OBJETO DEL PETITORIO

Solicito, srta. juez superior, se admita mi recurso y en consecuencia se eleve mi apelación al órgano superior jerárquico a fin de que examine y revise sus fundamentos (de justificación interna y externa), con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia, al haberse quebrantado en esta normas constitucionales, principios rectores del derecho penal, la lógica misma que da sustento al nuevo sistema procesal y que da cuenta del nuevo Código adjetivo, y quebrantado diversas garantías procesales y, consiguientemente, se dicte mi absolución de los cargos formulados por el Ministerio Público.

La corte suprema deberá así corregir los errores en que se ha incurrido en la valoración de los medios de prueba y en la conceptualización jurídica del verbo rector "solicitar".

II. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICO-JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DE LAS SALA PENAL ESPECIAL

La Sala Penal Especial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario de la Corte Superior de Lima, en el Expediente N.º 00005-2012-0-1826, ha dictado sentencia condenatoria por delito de Cohecho Pasivo Específico, modalidad solicitar, en mi contra considerando que: (Nota: los subrayados, negrita y cursiva, y aumento de letra, son nuestros)

1. La secuencia y contenido de las Resoluciones (por mí dictadas, en mi calidad de juez suplente del ---Juzgado Penal de Lima), así como el diálogo sostenido con la finalidad de justiciar la decisión jurisdiccional adoptada, y el hecho de afirmar que su conducta no responde a desconfianza y señalar "no es eso" ante una afirmación directa de haber accedido a pagarle el dinero requerido constituyen indicios subsecuentes de la consumación delictiva (Considerando 7.16 de la sentencia);

2. Indicios que permiten inferir con meridiana claridad que el acusado ---ha entablado tratativas consistentes en un requerimiento de dinero y cumplimiento de pago (por parte de los denunciantes. Abogado **Vargas Polo** y Laureano Ramos) a cambio del lanzamiento del inmueble del que era adjudicatario el último de los nombrados (Considerando 7.16 de la Sentencia):
3. De las pruebas actuadas podemos inferir que desde el momento en que el referido acusado deja sin efecto la diligencia de lanzamiento, mantuvo diversas reuniones con los interesados, a quienes les generó expectativa de llevar al cabo la referida diligencia que traería como consecuencia la entrega física del inmueble a Laureano Ramos, adjudicatario en un remate judicial (...). Contexto en el cual (...) en una de las reuniones llevadas a cabo en el despacho judicial, el acusado —conforme lo ha señalado en el plenario— le solicitó la suma de ocho mil dólares indicándole que el asunto complicado y que hay personal que se están oponiendo (...). Es en ese contexto que el acusado interesado obtener un beneficio irregular sostiene reuniones del 4 y 30 de julio en las que concerta con sus interlocutores la forma en que estos debían cumplir con el pago que permita la programación y ejecución de la diligencia del lanzamiento y posterior entrega física del inmueble, habiéndose registrado las frases que se han detallado que dejan en evidencia una solicitud expresa de dinero ascendente a ocho mil dólares (Considerando 7.17 de la sentencia);
4. Se ha establecido que el acusado --- solicitó la suma de 8,000.00 dólares americanos para reprogramar y llevar a cabo la diligencia de lanzamiento que se encontraba en ejecución (Considerando 8.1.2 de la sentencia).

III. LOS AGRAVIOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, JURÍDICOS DE ESTIMACIÓN JURÍDICA Y DE VALORACIÓN PROBATORIA CONTENIDOS EN LA SENTENCIA.

A. *La violación del principio de legalidad.* La sentencia del colegiado de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Especiali-

zada en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha quebrantado el principio de legalidad constitucional, fundamento matriarcal para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* a nombre del Estado, cuando ha considera que el comportamiento típico contenido en el verbo rector solicitar (del artículo 395 del Código Penal) consiste acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), en:

Pretender, pedir o buscar algo con diligencia o cuidado (1era aceptación)

Pedir algo de manera respetuosa o rellenando una solicitud o instancia (4ta acepción)

1. De esta manera, el Colegiado ha segmentado y definido el contenido significativo del comportamiento típico en el delito de cohecho pasivo específico y los alcances del mismo, contenido y alcances del verbo rector solicitar, que en una elemental conceptualización jurídica están alejados de la significatividad y gravedad de un comportamiento corruptor imputable a funcionario público.

   El colegiado, desconociendo la naturaleza del derecho penal, por definición fragmentaria, de *ultima ratio* y de mínima intervención; ha construido un concepto gramatical de solicitud corruptora, alejado de los fines del derecho penal; incluso, ha desestimado en dicha lectura gramatical, la séptima acepción que ofrece dicho Diccionario de la RAE (instar, urgir: pedir algo con urgencia o apremio).

2. Ha omitido el colegiado, considerar; que el derecho penal es una ciencia que recrea sus conceptos con base a los ámbitos de tutela penal, que no toda acepción gramatical puede dar cuenta de dichas finalidades, cumpliendo aquí la doctrina y la jurisprudencia un papel orientador y decisivo a los efectos de la interpretación jurídica de los componentes del tipo penal. El Colegiado se ha encerrado en parámetros interpretativo-cognoscitivos que deslegitiman todo su proceder valorativo y

probatorio. En efecto, qué ámbito de los significados adoptados como matriz conceptual, del verbo rector SOLICITAR, se corresponden con los hechos, que el colegiado considera probados, la respuesta es evidente: ninguno. Esta sola constatación basta para echar por tierra toda estimación y valoración efectuada por la Sala Penal Especial en su sentencia condenatoria en mi contra. En efecto, no ha sido acreditado (ni existido de mi parte) búsqueda con diligencia y cuidado ni pedido respetuoso y diligente, llenando solicitud para que el Colegiado pueda justificar externamente sus conclusiones.

3. El colegiado, ha demostrado, inidoneidad formativa en materia jurídico-dogmática, al estimar interpretativamente que (cierto) sentido gramatical basta para dar cuenta del mensaje comunicativo preventivo del verbo rector solicitar, propio de un delito, construido con un injusto penal de altas exigencias de tipicidad objetiva-subjetiva y de suma gravedad. El colegiado ha desbordado el sentido cognitivo del tipo penal 395 del Código Penal y lo ha hecho inaplicable. Sin embargo, incurriendo en vicios de interpretación los ha impuesto forzadamente a mi caso sin motivar la relación de correspondencia de los significados gramaticales elegidos en tanto subsunción con las exigencias del tipo penal.
4. Se ha afectado así el principio de legalidad en sus ámbitos de determinación expresa e inequívoca de la conducta típica, y de aplicación del correspondiente juicio de tipicidad.
5. Además el colegiado, ha desestimado tomar en cuenta consolidad doctrina existente al respecto, tanto nacional como extranjera, así como los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema, que han dotado del sentido comunicativo significativo al verbo rector solicitar en el marco del delito de cohecho pasivo específico.

B. La afectación al derecho constitucional de presunción de inocencia, al no adoptar el Colegiado los parámetros de objetividad y

razonabilidad y a las reglas de la sana crítica en la valoración de la actuación probatoria. Afectación al derecho y deber constitucional de motivación de resoluciones.

6. En los Considerando 7.3 y 7.4, el Colegiado, al referirse a la valoración de la prueba y determinación de los hechos incriminados, fijó los siguientes parámetros:

   (i) "(...) en el caso en concreto procederemos conforme a los establecido en el artículo 158.3 del Código Procesal Penal, respetando las reglas de la sana crítica, especialmente de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y procederemos con conocimientos científicos;

   (ii) (...) el juez penal (...) puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado a través de la prueba indirecta (...) para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia (...) y se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales;

   (iii) En ese sentido lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado; el hecho consecuencia (...) y lo que se trata de probar (delito) y entre ellos el enlace o razonamiento delictivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos;

   (iv) En este sentido la doctrina procesal penal aconseja que el razonamiento probatorio indirecto exige que la conclusión sea adecuada, esto que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento

científico (...) exigiendo además, que se haya explicitado que la regla de la lógica, máxima de la experiencia o que conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, porqué se ha escogido uno de ellos.

7. El colegiado, en el presente caso, no solo no ha tomado en cuenta ninguna de las previsiones legales para valorar prueba con base a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos sino que ha ido en contra de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
8. Lo que **distingue en el fondo y en esencia** el modelo acusatorio de valoración, de medio de prueba (conforme a reglas de sana crítica), actuados en juicios, del modelo inquisitivo (criterio de conciencia), es justamente que el juez no construya relatos o sustente sus apreciaciones valorativas de prueba (directa o indirecta) en presunciones o en creencias cómo se sucedieron los hecho, sino que llegue a conclusiones fundadas en criterios de razonabilidad, objetivos y fuerza probatoria, obtenidos con la aplicación de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y conocimientos científicos, que no solo con un derecho de justiciables sino un deber del juez utilizarlos para valorar prueba.
9. Cuando el Colegiado ha valorado la prueba testimonial de cargo actuada en audiencia ha desestimado considerar que el abogado Vargas Polo era quien le ha dijo a Laureano Ramos que había que reconocer los servicios del juez con la entrega de 8,000.00 dólares, que de forma insistente dicho abogado refería la entrega de dinero condicionado a la dación de la resolución judicial de lanzamiento. El colegiado ha omitido en su actuación valorativa, de este medio de prueba, considerar las motivaciones subjetivas de malestar y resentimiento del abogado Vargas Polo, que se desprenden de las actas presentadas como prueba de cargo, al no obtener dicho abogado la efectivización del lanzamiento judicial de parte del juez acusado (valoración conjunta de la declaración testimonial y de las actas de transcripción, que no ha sido practicada por el Colegiado,

incurriendo en unilateralidad y falta de objetividad de la estimación y valoración de prueba en este punto).

10. En cambio, el Colegiado ha tomado dichos del abogado Vargas Polo (de haber sido objeto de solicitud de donativo) como verdad fundada en hechos. Hechos no acreditados, existente solo en la presunción a la que ha llegado el colegiado, no apoyado en indicio alguno al respecto. En cambio el colegiado no ha tomado en cuenta, hitos de tanta importancia tales como que: (i) no existe dato subsecuente a la pretendida solicitud que evidencie que el juez acusado llamaba por teléfono o mediante terceras personas requería al abogado Vargas para la entrega de dinero; (iii) no existe dato periférico que evidencia que el juez acusado citó a los denunciantes para entablar reuniones, tampoco que haya mostrado interés en reunirse con dichas personas. El colegiado ha desestimado tomar en cuenta que todo testimonio debe ser evaluado conforme a reglas de sana crítica, máxime si dicho testimonio toma como fuente de prueba la parte denunciante.

11. Cuando el colegiado ha valorado los datos que ha su criterio constituyen indicios subsecuentes de consumación delictiva para construir su prueba indiciaria (secuencia y contenido de las resoluciones por mi dictadas, diálogos sostenidos con los denunciantes, y la frases "no es eso") no ha cumplido con señalar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y conocimiento científicos, le han permitido —en el marco de razonabilidad implicante— determinar que yo he entablado tratativas consistentes en un requerimiento de dinero, a cambio de reprogramar la audiencia de lanzamiento de inmueble que se había adjudicado a Laureano Ramos. No existe ninguna inferencia, en tanto razonamiento lógico jurídico que sustente prueba indiciaria capaz de fundar acreditación de delito y culpabilidad.

12. El colegiado ha resuelto con base a la lectura de documentos y no ha dado valor (para estimarlo o desestimar) los argumento de la defensa sostenidos en la audiencia (fase de actuación probatoria y alegatos finales), violando así el principio del contradictorio y la

oralidad, en tanto bases de la sentencia; es más ha creado su propia cadena de indicios subsecuentes, que difieren de los señalados por el Ministerio Público, para acreditar tratativas consistentes en un requerimiento de dinero. Punto en el cual el colegiado se aleja de la tipicidad del delito de cohecho específico mediante solicitud, pues esta modalidad típica no se construye con tratativas, esto es, acuerdos ilegales entre agente corruptor y corrupto.

13. El colegiado, con base a su modelo de prueba indiciaria, ha llegado a la conclusión de que yo he generado expectativas de llevar a cabo la diligencia de lanzamiento al haber mantenido diversas reuniones con Vargas Polo Y Laureano Ramos. El indicio antecedente de yo haber mantenido reuniones con, los denunciantes, lleva una evidente carga judicial subjetiva, pues no hay nada que acredite que haya estado interesado en propiciar dichas reuniones generadas por el abogado Vargas Polo, como se ha acreditado en audiencia.

14. El colegiado no ha estimado que mis Resoluciones judiciales, en contenido y secuenciamiento se ajustan al ordenamiento jurídico que están fundadas en derecho y no han sido antecedidas ni preteridas de pedido ni entrega de donativo. Cuando el colegiado valora los dichos del abogado Vargas Polo de entregarme dinero (4000 dólares) a la emisión de la resolución de lanzamiento, no toma en cuenta que para la fecha en que yo emito resolución que reprograma el lanzamiento (8 de julio, esto es 4 días después de dicho ofrecimiento), ni yo pido la entrega del dinero, ni dicho abogado se acerca a entregármelo o a dar explicaciones de la no entrega. El colegiado superior de Lima, que ha emitido sentencia, no ha valorado prueba con las máximas de experiencia y ha utilizado criterios subjetivos para dar acreditado un inexistente delito de corrupción. En efectos, si yo condiciono mi comportamiento funcional (reprogramar la fecha de lanzamiento) a la entrega de un donativo (4000 dólares), las máximas de experiencia deberían explicar que yo debería estar interesado en obtener dicho dinero, que llamaría insistentemente al abogado **Vargas Polo** para que cumpla con su ofrecimiento. Al respecto el colegiado no le concedido mérito de

descargo a este contraindicio subsecuente, que hubiera bastado para que dicho Colegiado dude de la verosimilitud de la imputación, no obstante el colegiado apartándose de la objetividad que debe reunir su trabajo de valoración de prueba, ni siquiera menciona este dato de gran importancia implicante.

15. La lectura de los criterio con los que el Colegiado valora prueba de indicios en mi contra permiten —con bastante claridad— llegar a la conclusión que no se utilizó en forma consistente ningún principio lógico (lógico formal): identidad, no contradicción, coherencia, tercio excluido, razón suficiente para valorar en su conjunto los pretendidos indicios (antecedentes y subsecuentes aportados por el colegiado), ni existe máxima alguna de experiencia puesta en juego por los magistrados para evaluar los indicios y contraindicios (interés de los denunciantes en acudir a mi despacho, reuniones a solicitud de dichas personas, ausencia de datos periféricos que denoten preparación de la recepción del dinero, ausencia de número telefónicos míos en poder de los denunciantes, no señalamiento de mi parte de persona alguna que pudiera recepcionar los 4000 dólares al momento de la reprogramación, etc).

16. El colegiado no ha podido articular la prueba indiciaria, válida para acreditar delito y culpabilidad. Es decir no ha cumplido con llevar a cabo el rango de inferencias, bajo parámetros lógicos y de máximas de experiencia, que planteó efectuar en el item 7.4 de la sentencia y que le debieron permitir (en la lógica del Ministerio Público) concluir tomando en cuenta indicios antecedentes y subsecuentes por la acreditación del cohecho pasivo específico mediante solicitud y posibilitar el juicio de culpabilidad.

17. El colegiado no ha dotado de contenido real a los elementos de tipicidad objetiva del delito de cohecho pasivo mediante solicitud. Sus conclusiones indiciarias no pueden ingresar en la definición que ha dado del verbo rector "solicitar". No ha explicado cómo se ha manifestado mi comportamiento doloso, no hay indicio alguno que oriente la interpretación para dar por constituido comportamiento doloso, a no ser la creencia en los dichos del abogado Vargas Polo.

Las inferencias derivadas de los indicios traen aparejadas necesariamente la concurrencia de actitud dolosa, cuestión que no ha sido evidenciado.

18. En suma, el derecho fundamental de presunción de inocencia que me asiste no ha podido ser razonablemente desvanecido con la sentencia. No existen estándares probatorios más allá de la duda razonable, que sustenten un juicio de culpabilidad en mi contra. La valoración probatoria y la condena solo se explica en la inidoneidad de los magistrados superiores para evaluar medios de prueba con base a las reglas de la sana crítica, y en su falta de formación jurídica dogmática para internalizar en condiciones de suficiencia dogmática los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva del delito, o en un evidente desdén de dichos jueces para entender que estamos en el marco de un nuevo modelo procesal que privilegia la oralidad, el contradictorio, que la verdad no puede surgir de la lectura de documentos sino de lo actuado y probado en el acto oral de la audiencia de juzgamiento. En este punto, el colegiado no ha merituado los argumentos postulativos de valoración probatoria de mi defensa ni las razones jurídico dogmáticas detalladamente expuestas en el informe oral de mi abogado defensor. Lo que nos lleva a concluir que el Colegiado ha desnaturaliza el sistema de valoración de prueba conforme a la reglas de la sana crítica que establecen los artículos 158 y 393 (disposición imperativa, que supones un deber para los jueces de juzgamiento) y en cambio ha puesto en práctica criterio subjetivos de criterio de conciencia, inaplicables en un proceso penal acusatorio garantista.

19. Los defectos sustantivos y formales de la sentencia ponen en evidencia la existencia de una motivación de condena conforme derecho y a los estándares internacionales de justicia penal que nuestra Constitución recoge. El Colegiado no ha tomado en cuenta en este punto que la Fiscalía en su Acusación (documento vinculante en cuanto a los extremos de la imputación), ha considerado jurídico dogmáticamente que el verbo rector solicitud, es "una actitud directa y provocadora del Magistrado". Estándar sustantivo que define

en rigor la gravedad del delito de cohecho pasivo específico (art. 395 del C.P), que ha sido sustituido en el debate oral por imputaciones de avenimiento o aquiescencia a la entrega de donativo, conforme a la estimación efectuada por el Órgano de Control de la Magistratura. En este punto existe una evidente incongruencia entre lo sostenido por el Ministerio Público en su acusación y lo resuelto por el Colegiado superior, sin que exista argumentación válida alguna que explique esta fractura de logicidad sustantiva.

20. En suma, la sentencia objeto de impugnación ha desconocido el deber de motivación de resoluciones, ya que en el decurso de sus consideraciones no ha construido matriz alguna de razones que expliquen suficiente y adecuadamente, esto es más allá de toda duda razonable, por qué el supuesto fáctico acusado por el Ministerio Público configura delito de Cohecho Pasivo Específico mediante solicitud y porqué el mismo hace derivar reproche de culpabilidad en mi contra. La sentencia, objeto de impugnación, en vía de apelación, ha quebrantado los principios rectores sustantivos de: (i) legalidad determinación, (ii) tipicidad, (iii) imputación necesaria y (iv) culpabilidad; Dicha sentencia ha violentado la construcción jurídica procesal de la prueba indiciaria al castigar con base a presunciones; ha desnaturalizado y desconocido el deber judicial de valorar medios de prueba con base a las reglas de la sana crítica y lo ha sustituido por inconstitucionales y deleznables criterios subjetivos de conciencia.

POR TANTO

Señorita Juez, solicito se sirva Usted tener por interpuesto el presente recurso de apelación, lo eleve junto al expediente principal al superior jerárquico de donde espero obtener la revocatoria de dicha resolución y mi respectiva absolución.

Lima, 24 de abril del 2012

3. Sentencia condenatoria de la Sala Penal Especial de Lima

SALA PENAL ESPECIAL

EXPEDIENTE: 00005-2012-0-1826-SP-PE-01
JUECES: Castañeda Otsu/ Maita Dorregaray/ Lozada Rivera
ESPECIALISTA: Infantes Herrera, Ursula Giannina
MINISTERIO PÚBLICO: Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
IMPUTADO: ---
DELITO: Cohecho Pasivo Específico
AGRAVIADO: El Estado

SENTENCIA

Resolución N.° 06

Lima, diecisiete de abril de dos mil trece.-

VISTOS Y OÍDOS; en Audiencia Pública de Juicio Oral; los actuados realizados, contra -- como autor, del delito contra la Administración pública —delitos cometidos por funcionarios públicos— en la modalidad de Cohecho pasivo específico en agravio del Estado.

PARTE EXPOSITIVA

I. ANTECEDENTES

1.1. Se realizó la audiencia de control de la acusación en dos sesiones de fechas 09 y 22 de enero de 2012, por el señor juez del juzgado Superior de Investigación Preparatoria de Lima, emitiendo el correspondiente Auto de Enjuiciamiento, en el cual constan los medios de prueba admitidos, disponiéndose la elevación del cuaderno de etapa intermedia a la Sala Penal Especial.

1.2. Acto seguido esta Judicatura, integrada por los señores Jueces Superiores Susana Ynes Castañeda Otsu, Presidenta, Sara del Pilar

Maita Dorregaray y Robinson Ezequiel Lozada Rivera, Director de Debates, conforme el numeral 4 del artículo 454 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), por tratarse de un proceso por delito de función atribuido a un juez de primera instancia; y la conformación ha sido establecida mediante

Resolución Administrativa N.º 059-2011-P-CSJLI/PJ, modificada por Resolución Administrativa N.º 135-2013-P-CSJLI/PJ2; con el expediente judicial procede a emitir el auto de citación de juicio de fecha 13 de febrero del año dos mil trece, procediéndose a la instalación e iniciación del juicio oral el día 13 de marzo de 2013, llevándose a cabo cuatro sesiones, concluyendo los debates orales el 05 de abril del año en curso.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

2.1. REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dra. Delia Milagros Espinoza Valenzuela; fiscal superior Titular de la Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; domicilio procesal en jirón Lampa 597- Lima; teléfono fijo N.º 2085555; teléfono celular N.º 996154434 y correo electrónico: dmespinoza@mpfn.gob.pe.

2.2. ACTOR CIVIL: Dra. Ana Huapaya García Montearos; registro N.º 1339; de Colegio de Abogados de Lima; domicilio procesal en Av. 28 de julio N.º 215- Miraflores, con teléfono fijo y/o celular 243-2929 y 989-057735 y correo electrónico afi304@hotmail.com.

2.3. DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO: Dr. Fidel Rojas Vargas; registro de Colegio de Abogados de Lima 22869; domicilio procesal en Av. Arenales 985-801; teléfono celular 999-173332 y correo electrónico peruabogado2012@hotmail.com.

2.4. ACUSADO: ---identificado con Documento Nacional de Identidad N.º, nacido el 17 de julio de 1966; natural del distrito de Lima, Provincia y Departamento de Lima; nombre de sus padres:---; con grado de instrucción superior; estatura: ---; ingreso Mensual: S/. 2,500.00 nuevos soles; domicilio real: ---; teléfono Fijo:--- y celular: ---; y con domicilio procesal en la casilla N.º 13343 de la

Corte Superior de Justicia de Lima; correo electrónico: enjollon@hotmail.com y peruabogado2012@hotmail.com.

II. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

Proceso Penal Especial, contra --- como presunto autor del delito contra la Administración pública - delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Cohecho pasivo específico en agravio del Estado. El acusado tiene la condición de ser procesado en condición de libre para el presente proceso.

PARTE DESCRIPTIVA

I. PRETENSION DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Imputación Penal: La representante del Ministerio Público en su Acusación Penal y en sus alegatos de apertura y clausura señala, que el acusado --- en su condición de juez suplente del --- Juzgado Penal de Lima solicitó la suma de $ 8,000.00 mil dólares americanos para reprogramar el lanzamiento de ejecución de un inmueble a favor del agraviado Juan Landauro Ramos duramente el mes de julio del año 2008, a través de sendas conversaciones con dicho agraviado y su abogado defensor, dos de ellas el 04 y 31 de julio del mismo año cuando había emitido una resolución —basándose en una resolución de Acción de Amparo— para efectos de suspender dicho lanzamiento. Hechos que configuran el delito de Cohecho pasivo especifico lo cual se va a acreditar con las testimoniales respectivas y la trascripción de los audios y videos.

Calificación Jurídico Penal: Hechos que se encuentran tipificados en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal.

Pretensión Penal: El Ministerio Público solicita se imponga al acusado la pena de quince años de privación de libertad, así como una pena de Inhabilitación por el mismo tiempo y setecientos días-multa.

II. PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL:

El actor civil representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción, en sus alegatos de apertura como de clausura, pe-

ticiona como pago de reparación civil la suma ascendente a S/ 50,000.00 Nuevos Soles; señala que la reparación civil es consecuencia del daño causado a la parte agraviada. Que el acusado al detentar el cargo de Juez Suplente ha atentado contra bienes jurídicos abstractos (imparcialidad, probidad y objetividad) cuyo comportamiento ha afectado el normal desenvolvimiento de la Administración pública.

III. PRETENSIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO:

Teoría del caso de la defensa: señala que no hay hecho típico porque el verbo rector solicitar no se condice con ninguno de los actos que imputa la Fiscalía a su patrocinado por el delito de cohecho pasivo especifico; el tipo penal mencionado no está construido para un juez, fiscal, sino para un colectivo de jueces y fiscales lo cual probará en su momento; precisa que los medios de prueba de la Fiscalía no se orientan a probar el verbo rector solicitar sino que son medios de prueba sobre actos de procedimiento de la OCMA. Precisa que la prueba indiciada presentada por la Fiscalía carece de logicidad y coherencia.

Por último señala que la pena solicitada no se fundamenta en criterios de culpabilidad: pidió 15 años de pena privativa de la libertad (porque no lo ha demostrado sino que ha ido a temas de tipicidad).

IV. NO ACEPTACIÓN DEL CARGO IMPUTADO:

Luego de ser informado el acusado, sobre los derechos que la ley procesal le reconoce durante el desarrollo del juicio, sobretodo el del mantenimiento de su presunción de su inocencia durante el mismo, salvo que se demuestre lo contrario, ante la pregunta del Colegiado sobre la admisión o no de los cargos expuestos por el Ministerio Público, por el delito de Cohecho pasivo específico, además de ser responsable de la reparación civil, señaló no admitir los cargos penales; por lo que el Juicio prosiguió conforme a los lineamientos del debate contradictorio con la actuación de medios probatorios, quedando expedita la causa para la emisión de sentencia.

V. PARTE CONSIDERATIVA

5.1. Calificación legal: La representante del Ministerio Público calificó los hechos imputados al acusado como delito contra la Administración pública, en la modalidad de Corrupción de Funcionarios - Cohecho pasivo específico, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal, el mismo que dice:

"Artículo 395.- Cohecho pasivo específico

(...) El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa".

5.2. **ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO**:

Para la configuración del delito de Cohecho pasivo específico se requiere la concurrencia de los siguientes elementos configurativos:

5.2.1. Sujeto activo del delito: necesariamente debe ser una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público y además debe tener la condición de Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo.

5.2.2. Verbo rector y medio corruptor: solicitar directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; constituyéndose de esta forma un delito de mera actividad. La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar, por parte del agente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento. El delito se configura independientemente de que lo solicitado o requerido

no se haga realidad o, pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo solicitado o procurado, no resuelve el asunto de acuerdo con lo que se comprometió al solicitar la dádiva o coima.

Respecto al referido verbo rector, es requisito *sine qua non* que el funcionario realice una conducta consistente en solicitar, lo que significa, de conformidad con la última edición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española "pretender, pedir o buscar algo con diligencia, cuidado" (1ra acepción) "pedir algo de manera respetuosa o rellenando una solicitud o instancia (4ta acepción), no siendo necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje

5.2.3. Objeto corruptor: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

Donativo: que es el objeto corruptor en el caso que nos ocupa. Consiste en la dádiva, la calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete.

5.2.4. Bien jurídico protegido: es el correcto y normal funcionamiento de la Administración pública y en específico proteger los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la Administración pública a la que están obligados los funcionarios y servidores públicos.

5.2.5. Elemento subjetivo: Se requiere que actúe con "dolo" el agente del delito, puesto que el sujeto es consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello; y el "a sabiendas", puesto que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores, y, pese a ello solicita o recibe.

5.2.6. Sujeto pasivo del delito: El Estado

5.2.7. El supuesto se configura cuando el agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; se perfecciona o consuma con el simple hecho de solicitar, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.

VI. ACTUACIÓN PROBATORIA:

Durante el desarrollo del Juicio Oral fueron actuados los siguientes medios probatorios:

6.1. Examen del acusado ---

Refiere no conocer al señor Juan Landauro Ramos y al abogado Juan Pablo Vargas Polo, que en su condición de Juez Provisional atendía en su despacho a los litigantes de lunes a viernes de 08:00 a 09:00 am; que con fecha 09 de junio de 2008 tomó conocimiento del caso de lanzamiento en ejecución de un inmueble emitiendo al día siguiente la resolución que reprograma la diligencia para las 02:00 am, ello en atención a que había sido designado para alternar el Trigésimo Tercer Juzgado y la diligencia había sido programada por la juez Gómez Marchisio para las ll:00 am; mediante resolución de fecha 30 de junio de 2008 suspendió la misma por la emisión de una resolución de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que ordenaba que se suspenda todo acto de lanzamiento de la propiedad; con fechas 04 y 31 de julio del mismo año atendió al abogado denunciante y su patrocinado, no habiéndolos convocado; que nunca ha señalado que el inmueble ha sido costoso ni recibió el donativo de $ 8,000.00 dólares del denunciante y su abogado defensor.

6.2. Testimonial de Juan Pablo Vargas Polo

Al ser examinado ha señalado conocer al acuado (juez provisional del... Juzgado Penal); cuando acudió a entrevistarse con el juez que remplazaba a la doctora Gómez Marchisio para ver la programa-

ción de la diligencia de lanzamiento del inmueble adjudicado a su patrocinado Landauro Ramos en el 2006 en el Expediente 3031, pidiéndole ocho mil dólares para agilizar el proceso y hacer el lanzamiento, para lo cual en un cuarto de hoja de papel bond blanco colocó el monto y al costado el signo de dólares. Luego informó lo solicitado a su patrocinado, los primeros días de julio acuden a denunciarlo en OCMA, posterior a ello, se entrevistaron con el Juez en varias ocasiones en su despacho, sin restricción alguna e incluso fuera del horario judicial. Que la diligencia de lanzamiento había sido postergada (por el acusado) hasta en tres o cuatro ocasiones, siendo la última bajo el argumento de la presentación de escritos de personas que no eran parte en el proceso, y que Pacheco Nateros presentó copias fotostáticas de la resolución de la Séptima Sala Civil en la cual declaraban procedente una medida cautelar por la interposición de la acción de amparo contra el 35 Juzgado Penal. En virtud a dicha denuncia se montó un operativo, comisionando a un servidor, quien le colocó la filmadora y la grabadora, durante las filmaciones se le reitera al Juez que no tenga desconfianza, que le van a dar los 4 mil dólares al momento de emitirse la resolución, programando la diligencia de lanzamiento y el restante cuando se lleve a cabo la diligencia; precisa que no se hizo entrega del dinero porque la OCMA no tenía el mencionado monto y que el procesado se comunicaba con un asistente o ex asistente del juzgado de nombre Walter Acevedo. Todas las entrevistas fueron en el local del juzgado.

6.3. Careo entre el testigo Juan Pablo Vargas Polo y el acusado a solicitud de la señorita Fiscal respecto a los siguientes puntos controvertidos: Primero.- respecto a si hubo solicitud de dinero; y segundo respecto a las veces que fue el testigo al despacho del acusado. Se realizó el careo entre el testigo concurrente y el procesado respecto al primer punto controvertido. Ambos se ratifican en sus afirmaciones.

Acto seguido se realizó el careo respecto al segundo punto controvertido relativo a lo sostenido por el testigo afirmando haber concurrido en varias oportunidades al despacho del imputado,

mientras que esta señala que han sido muy pocas esas oportunidades. Ambos se ratifican en sus afirmaciones.

6.4. Testimonial de Juan Landauro Ramos. Al ser examinado señala conocer al acusado, a quien le pidió el favor que se cumpliera con la diligencia de lanzamiento, porque ya habían pasado varios meses desde que se adjudicó el remate. Al principio fue solo su abogado Vargas Polo, pero al haberle dicho que había que compensar los servicios del Juez con 8 mil dólares, fue a conversar con el Juez junto con su abogado comprobando que era cierto, porque Vargas Polo le dijo que no se preocupe de los $ 8 mil dólares proponiéndole dar cuatro mil dólares en la emisión de la resolución y los otros cuatro mil dólares con la entrega efectiva de! inmueble. Afirma la normalidad del Juez de no decir nada ante el planteamiento del pago del dinero, indicando finalmente que el Juez expresaba su conformidad respecto al planteamiento con señas y que hubo un diálogo sobre el pago del dinero por la reprogramación de la diligencia de lanzamiento.

Oralización de la prueba documental

6.5. Copia simple de la Resolución emitida en el Proceso Administrativo N.º 308-2008 de fecha 6 de agosto de 2008 (fs. 47-55 del expediente judicial) suscrita por la Jefa de la Oficina de Control de la Magistratura, señora Elcira Vásquez Cortez y el Gerente Documentario de la OCMA, Sr. Emilio Almóguer Martínez.

Leída parcialmente la instrumental de la referencia, la señora representante del Ministerio Público señala que con el documento leído se verifica el hecho de cómo se produjo la solicitud y más aún el hecho de avenirse y asentir en cuanto a los comentarios de la entrega fraccionada del dinero primigeniamente solicitado. El abogado defensor del acusado solicita que se tenga en cuenta que lo que la OCMA enfatiza, en sus conclusiones, es que el acusado habría manifestado expresiones inequívocas de avenirse a la entrega de una suma de dinero, y que eso no es lo que el tipo penal imputado exige en cuanto a la solicitud. Refiere también que la Fiscal enfatiza al igual que OCMA la expresión 'asentir'.

6.6. Copia certificada de la Resolución del 35° Juzgado Penal, Exp. N.º 3130-00, de fecha 10 de junio del 2008, (fs. 56-58 del expediente judicial), suscrita por el doctor ---, Juez del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y Miguel Alfredo Ortiz Bajonero, secretario judicial del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima. La señora fiscal solicitó hacer comentario conjunto luego de leída la siguiente instrumental.

6.7. Copia certificada de la Resolución de fecha 8 de julio del 2008, Exp. 3130-00 (fs. 59 del expediente judicial), suscrita por el investigado, juez del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y Miguel Alfredo Ortiz Bajonero, secretario judicial del ---° Juzgado Especializado en lo Penal de Lima. Indica que con ellas se acredita que no es cierto que el acusado recién haya tomado conocimiento del expediente relacionado con la diligencia de lanzamiento pendiente el día 9 de julio, sino que lo había hecho días anteriores.

6.8. Copia certificada de la Resolución de fecha 30 de julio del 2008, Exp. N.º 3130-00, (fs. 60-62 del expediente judicial), suscrita por el investigado, juez del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y Miguel Alfredo Ortiz Bajonero, secretario judicial del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, en la que el acusado resuelve dejar sin efecto la resolución de fecha ocho de Julio del dos mil ocho. La señora fiscal indica que se verifica la existencia de procesos relacionados con la diligencia de lanzamiento, aún en trámite y que no podían ser suspendidos. Por su parte la defensa del acusado menciona que las resoluciones hablan por sí mismas y que el ahora acusado no podía ordenar la diligencia de lanzamiento si no se había esclarecido bien en la vía civil la situación de la propiedad.

6.9. Copias certificadas de las tres transcripciones de audio y video que fueron ordenados por la OCMA: Trascripción del audio N.º 01, de fecha 4 de julio del 2008, hora: 11.38'02" am; trascripción del audio N.º 02, de fecha 4 de julio del 2008, hora 16.26'01" pm; trascripción del audio N.º 3, de fecha 31 de julio del 2008, hora no precisada. La señora Fiscal señala que en las transcripciones se mencionan frases que aluden al asentir del acusado y no generan

ninguna actitud de rechazo, extrañeza, o incomodidad respecto al irregular pago de dinero. El abogado de la defensa menciona que se verifica que la persona que introduce el diálogo sobre el pedido de dinero es el abogado Vargas Polo, esto es, que hubo una actitud proactiva de su parte.

6.10. Copia certificada del Acta de Diligencia de Audio y Visualización de los Discos Compactos, actuada durante la investigación administrativa en la OCMA, del día 15 de diciembre del 2008, a horas 11:10 am, suscrita por la Magistrada de Primera Instancia de la Oficina de Control de la Magistratura, doctora Karina Justina Holgado Noa, Juan Landauro Ramos acompañado de su abogado Juan Vargas Polo, el investigado ---, asistido por su abogado defensor Llontop Quesquén. La señora fiscal indica que la actuación de OCMA, como se puede apreciar estuvo revestida de todas las garantías constitucionales, participando en la diligencia el investigado con su abogado. La señora Procuradora indica que estos, audios acreditan que hubo una solicitud por parte del acusado. Mientras que el señor abogado de la defensa indicó que solicitud no puede entenderse como aquiescencia, toda vez que el Derecho Penal se basa en principios como el de *última ratio*, y que no todas las actas relacionadas con las transcripciones fueron realizadas en presencia de abogado defensor; no apreciándose en ninguna parte muestra de solicitud alguna de dinero.

6.11. Copia certificada de la Resolución N.º 26 de fecha 6 de agosto del 2010, (fs. 64-112 del expediente judicial), emitida en la Investigación N.º 308-2008-LIMA realizada por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. La señora fiscal indica que lo leído, entre otros puntos denota la confianza en la conversación entre el acusado y el abogado Vargas Polo, mientras que la defensa señala que quien coloca la familiaridad es el abogado Vargas Polo.

6.12. Informe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima N.º 11-2011-C.I. LIMA, de fecha 15 de noviembre de 2011, (fs. 116-121 del expediente judicial).

6.13. Copia certificada de la Disposición de la Fiscalía de la Nación de fecha 26 de setiembre del 2012, Caso N.º 667-20008-Lima, (fs. 122-124 del expediente judicial). La señora Fiscal efectúa comentario conjunto con la pieza anterior, indica que el Ministerio Público se ha pronunciado luego del análisis de los documentos proporcionados por la OCMA, en el sentido de haberse determinado la responsabilidad administrativa del investigado, por lo que solicita su destitución, mientras que en el segundo de los documentos además de analizar las investigaciones del órgano contralor decide promover la acción penal. La defensa indica que la Fiscalía reproduce los fundamentos de OCMA en su investigación administrativa, no agregando nada a lo que dicha órgano determinó sobre el particular al considerar que se trató de una infracción administrativa.

VII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS INCRIMINADOS

7.1. Conforme a lo preceptuado por el artículo 159 de la Constitución Política del Estado, concordante con el Artículo 14 del Decreto legislativo número 052, el Ministerio Público es el Titular de la acción penal pública y sobre él recae la carga de la prueba en las acciones penales que ejercite.

7.2. Asimismo es preciso señalar que el derecho fundamental a la presunción de inocencia preceptuado en artículo 2°, inciso 24, literal e), de la referida Carta Fundamental garantiza que "Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal y es precisamente mediante la sentencia firme, que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable, el Juez ordinario debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

7.3. La valoración de la prueba, es un trabajo intelectual que realiza el Juez con la finalidad de otorgar, o establecer determinado valor a los elementos de prueba que fueron actuados en el juicio oral; en el caso en concreto procederemos conforme a lo establecido en el artículo 158.3 del Código Procesal Penal, respetando las reglas de la sana critica, especialmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y procederemos con los conocimientos científicos; por lo que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios actuados lícitamente sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado. Es preciso anotar que la valoración de la prueba, puede ser positiva o negativa, la que debe estar debidamente motivada; dicho esto, se procederá a efectuar un análisis al respecto de los medios probatorios actuados en el juicio.

7.4. Si bien es cierto que el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta o prueba indiciaría o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial. Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139 inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciarlo, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos,

el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

En este sentido, la doctrina procesal penal aconseja que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia, exigiendo además, que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Sobre estos mismos extremos la Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22 ha dejado claramente establecidos los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaría, destacando los alcances de la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente R.N. N.º 1912- 2005 lo siguiente: "Que, respecto al indicio, (a) esta —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí— (...) que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo".

7.5. De la actividad probatoria practicada en Juicio, se verifica que el mayor énfasis de los sujetos procesales se ubica en determinar la existencia o no existencia de elementos de convicción respecto a acreditar la "solicitud de donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio" en los hechos imputados, esto es, como conducta del acusado a fin de infringir sus deberes especiales. Así, durante el Juicio, el Ministerio Público ha sostenido una serie de aspectos como fundamentos de la construcción de prueba indiciaría, partiendo de lo manifestado por los testigos, mientras que el imputado ha negado la solicitud del dinero materia de la acusación, habiéndose actuado la totalidad de los medios probatorios admitidos con los detalles e incidencias que se han descrito, por lo que se procede a su análisis en el marco de los cargos materia de imputación.

7.6. Que, en este orden de ideas podemos afirmar que en autos ha quedado debidamente establecido que en la fecha de comisión del evento, el acusado se desempeñaba como juez suplente del --- Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, y en dicha condición, tuvo a su cargo el expediente penal Número 3130-2000 seguido contra Víctor Almeida Silva por el delito contra el patrimonio en la modalidad de defraudación en agravio de Amparo Rojas Punca, en la que la citada judicatura condenó al referido Almeida Silva a tres años de pena privativa de la libertad y una reparación civil de tres mil nuevos soles, y que en vía de ejecución de la reparación civil fue rematado el inmueble del sentenciado ubicado en el Jirón Mesa Redonda, Plazuela del General Derecha del Jirón Andahuaylas número mil sesenta Cercado de Lima, el mismo que fuera adjudicado a Juan Landauro Ramos, habiendo el acusado en referencia expedido con fecha diez de junio del año dos mil ocho- la resolución que resuelve dejar sin efecto la resolución de fecha veintidós de mayo del mismo año que habilitaba día y hora para la diligencia de lanzamiento y la resolución que reprogramaba la hora de realización de dicha diligencia, disponiendo además que el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima remita copia certificada de la sentencia de fecha treinta de mayo de dicho año, recaída en el

Expediente número 52508-1997, señalando entre los fundamentos de la citada resolución que la determinación adoptada obedece a una petición formulada por Evert Misael Pacheco Nateros, a favor de quien la citada judicatura civil habría expedido sentencia reconociéndole el mejor derecho de propiedad de la persona que por tracto sucesivo habría efectuado la venta su favor, resolución judicial cuya autoría ha sido reconocida por el acusado a lo largo de la investigación en todas sus etapas.

7.7. Asimismo, en autos ha quedado debidamente establecido que el acusado expidió —con fecha ocho de Julio del año dos mil ocho— la resolución que dispone reprogramar la diligencia de lanzamiento suspendida para llevarse a cabo el día primero de agosto del año dos mil ocho a horas dos de la madrugada, precisando como fundamentos de su decisión que, de la copia de la sentencia remitida por el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil expedida en el expediente 52508-1997 se advierte que dicha decisión jurisdiccional aún no había quedado consentida y que resulta irrelevante por no constituir cosa juzgada.

7.8. Del mismo modo, ha quedado debidamente establecido que el citado acusado —con fecha treinta de julio del año dos mil ocho— expidió la resolución que dispone dejar sin efecto la resolución de fecha ocho de julio del año dos mil ocho que habilitaba día y hora para llevarse a cabo la diligencia de lanzamiento, en el inmueble materia de proceso penal, fundamentando su decisión en los diversos escritos presentados por Evert Misael Pacheco Nateros en las que ha indicado ser el propietario del bien ubicado en el Jirón Mesa Redonda, Plazuela del General, Derecha del Jirón Andahuaylas número mil sesenta del Cercado de Lima, inscrito en la partida número cuarenta y nueve cero tres ochenta y cinco setenta y tres (antes ficha diecisiete treinta y uno setecientos) del registro de Propiedad Inmueble de Lima, la que se encuentra relacionada con la Partida inscrita en la ficha once sesenta y tres seiscientos diecisiete del Registro de Propiedad Inmueble de Lima entre los que existe superposición con el inmueble de propiedad de Evert Misael Pacheco

Nateros en un área de trescientos sesenta y ocho metros cuadrados, y que por sentencia expedida por el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima —en los seguidos por Rómulo Alberto Fernández Pita contra Víctor Alfonso Almeida Silva— se establece que el inmueble del actor y del demandado no son inmuebles distintos, reconociendo que el mejor derecho a la propiedad o la declaración de propietario correspondería a Rómulo Alberto Fernández Pita, y que teniéndose en cuenta las diversas transferencias sucesivas de dicho inmueble, el mismo habría llegado a ser adquirido por el recurrente Evert Misael Pacheco Nateros, por lo que se estaría reconociendo mejor derecho a la propiedad de un tercero distinto del sentenciado Víctor Alfonso Almeida Silva, condenado por el delito de estelionato; igualmente, el acusado sustenta su decisión en los recaudos anexados a la petición, consistente en la Ejecutoria Suprema recaída en el proceso de Amparo número cuatrocientos sesenta dos mil ocho de fecha once de junio del año dos mil ocho expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, incoado por el referido Ever Misael Pacheco Nateros, contra la juez titular del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, contra la resolución de fecha dieciséis de abril del año dos mil siete que declaraba infundada la oposición interpuesta por la referida persona contra el mandato de lanzamiento, disponiendo el Supremo Tribunal se admita la demanda interpuesta.

7.9. Con las instrumentales de fojas 64 a 112 consistente en la resolución número veintiséis de fecha seis de Agosto del año dos mil diez, expedida por la jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura, directamente relacionadas con las actas de transcripción de audios de fojas 125 a 137 oralizadas y sometidas al contradictorio en el estadio procesal correspondiente, ha quedado debidamente acreditado que el acusado ha mantenido conversaciones con los testigos Juan Pablo **Vargas Polo** y Juan Landauro Ramos en horas de la mañana y tarde del día cuatro de Julio del año dos mil ocho y el día treinta y uno de Julio del mismo año, destacándose en el

primero de los audios transcritos que el testigo **Vargas Polo**, en la conversación señala "... vamos a confiar recíprocamente, pero sabe que de los ocho mitad le damos pues con la resolución y la mitad en la ejecución ¿qué le parece?", recibiendo como respuesta por parte del acusado "no se preocupe en un par de días..." a lo que el mencionado testigo señala "bueno independientemente de ello preferimos ya aceptar, pero así pues doctor en esas condiciones mitad y mitad...", asimismo el referido testigo indica a su interlocutor "...a las cuatro venimos doctor, bueno pues; (...) si gusta le traemos una parte..." a lo que responde el acusado " no se preocupe, Primero...";
luego de estos diálogos, en la citada resolución se hace referencia a la transcripción del audio número dos de la misma fecha cuatro de Julio del año dos mil ocho a las dieciséis horas con veintiséis minutos, en el que podemos apreciar, entre otros extremos, que al testigo **Vargas Polo** le indica su interlocutor el acusado lo siguiente: "...ya le he dicho a Walter va a venir a las cuatro" por lo que el testigo le pregunta ¿porqué, qué pasaría va a hacer la resolución o ya está hecha la resolución", indicando el acusado "el tiene que hacer a resolución, dejar limpio y que no hay ningún tipo de problema, para que se señale la fecha", mientras que en otro pasaje de la conversación el testigo **Vargas Polo** le indica al acusado "nosotros queremos concretar a mí me da la impresión doctor que de parte suya hay desconfianza", respondiendo el acusado "no". Finalmente el testigo **Vargas Polo** indica a su interlocutor "ya doctor mitad mitad" a lo que el acusado responde "no hay ningún problema de todas maneras allí". En el tercero de los audios correspondientes al treinta y uno de Julio del año dos mil ocho, en la que el acusado explica al testigo las razones por las que ha dispuesto la suspensión de la diligencia de lanzamiento, indicando en un pasaje del diálogo "Pero ayer he recibido la llamada de Relator de la Sétima Sala que ya han admitido la demanda (...) pero la Corte Suprema es bien claro" a lo que el testigo le indica "La Corte Suprema doctor, doctor, doctor (...) lo que pasa es que usted ha tenido desconfianza", respondiendo el acusado "no es desconfianza", a lo que el testigo

le indica "claro pe doctor nosotros hemos accedido a pagarle el dinero que usted nos ha pedido", a lo que el acusado responde "no es eso (...) porque mire la Corte Suprema ha dictaminado sobre esto y dentro de eso no se puede desconocer su considerando, su resolución(...)".

En esta misma resolución —sometida al contradictorio— es de destacar que la Oficina de Control de la Magistratura deja constancia que el investigado no ha concurrido a las citaciones efectuadas por el órgano contralor y luego de ser declarado rebelde formuló sus descargos por escrito, observándose que, además de negar los cargos que se le imputan, hace referencia a la visualización de los videos en el que indica haberse reunido con el quejoso, y destaca "que el abogado del quejoso quien habló de cuatro mil dólares de adelanto y otros cuatro mil más al señalamiento, indicando que en ningún momento ha sido una conversación hilvanada con el investigado sino que ha sido inducida ex profesamente por el letrado en el contexto de una conversación que él efectuaba en su Despacho referente a la reprogramación del lanzamiento que solicitaba y aprovechando de un descuido de parte del investigado o la falta de atención a lo que decía por estar leyendo el expediente, ello con la única finalidad de darle sustento a su queja...".

7.10. Con el acta de audio y visualización de fs. 138 del expediente judicial que también ha sido sometida al contradictorio, se ha acreditado la forma y circunstancias en que el acusado mantuvo las conversaciones con los testigos Juan Pablo **Vargas Polo** y Juan Landauro Ramos, dejándose constancia que en la sostenida en horas de la mañana del día cuatro de Julio del dos mil ocho se hace alusión a la entrega de un monto al referir "que de los ocho mitad le damos pues con la resolución y mitad en la ejecución que le parece", ante lo cual el magistrado acusado no muestra actitud alguna de reprobación o rechazo de dicha propuesta, por el contrario sigue sosteniendo la conversación con el quejoso y su abogado, señalándose asimismo que luego de unos instantes el referido abogado manifiesta al acusado "preferimos aceptar"

refiriéndose a la suma de dinero, agregando "así pues doctor en esas condiciones mitad y mitad". Finalmente se hace referencia al audio de fecha treinta y uno de julio del año dos mil ocho, destacándose que en dichas escenas el acusado relata que ya se ha expedido la resolución que ordena suspender la diligencia de lanzamiento hasta las resultas del proceso de amparo, indicando el citado magistrado que ello es conforme lo ha indicado el asistente Alcalá. Indicando el abogado Vargas Polo "nosotros hemos accedido a pagar el dinero que usted ha pedido", aseveración ante la que el magistrado investigado manifiesta "no es cierto" dejándose constancia en cada una de las visualizaciones que el abogado defensor ha tachado las grabaciones al haberse obtenido en forma ilícita o espuria.

Evaluación de la Responsabilidad

7.11. Haciendo un análisis integral de los hechos en el marco de las pruebas actuadas en el Juicio Oral, podemos concluir que la expedición de la resolución de fecha diez de junio del año dos mil ocho expedida por el acusado era la primera decisión que sobre la diligencia de lanzamiento esta había emitido, sino que, conforme se puede advertir del considerando sexto de la citada resolución, ya existía una decisión jurisdiccional anterior a ella que reprogramaba la hora de la diligencia dispuesta por la jueza titular del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, para luego, un día antes de concretarse la misma, esta fue dejada sin efecto, entre otros argumentos, por no haber mediado el tiempo suficiente para garantizar el apoyo de la fuerza pública, siendo a partir de este momento, conforme se ha anotado y ha quedado debidamente establecido, el acusado mantiene reuniones con los testigos Vargas Polo y Landauro Ramos en el interior de su Despacho fuera del horario reglamentario, tratando el tema vinculado con la posesión física del inmueble adjudicado al último de los nombrados. Estos indicios antecedentes debidamente acreditados, nos permiten inferir que el acusado con su accionar generó la necesidad de acercamiento de los litigantes para la repro-

gramación de la diligencia de lanzamiento y posterior ejecución del inmueble *sub litis* que ellos venía persiguiendo, generando con ello las expectativas de ver concretadas sus pretensiones teniendo en cuenta el poder de decisión que ostentaba el acusado como titular del Juzgado y único responsable de la consecución de los fines esperados por dichas personas.

7.12. Conforme se ha anotado, luego de haberse dispuesto dejar sin efecto la programación y desarrollo de la diligencia de lanzamiento, señalada para el once de junio del año dos mil ocho, se ha llegado a establecer fehacientemente que entre el acusado y los testigos Vargas Polo y Ramos Landauro se han producido dos reuniones el día cuatro de julio del año dos mil ocho, siendo la primera de ellas en horas de la mañana en la que, conforme aparece de la transcripción de los soportes magnéticos y el texto de las resoluciones sometidas al debate, que se han proferido frases que guardan directa relación con un pago debidamente concertado, habiendo el testigo Vargas Polo, señalado entre otros aspectos "...bueno pues doctor vamos a confiar recíprocamente, pero sabe que de los ocho mitad le damos pues con la resolución y la mitad en la ejecución ¿qué le parece?", recibiendo como respuesta por parte del acusado "no se preocupe en un par de días..." a lo que el mencionado testigo señala "bueno independientemente de ello preferimos ya aceptar, pero así pues doctor en esas condiciones mitad y mitad (...) doctor, dígame si gusta le traemos una parte..." a lo que responde el acusado "no se preocupe, Primero...". La segunda reunión del mismo día fue desarrollada en horas de la tarde de la que se ha llegado a acreditar que la conversación, entre otros aspectos hizo referencia a que el testigo Vargas Polo indica a su interlocutor el acusado los siguiente: "nosotros queremos concretar a mime da la impresión doctor que de parte suya hay desconfianza", respondiendo el acusado "no", mientras que en otro pasaje de diálogo el testigo Vargas Polo indica al acusado "ya doctor mitad mitad" a lo que el acusado responde "no hay ningún problema de todas maneras allí".

Sobre estos extremos es preciso dejar expresa constancia que el acusado ha reconocido haberse reunido con sus interlocutores y que las frases que aparecen transcritas en las instrumentales anteriormente analizadas han sido sacadas de contexto, por cuanto las versiones atribuidas a su persona no guardan relación directa con las sostenidas por los denunciantes y que en ningún momento se ha acreditado que en dicho diálogo haya solicitado dinero alguno; sin embargo no ha desconocido ninguna de las frases vinculadas con los hechos materia de investigación.

7.13. En este contexto, conforme se ha destacado anteriormente existe prueba directa consistente en la declaración testimonial del abogado Juan Pablo Vargas Polo quien ha dado cuenta detallada de las reuniones que sostuvo con el acusado, señalando expresamente, que al apersonarse al Juzgado a indagar sobre los intereses de su patrocinado —en los primeros días del mes de junio— fue atendido por el procesado quien luego de explicarle las razones por las que suspendió la diligencia de lanzamiento le pidió $ 8,000 dólares para agilizar el procedimiento y hacer efectivo el lanzamiento, indicándole que le hacía esa petición porque el asunto era complicado y existían personas que se oponían a dicha diligencia, precisando el referido testigo que la forma en que se produjo la solicitud del dinero fue que el acusado tomó un papel del tamaño de un cuarto de hoja A-4 en blanco, escribiendo la cifra de 8,000 y poniendo el símbolo de dólares al costado, por lo que, coordinando con su patrocinado, se dirigieron a la Oficina de Control de la Magistratura a solicitar su intervención, siendo dicha dependencia contralora la que se encargó de facilitar los implementos de grabación y filmación que generaron las ocurrencias transcritas en las actas.

7.14. Las versiones proporcionadas por el testigo Juan Pablo Vargas Polo no son versiones aisladas, sino que guardan estrecha relación con las vertidas en el Juicio Oral por el testigo Juan Landauro Ramos, quien ha reconocido conocer al acusado por haber concurrido a su oficina a solicitarle el cumplimiento de la diligencia

de lanzamiento del inmueble que se adjudicó en remate y que respecto a la solicitud de dinero ha referido que su abogado Juan Pablo Vargas Polo le comunicó que en una de las reuniones sostenidas con el acusado le dijo que había que reconocer sus servicios con ocho mil dólares para que el caso salga rápido, decidiendo acompañar a su abogado hasta la oficina del acusado, donde comprobó que era cierto el requerimiento por cuanto el abogado durante el diálogo que sostuvo le dijo al acusado que no se preocupara de los 8,000 dólares proponiéndole hacer entrega de cuatro mil con la emisión de la resolución y los otros cuatro mil dólares con la entrega efectiva del inmueble.

7.15. Estando a la naturaleza de las sindicaciones antes aludidas, es preciso tener en cuenta los alcances de la jurisprudencia vinculante expedida por la Corte Suprema, que establece que el juez debe someter dicha sindicación a tres garantías de certeza a fin de verificar que sea suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado; así tenemos:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva: es decir que no exista relaciones entre el agraviado e imputado basados en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de su deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. En el caso presente se aprecia que los testigos Vargas Polo y Landauro Ramos en su calidad de abogado y adjudicatario del terreno cuyo lanzamiento estaba pendiente en el juzgado a cargo del acusado, no han denotado actitud alguna vinculada con la existencia de odio, resentimiento o enemistad con aquél, y en el contexto de los hechos se ha podido verificar que estos testigos han sostenido su imputación en el tiempo respecto al pedido de dinero por parte del acusado y a través del juicio, precisando que la defensa no los ha desacreditado por ninguno" de los mecanismos procesales que la ley le franquea.

b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. Respecto a este aspecto, los testimonios de Vargas Polo y Landauro Ramos han sido coherentes y sólidos, los mismos que se han corroborado por la subsiguiente actividad probatoria.

c) Persistencia en la incriminación: Está referido a que los órganos de prueba deben proporcionar las mismas versiones en todas las oportunidades en las que sean evaluados. Sobre este extremo, si bien es cierto han proporcionado en el proceso penal sus declaraciones en el Juicio Oral, estas versiones guardan estrecha relación con las vertidas en las etapas previas al procedimiento penal. Con lo que se supera también esta garantía de certeza.

De lo anteriormente expuesto se concluye que la declaración de los testigos Vargas Polo y Landauro Ramos, han superado las tres garantías de certeza exigidas para un único testimonio para validar su fiabilidad conforme a lo señalado en la jurisprudencia vinculante, atendiendo además a lo señalado en el fundamento número 11 del Acuerdo Plenario N.º 02-2005, máxime si dichas declaraciones han sido proporcionadas en el Juicio Oral en atención a los principios de oralidad, contradicción y publicidad sin existir cuestionamiento alguno vinculados con su desacreditación.

7.16. Asimismo, es preciso tener en cuenta que ha quedado debidamente evidenciado que el acusado, luego de las dos primeras reuniones en las que se trataron las actividades a desarrollar y la forma de pago de los ocho mil dólares, expidió la resolución de fecha ocho de julio del año dos mil ocho, en el que exponiendo escuetos fundamentos vinculados con la no firmeza de la sentencia expedida por el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en el expediente N.º 52508-1997 —antes había dejado sin efecto la diligencia de lanzamiento en mérito a un reporte de

seguimiento de casos de dicho expediente— señala fecha y hora para llevarse a cabo la citada diligencia el primero de agosto del año dos mil ocho a las dos de la madrugada; sin embargo, volviendo a invocar los mismos fundamentos de superposición de áreas esgrimidos en la resolución de fecha diez de junio, así como los mismos argumentos que sirvieron para declarar fundada la demanda en el Sexto Juzgado Civil y la Ejecutoria Suprema que dispone admitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por Ever Pacheco Nateros, mediante auto de fecha treinta de julio del mismo año deja sin efecto la resolución de fecha ocho de julio referida, siendo oportuno en este contexto analizar el contenido de las conversaciones de la reunión desarrollada un día después de dicha decisión, en la que, entre otros aspectos, el acusado explica al testigo Vargas Polo las razones por las que ha dispuesto la suspensión de la diligencia de lanzamiento, indicando en un pasaje del diálogo "Pero ayer he recibido la llamada de Relator de la Sétima Sala que ya han admitido la demanda (...) pero la Corte Suprema es bien claro" a lo que el testigo le indica "La Corte Suprema doctor, doctor, doctor (...) lo que pasa es que usted ha tenido desconfianza", respondiendo el acusado "no es desconfianza", a lo que el testigo le indica "claro pe doctor nosotros hemos accedido a pagarle el dinero que usted nos ha pedido", a lo que el acusado responde "no es eso (...)". En este contexto, es preciso señalar que la secuencia y contenido de las resoluciones así como el diálogo sostenido con la finalidad de justificar la decisión jurisdiccional adoptada, y el hecho de afirmar que su conducta no responde a desconfianza y señalar "no es eso" ante una afirmación directa de haber accedido a pagarle el dinero requerido, constituyen indicios subsecuentes de la consumación delictiva que permiten inferir con meridiana claridad que el acusado había entablado tratativas consistentes en un requerimiento de dinero y cumplimiento de pago por parte de Vargas Polo y Landauro Ramos, a cambio de reprogramar y llevar a cabo la diligencia de lanzamiento del inmueble del que era adjudicatario el último de los nombrados.

7.17. Que, en mérito a lo expuesto, podemos concluir que la conducta desplegada por el acusado se dio en el marco de su capacidad de decisión como juez suplente del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima al tener bajo su competencia el Expediente N.º 3031-2000 cuyo estado era el de ejecución de sentencia en la que su antecesora, doctora Mercedes Gómez Marchicio, había dejado programada la diligencia de lanzamiento del inmueble ubicado en el jirón Andahuaylas para el día veintidós de mayo del año dos mil ocho; sin embargo, ante la cercanía de la fecha de ejecución, mediante resolución de fecha diez de junio del año dos mil ocho, dicho acusado resolvió dejar sin efecto la citada diligencia fundamentado su decisión en un proceso civil que podría tener injerencia en sede penal, es decir el acusado tenía potestad funcional para avocarse a ese caso y plena atribución para ejercer funciones conforme a la Constitución y la Ley, encontrándose facultado para llevar a cabo la diligencia o dejarla sin efecto como en efecto lo hizo; sin embargo, de las pruebas actuadas podemos advertir que desde el momento que el referido acusado deja sin efecto la diligencia de lanzamiento, mantuvo diversas reuniones con los interesados, a quienes les generó la expectativa de llevar a cabo la referida diligencia que traería como consecuencia la entrega física del inmueble a Juan Landauro Ramos adjudicatario en un remate judicial siendo este el contexto bajo el cual el abogado Juan Pablo Vargas Polo concurrió a las instalaciones del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, desde el mes de Junio con la firme intención de lograr el lanzamiento que beneficiaba a su patrocinado, siendo estas las circunstancias en las que en una de las reuniones llevadas a cabo en el despacho Judicial el acusado —conforme lo ha señalado en el plenario— le solicitó la suma de ocho mil dólares indicándole que el asunto era complicado y que hay personas que se están oponiendo, siendo esa la razón por la que en coordinación con su patrocinado Juan Landauro Ramos pusieron en conocimiento de Oficina de Control de la Magistratura los hechos irregulares

de los que eran víctima, procediendo a realizar las grabaciones de las siguientes reuniones sostenidas con el acusado. Es en este contexto en que el acusado interesado en obtener un beneficio irregular sostiene las reuniones del cuatro y treinta y uno de Julio en las que concerta con sus interlocutores la forma en que éstos debían cumplir con el pago que permita la programación y ejecución de la diligencia de lanzamiento y posterior entrega física del inmueble adjudicado a Landauro Ramos, habiéndose registrado las frases que se han detallado que dejan en evidencia una solicitud expresa de dinero ascendente a ocho mil dólares de los que se negociaba la forma de cumplimiento de ambas partes, constituyendo indicio de mala justificación las versiones proporcionadas por el acusado al hacer sus descargos ante la Oficina de Control de la Magistratura cuya resolución número 26 ha sido sometida al contradictorio sosteniendo lo siguiente "... el abogado del quejoso quien habló de cuatro mil dólares de adelanto y otros cuatro mil más al señalamiento, en ningún momento ha sido una conversación hilvanada con el investigado, sino que ha sido inducida exprofesamente por el letrado en el contexto de una conversación que él efectuaba en su Despacho referente a la reprogramación del lanzamiento que solicitaba, aprovechando de un descuido de parte del investigado o la falta de atención a lo que decía por estar leyendo el expediente...".

En consecuencia habiéndose determinado fehacientemente que en la conducta del acusado se encuentran presentes los elementos objetivos y subjetivos del delito contemplado en el segundo parágrafo del artículo 395 del Código Penal, es preciso puntualizar en detalle la concurrencia de dichos elementos.

ADECUACIÓN DEL HECHO AL TIPO PENAL DEL DELITO DE COHECHO PASIVO ESPECÍFICO:

VIII. JUICIO DE TIPICIDAD.

8.1. Para acreditar la comisión del delito imputado y la responsabilidad penal del acusado en el delito de Cohecho pasivo específico se

hace necesario verificar la concurrencia de los presupuestos típicos durante la actuación probatoria:

8.1.1. En cuanto al agente activo del delito: Se ha establecido fehacientemente en juicio que el acusado en la fecha de comisión del evento se desempeñaba como Juez Suplente del ---Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, y por ende funcionario público encargado por ley de administrar justicia.

8.1.2. En cuanto al verbo rector y medio corruptor: "solicitar directa o indirectamente un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o provecho"; como se ha referido, con la prueba actuada en el plenario, tratándose de un delito de mera actividad que se consuma con la sola solicitud de donativo, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, se ha establecido que el acusado solicitó la suma de 8,000.00 dólares americanos para reprogramar y llevar a cabo la diligencia de lanzamiento que se encontraba en ejecución de sentencia.

8.1.3. En cuanto al tipo subjetivo, esto es se requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo"; entendido como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito y que en el presente caso se ha exteriorizado la voluntad del acusado al tener pleno conocimiento que con la actitud que adoptó estaba vulnerando los deberes y obligaciones que el Estado le ha confiado, y además haber actuado con plena intención de vulnerar el bien jurídico tutelado por la ley.

8.2. En consecuencia, en el presente caso, se ha comprobado la existencia de los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal de Cohecho pasivo específico, tipificado en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal.

IX. JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD:

9.1. **Antijuridicidad:** Relacionada con el examen efectuado, para determinar si la acción típica probada es contraria al ordenamiento jurídico, o si por el contrario se ha presentado alguna causas de

justificación, que pueda haber hecho permisible la realización de los actos descritos en las consideraciones precedentes, cuyos supuestos se encuentran previstos en el artículo 209 del Código Penal y al efectuar una verificación sobre cada una de las posibles causas de justificación, no se ha encontrado las previstas normativamente, y por el contrario, por la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el acusado en su condición de Juez Suplente se encontraba en plena capacidad de poder determinar y establecer que sus acciones eran contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

9.2. **Culpabilidad:** Este es un juicio de reproche, que se hace al acusado, por su conducta típica y antijurídica (aspecto formal), pero no solo basta el reproche, se requiere también identificar el contenido de los presupuestos en que se fundamenta (aspecto material), así se descubre el porqué de la imputación personal. "Este juicio de culpabilidad es el comportamiento típico y antijurídico (doloso o culposo) del agente en la perspectiva de la actitud censurable jurídicamente de la cual surge la decisión de actuar contra el derecho."

9.3. En el presente caso concreto el acusado, no ha denotado padecer de anomalía psíquica, ni grave alteración de la conciencia o que sufra de alteraciones de la percepción previsto en el primer párrafo del artículo veinte del Código Penal, todo lo contrario, realizó la conducta típica y antijurídica con pleno discernimiento y comprendiendo la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de sus pretensiones implícitas en los medios corruptores y pese a ello desplegó actividades compatibles con solicitarlas; por lo que no habiéndose presentado limitación alguna que pueda haberle quitado o disminuido al acusado su capacidad de reproche personal sobre el injusto realizado y por el contrario teniendo la capacidad de haber podido actuar de modo distinto y dentro del marco legal, no lo hizo, debe declarársele responsable del acto ilícito cometido en calidad de autor.

X. DETERMINACIÓN DE LA PENA;

10.1. Que el acusado durante el transcurso del proceso ha negado los cargos contenidos en la acusación fiscal, precisando ser inocente de las imputaciones que se le formulan; sin embargo, dichas alegaciones de inocencia han sido rebatidas, lográndose desvirtuar la presunción de inocencia con la que se encontraba investido al inicio del proceso penal, por lo que corresponde determinar las consecuencias jurídicas penales del hecho delictivo.

Que respecto a la sanción penal aplicable al caso sub júdice, es importante señalar que: a) La pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito, que en el caso concreto se aplicará a una infracción de tipo dolosa; el juzgador para imponerla debe haber corroborado la imputación con medios idóneos y suficientes que demuestren la culpabilidad del autor en su sentido amplio de responsabilidad penal, como ha sucedido en el presente caso, b) Para determinar la pena aplicable el Superior Colegiado deberá examinar distintos factores objetivos y subjetivos que concurrieron en el hecho y mediante los cuales irá concediendo graduación a la antijuridicidad del hecho (grado mayor o menor desvalor del hecho) y culpabilidad del agente (intensidad de reproche del autor), con arreglo a las reglas de métrica penal que establece la ley (parámetros legales), c) Asimismo, para la graduación de la pena a imponerse se debe tomar en cuenta la valoración de las condiciones personales del acusado, la naturaleza del delito y las circunstancias que rodearon el evento delictivo, tal como lo exige el Libro Primero del Código Penal, Título III (De las Penas), Capítulo II (Sobre Aplicación de la Pena); ello sin perjuicio, de merituar la conducta asumida por el acusado durante el proceso.

Que, en este marco conceptual y teniéndose en consideración la Resolución Administrativa Número 311-2011 Expedida por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y el Acuerdo Plenario 01-2008 expedida por las Salas Penales de la Corte

Suprema, para los efectos de la graduación de la pena a imponerse al acusado cuya responsabilidad se declara en este acto, se tiene en consideración, además de los criterios ya señalados, la forma y circunstancias en que perpetró el ilícito, en que si bien se afectó severamente el prestigio del Poder Judicial así como la naturaleza del bien jurídico vulnerado, el acusado no registra antecedentes penales ni judiciales. Por lo que el Colegiado se encuentra facultado para recorrer la pena en toda su extensión, que dentro del marco de la pena conminada contemplada en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal, tiene una pena legal no menor de ocho años ni mayor de quince años.

Al respecto, el Ministerio Público ha solicitado se le imponga al acusado, la pena de quince años de privación de libertad; sin embargo, se aprecia que no hay mayor fundamentación en cuanto a imponer el extremo máximo a quien tiene la condición de primario, por lo que en atención a estas circunstancias y a los fines preventivo especiales de la pena, estimamos que debe fijarse en el mínimo legal atendiendo a que no concurre ninguna atenuante.

10.2. En cuanto a la pena de multa, el Ministerio Público ha solicitado se imponga setecientos días-multa. Al respecto, el Colegiado tiene en cuenta que el segundo parágrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, invocado como fundamento jurídico para la acusación y la presente decisión jurisdiccional establece, además de las otras penas, que se deberá imponer trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa, por lo que, teniéndose en cuenta el principio de proporcionalidad y el monto percibido mensualmente por el condenado esta debe fijarse en su extremo mínimo con el equivalente a 25% del haber diario que percibe por sus ingresos que asciende a un monto total de 25 nuevos soles por cada día-multa.

10.3. En relación a la pena de inhabilitación, la señora Fiscal ha solicitado que se fije por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad; sin embargo, tratándose de una pena principal contemplada

en el propio tipo penal, solo puede extenderse de seis meses a cinco años, conforme lo establece el artículo 38° del Código Penal. En tal sentido, en aplicación de los criterios ampliamente expuestos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2008 expedido por las Salas Penales de la Corte Suprema y al principio de proporcionalidad, la inhabilitación señalada en los numerales 1 y 2 del artículo 36 Código Penal debe establecerse por el plazo de tres años. Comprendiendo la privación de la función, cargo o comisión del funcionario público e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

XI. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

11.1. Conforme al inciso 2 del artículo 402 del Código Procesal Penal: "si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer alguna de las restricciones previstas en el artículo 288° mientras se resuelve el recurso".

11.2. En el caso de autos, si bien se trata de un hecho grave por tratarse de delito de Cohecho pasivo específico, en cuanto al peligro de fuga del acusado, se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 269° del Código Procesal Penal, que establece los criterios para su calificación, ente ellos, el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto y su comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

En el caso que nos ocupa, al formularse acusación directa la Representante del Ministerio Público no requirió medida de coerción personal por lo que el juez le fijó la medida de comparecencia simple conforme

al Acuerdo Plenario N.º 06-2010/CJ-116, advirtiéndose que ha concurrido voluntariamente a todas las audiencias del Juicio Oral sin incurrir en maniobras dilatorias o entorpecimiento de la actividad probatoria, aunado a que tiene arraigo social y laboral a través de ejercicio de la abogacía. Si bien es cierto en esta instancia se ha desvirtuado la presunción de inocencia que constitucionalmente le asistía, sin embargo su derecho constitucional a la revisión de resoluciones judiciales se encuentra expedito. Por tal motivo, debe procederse a la suspensión de la ejecución provisional de la pena privativa de libertad impuesta al referido acusado, hasta el momento que quede firme o consentida la presente sentencia.

Asimismo, se fijan las siguientes reglas de conducta para lograr su presencia en el juicio oral que corresponda de en caso de recurrir la presente sentencia: a) comparecer cada diez días al local de esta judicatura a registrarse en el libro de control respectivo que se aperturará para dicha finalidad; b) no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización de esta judicatura, restricción que conlleva el impedimento de salida del país por el máximo de ley, oficiándose para tal efecto a la autoridad respectiva; todas ellas bajo apercibimiento de ser revocada la suspensión de la ejecución provisional de la pena privativa de libertad en caso de incumplimiento.

XII. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE REPARACIÓN CIVIL Y COSTAS:

12.1. El ordenamiento procesal penal regula obligatoriamente la pretensión penal y civil, por lo que su objeto es doble: el penal y el civil, así lo dispone claramente el artículo 92° del Código Penal. El objeto civil está regulado en los artículos 11Q al 155 del Código Procesal Penal y en los artículos 92° al 101° del código sustantivo; este último nos remite en lo pertinente a las disposiciones del Código Civil y por ende al Código Procesal Civil, motivo por el cual la reparación civil "no es una pena ni está dentro de los límites del ius puniendi del Estado e incluso

las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo dos mil uno del Código Civil."

12.2. El actor civil representado por la abogada de la Procuraduría Pública Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios ha solicitado cincuenta mil nuevos soles por este concepto, por lo que analizando la naturaleza del bien jurídico vulnerado, la responsabilidad civil esta debe ser fijada proporcionalmente.

12.3. En cuanto a la determinación de reparación civil: Según el artículo 93° del Código Penal, comprende, la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios; en el presente caso, no corresponde una restitución del bien afectado, por cuanto se trata de una afectación al bien jurídico Administración pública, más sí el pago de una suma de dinero por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Estado agraviado, sobre todo por la afectación al normal y correcto desarrollo de la Administración pública es decir que guarde directa proporción con el daño irrogado con el ilícito accionar que el sentenciado debe abonar a favor del Estado agraviado.

12.4. En relación a las costas del proceso: El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que, la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales, precisando el artículo 497° del Código acotado que, toda decisión que ponga fin al proceso penal, establecerá quien debe soportar las costas del proceso; además, dispone que, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas. En el presente caso, se advierte que el acusado se declaró inocente de los cargos, y si bien esta presunción ha sido desvirtuada en el juicio oral; se considera que ha ejercido un derecho constitucional, cual es el derecho de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas o dilatorias, por lo que no se considera atendible imponer el pago de las costas generadas en el proceso.

PRONUNCIAMIENTO

Por las consideraciones antes expuestas, los magistrados de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, impartiendo justicia a nombre de la Nación. Al amparo de los artículos VII (TPCP), 1°, 6°, 10°, ll°, 36°, 38°, 45°, 46°, 92- y segundo parágrafo del artículo 395° del Código Penal concordado con los artículos l°, 11°, 155°, 356°, 394°, 399° y 402° del Código Procesal Penal.

FALLA:

CONDENANDO a ---, identificado con Documento Nacional de Identidad N.º --- nacido el 17 de julio de 1966; de 46 años de edad; natural del distrito de Lima, Provincia y Departamento de Lima; nombre de sus padres---: con grado de instrucción superior; estatura: ---; ingreso Mensual: S/. 2,500.00 nuevos soles; domicilio real: ---, con domicilio procesal en la casilla de la Corte Superior de Justicia de Lima; como AUTOR del delito contra la Administración pública —delitos cometidos por funcionarios públicos— en la modalidad de Cohecho pasivo específico en agravio del Estado (tipificado en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción) y como tal se le impone las siguientes penas:

1. Pena privativa de la libertad de OCHO AÑOS en calidad de efectiva, la misma que deberá suspenderse en su ejecución hasta la fecha en que quede consentida o ejecutoriada la presente sentencia, debiéndose cumplir con las siguientes reglas de conducta:

a) comparecer cada diez días al local de esta judicatura a registrarse en el libro de control respectivo que se aperturará para dicha finalidad;

b) no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización de esta judicatura, restricción que conlleva el impedimento de salida del país por el máximo de ley; todas ellas bajo apercibimiento de ser revocada la suspensión de la ejecución provisional de la pena privativa de libertad en caso de incumplimiento.

2. Pena de INHABILITACIÓN por el plazo de tres años, conforme al artículo 36.1º y 36.2° del Código Penal, que corresponde a la privación de la función jurisdiccional e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; debiéndose oficiar a las entidades respectivas firme que sea la sentencia.

3. Trescientos sesenta y cinco días multa a razón de veinticinco nuevos soles por cada día- multa, la que deberá ser cancelada dentro de los diez días de consentida o ejecutoriada la presente sentencia.-

FIJARON como Reparación Civil, la suma de TREINTA MIL NUEVOS SOLES que el sentenciado ---, deberá abonar a favor del Estado agraviado; debiendo el sentenciado presentar los certificados correspondientes al juzgado para el endose a la parte agraviada.

MANDARON que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se proceda a la ejecución de la misma conforme a sus términos establecidos. Oficiándose.

SS.

Susana Ynes Castañeda Otsu Presidenta

Sara del Pilar Maita Dorregaray / Robinson Lozada Rivera

Juez Superior

Director de Debates

4. Audiencia de alegatos del Ministerio Público y la defensa del acusado

AUDIENCIA DEL 01 DE ABRIL DEL 2013

PRESIDENTA

Siendo las 4:18 de la tarde del día 1° de abril del 2013 continuamos con la audiencia

DIRECTOR DE DEBATES

Habiendo concluido con la actuación de los medios probatorios admitido, vamos a proceder con la etapa de los alegatos, en primer término

los alegatos de cierre a cargo de la señorita representante del Ministerio Público, tiene el uso de la palabra.

FISCAL

64:09:98

Gracias señor director debates, señores jueces superiores, luego de las tres sesiones de debate oral que se ha llevado a cabo con relación a los de la materia, el Ministerio Público con la convicción de las prueba actuadas y cuya inmediación consta a ustedes, viene a solicitar que se condene por el delito de cohecho pasivo específico a ---, esto en virtud de las pruebas que se han actuado que han sido debatidas ampliamente y con todas las garantías constitucionales que así asisten, en primer lugar con relación a los testigos que han concurrido ustedes han apreciado con absoluta claridad que ellos en primer lugar no han sido desacreditados, no han sido tachados, no han sido cuestionados en cuanto a su objetividad y a su presencia respecto a las versiones que ellos han venido a corroborar y que han sido uniformes consistentes, coherentes desde un principio al dar la noticia criminal sobre la actitud ilícita del acusado, eso también ha quedado demostrado a través del careo surgido entre el testigo Vargas Polo a quien se le solicitó el dinero los ocho mil dólares por parte del acusado, en tal sentido debe ser evaluada esta prueba en sentido positivo, por otro lado en relación a los documentos se han terminado de oralizar toda la documentación y también ha quedado demostrado

65:58:13

en primer lugar que, estamos hablando de resoluciones oficiales emitidas por parte del propio acusado en su condición de juez suplente del trigésimo quinto Juzgado Penal de Lima con motivo del proceso que estaba en etapa de ejecución para el lanzamiento respecto a un inmueble que había sido adjudicado al testigo Ramos y cuyo patrocinio recaía en el otro testigo Vargas Polo, tenemos las resoluciones de OCMA en las que se inicia válidamente y con sujeción a un debido proceso todas las diligencias que a ustedes ya les consta en virtud de la inmediación

que se han llevado a cabo, las transcripciones que también han sido incluidas y que pasaron a formar parte de unas diligencias preliminares a la luz del Código Procesal Penal, y en eso hay que tener especial cuidado señores Magistrados, la evaluación que se ha hecho durante estas diligencias preliminares que han durado poco más de un año han permitido y a un especialista en derecho Penal como lo ha asumido el propio acusado, el poder haber ejercitado en su momento y dentro de dicha etapa los cuestionamientos, las tutelas de derecho, las nulidades y todas las oposiciones posibles para que no tengan valor de elementos de convicción ninguna de esas resoluciones o los análisis que se realizaron por parte de la OCMA y que fueron incorporadas repetimos válidamente a las diligencias llevadas a cabo por el órgano de Control Interno Fiscalía Superior a cargo de la Fiscalía de la Nación,

67:47:74

Entonces estamos hablando de momentos que estuvieron bajo el dominio y la posibilidad como abogado como conocedor de derecho penal del propio imputado de hacer valer todas las observaciones y las objeciones ya sea las transcripciones, sea a los argumentos del OCMA, y a toda la parte administrativa que fue incorporada a las diligencias preliminares fiscales, en ese sentido tienen que ser también valorado en sentido positivo y no venir acá recién ya en pleno, plena finalización de todo un debate oral y más aún que se ha producido la etapa intermedia, a través de la notificación oportuna de nuestra acusación directa, una acusación directa que está perfectamente validada por el propio Código Procesal Penal cuando existe suficientes elementos de convicción de que existe delito y que vincula al imputado con él, acaso se ha quedado desvalido e indefenso procesalmente el imputado, no señor, y durante ese traslado que se le ha corrido de los medios de prueba ofrecido por nuestra parte, no se ha cuestionado mayormente el tema de los documentos, por lo tanto no se puede venir acá posteriormente y por una negligencia tal vez de la defensa o por cualquier circunstancia pero atribuible a la parte imputada, que se quiera desconocer el valor probatorio de todos esos elementos de convicción válidamente incorporados, no se ha inventado

nada, no se ha incluido nada que no haya sido de conocimiento previo del imputado porque ojo la carpeta fiscal a nivel de diligencia preliminares y eso lo sabemos todos los conocedores de Derecho Procesal Penal está con este nuevo modelo acusatorio a disposición de las partes, si el señor no ha leído o no ha sabido interponer sus tachas sus nulidades o lo que fuere, ese es un tema estrictamente de defensa oportuna, más no algo que invalide o se pretenda invalidar a nivel de juicio oral y más aún ya en estadios de alegatos finales.

Con relación a los videos y audios que no fueron admitidos oportunamente solamente queremos dejar constancia y con el mejor ánimo y con el respeto que se merece el colegiado, el hecho de que en la primera y segunda sesión de este juicio oral lo dijo en esas dos oportunidades el abogado acá presente del procesado de que ellos también tenían especial interés en que estos dos primeros videos del 4 de julio a horas de la mañana y de la tarde y del 31 de julio audio, se actúen porque así, y tomando las palabras expresas del señor abogado de la defensa así se podría ver, el hecho de que no ha solicitado dinero, pero ojo si no hay un tema de solicitud directa tenemos que recurrir a la prueba indiciaria y a eso precisamente nosotros nos vamos a remitir,

71:19:56

pero, para terminar con relación a los videos y el audio no admitidos, dejamos constancia que hubo una conformidad expresa del acusado y su defensa para que estos se actúen, no se trata de pruebas ilícitas, no hay una afectación a la autodeterminación del imputado, no ha habido una afectación a los derechos fundamentales, el interés del acusado ha sido vertido de manera clara precisa y contundente de que estos se actúen, en tal sentido esto lo dejamos en todo caso como una constancia.

Ahora bien, lo que se discute como tema central es que si hubo o no hubo solicitud de dinero, que es el verbo rector precisamente de cohecho pasivo específico, que recae en todo magistrado, o cualquier otro análogo a los anteriores, es decir, señala el tipo penal artículo 395 en su segundo párrafo, a una series de funcionarios que bajo cualquier modali-

dad solicite directa o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja, aquí estamos hablando de dinero, puntualmente, con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento. La influencia, precisamente radica en ello en el solicitar, no para que se autoinfluya como se dijo en algún momento por parte de la defensa del procesado sino precisamente para que se logre, por parte de ese tercero que entrega el dinero, su propósito objetivo de influir en el magistrado, la influencia parte de quien entrega el dinero a eso se refiere el verbo rector y está en todos los compendios en todos los libros de doctrina penal sustantiva, es así de acuerdo a la prueba indiciaria que pasamos a desarrollar en este momento. Para acreditar que los elementos constitutivos del artículo 395 párrafo 2 han concurrido, debemos señalar en primer término que el artículo 158 numeral 3 del Código Procesal Penal nos exige con bastante claridad y tenemos que satisfacer los tres presupuestos de la prueba indiciaría; en primer lugar, que cada indicio esté probado, que la inferencia esté basada en reglas de la lógica, sentido común, cosas que son inalterables por la propia naturaleza y esencia de las cosas, la ciencia o la experiencia, en este caso recae en la experiencia respecto al proceder normal y habitual de un magistrado, en su despacho, y en un tercer presupuesto que estos indicios, si son contingentes, deben ser plurales dos o más, concordantes, no excluirse entre ellos y convergentes, todos ir a una misma conclusión, a un mismo objetivo o finalidad de demostración de un hecho concreto, y principalmente que no deben haber contra indicios consistentes. Nosotros hemos considerado luego de un análisis de los elementos de convicción que nos han traído ante vuestro colegiado presentando este caso, y no porque el Ministerio Público no haya investigado, sino porque en este tipo de delitos más allá de recibir la declaración del imputado que obviamente va a decir no, obviamente va a negar como lo ha hecho, en este estadio procesal, no habría mayor utilidad y todo eso se evalúa por parte del Ministerio Público,

75.24:79

la utilidad recae señores en la prueba indiciaria la cual pasamos en este momentos y que está constituida por los documentos y las transcrip-

ciones además de los testigos que ya declararon y cuya inmediación ha quedado ante ustedes de manera objetiva dilucidada, el acusado si ha solicitado los $8000 dólares, no existe una prueba directa al respecto, pero que sucede después, que sucede después de esos días de junio de julio en la que hay diversas conversaciones, entre los testigos y el acusado, como hechos probados señalamos los siguientes, en primer lugar que en su condición de juez suplente del ---juzgado Penal de Lima lo ha sido desde el mes de junio del año2008, eso está totalmente claro para todos los que estamos en esta sala, asimismo el acusado ha quedado probado que tenía bajo su competencia el expediente 3130-2000 en estado de ejecución de sentencia desde el 5 de junio 2008 y no desde el 9 de junio conforme al considerando sexto de la resolución emitida por él y que está como documento oralizado del 10 de junio 2008 y de declaraciones de los testigos que se entrevistaron con él durante el mes de junio y julio en su propio despacho. Primer indicio, la mentira en que incurre el procesado, yo tuve recién a partir del 9, 10 de junio, no señor el mismo en su propia resolución señala considerando sexto, que si bien es cierto ya habría reprogramado y eso se condice con las resoluciones del 5 de junio, que el mismo emite reprogramando solamente la hora de 1a diligencia que debió llevarse a cabo en un primer momento bajo su judicatura.

77:50:82

Otro hecho probado, que el acusado atendió a los testigos Pablo **Vargas Polo** y Juan Landauro Ramos, fuera del horario de atención al público que era de 8 a 9 conforme a las declaración de testigos en primer lugar incluso él al declarar en esta sala señalo que el horario de atención solamente para el público era de 8 a 9 conforme a las disposiciones administrativas del Poder Judicial y que no atendía fuera de ese horario, pero acá ha quedado claramente desmentido de que si atendía fuera del horario, los testigos han sido claros; coherentes, uniformes espontáneos, naturales en decirlo de manera enfática, y así mismo queda también evidenciado a través de las transcripciones como documentos como medios de prueba documentales válidamente incorporados a juicio

transcripciones de los videos del 4 de julio de las 11:38 de la mañana y 4 de julio a las 16:26 horas de la tarde, incluso con una parte de la transcripción en la que dice vengan a las cuatro, casualidad invención de la Fiscalía no señores, las cosas son claras y van en un solo sentido para qué les dice vengasen a las cuatro si eran público no tenían amistad familiaridad, hecho probado.

79:26:18

Otro hecho probado, el acusado atendió en varias oportunidades y no solo en dos ocasiones como lo ha dicho incluso en el careo con Vargas Polo el testigo, también lo ha señalado en su declaración el testigo Landauro Ramos, y queda también evidenciado a través de las transcripciones de los videos que OCMA facilitó y permitió que sean incorporados, como de hecho se hizo, conforme a las reglas del Código Procesal Penal y con respeto a las garantías constitucionales del imputado, estamos hablando de las dos veces que se entrevistan el 4 de julio en horas de la mañana y en horas de la tarde y el 31 de julio una vez, en hora no precisada, el señor acá dijo el acusado, no solamente dos veces, ¿qué paso con la tercera? y de otras más que ha señalado que obviamente no se ha incorporado porque no existen y esa es la verdad porque acá se trata de decir la verdad no hay otras filmaciones no hay otras fotografías pero si los testigos de manera consistente y sin ningún afán subjetivo, sin ningún afán de venganza como se dice, han tenido que llegar tan lejos para venir a mentir a la propia judicatura, ¿Qué van a lograr ellos? Nada, sencillamente lo que han hecho es colaborar con la justicia, con su tiempo y con su declaración en honor a la verdad

81:08:15

Está probado por otro lado señores jueces, el acusado reprogramó la diligencia de lanzamiento dos veces y la suspendió otras dos tantas, señalando por un lado, que el pedido de terceros sobre mejor derecho a la propiedad y que aún no era cosa juzgada, para luego decir que debe dilucidarse el tema de la propiedad en otra vía y para evitar con ese lanzamiento un error judicial, esas resoluciones que emite, primero el

10 de junio del 2008 en la que suspende lo que él reprogramó, cuando suspende, hasta ese momento no existían copias certificadas, de ninguna resolución que a él le hiciera conocer, sobre un proceso llevado a cabo en otra judicatura, lo hace con copias simples que se le alcanzan, por parte del recurrente tercero interesado, también en este predio, pero el 8 de julio vuelve a reprogramar ¿Qué sucedió, si había un derecho todavía que dilucidarse? Porque vuelve a reprogramar, pero ya para el 8 de julio se habían producido esas dos conversaciones grabadas del 4 en horas de la mañana, en horas de la tarde en donde se emiten expresiones como, —puede venir en la tarde,— esa es la de la mañana, —dígame si gusta le traemos una parte,— no se preocupe, —primero, y en horas de la tarde cuando se vuelven a reunir —buenas que tal— como anda la garganta —ahí más o menos— está mejorando— hablan de la fórmula que le han recomendado— y en otro estadio de la conversación la defensa dice que no hay familiaridad, como no va a haber familiaridad señores el pata va a venir a las 4:00, un magistrado se expresa de esa manera, la única explicación, máximas de la experiencia y de la lógica, sobre todo de la experiencia, nosotros los magistrados al dirigirnos a un usuario, sea abogado, desconocido porque ojo no hay amistad no hay familiaridad con mayor razón, le va a decir el pata va a venir a las 4:00 nosotros nos expresamos así, máximas de la experiencia, eso que indica, ciertamente una avenencia un asentimiento es decir, una forma de dar, como decimos coloquialmente ingreso, entrada a la confianza, a la persona.

84:21:50

Por otro lado y disculpando la expresión está en la transcripción, válidamente incorporada a juicio, pucha la secretaria me ha dado cuenta de un escrito solicitando copias certificadas, nosotros damos cuenta de nuestras actuaciones como magistrados dándole explicaciones por demás detalladas al usuario, suficiente señor lo escucho que tiene que decir, ya se resolvió se le va a notificar, buenas tardes o buenos días, máximas de la experiencia esa palabra es propia y no nos confundamos en que fue un desliz, fue una falta administrativa un exceso en su actuación, negligen-

cia, descuido, por otro lado quien es Hernández Pita, un magistrado va a preguntarle al usuario quien es, ¿es que acaso no tiene el conocimiento del expediente o en todo caso sus secretarios y auxiliares le deben dar cuenta del expediente? Le da una respuesta y le dice porque parece que ellos han tenido un juicio con el señor este que lo ha Almeida, es decir se da una conversación en un contexto que no es normal precisamente porque ya estamos hablando de horas de la tarde del 4 de julio ya se habían producido no solamente estas que están grabadas sino también visitas anteriores, porque en una primera o segunda reunión con el juez de pronto no van a tener ese nivel de familiaridad, definitivamente eso también nos lleva a colegir válidamente y con las máximas de la lógica, que tienen que haberse producido entrevistas anteriores, por otro lado, el señor Pacheco yo no lo conozco, nosotros tampoco lo conocemos y seguidamente pero este ha venido con sus abogados, le va a contar de manera tan infidente faltando a su deber de imparcialidad y de discreción que debe tener todo magistrado, precisamente porque estaba en esas tratativas en ese ánimo de continuar estimulando a los testigo a los usuarios **Vargas Polo** y patrocinado de que no desistan precisamente y dándoles la expectativa, la confianza, la esperanza de que sí, van a tener esa resolución reprogramada, y más adelante, ya le he dicho a Walter va a venir a las 4:00, ¿Quién es Walter? ¿Por qué tienen que hablar de un tercero? ¿Es un magistrado? Y si así fuera el secretario, tiene que hablar del secretario, él tiene que hacer la resolución dice el acusado, dejar limpio y que no haya ningún tipo de problema, que problema puede haber, hay un contexto de conversación señores magistrados, tenemos que ubicarnos en ese sentido, para que se señale la fecha, más adelante dice; de todas maneras no se preocupe si usted quiere hablar con él, con el que va a hacer la resolución obviamente, —yo he hablado con él como a las dos de la tarde,— claro, ya estaban pues conversando, esto es el cuatro de julio

88:03:33

En otro extremo tenemos que concretar a mí me da la impresión doctor que de parte hay desconfianza el magistrado investigado no, dijo no escu-

cho, dijo repitan y ojo el propio abogado de la defensa al contrainterrogar a los testigos específicamente con uno de ellos, señalo ¿qué distancia había entre usted y el magistrado? solamente de un lado al otro del escritorio, y también el abogado ha enfatizado, que la voz era fuerte y clara en este caso del abogado Vargas Polo, si era fuerte y clara, ciertamente no solo va a quedar grabada, es fuerte y clara para que también sea escuchado por parte del acusado, de lo contrario el acusado en algún momento, en algún estadio de esa transcripción tendría que haber dicho, ¿cómo dijeron? ¿Qué paso? ¿Cómo? No lo escuche, pero en ningún estadio de las conversaciones señala no escuchar, no entender, o algún tipo de sorpresa o situación inesperada para él, no, continúa, continúa; el magistrado investigado señalo en otro estadio poca confianza me hubiese llamado hubiese autorizado que suba, ante el comentario de Vargas Polo, testigo, que señala que ya no le dejaban entrar, poca confianza, es decir porque había confianza, porque tenía que dejarlo entrar así fuera en horario no habitual para los usuarios y público en general, más adelante, ya doctor mitad mitad, y el acusado, ya no hay ningún problemas de todas maneras allí, la supuesta inconsistencia o falta de hilvanacion se da precisamente porque en el contextos se dan dos aspectos, hay momentos en los que por ejemplo cuando habla de su garganta, es muy seguida es muy lógica y coherente la conversación, pero el disimulo se presenta precisamente cuando se está hablando del tema del dinero, ahí se presenta el disimulo, el responder una cosa por otra, pero porque responde, sino entendió debió decir, oiga señor que me está diciendo, o levantarse y ordenar su inmediata detención como debe hacerlo todo buen magistrado

90:35:62

Pasamos al día 31, estamos hablando un día después de haber emitido la resolución, esta es del 30 de julio, en la que deja sin efecto la fecha y la disposición, la orden de lanzamiento por las consideraciones que ahí explica de que tenía que dilucidarse el tema de la propiedad, muy bien señor juez ya emitió su resolución, esperemos como el mismo lo pone en su resolución que se dilucide a nivel de amparo o del juzgado civil, nadie impide o nada impide de acuerdo a las máximas de la experiencia

y de la lógica también, que atienda a los usuarios pero los va a atender, para llevar a cabo una conversación bastante larga señores jueces, lejos de dejar claro y establecido de manera contundente, señores ya emití la resolución no hay nada que hablar, no señor ya vino Alcalá leyó todo esto, sobre las acciones de habeas corpus, amparo nuevamente dice no es desconfianza, no es nada por otro lado cuando le dice el abogado pero eso lo hubiera visto antes pe doctor, el magistrado dice, mire este yo les agradezco a ustedes pero fíjense ustedes, que les agradece, había algo que agradecer al usuario al abogado, que se agradece, les agradece el interés porque, porque estaban precisamente en esas tratativas para reprogramar a cambio pues de un dinero ilícito que estaba pendiente de cumplirse, supuestamente, ya en ese contexto y ojo que esta grabación conforme a quedado acreditado y no ha sido cuestionado, ha sido tomado con la intervención del propio OCMA este es un audio en la que está claramente establecido, no se ha cuestionado oportunamente y queremos ser muy enfáticos en eso señores magistrados, venir a estas altura a decir no, que no es mi voz, que yo no dije eso, se ha editado se ha corregido, ya no, porque si la defensa no fue oportuna y no fue de calidad en su momento, en este momento no se puede venir a solucionar impases o deficiencias de defensas, se habla de una serie incluso de las acciones que se están llevando contra la doctora, ¿qué doctora? de que doctora están hablando debemos entender que es a la doctora a la anterior contra la que se ha interpuesto una acción de amparo la doctora Gómez Marchisio, y una serie de conversaciones que incluso puede reprogramar de oficio, de oficio perfecto, ese procedimiento esa esperanza tenía que darla, ya no era dable, y no estamos hablando de un simple desliz de un magistrado, sino que tenemos que evaluar todo en un contexto, desde las anteriores conversaciones, no se puede solamente fragmentar un espacio de tiempo y de conversación para decir no pero esto no es por allá tampoco por eso estamos desarrollando con bastante claridad lo que constituye la prueba indiciaria, conclusiones a través de las pruebas actuadas y del careo que en la sesión dos, se ha dado entre el abogado Vargas Polo y el acusado, se habla claramente de un pedido en un papel, esto fue anterior a las grabaciones, en un papel,

lo explico acá con bastante claridad y contundencia el testigo, que en la cuarta parte de un papel escribió 8 signo de dólar, obviamente se lo guardo, eso denota la especial peligrosidad, la actitud totalmente carente de probidad, de honorabilidad y sobre todo de respeto a la magistratura, que es tan importante, para nosotros reflejar hacia el ciudadano, no podemos nosotros ponernos en esa situación, por eso es un caso sumamente lamentable para nosotros.

95:52:58

Enfatizamos finalmente, no se muestra una actitud sorpresiva en ninguna de las transcripciones hay absolutamente disimulo, aparente falta de incoherencia de los diálogos pero no es así, es un diálogo evasivo pero continuado, las circunstancias de las fechas por las resoluciones, hay que tenerlas muy en claro, y finalmente, con estos indicios que son plurales, concordantes y convergentes, más la inmediación de la cual ustedes ya han participado, han podido observar a través de la actuación de los medios de prueba, el Ministerio Público no tiene, más allá que el deber de sostener la imputación inicial la acusación debidamente formulada y debidamente conocida en todos sus extremos por parte del acusado, para quien solicitamos, que se imponga la pena máxima en este caso los 15 años conforme está en nuestra acusación escrita, con inhabilitación por igual término, y con las responsabilidades civiles que se deriven, en todo caso queda a vuestro criterio la graduación, pero de que la imputación está acreditada, está acreditada y eso de lo contrario señores magistrados entraríamos en un terreno muy peligroso, respecto a las situaciones que se pretenden solamente configurar desde el punto de vista administrativo, la OCMA ya se pronunció al punto que pidió la destitución, ha hecho un análisis bastante serio y obviamente el Ministerio Público lo tiene que recoger en toda su extensión, porque hizo un trabajo bastante pormenorizado, y el Ministerio Público como titular de la acción penal, viene a traer y ha demostrado en juicio que sí ha existido la solicitud de dinero, para efectos de condicionar una actuación procesal por parte del magistrado suplente ahora acusado.

Esos son nuestros alegatos señores magistrados

ABOGADO DEFENSOR

102:48:68

Muchas gracias, bueno si la pretensión penal consiste en leer las actas de OCMA, mi nivel de argumentación tiene que descender bastante, si se considera que las reglas de la lógica son sentido común, bueno no se para que está el Código Procesal Penal, si se considera que la máximas de las experiencia son pareceres de sentido común por parte de juez yo no sé para que se ha dado el Código Procesal Penal. Al escuchar a la señorita fiscal yo me he quedado estupefacto, esperaba más de ella.

En primer lugar, la imputación es por un delito de cohecho pasivo específico mediante solicitud de donativo. Solicitud de donativo no es aceptar donativo, no es avenirse a una propuesta de donativo, no es crear una ficción de que probablemente, el procesado --- había solicitado. No, señor, tiene que acreditarse la solicitud del donativo, la prueba indiciaría de la señorita fiscal, como dije al principio, yo esperaba más; esperaba que nos dijera cuales son los hechos indicadores, pero nos dice que son las reuniones; bueno voy a incidir más sobre eso, el nexo lógico, la imbricación lógico racional entre estos nexos y la acreditación de la petición, en realidad yo que voy a contra argumentar, no hay argumento por parte del Ministerio Público. Pero veamos, cohecho pasivo mediante solicitud es un delito sumamente grave, sumamente grave por la razón de que es el juez el que pide dinero para quebrantar su deber de imparcialidad, y el tipo penal dice, que el juez solicita para influir en actos de su conocimiento, que significa solicitar, el primer deber del fiscal señor como órgano persecutor, concentrador del *ius punendi* es determinar el contenido y los límites del verbo rector solicitar porque si no, bajo esa perspectiva, todo puede ser solicitar, si alguien dice señor juez le doy 5000, yo le miro solamente, la señorita fiscal me va a decir usted está solicitando, hay indicios porque usted no dijo señor le levanto un acta, usted solicitó, si yo le digo creo que está mal lo que estás haciendo, ah caramba está usted haciendo una conducta que demuestra también que solicito. Solicitar por omisión dice la señorita fiscal, en el fondo no existe delito de solicitud por omisión, el verbo solicitar es transitivo y

de acción, y que es solicitar, equivocadamente y también con base a la doctrina mayoritaria el doctor Salinas Siccha, dice solicitar es primero pedir, segundo gestionar, tercero procurar y cuarto requerir, señores magistrados esto es apabullante, esto es un derecho penal pre liberal, si creemos que el derecho penal que se aplica como *última ratio* significa pedir, el significado de pedir (algo tan suave algo tan leve) no se condice con el término solicitar, pedir es un favor, pedir es decirle a alguien que nos haga algo, pero no tiene esa carga de reprobabilidad del término solicitar. Fácilmente, revisando el diccionario de la lengua española, este nos dice lo siguiente, pedir, decir a alguien que dé o haga algo, a eso no nos estamos refiriendo; procurar: diccionario de la lengua española, trabajar y esforzarse por conseguir algo, gestionar hacer trámites necesarios para el logro de algo u obtener un fin determinado. Puede considerarse que el verbo solicitar se complete, se satisfaga con estos conceptos de pedir, procurar, gestiona como dice Salinas Siccha, obviamente que no, solicitar señores es requerir algo, ahí sí, está de acuerdo pero cuando nos dice él, que solicitar es todo esto, es pedir, es procurar, es gestionar, gestionar un donativo, es una cosa pero terrible, Salinas no sé de donde ha sacado esas frases, entonces si solicitar es requerir algo, ¿requerir que cosa es doctores?, Real Academia de la Lengua Española, es intimar, es avisar a alguien, con fuerza de autoridad que algo le va a suceder si es que no accede a la petición, entre solicitar y exigir hay una diferencia de grado, solicitar es hacerle conocer a una persona con grado de autoridad o de fuerza la necesidad que nos dé un donativo a cambio de —nosotros en el caso del funcionario— vender el acto de función, y esto lo dice claramente el doctor Manuel Abanto Vásquez, clarísimo dice, solicitar consiste en requerir al otro a que entregue una ventaja a cambio de la venta de la función pública (Los delitos contra la Administración pública, segunda edición página 430). El tercer párrafo de esta página, dice no basta con sobrentendidos, que es la tesis de la señorita fiscal, no basta con sobreentendidos bajo el argumento que existiría en el medio una corrupción generalizada y consolidada, pues en ese caso se estaría sancionando al funcionario por el contexto en el que vive y trabaja, y no por una conducta concreta.

109:02:46

El Código Penal argentino no tiene el verbo solicitar por eso ahí se satisface él comportamiento con el verbo recibir o aceptar. Un texto reciente en el Código Penal Español trabaja el concepto de cohecho mediante solicitud. Muchos de (los penalistas españoles) habrán sido escuchados con mucha satisfacción por ustedes, habrán compartido ustedes muchas de las clases de Polaino Navarrete, Miriam Herrera Moreno, Antonia Montes Hernández. Que nos dicen estos doctores: la acción de solicitar (página 322, Lecciones de Derecho Penal Especial, tecnos 2012): la acción de solicitar implica la activa puesta en práctica, la iniciativa de una conducta tendiente a un objetivo económico cuyo logro el sujeto trata de conseguir provocando una determinada respuesta de terceros (interesante). Finalizo, la autora que más ha trabajado y que todos hemos leído lnma Valeije Álvarez, (El Tratamiento Penal de la Corrupción, pagina 97), una cita pequeña dice, si el objetivo perseguido por el funcionario es obtener una contraprestación por el acto a realizar esta finalidad implica de antemano respecto a la solicitud una serie de consecuencias:

a) que debe de tratarse de una declaración de voluntad recepticia
b) que debe de tratarse de una declaración de voluntad dirigida a un destinatario determinado
c) que ha de tratarse de una declaración de voluntad concreta, seria y precisa

Que claros elementos que la señorita fiscal no ha incorporado en su lenguaje. Por otra parte, la solicitud debe ser seria y ha de realizarse de modo convincente, preciso y persuasivo, de tal forma que pueda influir en la voluntad del particular a entregar la dadiva solicitada, ha de ser por lo tanto una declaración de voluntad real y concreta, no vaga e imposible, ha de constituir una conducta de la que se desprenda claramente la voluntad de realizar un pacto, no son suficientes a efecto de consumar el delito, aquellos ofrecimientos del funcionario hechos por broma o jactancia o que revelen de inmediato al particular la falta de un propósito firme y decidido de llevar a efecto el acto prometido.

111:38:82

Doctores, el derecho penal es un derecho de *última ratio*, en estos temas donde se puede malograr la vida de un funcionario, qué magistrado, qué fiscal, qué juez puede estar libre de que un fiscal considere que solicitar es no ponerle freno o no sentarle un acta a la persona porque ha ido a entregarle (mitad mitad) un donativo. Bajo esa idea, doctores, regresamos al derecho penal de siglo XVI, podríamos construir un derecho penal monstruoso de persecución, el Ministerio Público no puede estar sujeto a esas circunstancias de imprevisibilidad de la imputación. Solicitar es un comportamiento activo y transitivo que el Ministerio Público debió probar con el mecanismo de la prueba indiciaría.

112:27:82

Los hechos, ¿cuáles son los hechos que los elementos probatorios que el fiscal ha puesto en despliegue aquí, han sido demostrados?. En primer lugar; desde la perspectiva de la defensa, la concurrencia al local del --- Juzgado Penal de Lima en varias oportunidades, del señor Vargas Polo, a iniciativa propia, él dice (Vargas Polo) en multitud de oportunidades, contrariamente no se ha acreditado aquí, que ha sido el magistrado el que lo llamaba, el que le decía venga señor, aquella frase, que está ubicada en alguna parte de las transcripciones cuando el juez le dice bueno pues venga a las cuatro, puede venir a las cuatro, eso no puede entenderse, que la concurrencia al local del Juzgado fue a petición del magistrado, fue a iniciativa propia de los señores, que estaban interesados en el caso de ejecución de lanzamiento. Segundo, que está probado, con base a las actas de transcripción de los audios, está probado un cumulo de conversaciones entre el abogado Vargas Polo y el juez, está probado con esas actas, que la parte activa de ese elemento corruptor, lo pone de manifiesto el juez, el abogado Vargas Polo le coloca, le transfiere frases al magistrado para que acepte o no acepte, y que se nota por parte del juez como hecho no probado, que él nunca peticiona dinero, y lo pudo haber hecho por, un contra indicio que a continuación vamos a poner de manifiesto a ustedes para que lo valoren, que están acreditadas grabaciones no se sabe en qué fecha, porque eso del 4 eso del 31 hay

que colocarlo entre signos de interrogación, grabaciones a iniciativa propia, no se ha demostrado aquí, la fiscalía no ha demostrado que ha sido OCMA, quien le entregó, la grabadora y la filmadora al abogado Vargas Polo, para el día 4 de julio en la mañana y en la tarde, eso no ha sido probado señor, ¿verdad?. Está probado, que existe un discurso corruptor a cargo del abogado Vargas Polo, está probado aquí también con base a lo que OCMA dice en sus actas (que han sido leídas), que en lo que se refiere a la diligencia de lanzamiento del inmueble de mesa redonda, hubieron fechas de lanzamientos y reprogramaciones, antes de que el acusado ocupe el cargo de juez suplente y que después que ocupó el cargo de juez suplente, ese inmueble sigue en ese compás de espera, ¡ah carambas!, y los jueces que le sucedieron al juez acusado, sobre ellos no sospechamos que hayan pedido dinero, porque el inmueble sigue en esa situación, no hay un lanzamiento del inmueble ese es un hecho que está probado y es a la vez un contraindicio contra la tesis de la fiscalía.

116:14:75

Muy bien, los hechos, ¿cuales son los hechos?, la señorita fiscal dice, son hechos, los dichos que el abogado Vargas Polo, ha señalado, ha indicado que el juez le pidió 8 mil dólares en un papelito, en este punto yo quiero llamar a ustedes, señores magistrados, a que revisen la documentación que obra en actas, a que revisen una acta del 15 de diciembre en OCMA en la que el abogado Vargas Polo dice me solicitó 8, después dice me solicito 8 mil dólares, después el abogado dice, nosotros no teníamos la plata, el abogado Vargas dice, nosotros queríamos que nos baje la cantidad; todos esos dichos se encuentran en la acta de transcripción mediante la cual se inicia la acción disciplinaria contra el juez, los dichos, cuando el señor testigo estuvo aquí ha reiterado que hubo múltiples reuniones, ese es su dicho, de ser cierta esa apreciación de múltiples reuniones entonces la señorita fiscal porque saca el argumento de la familiaridad como un argumento para imputársele en contra del juez como un indicio, si este señor viene en múltiples ocasiones, pues es obvio que entre dos personas un abogado y un juez se genere un ámbito de una interrelación en la conversación que a partir de eso se deduzca que

la supuesta entre comillas familiaridad que aduce la fiscal que a partir de eso se infiera que este es un indicio para llegar a un dato consecuente de que eso presupone petición de dinero, la cosa esta sumamente lejos, señores magistrados,

118:41:91

Las exigencias de la valoración de los medios de prueba. Los medios de prueba aportados por la fiscalía. La fiscalía lo que ha hecho es entregar medios de prueba ya evaluados y analizados por OCMA, la fiscalía no ha agregado ningún elemento probatorio propio, ha abdicado de su labor de investigación y de su labor de persecución, con ese criterio es fácil pues no, los fiscales pueden subrogar al Órgano de Control Disciplinario y tomar sus argumentos y llevarlos a la fase penal, pero acá viene una pregunta conceptual, en qué momento este hecho disciplinario se convierte en un hecho de contenido penal, porque en el ámbito disciplinario hay corrupción también verdad? Así, como hay abuso de autoridad en el ámbito administrativo, hay prevaricato en el ámbito administrativo también hay actos de corrupción para que estos actos de corrupción pasen cualitativamente al ámbito penal se tiene que cumplir los elementos del tipo penal en primer lugar, que se trate de una solicitud, en segundo lugar, solicitud de donativo, que a través de este donativo se trate de influir en actos de conocimiento del magistrado, esos puntos por ejemplo, en esos puntos la fiscalía no ha incidido en sus comentarios, ni en el contenido del término solicitud, ni en los actos de conocimiento del juez cómo la solicitud de dinero implicaba actos de conocimiento, son actos de competencia no de conocimiento, como dije al empezar mi alegato de inicio el tipo penal está construido por actos de conocimiento no de competencia y el señor no solo tenía actos de conocimiento sus actos eran de competencia, yo dije también señores magistrados que el tipo penal 395 es inaplicable para el magistrado acusado, porque el concepto influencia tal y como está redactado en el tipo penal no resulta subsumible o, mejor dicho, el comportamiento factico imputado al juez acusado no resulta subsumible en el influir, en los actos de influencia, vamos a ver: el magistrado que

bajo cualquier modalidad solicite directa o indirectamente donativo, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, es el juez el que solicita un donativo, para que este donativo influya en un asunto sometido a su conocimiento, la redacción es impropia, obviamente esta reforma fue realizada en el año 2004, cuando estábamos trabajando en el Ministerio Público, no sé dónde estuvo el error pero el tipo penal es impracticable para un caso concreto como el que ahora está ventilándose con el juez --- él tenía competencia, actos de toma de decisión no actos de conocimiento, él no podía influir en sus decisiones, es absurdo, esto va dirigido para terceras personas: no para el juez hoy acusado.

122:20:53

Los medios de prueba, los testimonios, la fuente de prueba que ha sido presentada por la fiscalía, que nos permiten apreciar. Bajo reglas de la lógica y de la máxima de la experiencia nos permiten el siguiente escenario de interpretación de valoración desde la perspectiva de la defensa: el señor Laureano que es la persona beneficiaria con el lanzamiento que finalmente no ha obtenido el lanzamiento, el señor Laureano ha dicho en sus declaraciones que fue su abogado el que le dijo que le había pedido 8 mil dólares el juez ..., él no ha señalado en forma asertiva que haya escuchado esa petición, él ha hecho inferencias, mi abogado, efectivamente se trataba de obtener el lanzamiento, habíamos aceptado, pero el maneja un lenguaje derivado de las informaciones del abogado Juan Polo, por lo tanto el criterio lógico se quiebra, el criterio de identidad, lo que dice Vargas Polo en forma así incriminatoria no es sostenido con base a lo que está en su declaración por Laureano Vargas no hay un criterio de identidad es más hay una regla de contradicción entre lo dicho por el señor abogado y el señor Laureano, el testimonio tiene que ser uniforme, coherente, estar en un flexo de indicación que no es el que se presenta acá con los testimonios ofrecidos entre el señor Vargas Polo y el señor Laureano, hay contradicciones si bien las contradicciones no son tajantes, las contradicciones no son determinantes para destruir el testimonio, pero sin embargo son contradicciones que

deben ser tomadas en cuenta conjuntamente con los otros elementos de prueba en su valoración y con los indicios y contraindicios que luego pondremos de manifiesto.

124:30:71

Las actas de transcripción. Efectivamente nosotros pedimos y estábamos urgidos que se escuche los audios y que se visionen los videos; para ver la forma como se hacen los cortes entre las peticiones o las afirmaciones de Vargas Polo y las frases que aparentemente son inconexas, son incoherentes, que da el juez ..., por ejemplo; audio N.º 1 (04 de julio) el abogado dice entre tantas palabras, señor magistrado mitad mitad, que le dice el juez ..., no se preocupe en un par de días, ¿qué cosa en un par de días?, porqué, "no se preocupe", en máxima de experiencia, ese es el comportamiento de un juez corrupto que solicita dinero, no que pide, no que recibe o acepta, que solicita, doctores. El juez que solicita dinero es un sujeto, es un facineroso, es un sujeto que está violando obviamente las normas que le vinculan con la Administración pública, acá existe un corte de nexo, nosotros íbamos a presentar una pericia de sonido y de audio en relación a esos soportes electrónicos lamentablemente, debido a que la fiscalía hizo el salto cualitativo, esos soportes electrónicos no fueron introducidos como prueba al proceso, la fiscalía sabia eso, no sé, probablemente, no lo sabía porque la fiscalía también estaba interesada en visionar y en escuchar, en el mismo audio el abogado Vargas Polo le dice; "si le gusta le traemos una parte", que es lo que dice el juez, "no se preocupe primero" ¿primero qué? nada más, se han editado las frases ¿primero qué? primero hay palabras pero sin embargo hay cortes, a nivel de discurso argumentativo, lamentablemente no haber tenido ese medio de prueba, esa fuente de prueba para ser objeto de control técnico científico ha impedido un derecho de defensa eficaz por parte de la defensa del magistrado acusado.

126:47:56

Audio N.º 2, 4 de julio 16:26; dice el abogado, yo en la mañana con mi cliente conversábamos, seguimos en lo mismo y no salen las cosas,

entonces le dice el juez, que le dice al juez, "no se preocupe de todas manera ahora" que venga; ah caramba, doctores máximas de la experiencia, acá hay cosas que faltan hay nexos de vinculación inexistentes, cuando uno ingresa a la universidad o pasa una prueba nos hacen un examen que se llaman palabras excluidas y nosotros tenemos que llenar, esto es así, estas actas de transcripción tienen ese problema lógico de incoherencia hay frases que han sido sacadas, editadas y fíjense señores magistrados lo que la señorita fiscal ha dado para la lectura son actas sumilladas, ¿ese sumillado estaba en el original? hay actas en la que están todas las palabras en bloque, y no se sabe quién dice una cosa y quien dice la otra cosa, a esa actas les pido a ustedes que revisen, también al igual que van a revisar las actas sumilladas, y detrás de eso hay una matriz, solo el señor Vargas Polo sabe que paso con esa matriz, las transcripciones sin sumillados, transcripción uno dos tres, lo que la señorita fiscal ha leído son transcripciones sumilladas, habría que comparar a lo mejor encontramos algunas sorpresas ahí. Muy bien, las actas fueron señores magistrados tachadas, en su oportunidad en el procedimiento disciplinario y están las resoluciones de OCMA que se declaran sobre la tacha planteada, no es cierto lo que dice la señorita fiscal, que no se colocaron medios impugnatorios contra esos videos contra esos soportes electrónicos, esto está en esta acta, en esta resolución N.º 23 de OCMA Unidad de Investigación y Anticorrupción, Resolución 23 del 24 de agosto del 2009 en la que específicamente se resuelve, dice primero confirmar. Presidenta

129:21:78

eso ha hecho leer usted en este momento abogado defensor no pero a nivel de discurso argumentativo de la defensa presidenta, pero cómo nosotros vamos a poder valorarlo, si no se ha oralizado ni se ha sometido a contradictorio.

ABOGADO DEFENSOR

Correcto presidenta

A ver

ABOGADO DEFENSOR

Pero a nivel de discurso de defensa estamos poniendo ya que fue un argumento de la señorita fiscal, había que responder ese argumento ¿verdad? había que responderlo, lo estoy respondiendo, hay actas; hay documentos de OCMA en la que se declara la tacha de estos documentos.

Continúo, gracias

130:01:00

En lo que concierne a las resoluciones emitidas por el juez, las resoluciones del 10 de junio, que dejan sin efecto una diligencia de lanzamiento ordenada por el juez anterior, con base a razones; la fiscalía pone entre dicho, pone en duda porque estas resoluciones, a su criterio, serian resoluciones que habrían condicionado al abogado y al señor Laureano a efecto de entrega de dinero.

La resolución del 10 de junio del 2008 deja sin efecto una diligencia de lanzamiento programada por la anterior jueza, ¿verdad? correcto, el argumento que está en esa resolución (que obra en autos) porque ha sido presentada, ofrecida, por el Ministerio Público, en esa resolución el fundamento es que existían sentencias expedidas por el sexto Juzgado de Lima, en un proceso sobre mejor derecho de propiedad y esos son los argumentos que le llevan al juez ... a evitar ese lanzamiento porque él pensaba, creía firmemente, que podría incurrir en prevaricato, y ¿si hay un mejor derecho de propiedad no obstante que estaba en fase de ejecución?, ese fue el parecer del juez ...

Pero acá viene un dato importante, el 8 de julio el juez vuelve a reprogramar la diligencia de lanzamiento, ojo doctores, el 4 de julio, se dan las grabaciones según dice el señor Vargas Polo, el graba el 4 de julio, el 4 de julio Vargas Polo dice: "señor mitad mitad, señor pero que pasa

tiene usted desconfianza", que es lo que buscaba el abogado, que el juez reprograme y miremos acá algo interesante el 8 de julio el juez da una resolución en la que reprograma una diligencia de lanzamiento, la señorita fiscal ha dicho pero porque va a reprogramar si hay una resolución que impedía esa reprogramación. Vayamos al siguiente dato, si el 4 de julio el abogado dice; señor juez 4 mil dólares a la entrega de la resolución y 4 mil dólares al momento de la ejecución de la resolución, máximas de experiencia, que pasó el 8 de julio, ha dicho el abogado, Vargas Polo que el 8 de julio o el 7 de julio el juez le pidió los 4 mil, ¿el 9 de julio le dijo señor abogado, ya está la resolución entrégueme los 4 mil?, donde esta eso, criterio lógico y máxima de experiencia, si el abogado Vargas plantea un escenario en el cual los 4 mil van al momento de la resolución y los otro 4 al momento del lanzamiento ya debieron entregarse los 4 mil dólares con OCMA o sin OCMA porque hay que tomar en cuenta con base al interrogatorio que el inmueble costaba 160,000 dólares y a esa fecha del debate ya costaba como 3 millones de dólares, Laureano no tenia 4 mil dólares, hay que pensar que no tenía, pero vayamos a este dato, si el 8 el juez ya saca la resolución porque no hay 4 mil dólares que las ofrezca el señor abogado porque ya se está dando la resolución ¿verdad? porque se espera hasta el 31 para ir a hacer la queja ante OCMA, porque, no hay hecho probado que OCMA, con anterioridad como dije hace un momento, haya iniciado un operativo el 4; además, que inusual que OCMA entregue una grabadora y una filmadora y no siente ningún acta, no haya ningún documento en OCMA y solamente tengamos la queja del abogado Vargas Polo el 31 de julio del año 2008. ¡Qué extraño, verdad!, y que extraño en esa lógica de resoluciones que el 31 de julio se produzca la tercera grabación y -ojo doctores- revisen ustedes el pequeño detalle, la tercera grabación el tercer audio no figura la hora de la grabación a diferencia de las otras grabaciones que si figuran 11:30, 4:20 pero en el tercer audio no hay hora de grabación, por la sencilla razón, que cuando los señores van a sentar la denuncia son las 4:30 de la tarde según el acta de transcripción de la queja, en qué momento OCMA entrega la grabadora la filmadora y en qué momento se produce la grabación ese es un gran enigma,

es un gran enigma lo cual deja sumamente inconsistente esta tercera grabación, el momento la oportunidad.

135:14:03

La prueba indiciaria, ¿qué es la prueba indiciaria? Ante ausencias de pruebas directas, pruebas materiales, pruebas testimoniales acudimos a las pruebas indiciarías, que nos ha dicho la señorita fiscal: que las pruebas indiciarías son los testimonios, son los documentos, son las actas, pero por favor eso ¿es prueba indiciaria?, eso es prueba, prueba directa

PRESIDENTA

A ver señor abogado ya está bien es lo que usted considera y díganos nomás a nosotros así sin hacer alusiones a que la Fiscalía lo ha dicho o no la ha dicho, es la posición de la señora fiscal si para ella ese testimonio es una prueba indirecta que va a probar un indicio es su tesis usted díganos cuál es la suya y continuamos ya.

ABOGADO DEFENSOR

Correcto, señorita vocal, el asunto es que yo considero que en el derecho penal tiene que haber rigor, y donde no hay rigor obviamente hay relato, hay reconstrucción.

Bien, los indicios, como todos sabemos son hechos periféricos hechos circunstanciales que rodean a la conducta típica, la conducta típica acá es solicitar ¿cuáles son esos hechos periféricos? La señorita fiscal nos ha dicho que es el hecho de reunirse con el juez. El hecho de la reuniones en las que se producen las peticiones no puede ser considerado un hecho periférico, forma parte de la conducta típica que la fiscalía imputa, porque como podría darse la solicitud sino es en una reunión, por lo tanto ese indicio de las reuniones, ese argumento de que las reuniones son indicios obviamente es un argumento inexacto; también dice la señorita fiscal que la familiaridad es un indicio, indicio de qué, ¿la familiaridad nos lleva mediante inferencias lógicas a entender que producto de esa familiaridad y de la reunión, el juez pidió 8 mil dólares?, donde está ese nexo, donde está ese razonamiento lógico, la señorita fiscal no

nos lo ha mencionado. Las cosas son claras, dice, cuando el juez señala vengan a las 4, en un caso específico, ese decirle vengan a las 4 estaban (tratando temas del proceso de lanzamiento de la reprogramación), ¿es un indicio que muestra que hay una petición de dinero?, es bastante deleznable ese argumento, que el acusado reprogramó dos veces y señalo otras dos tantas...

FISCAL

Los calificativos ya están, yo quiero dejar constancia y por favor que se discipline el abogado

PRESIDENTA

Sí, señor abogado volvemos a lo mismo el tema de deleznable, para usted puede tener un significado que no es atentatorio, para la señora fiscal si lo es, por eso yo le rogaría que en todo caso su argumentación se conduzca por los limites en que nosotros consideramos que sea correcto ya

ABOGADO DEFENSOR

Pero doctora por favor, deleznable está en el diccionario de la lengua, es débil...

PRESIDENTA

Lo mismo pasó cuando empezó el inicio de este juicio no, sobre la palabra de reunión y familiaridad, entonces cada cual le da a las palabras la interpretación que quiere, usted díganos cuál es su interpretación

ABOGADO

Pero no puede ser, cuando la señorita dijo por el juez es un sujeto peligroso, yo no dije nada, pero bueno ya estamos por terminar doctora, gracias

138:57:84

Otro hecho probado que la señorita fiscal, lo presenta como indicio, es que el juez reprogramó dos veces y señaló otras dos veces fecha de lanzamiento, ahí están las razones en sus resoluciones, porque se pro-

dujeron esas reprogramaciones y esos no lanzamientos, están ahí en los documentos, para que sean leídos y evaluados por ustedes, acá no hay nada de extraño ni de raro, si un juez tiene una resolución de la sala suprema en lo constitucional, y si tiene una sentencia de un juzgado, que hablan el primero según el recurso de amparo y el segundo sobre un derecho de mejor propiedad, el juez se encuentra en una situación de incertidumbre ¿qué hacer en esas circunstancias?: que proceda de todos modos el lanzamiento, esa es una opción de interpretación, el juez optó por otra interpretación eso no puede entenderse como un indicio de que había recibido o que iba a recibir o que probablemente estaba condicionando la entrega de los 8 mil dólares.

El otro indicio que plantea la señorita fiscal es el contexto de las conversaciones, la duración de las conversaciones y que eran en horario de las 4:00- 4:30 de la tarde, pero bueno bajo esas hipótesis podríamos hacer un muestreo de si suceden o no esas situaciones en los despachos judiciales y podríamos llegar a conclusiones que serían avasalladoras ¿verdad? Los jueces reciben también abogados en horarios que no son propiamente de 8 a 9 y esa es una práctica común, que no sea regular eso no implica que tenga un contenido delictivo para que a partir de ahí podamos derivar o inferir que lo que motivaban esas reuniones fuera de las 8 a 9 de la mañana implicaba la existencia de una propuesta de donativo.

140:54:64

Muy bien, cual es la operación lógico racional que la señorita fiscal saca, infiere, de estos indicios, los indicios como se ha dicho tienen que ser convergentes plurales no contradictorios tener razón suficiente y nos deben llevar a acreditar un hecho nuevo, el hecho nuevo que está en la imputación fiscal, entonces primero que haya reprogramado dos veces y que haya el juez, suspendido dos veces, el tema de la familiaridad a petición del abogado Vargas Polo, el tema de las reuniones con una duración, fuera de lo común, fuera dé lo regular y otros indicios que plantea la señorita fiscal ¿tienen fuerza, tienen entidad para a partir de allí decir que el juez solicitó dinero, es decir intimó a la entrega del dinero?

Desde la perspectiva de la defensa esos indicios no tienen la calidad de prueba indiciaría, por lo siguiente: contra indicios en el presente caso, primero en la reprogramación del 8 de julio no hubo entrega ni petición de dinero, la petición del dinero según los audios fue el 4 de julio, para el 8 de julio en que se reprogramó la fecha de lanzamiento, por un sentido lógico racional y por máximas de experiencia, tuvo que haber sido entregado los 4 mil dólares pero ni se entregó, ni el juez tampoco pidió, se torna evidente que la petición de los 4 mil dólares es un relato creado por el señor Vargas Polo. Segundo contraindicio, el lanzamiento del inmueble, el lanzamiento del inmueble ubicado en mesa redonda fue postergado antes o después del avocamiento del Juez, hasta ahora sigue esa situación de incertidumbre es un contraindicio que debe ser evaluado. Otro contraindicio, tenía el señor Laureano (un empresario), tenía capacidad económica para pagar 8 mil dólares, porque ellos dijeron —lo han dicho en sus declaraciones testimoniales— que se habían comprometido a entregar 8 mil dólares, bajo la idea de una petición como plantea la fiscalía, un hombre que maneja cientos de miles de dólares podía pagar 8 mil dólares, si, ese es un tema de máxima de experiencia, si estaba tan desesperado porque iba a perder su casa en la avenida Arequipa, en el análisis que hace todo empresario de costo beneficio, 8 mil dólares era un esfuerzo sumamente alto, o es que los señores tenían una moral muy alta que no podían, que incluso podían perder el inmueble, dar 8 mil dólares, ese es un tema de máxima de experiencia, quien está desesperado y más si ellos habían asumido como lo dijo el señor Laureano, nos habíamos comprometido a pagar 4 mil, entonces este contraindicio eran personas con escasos recursos económicos, de modo tal que no podían agenciarse de 8 mil dólares. Un último contraindicio, quien acude constantemente (tomando las palabras de la fiscalía y del señor Vargas Polo), quien acude en multitud de ocasiones a hablar con un juez, no se genera entre ellos una suerte de cercanía en el trato, cercanía en las conversaciones, no se genera entre ellos como se dice una familiaridad que es la que la señorita fiscal ha aducido en sentido negativo, la familiaridad ahí es porque constantemente el señor iba y se interesaba por la salud del señor juez, esto

de la familiaridad no puede considerarse un indicio en contra, sino al contrario un indicio en favor del juez, porque esta familiaridad entre comillas fue creada por el abogado.

145:50:42

Las reglas de la sana crítica doctores, diferencia al antiguo Código de Procedimientos Penales de la actual Justicia Penal Acusatoria, para los jueces no debe bastar el criterio de íntima convicción, para los jueces es necesario que todo lo sometan a la reglas de la sana critica ¿verdad? las leyes lógicas, el principio de identidad, esos testimonios guardan identidad, son contradictorios, existe razón suficiente en las testimoniales en las actas de transcripción las actas de transcripción permiten inferir que ha habido una petición. Cuando OCMA, dice, concluyendo, que por parte del juez se han manifestado expresiones inequívocas de avenirse a mostrar conformidad o complacencia, lejos de rechazar denunciar o reprobar aseveraciones del quejoso cuando se refiere a la entrega de 8 mil dólares ¿esto, que OCMA valora que OCMA llega a la conclusión, es suficiente para elevarlo a nivel de solicitud en materia penal, la primera mitad al expedirse la resolución que señala fecha proclamando la diligencia y la segunda al ejecutarse la medida esto tiene relación con la resolución en la que programa el juez fecha de lanzamiento?, criterios de máxima de experiencia ¿verdad? tal entrega, ojo lo que dice OCMA tal entrega se habría originado (en condicional) en la propuesta hecha por el investigado este se "habría" fue deber del Ministerio Público de acreditarlo. El Ministerio Público ha tomado las tesis del Órgano de Control, no ha agregado ningún argumento que eleve el habría a un grado de certeza que sea suficiente para configurar la existencia del ilícito penal acusado.

147:52:08

Entonces, las reglas de la sana crítica, suponen máximas de experiencias (como ustedes lo saben), reglas de la lógica y conocimientos científicos. Acá, señores magistrados, el término solicitar tiene un contenido, un significado y un significante, tiene un contenido preciso y tiene lími-

tes, eso tiene que ver con el método científico, eso tiene que ver con la ciencia del derecho penal, acá no vamos a hacer uso de creencias, uso de antipatías o simpatías, acá se trata de demostrar formación científica en el uso de los conceptos penales, no he escuchado por parte de la señorita fiscal el contenido del concepto solicitud, sin embargo en su acusación es bastante explícita, en su acusación escrita, cuando señala que el verbo solicitar significa, en forma bastante clara, dice, el verbo solicitar tiene una justificación de graduación de la pena en cuanto obra una actitud directa y provocadora del magistrado. Actitud directa y provocadora no ha sido demostrado señores, el dolo del verbo solicitar es un dolo de acción, es un dolo de un compromiso volitivo y un compromiso de conocimiento, igualmente el dolo de solicitar no se nota ni en las actas ni en lo que dicen los testigos en sus declaraciones.

149:19:84

Finalmente, dos puntos últimos, en materia de indicios puede haber errores ¿verdad? El error en la percepción del hecho indicante, que es lo que ha sucedido acá, se han considerado reuniones, se han considerado hechos de familiaridad, como indicios, no lo son, las reuniones forman parte de la configuración de un comportamiento típico, pueden haber errores en la conexión lógica entonces lo que se genera son relatos, son ficciones, son lecturas instrumentales que se pueden hacer sobre hechos que no tienen relevancia penal, la señorita fiscal finalmente cuando pide 15 años de pena, no dice porque pide 15 años de pena, no fundamenta el ilícito penal, no lo motiva, es una simple petición así como no motiva no expresa razones de congruencia interna y externa sobre el concepto solicitud, y cómo la solicitud con los medios de prueba tienen un engranaje lógico racional, tampoco la señorita fiscal dice porque pide 15 años de pena, el máximo de pena. Es decir, la argumentación fiscal, señores magistrados, ustedes evaluarán tanto en la parte sustantiva dogmática como en la parte de valoración de pruebas que la fiscalía aporta desde la perspectiva del Ministerio Público, es para no emplear la palabra que se me ha dicho que no emplee, es de argumentación mínima deficiente, por lo tanto señores magistrados con base a esas razones yo les pido a

ustedes que valorando los hechos probados y también los hechos no probados, valorando los dichos y colocando los dichos en su lugar, les pido que absuelvan de la acusación fiscal hecha por el Ministerio Público al juez. Muchas gracias.

CAPÍTULO IV
DELITOS DE CONVERGENCIA: COLUSIÓN ILEGAL-APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

I. COLUSIÓN ILEGAL

1. Las irregularidades en los procesos de contratación pública y el delito de colusión: relevancia penal o administrativa

1.1. Estudio crítico

Uno de los temas urgidos de tratamiento conceptual en la doctrina y de rigor en el abordamiento por parte de la jurisprudencia, es el de las implicancias jurídico-penales de las irregularidades administrativas en el marco de los delitos de infracción de deber. Irregularidades, en una gama diversa y múltiple, que acontecen, con marcada incidencia, en el tracto sucesivo de las contrataciones públicas, sin que hayan merecido la debida categorizacion acerca de su variada naturaleza jurídica y valoración sobre su entidad para constituir indicio o prueba que afirme hecho penalmente típico, lo cual permite entender que muchas de las decisiones judiciales en esta materia han sido dictadas bajo el rasero del entendimiento subjetivo que le merece al juzgador, esto es, sin rigor ni razonabilidad.

En el catálogo de delitos que exhibe el Código Penal, no es nada infrecuente la presencia de tipos legales que se asientan en una base administrativa de regularidades (por ejemplo el delito de apropiación ilícita) y también de irregularidades, a partir de las cuales se construye el ámbito de la relevancia penal. Es decir, el tipo penal necesita que se determine la existencia de actuaciones o actos administrativos como presupuesto para activar las tipificaciones penales, las que se tornarían

insubsistentes de no tener dicho engarce de origen. Ello pasa por ejemplo en el delito de Colusión (en sus dos modalidades), Interés Indebido en Contrataciones Públicas, Malversación de Fondos, entre otros.

Los delitos construidos legislativamente con un entramado (de base) de naturaleza estrictamente administrativa, sin la cual es impensable jurídico-penalmente la existencia de los delitos de infracción de deber, presuponen, por parte del operador jurídico un complejo ejercicio de valoraciones de lo que sucede —regular o irregular— en dicho entramado, en tanto datos de interés a utilizar en el proceso de construcción de la imputación penal. El punto es que no toda irregularidad merece igual conceptualización de relevancia. Las hay aquellas que trascienden la simple irregularidad para proyectarse y engarzarse con las exigencias de la norma penal, como aquellas que se cierran en sí mismas y definen un esquema de carencia de interés desde las exigencias de la norma penal. En este cruce y decantación de significatividades de interés penal es donde descansa la habilidad del operador jurídico para no incurrir en subjetividades y por lo mismo en arbitrariedad.

En el marco del delito de Colusión, dichas actuaciones administrativas, ya se trate del curso normal del procedimiento o propiamente de decisiones en las que el funcionario público, impulsa, decide o dispone escenifican un marco de interacciones en las que (i) el funcionario o servidor público defrauda expectativas normativas; (ii) el contratista o interesado incurre en anomalías —de polifacética gama— que necesitan ser valoradas para destacar su interés penal, inocuidad o irrelevancia para los fines de articular la imputación penal en función al hecho cometido. Numerosas son las sentencias (a nivel nacional) que han valorado las actuaciones administrativas irregulares o los actos irregulares de los *extraneus*, y elevadas a la condición de indicios para validar el proceso de configuración de la prueba indiciaria, en tanto sustento de condena, sin que ello haya supuesto aplicar criterios de razonabilidad razonamientos de rigor y lo que es peor sin sustentar la racionalidad o trabazón lógica de las mismas con las exigencias del tipo penal especial.

Precisamente de ello trata el presente caso, en el cual el descubrimiento de hallazgos —léase irregularidades— por parte del Informe Especial de Contraloría de la República, en la pavimentación de la calle Kennedy y de los Parques (de los Pueblos Jóvenes) Micaela Bastidas y Francisco Cabrera del Distrito chiclayano de José Leonardo Ortiz, sirvió para que la Fiscalía le atribuya a un conjunto de funcionarios ediles (alcalde y miembros de los comités de adjudicación) y representantes de los contratistas encargados de la pavimentación la comisión del delito de Colusión. Es este un caso procesalmente de muchas enseñanzas tanto en lo conceptual, procedimental, argumentativo, como en lo valorativo y sobre todo en la estimación negativa que hizo (en dos ocasiones) la Sala Penal Superior de Chiclayo sobre un conjunto de irregularidades sucedidas durante el proceso de selección como por igual durante la ejecución de las obras. Pese a las argumentaciones de la defensa (del Alcalde, de los funcionarios y de los contratistas) acerca de que las irregularidades por si solas no configuran delito (de colusión) y que esta figura penal exige tener por acreditados los actos ilegales de concertación, único comportamiento típico, el colegiado condenó a los involucrados teniendo como referentes principales la existencia de una sentencia de conformidad de dos miembros del Comité Especial que aceptaron culpabilidad y con base al criterio que no era posible entender las numerosas irregularidades si no era desde la perspectiva de que se habían producido actos colusorios, es decir que estos podían ser presumidos.

El contradictorio fue arduo, las numerosas irregularidades (inherentes al proceso de selección) en las que incurrieron los contratistas y las omisiones de los funcionarios fue ampliamente debatido. El juego de pericias y el intenso debate pericial sucedido en varias sesiones de audiencia dejó en claro que el tema probatorio de fondo no estaba orientado a dejar por acreditado la mala calidad de las obras de pavimentación sino a demostrar que hubo un apartamiento de las bases del Expediente técnico, esto es, un defecto formal. Los peritos de Contraloría fueron enfáticos en reconocer que se discutía el número de capas empleadas en el pavimento (advertidas en las calicatas) no así la calidad

del mismo. Los peritos de parte replicaron señalando que la calidad de la obra era superior a la del expediente técnico y que se había empleado un método de mayor factura en la pavimentación. De nada valieron dichas razones técnicas, la Sala Penal de Chiclayo igual condenó, en el primer juicio a 6 años al Acalde en el segundo juicio a 10 años y penas menores a los otros funcionarios y contratistas.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (ejecutoria de fecha veintiséis de Marzo dos mil catorce) declaró nula la primera sentencia y dispuso la actuación de varios medios de prueba omitidos. En una segunda decisión (ejecutoria de fecha 21 de enero de marzo dos mil quince), apelada la segunda sentencia condenatoria (del 11 de setiembre de 2014), la Sala Penal Suprema, en mayoría, se pronunció declarando la absolución de los procesados, jugando un papel de primera importancia en esta orientación la posición de la Primera Fiscalía Suprema que fijó un criterio dogmático-procesal especialmente ilustrativo. En efecto, dicha Fiscalía al pedir la absolución de los condenados, consideró que "si bien se advierten irregularidades durante el proceso de adjudicación de las obras, en el presente caso no se advierten elementos probatorios que acrediten la existencia que ha existido concertación defraudatoria" entre los funcionarios ediles y los representantes de las empresas constructoras. La Sala Penal Suprema sentó jurisprudencia ilustrativa de alto valor al diferenciar entre las irregularidades determinantes que denotan concertación fraudulenta de las irregularidades que no tienen esa denotación, al considerar que: "no existe prueba suficiente, *primero*, para sostener la presencia de serias irregularidades en el proceso de adjudicación y ejecución de las dos obras cuestionadas, que denotarían algún tipo de concertación fraudulenta: la base probatoria es débil y la pericia institucional no es lo suficientemente convincente frente a las pericias de parte y a las testificales de descargo. *Segundo*, de hecho pueden existir algunas irregularidades en la primera etapa del proceso de licitación —no necesariamente en su ejecución—, pero estas no son determinantes ni denotan con claridad que se optó por las empresas de los imputados Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña en perjuicio de una correcta función pública y del interés económico de la Administración

Municipal. *Tercero*, en la línea de cargos no se especifica quién fue el que se concertó con los interesados, cómo lo hizo y en qué fase del procedimiento de contratación pública o ejecución se perpetró —el propio Fiscal Supremo destaca la vaguedad de la acusación fiscal—. *Cuarto*, la negativa de los imputados recurrentes en modo alguno ha sido enervada, por lo que subsiste plenamente la presunción de inocencia"

Mención aparte merece las declaraciones de los condenados mediante sentencia de conformidad, que depusieron como testigos impropios, sosteniendo que el alcalde manejaba la obra y que ellos solo regularizaban lo avanzado. Los dos miembros del Comité Permanente que se auto inculparon, reconociendo culpabilidad al inicio del primer juicio, al ser llamados a declarar y a confrontarse, señalaron que ellos nunca incurrieron en delito y que se declararon culpables por temor al juicio y a la exposición mediática. La defensa del alcalde instó la atención de los jueces superiores sobre estas declaraciones, pues se habría condenado a personas en quienes no concurrían las exigencias del delito de Colusión. No hubo respuesta de los jueces superiores. Nuevamente aquí como en el primer caso, el cuestionable profesionalismo de fiscales y jueces llevó a condenar a funcionarios violentando el principio de legalidad y la presunción de inocencia.

1.2. Documentos

1.2.1. Ejecutoria suprema que absuelve de la acusación fiscal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.° 2683-2014
LAMBAYEQUE

Lima, veintiuno de enero de dos mil quince.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados Javier Alejandro Castro Cruz, Junior Osias Santa Cruz Acuña, Boris Sánchez Quispe, Darío Acuña Peralta Y José Ricardo Silva Sánchez, así como el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción contra la sentencia de fojas seis mil cuatrocientos cincuenta y seis, del once de setiembre de mil catorce, que condenó a: **1.** Javier Alejandro Castro Cruz – Alcalde de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a diez años de pena privativa de libertad e inhabilitación de dos años. **2.** José Ricardo Silva Sánchez – Director de Infraestructura Y EX MIEMBRO DEL Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz- como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a ochos años de pena privativa de libertad y dieciocho meses de inhabilitación. **3.** Boris Sánchez Quispe- ex miembro del Comité Especial de Obras y ex Liquidador de Obras de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz - como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a seis años de pena privativa de libertad y un año de inhabilitación. **4.** Darío Acuña Peralta- representante legal de la empresa Keint Construcciones Sociedad de Responsabilidad Limitada- y Junior Osias Santa Cruz Acuña- Representante legal de la empresa Siglo XXI- como cómplices del delito de colusión en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de José Ortiz a cinco años de pena privativa

de libertad. **5.** En todos los casos fijó en veinte mil nuevos soles por concepto de reparación civil que los imputados pagarán solidariamente a favor de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz. Oído el informe oral. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

1. De la sentencia de instancia recurrida

Primero. que la sentencia de instancia declaró probado que en el año dos mil dos los encausados Castro Cruz (alcalde), Silva Sánchez (Director de Infraestructura y ex miembro del Comité Especial Permanente de Adjudicación de obras), César Ñañez Camizán (miembro del citado Comité) y Guzmán Liñán, así como los sentenciados Junior Osías Santa Cruz Acuña y Acuña Peralta (representantes legales de las empresas, Siglo XXI y Keint Construcciones, respectivamente) participaron en el otorgamiento de la buena pro en agravio de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz de dos obras, materia de las Adjudicaciones Selectivas número cero doce guión dos mil dos guión MDJLO y número cero dieciséis guión dos mil dos guión MDJLO. Respecto a la primera adjudicación: "pavimento flexible del perímetro de los parques de los Pueblos Jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera", por la suma de doscientos veinticinco mil cuatrocientos ochenta y dos punto diecisiete nuevos soles y un adicional de treinta y siete mil novecientos noventa y ocho punto noventa nuevos soles, no se cumplió con el requisito de invitación a por lo menos tres postores y, además, se pagó el contratista "Empresa Siglo XXI", a cargo de Santa Cruz Acuña, sin que se haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas. Son responsables, además, entre otros, el Alcalde Castro Cruz, el Director de Infraestructura Silva Sánchez, miembro del Comité Especial de Obras y Ex Liquidador de Obras Sánchez Quispe. En cuanto a la segunda Adjudicación: "pavimentación flexible de la calle Kennedy, entre las Calles San Antonio y Chiclayo", por la suma de cuatrocientos cuarenta y ocho mil quinientos sesenta y cinco punto cincuenta y dos nuevos soles, no se realizó bajo los criterios de calidad, costo y

eficiencia; además, no se cumplió con el requisito de invitación a, por lo menos, tres postores, se utilizó documentación falsa de uno de los supuestos postores y, por ello, se benefició ilegalmente a la contratista "Keint Construcciones Sociedad de Responsabilidad Limitada", a cargo del encausado Acuña Peralta, y se incurrió en irregularidades en la ejecución de la obra. Son responsables, además, los miembros del Comité de Especial de Adjudicaciones Juárez Camizán, Sánchez Quispe y Ñañez López.

2. De los puntos impugnativos

Segundo. Que la defensa del encausado Castro Cruz en su recurso formalizado de fojas seis mil quinientos cincuenta insta su absolución. Alega que se vulneraron las garantías de legalidad y motivación; que se le condenó sin que exista prueba suficiente; que existen declaraciones contradictorias y no corroboradas de los condenados conformados Juárez y Guzmán Liñán; que no se determinó el grado de participación de su patrocinado, ni un vínculo o cercanía con los representantes de las empresas comprometidas; que no se valoró los contra indicios y pruebas de descargo; que, por tanto, no se enervó la presunción de inocencia.

Tercero. Que la defensa del encausado Silva Sánchez en su recurso formalizado de fojas seis mil seiscientos treinta y tres solicita su absolución. Arguye que se vulneró el debido proceso pues fue condenado sin que exista acusación fiscal; que no se acreditó la responsabilidad que se atribuye a su patrocinado en el delito en cuestión; que los elementos de prueba confirman su inocencia, lo que no ha sido valorado por la Sala; que su curriculum vitae ha sido considerado en la sentencia sin que se someta a debate.

Cuarto. Que la defensa del encausado Sánchez Quispe en su recurso formalizado de fojas seis mil seiscientos cuarenta y siete pide su absolución. Aduce que se vulneró la legalidad penal; que existen vicios procesales, como que el juicio oral se inició sin previa acusación fiscal que determine el rol que realizó en el delito atribuido; que solo existe el Informe de Contraloría, el que no es un examen técnico científico que acredite que se coludió con sus coimputados para defraudar al estado;

que no existen elementos de cargo en su contra; que incluso se le ha impuesto una pena desproporcionadamente alta.

Quinto. Que la defensa de los encausados Santa Cruz Acuña y Acuña Peralta en sus recursos formalizados de fojas seis mil quinientos setenta y siete y seis mil seiscientos cinco, respectivamente, insisten en su inocencia. Acotan que se vulneró el debido proceso y fueron condenados por hechos no comprendidos en la acusación; que el hecho es atípico porque no se acreditó con qué funcionarios habrían concertado; que no existe el elemento típico de lesión al patrimonio del Estado; que al delito ya había prescrito cuando se emitió sentencia; que se les ha impuesto una pena superior a la anteriormente impuesta violándose la interdicción de la reforma peyorativa.

Sexto. Que la Procuraduría Pública del Estado en su recurso formalizado de fojas seis mil seiscientos noventa requiere se aumente la reparación civil a quinientos mil nuevos soles. Argumenta que la reparación civil no es proporcional con el daño ocasionado; que además debe disponerse la restitución del monto defraudado, que alcanza a la suma de novecientos setenta y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho punto ochenta y ocho nuevos soles.

3. Del dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal

Séptimo. Que el señor Fiscal Supremo en su dictamen de fojas ochenta y dos del cuadernillo de nulidad es de opinión que todos los imputados recurrentes deben ser absueltos. Según la Fiscalía no se advierten elementos probatorios que acrediten la existencia de concertación defraudadora. Si bien fluyen irregularidades en el procedimiento de adjudicación de las obras, ello no hace responsable a los imputados del delito de colusión. Los sentenciados conformados Juárez Camizán y Guzmán Liñán no señalaron a los funcionarios que se habrían coludido con los representantes de las empresas cuestionadas. El Informe Especial de Contraloría concluyó que se realizó las adjudicaciones sin cumplir con los requisitos para el otorgamiento de la buena pro. Empero, no indica que exista concertación entre los intervinientes, más aún constan subsanaciones irregulares, lo que coincide con lo expresado

por los sentenciados conformados, quienes solo sindican al exalcalde como la persona que les señalaba las acciones que tenían que realizar para subsanar las omisiones que se presentaron durante el proceso de adjudicación de las obras. Respecto a la resolución del contrato por parte del encausado Castro Cruz, dicha conducta no conlleva el delito de colusión pues es irrelevante en términos de imputación penal, más aún si el Informe Especial de Contraloría indica que las obras han sido canceladas hasta el setenta por ciento de su avance. La acusación fiscal —enfatiza el señor Fiscal Supremo— solo señala que los servidores públicos se coludieron con Santa Cruz Acuña y Acuña Peralta para el otorgamiento de la buena pro. Empero, no sustentó a través de qué actos o en qué momentos se dio la colusión y cuáles son los elementos de convicción que llevan a dicha convicción.

4. Del examen de los puntos impugnativos

Octavo. Que, en función a los dos cargos objeto de condena, el Informe Especial de la Contraloría de fojas treinta puntualiza lo siguiente: **1.** En lo atinente a la primera adjudicación: "pavimento flexible del perímetro de los parques de los Pueblos Jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera", se advirtió, en la etapa de otorgamiento de la Buena Pro, el Comité especial Permanente no cumplió con el requisito de invitar por lo menos a tres postores, no se exigió a los postores el presupuesto detallado por partidas con los precios unitarios, así como el desconsolidado de los porcentajes de gastos generales y utilidad; todo lo cual favoreció a Keint Construcciones Sociedad de Responsabilidad Limitada. De otro lado, en la etapa de ejecución del contrato, se canceló al contratista sin que se haya alcanzado la meta física, con un perjuicio de trescientos mil doscientos cincuenta y siete punto sesenta y un nuevos soles; y, de los ensayos de laboratorios, se apreció la existencia de diferencias entre el expediente técnico y la obra construida al punto de verificarse que la profundidad de las excavaciones y el espesor de las capas de estructura del pavimento no alcanzan las medidas propuestas ni la calidad requerida. **2.** En lo concerniente a la segunda adjudicación: "pavimentación flexible de la calle Kennedy, entre las Calles San Antonio y Chiclayo",

se estableció, en la etapa de otorgamiento de la Buena Pro, que no se invitó a por lo menos tres postores, que se presentó documentación falsa, las bases administrativas fueron deficientes y se incumplieron por el constructor "Empresa Siglo XXI", la cual ni siquiera estaba habilitada para concursar. Por otra parte. En la etapa de ejecución del contrato, se canceló a los contratistas sin que se haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas —el monto asciende a doscientos seis mil doscientos noventa y siete punto treinta y tres nuevos soles—; y, de los ensayos de laboratorio, se determinó que la profundidad de las excavaciones y el espeso de las copas de la estructura del pavimento no alcanzan las medidas propuestas ni la calidad requerida en el expediente técnico; además, el contrato fue resuelto sin seguir las disposiciones vigentes y se cancelaron las valorizaciones de obra en prejuicio del municipio.

Noveno. Que la pericia contable oficial de fojas dos mil seiscientos cincuenta y dos concluyó que el perjuicio global, en el que se incluye una obra no objeto de imputación, solo alcanzó la suma de doscientos cincuenta y ocho mil setecientos dieciocho punto once nuevos soles —comprende deficiente o no ejecución de partidas—. La pericia de ingeniería civil de pavimentación flexible del perímetro de los partes de los PP.JJ. Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, de fojas tres mil trescientos sesenta y tres —ratificado plenarialmente a fojas cinco mil novecientos veintinueve—, suscrita por un perito de parte, señaló que el material afirmado empleado en la pavimentación de los parques cumple con las especificaciones contenidas en el expediente técnico; que de la inspección de la obra *in situ,* fluye que el pavimento se encuentra en condiciones buenas, y que la estructura del pavimento empleado viene respondiendo a la función estructural correspondiente al tráfico ligero para el cual fue diseñado. En igual sentido se pronuncia el Informe Técnico número cero veintidós punto dos mil siete guión ING punto CATS de fojas tres mil trescientos sesenta y nueve —ratificado plenarialmente a fojas cinco mil novecientos veinticinco— suscrito por otro perito de parte. La pericia solicitada por la Municipalidad agraviada de fojas tres mil trescientos noventa y seis – ratificada plenarialmente a fojas

cinco mil novecientos veintidós – da cuenta que las fallas de la carpeta asfáltica de la Avenida Kennedy no son estructurales y las localizadas se debe a una falta de mantenimiento pese al alto volumen de tránsito que soporta. Lo mismo sucede con la carpeta asfáltica de los parques de los Pueblos Jóvenes de Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, solo presenta fallas funcionales en forma localizada al disminuirse el porcentaje de asfalto RC guión doscientos cincuenta. En el acto oral, a fojas cinco mil novecientos setenta y cinco y cinco mil novecientos setenta y siete, las diferencias entre el perito de la Contraloría y los peritos de parte subsisten. Los peritos de parte insisten en que emplearon una metodología de análisis distinta al de la Contraloría, y que no se halló irregularidades en la obra realizada; insistieron en que existen dos capas, lo que fue negado por la perito de la Contraloría. El perito de parte afirmó que se utilizó material de mejor calidad al especificado, por lo que el grosor establecido no podía ser el mismo sino menor. Igualmente, que cuando se trata de tránsito ligero el grosor debe ser del ochenta por ciento y no del cien por ciento, solo requerido para tránsito pesado. Por último, los cuestionamientos del perito de Contraloría, según el perito de parte, no tienen consistencia porque se debió realizar mayor número de pruebas de campo. Por lo demás, los supervisores de la obra de pavimentación Sosa Montalvo y Ramos Chimpen afirman la corrección del proceso de construcción y el cumplimiento a las especificaciones técnicas [fojas mil seiscientos cincuenta y seis y cinco mil doce; y, fojas mil setecientos sesenta y nueve y cuatro mil novecientos noventa y dos, respectivamente].

Décimo. Que, en pureza, los cuestionamientos a la etapa de construcción de las obras cuestionadas, afirmados por la Contraloría General de la República, han sido refutados por las pericias de parte y, específicamente, esclarecidos en el debate pericial antes citado. En todo caso, no existe prueba categórica que lo realizado infringió el expediente técnico o fue de un nivel técnico dolosamente inadecuado para las exigencias de unas obras como las requeridas. No se puede afirmar, entonces, que en la etapa de ejecución de la obra, mediaron actos irregulares y, por ende, de la presencia de indicios de una concertación punible. En esa

perspectiva, asimismo, la pericia contable, según su fuente de análisis contable, carece de consistencia, al no ser compatible con las pericias de parte y tener como única referencia básica la pericia de la Contraloría.

Décimo Primero. Que de otro lado, Ñañez López —miembro de Comité de Adjudicaciones— en su declaración plenarial de fojas cinco mil novecientos dieciocho, afirma la regularidad del proceso y que se convocó a tres postores, así como que no conocía al acusado Acuña Peralta, como aparece de la confrontación plenarial de fojas cinco mil novecientos veintidós. De igual manera, el encausado Sánchez Quispe, otro miembro del Comité, en su declaración plenarial de fojas cinco mil ochocientos ochenta y dos, ratifica la corrección del procedimiento de adjudicación y, sobre las irregularidades atribuidas, solo conoce del cuestionamiento de la contraloría sobre que un postor del concurso desconocía su firma. Sostiene que el alcalde Castro Cruz no le ordenó que diera la buena pro a un concursante determinado. En esa misma perspectiva, el empresario Ángel Alberto Lorren Palomino, titular de la firma IMPROCOMPSA, sostiene que participó en el proceso de selección número cero dieciséis guión dos mil dos, pero no ganó [declaración plenaria de fojas cinco mil novecientos sesenta y siete], de tal modo que este último cargo queda refutado. El Supervisor de Obras Guzmán Liñán (testigo impropio) en el acto a fojas cinco mil novecientos catorce dijo que no sabía que no se había realizado el concurso ni adjudicación —aunque luego contradictoriamente afirmó que se ratifica en su instructiva—. Lo primero importa una retractación de lo que expresó en su instructiva de fojas mil cuatrocientos cincuenta y cuatro, pues en esa ocasión procesal negó contundentemente la existencia de un concurso y del expediente técnico. Incluso en la confrontación plenarial de fojas cinco novecientos diecisiete con el Alcalde Castro Cruz, no le formula cargo alguno. Juárez Camisán —otro testigo impropio, Director de Infraestructura y Desarrollo Urbano, y presidente del Comité de Adjudicaciones— insiste en la ausencia de un procedimiento debido y que luego se completaba el expediente, pero recalca que se hacía sin mala intención. De la existencia de expediente técnico ha declarado

positivamente el Jefe de Estudios y Obras Muñoz Asenjo [fojas mil ochenta y uno y cinco mil dos].

Décimo Segundo. Que otras declaraciones y lo consignado en las pericias revelan que las obras no se concluyeron —se avanzaron al setenta por ciento—, por lo que tuvieron que completarse por la misma empresa que ganó la buena pro —previo concurso—, puesto que tenían toda la maquinaria y el equipo logístico. Así lo dice Reyes Neyra, el miembro del Comité de Adjudicaciones presidido por Morales Ferreira y Tapia Bances [instructiva de fojas mil quinientos ochenta y ocho y declaración plenarial del juicio anterior de fojas cuatro mil novecientos cuarenta y uno], así como su compañero en el Comité Tapia Bances [instructiva de fojas mil seiscientos cuatro y declaración plenarial de fojas cinco mil novecientos sesenta y nueve] y el presidente del Comité Morales Ferreyra [instructiva de fojas mil seiscientos siete]. El alcalde de ese momento, Carlos Enrique Morales Sosa, confirmó que las obras no se concluyeron y solo llegaron al setenta u ochenta por ciento, que firmó el contrato subsiguiente luego del otorgamiento de la Buena Pro; que algunas obras no se terminaron de pagar, hecho que descarta toda posibilidad de concertación fraudulenta. Los empresarios imputados señalaron que las obras, en un primer momento, no se concluyeron por falta de liquidez de la Municipalidad, pero se cumplieron las exigencias del expediente técnico y hubo un concurso de postores; incluso, en un segundo momento cuando se completó lo faltante ante el llamado de la Municipalidad a un nuevo concurso para la conclusión de las obras [instructiva de fojas mil seiscientos cincuenta y dos y declaración plenarial de fojas cinco mil ochocientos setenta y siete; e, instructiva de fojas dos mil treinta y uno y declaración plenarial de fojas cinco mil veintisiete]. De la falta de liquidez en la Municipalidad declara en ese mismo sentido el exalcalde Castro Cruz. Ello se produjo —anota— debido a problemas en el manejo presupuestal y la presencia de situaciones de atención inmediata —las obras empezaron su ejecución a mediados del año dos mil dos—. Sostiene que las imputaciones en su contra del personal municipal —en un inicio de parte de Juárez Camizán y Guzmán Liñán— se debieron a problemas

en el pago de remuneraciones. Recalca que el proceso de adjudicación contó con el expediente técnico —no podía iniciarse si faltaban—.

Décimo Tercero. Que, en consecuencia, no existe prueba suficiente, primero, para sostener la presencia de serias irregularidades en el proceso de adjudicación y ejecución de las dos obras cuestionadas, que denotarían algún tipo de concertación fraudulenta: la base probatoria es débil y la pericia institucional no es lo suficientemente convincente frente a las pericias de parte y a las testificales de descargo. Segundo, de hecho pueden existir algunas irregularidades en la primera etapa del proceso de licitación —no necesariamente en su ejecución—, pero estas no son determinantes ni denotan con claridad que se optó por las empresas de los imputados Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña en perjuicio de una correcta función pública y del interés económico de la Administración Municipal. Tercero, en la línea de cargos no se especifica quién fue el que se concertó con los interesados, cómo lo hizo y en qué fase del procedimiento de contratación pública o ejecución se perpetró —el propio Fiscal Supremo destaca la vaguedad de la acusación fiscal (folio nueve de su dictamen)—. Cuarto, la negativa de los imputados recurrentes en modo alguno ha sido enervada, por lo que subsiste plenamente la presunción de inocencia.

Décimo Cuarto. Que es cierto que la persona de Oscar Segundo Torres Alabrín en su manifestación policial de fojas doscientos veinte indicó que existen formularios y demás documentación que no le pertenece, al igual que su firma, y Registro de Contratista —se presentó, incluso, uno caducó—; y, tampoco le corresponden el sello y firma de dos circulares. Esa manifestación la ratifica, no en el acto oral como se indica en la sentencia de instancia, sino en su testifical sumarial de fojas mil seiscientos sesenta y seis. Empero, esa afirmación aisladamente no puede ser calificada de medio de prueba que a su vez contenga un elemento de prueba conducente de un indicio grave de concierto defraudador. Primero, la testifical sumarial solo se oralizó en el juicio a fojas seis mil cuarenta, y a pedido del Fiscal; la prueba personal no se actuó convocando al testigo. Segundo, la falsedad frente a un testigo con interés en un concurso —ha participado en otras contrataciones públicas— no

puede afirmarse con su solo dicho, pues se requiere prueba científica que lo corrobore: pericia grafotécnica. Tercero, aun cuando mediara esa falsedad documental, no puede inferirse unívocamente que tal situación se debió a un concierto del postor ganador y el Comité o terceros; faltaría prueba adicional que permita sostener tamaña conclusión.

Décimo Quinto. Que los recursos defensivos, centrados en el juicio histórico, deben estimarse y así se declara. Esto último, ante la conclusión de inocencia a la que se arriba, impide analizar la responsabilidad civil y mucho menos la necesidad de debatir si su monto era proporcional o no: no hay daño probado. De igual manera, no es dable examinar la presencia de vulneraciones a determinados derechos fundamentales procesales de los imputados frente a una conclusión absolutoria. Cabe recalcar, eso sí, que no es posible imponer una pena mayor a un acusado que recurrió en el juicio anterior y no lo hizo el Ministerio Público, pues ello importa una clara vulneración del *ne bis in ídem* y del propio derecho al recurso.

DECISIÓN. Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I.** Por mayoría, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seis mil cuatrocientos cincuenta y seis, del once de setiembre de dos mil catorce, que condenó a: **1.** Javier Alejandro Castro Cruz —Alcalde de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz— como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a diez años de pena privativa de libertad e inhabilitación de dos años. **2.** José Ricardo Silva Sánchez —Director de Infraestructura y ex miembro del Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz— como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a ocho años de pena privativa de libertad y dieciocho meses de inhabilitación. **3.** Boris Sánchez Quispe —ex miembro del Comité Especial de Obras y ex Liquidador de Obras de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz— como autor del delito de colusión en agravio de dicha Municipalidad a seis años de pena privativa de libertad y un año de inhabilitación. **4.** Darío Acuña Peralta —representante legal de la empresa Keint Construcciones Sociedad de Responsabilidad Limitada— y Junior Osias Santa Cruz

Acuña —representante legal de la empresa Siglo XXI— como cómplices del delito de colusión en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz a cinco años de pena privativa de libertad. **5.** En todos los casos fijó en veinte mil nuevos soles por concepto de reparación civil que los imputados pagarán solidariamente a favor de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz.

II. Reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por el referido delito y en agravio de la indicada Municipalidad Distrital. En consecuencia, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente respecto de todos ellos, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales.

III. **MANDARON** se levanten las órdenes de ubicación y captura dictadas contra ellos, así como las demás medidas de coerción que se hayan emitido.

IV. **DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO.

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS

Primero: El Ministerio Público es la institución constitucionalmente encargada de la titularidad de la acción penal. Bajo los principios de unidad y jerarquía el pronunciamiento de la última instancia fiscal confirma, modifica o desautoriza el de las instancias previas.

Segundo: Mediante dictamen numero mil setecientos cinco guion dos mil catorce el señor fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se absuelva a los encausados de los cargos imputados en la Acusación Fiscal, lo que equivale al desistimiento de la pretensión punitiva; por lo que, la persecución penal no puede extenderse sin el titular de la acción penal.

s.s.

SALAS ARENAS.

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA BARRIOS ALVARADO ES COMO SIGUE

Primero. La suscrita emite su voto al discrepar de sus colegas, pues considera que en el presente caso los actos de investigación recabados en sede policial y jurisdiccional, así como las pruebas actuadas en el juicio oral resultan suficientes y pertinentes para acreditar la responsabilidad penal de los encausados Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez, Boris Sánchez Quispe, Junior Osias Santa Cruz Acuña y Darío Acuña Peralta.

Segundo. Mediante sentencia de fecha once de setiembre de dos mil catorce, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se condenó a Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe, como autores, y a Junior Osias Santa Cruz Acuña y Darío Acuña Peralta, como cómplices primarios, por el delito contra la Administración pública en la figura de concusión en la modalidad de colusión, en agravio del Estado.

Tercero. Según la acusación fiscal se atribuye a los funcionarios y servidores de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque, que durante el año dos mil dos, Javier Alejandro Castro Cruz (exalcalde del distrito de José Leonardo Ortiz). José Ricardo Silva Sánchez (director de infraestructura – ex miembro del Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras), Boris Sánchez Quispe (ex miembro del Comité Especial de Obras y ex liquidador de Obras), César Ñáñez López (ex miembro del Comité); y los sentenciados Lorenzo Juárz Camizán (ex miembro del Comité) y Luis Alberto Guzmán Liñán, haberse coludido con los procesados Junior Osias Santa Cruz Acuña (representante legal de la empresa Siglo XXI) y Darío Acuña Peralta (representante legal de la empresa Keint Construcciones S. R. L.) en el otorgamiento de la buena pro de las siguientes obras: **1) Adjudicación Selectiva N.º 012-2002–MDJLO.** A la Empresa Constructora Siglo XXI S. R. L., representada por el procesado Santa Cruz Acuña, se le adjudicó la obra "Pavimento flexible del perímetro de los parques de los PP. JJ. Micaela Bastidas y Francisco Cabrera", por la suma de S/. 225 482,17 y adicional de S/. 37 998,90, habiéndose determinado por la Contraloría General de la República irregularidades en el otorgamiento de la buena pro por parte del Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras, integrado por los encausados Juárez Camizán, Silva Sánchez y Ñáñez López, precisando que no se cumplió con el requisito de invitación a por lo menos tres postores. Asimismo, que no se cumplió con lo estipulado en el ítem 9.6 b de las bases administrativas del proceso, además de otras irregularidades en la ejecución de esta obra durante el año 2002, irregularidades que se detallan en los anexos números 33, 34, 35 y 36 del Informe de Contraloría, en donde se señala, además, que se canceló al contratista sin que haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas. Finalmente, se señala que los responsables de la obra la dieron por resuelta sin que exista razón para ello. **2) Adjudicación Selectiva N.º 16– 2002–MDJLO.** En este proceso se otorgó la buena pro a la empresa Keint Construcción S. R. L., representada por el imputado Acuña Peralta para la realización de

la obra "Pavimentación Flexible de la calle Kennedy, entre las avenidas San Antonio y Chiclayo", valorizada en S/. 448 565,52, habiéndose determinado por la Contraloría General de la República, en el Informe Especial N.º 274 – 2005 – CG/ORCH, que no se realizó bajo los criterios de calidad, costo y eficiencia, apreciándose irregularidades en el otorgamiento de la adjudicación por parte del Comité Especial, integrado por los procesado Juárez Camizán, Sánchez Quispe y Ñáñez López, al no cumplirse con los requisitos de invitación a por lo menos tres postores, utilizar documentación falsa, sin haberse cumplido con el ítem 9.6 b de las bases administrativas del proceso, además de diversas irregularidades en la ejecución de esta obra durante el año dos mil dos; irregularidades que quedan detalladas en el anexo N.º 3 del Informe de Contraloría. Por otro lado, el órgano del control ha establecido que los responsables de esta obra la dieron por resuelta sin que concurran los requisitos legales para ello.

Cuarto. *Sobre el delito de colusión.* Cabe recordar que el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente al momento de los hechos, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: **i)** el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; **ii)** perjudicar a un tercero, en este caso, al Estado; y, **iii)** mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concerté con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes – el Estado y los particulares – está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; por lo que, en el presente caso, las pruebas deben estar orientadas justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros (extraneus) en la adjudicación respectiva.

Quinto. *Respecto de la responsabilidad de los encausados Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe.* La de-

fensa de los encausados han coincidido en centrar sus agravios alegando que los elementos de cargo resultan insuficientes para acreditar la responsabilidad de sus patrocinados. No obstante, para la suscrita dentro del caudal probatorio acopiado a lo largo del proceso, debidamente valorados en la sentencia recurrida, existen los elementos necesarios que permiten arribar a un juicio condenatorio. **5.1.** Como bien lo establece la sentencia recurrida en su fundamento sexto, si bien no existe prueba de cargo directa, como consecuencia de la naturaleza clandestina de estos delitos; no obstante, cabe recordar que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal pueda formularse sobre la base de prueba indiciaria. En el caso de autos se encuentra acreditado que los encausados Boris Sánchez Quispe y José Ricardo Silva Sánchez formaron parte del Comité Especial Permanente de Adjudicaciones de Obras de dicha comuna edil, juntamente con Lorenzo Juárez Camisán, y el exintegrante César Ñáñez López, conforme puede verse en la Resoluciones de Alcaldía N.º 600 – 2002, de fecha quince de mayo de dos mil dos, obrante a folios quinientos, relacionada con la adjudicación número 12–2002, por la ejecución de la pavimentación del perímetro de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, y la número 876–2002 de fecha 19 de julio de 2002, obrante a folios setenta y seis, relacionada con la adjudicación N.º 16–2002, respecto de la ejecución de pavimentación de la avenida Kennedy entre las calles San Antonio y Chiclayo, adjudicaciones en que ambas fueron suscritas por el encausado Javier Alejandro Castro Cruz, en su condición de alcalde distrital del referido distrito. **5.2.** Así también, se encuentra acreditada la responsabilidad de los referidos encausados Lorenzo Juárez Camisán y Luis Alberto Guzmán Liñán, quienes en el juicio oral reconocieron los cargos formulados por el Ministerio Público y se acogieron a los alcances de la conclusión anticipada prevista en la Ley veintiocho mil ciento veintidós, como puede verse de la sentencia expedida con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, obrante a folios tres mil seiscientos nueve. El primero de ellos, en su declaración de instructivo de folios mil trescientos ochenta y cinco reconoce que el comité de adjudicación no

ejercía sus labores, puesto que el alcalde (Javier Alejandro Castro Cruz) era quien realmente manejaba las obras, y que la función del Comité solo era regularizar los trámites para dotarla de una aparente legalidad, lo que se ve reflejado al momento de estructurar las bases administrativas, la misma que indebidamente se elaboraba cuando la obra se encontraba en ejecución y no en su etapa previa, conforme lo establece la legislación correspondiente. Esta versión fue ratificada en la diligencia de confrontación de folios mil novecientos cincuenta y nueve, en la que el testigo impropio Juárez Camisán encaró al encausado Javier Alejandro Castro Cruz respecto de los malos manejos en la adjudicación de las obras, y precisó que la obra de la calle Kennedy empezó a ejecutarse sin que exista presupuesto para la elaboración del expediente técnico, además agregó que cuando se iniciaba algún tipo de investigación eran convocados los del comité para brindar una versión uniforme. En ese mismo sentido, el ahora sentenciado Luis Alberto Guzmán Liñán —quien desempeñó el cargo de director de infraestructura y desarrollo urbano de la referida comuna—, en su declaración instructiva de folios mil cuatrocientos cincuenta y cuatro, reconoció que muchas de las obras se ejecutaron sin que exista adjudicación, el concurso correspondiente y el expediente técnico, hecho del cual tenía conocimiento el encausado Juárez Camisán; cita como ejemplo las obras de la avenida Kennedy y de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera. **5.3.** Estas irregularidades, reconocidas por los encausados Juárez Camisán y Guzmán Liñán en los dos procesos de adjudicación que forman parte de la imputación fáctica del Ministerio Público, han quedado evidenciados en el Informe Especial N.º 274 – 2005 – CG/ORCH, de fecha dos de setiembre de dos mil cinco, emitida por la Contraloría General de la República. En efecto, respecto de la adjudicación número 16 – 2002 – MDJLO, relacionada con la obra de pavimentación de la calle Kennedy entre las avenidas San Antonio y Chiclayo, dicha entidad advirtió que no se cumplió con el requisito de invitación a por lo menos tres postores, dado que se utilizó documentación falsa, pues si bien la comuna edil, mediante carta circular fechada el quince de agosto de dos mil dos, invitó a participar presuntamen-

te a la empresa INPROCONSA, con el oficio de folios ciento diez; al ingeniero Oscar Segundo Torres Alabrín, mediante oficio de folios ciento ocho, y a la Constructora Keint Construcciones S. R. L. con el oficio de folios ciento doce; sin embargo, un hecho relevante y que pone en evidente cuestionamiento el proceso de adjudicación es la información proporcionada por el presunto postor Torres Alabrín, quien ha referido ante los auditores que dicha documentación, expedida presuntamente por su persona, no le pertenece, por lo que desconoce contenido, sellos y firmas de los mismos, como puede verse en su declaración de folios ciento veinte, versión ratificada a nivel judicial en su declaración testimonial de folios mil seiscientos sesenta y seis, diligencia en la cual ratificó y negó su participación como postor en las cuestionadas adjudicaciones, además que resulta evidente que las firmas que aparecen desde folios ciento quince a ciento diecinueve no coinciden con la de su ficha de identidad de folios ciento veintidós, con lo cual queda en cuestionamiento la participación de dicho postor, siendo evidente el incumplimiento de lo previsto en el artículo ochenta y cinco del Decreto Supremo número trece guión dos mil uno guión PCM – Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Asimismo, la empresa favorecida incumplió con lo previsto en el ítem 9.6 b de las bases administrativas del proceso (véase folio cien), relacionado con la inclusión del presupuesto detallado por partidas con los precios unitarios del postor, así como el desconsolidado de los porcentajes de gastos generales y utilidad. Respecto de la adjudicación número 12 – 2002 – MDJLO, relacionada con la obra de pavimentación flexible del perímetro de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, también se advierte que no se cumplió con el requisito de invitación de por lo menos tres postores, dado que también se utilizó documentación adulterada durante el proceso, pues uno de los presuntos postores, Óscar Torres Alabrín, en su declaración de folios ciento veinte, desconoció su firma y sellos de la documentación obrante en el anexo treinta y dos desde folios quinientos cuarenta y dos a quinientos cincuenta y dos, versión ratificada a nivel judicial en su declaración testimonial de folios mil seiscientos sesenta y seis, diligencia en la cual

ratificó y negó su participación en las cuestionadas adjudicaciones, además que resulta igualmente evidente que las firmas que aparecen desde folios quinientos cuarenta y dos a quinientos cincuenta y dos, no coinciden con la registrada en su ficha de identidad de folios ciento veintidós, con lo cual queda en cuestionamiento la participación de dicho postor, siendo evidente en incumplimiento de lo previsto en el artículo ochenta y cinco d la legislación de la materia en referencia. Al igual que en el anterior proceso la empresa favorecida incumplió con lo previsto en el ítem 9.6 b de las bases administrativas del proceso (véase folio cien), relacionado con la inclusión del presupuesto detallado por partidas con los precios unitarios del postor, así como el desconsolidado de los porcentajes de gastos generales y utilidad; finalmente, también se advirtió que no se cumplió con el plazo previsto en el artículo ochenta y tres, en su tercer párrafo de la ley en referencia sobre el plazo entre la integración de las bases y la presentación de propuestas. Ante estas irregularidades, el Comité Especial Permanente, integrado por los encausados Boris Sánchez Quispe, José Ricardo Silva Sánchez, y Lorenzo Juárez Camisán, pese a dichas irregularidades otorgaron la Buena Pro a las empresas Keint Construcciones y Siglo XXI, obviando los presupuestos legales para ello, lo que denota un acuerdo previo a efectos de favorecer a estas empresas incumpliendo su deber especial. **5.4.** A ello se aúnan —como lo ha señalado la Contraloría General de la República— otras irregularidades en la ejecución de ambas obras, las mismas que no se efectuaron conforme con las especificaciones técnicas aprobadas y ofertadas, dado que según las muestras examinadas existe un déficit del componente mejoramiento de subrasante, y la inexistencia de la capa sub base en ambas obras; por tanto; resulta indebido el pago de las valorizaciones efectuadas a las empresas Keint Construcciones y Siglo XXI, puesto que existió un avance irreal de la obra y ello solo puede operar sobre la base de un concierto defraudatorio. Finalmente, se advierte que la resolución de contrato por mutuo acuerdo se efectuó si las condiciones legales exigidas en la normatividad en su artículo cuarenta y cinco, del Decreto Supremo número 012 –

2001 – PCM, todo ello con la finalidad de favorecer económicamente a las empresas constructoras cuestionadas.

Sexto. *Respecto de la responsabilidad de los encausados Junior Osias Santa Cruz Acuña y Darío Acuña Peralta.* Como se ha mencionado, ambos resultaron indebidamente favorecidos con las adjudicaciones números 12 – 2002 y 16 – 2002, respectivamente pues no se cumplió con las bases de adjudicación de los procesos para la pavimentación de la calle Kennedy y de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera; al que se aúna que durante la ejecución de ambas obras no cumplieron con las especificaciones del expediente técnico, y los funcionarios públicos procesados, sin amparo legal alguno, aceptaron resolver los contratos con la comuna edil, pese a que ambas obras se encontraban en su fase final, además de haberse favorecido con desembolsos de dinero que no justificaba el avance de la obra. Los representantes de ambas constructoras, en sus declaraciones, han negado cualquier vínculo con la comuna edil e inclusive, entre ambas empresas; no obstante, existen indicios suficientes que llevan a afirmar lo contrario; en ese sentido, obra la documentación registrada a folios trescientos noventa y siete, la misma que corresponde a la hoja de vida del encausado José Ricardo Silva Sánchez, quien consigna como experiencia laboral de julio a diciembre de dos mil dos, precisamente a la cuestionada empresa Keint Construcciones S. R. L., desempeñándose coincidentemente como asesor de obras públicas. En este periodo, la referida empresa obtuvo la adjudicación de la obra de la calle Kennedy también cuestionada; a ello se aúna que si bien en su hoja de vida dicho encausado no registró algún tipo de vínculo laboral con la empresa Siglo XXI, representado por el encausado Junior Osias Santa Cruz Acuña, no obstante en el Acta de Contratación de la obra de pavimentación de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, elaborado el tres de diciembre de dos mil dos, obrante a folios seiscientos cincuenta y cinco, dicho encausado Silva Sánchez queda consignado como representante de esta última empresa, suscribiendo dicho documento, advirtiendo por ello que coincidentemente es la misma obra en la cual participó como integrante del Comité Permanente y otorgó la

Buena Pro a la misma constructora Siglo XXI para la pavimentación de los referidos parques. Este encausado tiene una vinculación directa con el alcalde Javier Alejandro Castro Cruz, quien en juicio oral refirió que Silva Sánchez era su asesor, dada su experiencia en cuestión de obra, como puede verse de folios cinco mil novecientos treinta y uno; otro indicio es que coincidentemente ambas empresas otorgan facultades a la misma persona, Rosario del Pilar Chamba Gelacio, para que recabe los cheques girados por la referida comuna edil a favor de las empresas constructoras en cuestionamiento, como puede verse de folios ciento sesenta y nueve y seiscientos trece. Finalmente, el encausado Boris Sánchez Quispe y el testigo César Ñáñez López coincidieron en señalar que la invitación al encausado Acuña Peralta fue debido al buen trabajo que desarrolló en otras obras a favor de la municipalidad; pese a ello, el encausado Acuña Peralta, en juicio oral, negó haber sido favorecido con otra obra distinta a la adjudicación sobre la pavimentación de la avenida Kennedy y de un parque, pese a que esta última obra la buena pro lo obtuvo la Constructora Siglo XXI, empresa con la cual presuntamente el encausado Acuña Peralta no tenía ningún vínculo. Todo ello nos lleva a inferir la vinculación tanto de los representantes de ambas constructoras como con los funcionarios públicos de la municipalidad distrital.

Séptimo. Los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos tienen como característica intrínseca que se forman a partir de la infracción de un deber especial. La infracción del mismo lo convierte en autor por la posición que domina en relación con el deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Público. No obstante este tipo de delito admite la participación del extraneus quien no ostenta esa obligación especial, sino como partícipe (inductor o cómplice), ello sobre la base de la tesis de la unidad del título de imputación, la cual sostiene: **a)** que un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. **b)** El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autó-

noma de co ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal, y serán partícipes los que sin infringir el deber formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber.

Octavo. Bajo los lineamientos expuestos en el considerando anterior, en el presente caso se ha demostrado la responsabilidad de los funcionarios públicos de la comuna edil en calidad de autores, y bajo la tesis de la unidad de título de imputación de los extraneus, en este caso, los representantes de las empresas constructoras que deben responder en condición de cómplices. Resulta evidente que las constructoras Siglo XXI y Keint Construcciones fueron indebidamente favorecidas con los procesos de adjudicaciones directas 12 – 2002 y 16- 2002, respectivamente, convocados por la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, dado que existieron una serie de anomalías en el Comité Especial de dicha comuna, conformado por los encausados recurrentes Boris Sánchez Quispe y José Ricardo Silva Sánchez, orientados evidentemente a favorecer y direccionar el otorgamiento de las obras a favor de las empresas Siglo XXI y Keint Construcciones S. R. L., otorgando la buena pro a las referidas constructoras; es así que la máxima de la realidad nos permite revelar que dicho favorecimiento no es casualidad; como bien lo señalan los testigos impropios, estos dos procesos de adjudicación se encontraban bajo el control del encausado Javier Alejandro Castro Cruz, aprovechando su condición de alcalde distrital, de tal forma que el comité conformado por los encausados Boris Sánchez Quispe y José Ricardo Silva Sánchez, se encargó únicamente de revestir de presunta legalidad a dichos procesos, dejando de lado lo previsto en el artículo treinta y tres del Decreto Supremo número 013 – 2001 PCM; es por ello que se advierte un acuerdo clandestino entre los representantes de las empresas favorecidas y los funcionarios públicos; ello explica la celeridad con que se efectuaron los dos procesos de adjudicación, la omisión de cumplir con cursar la invitación o por lo menos tres postores, conforme lo exige la normatividad de la materia, llegando incluso al extremo de falsificar documentación de un presunto postor; a ello se aúna la omisión por parte del Comité Especial en la supervisión de la ejecución de la obra, dado que se efectuaron las obras sin cumplir

con las especificaciones técnicas, y la resolución de contrato de ambas adjudicaciones sin fundamento legal, pues el hecho de que el período edil culmine no es razón suficiente para resolver ambos contratos, pues se entiende que la nueva gestión debe continuar con las obligaciones asumidas por las anteriores gestiones, conforme lo establece la legislación de la materia, y como bien ocurrió luego en el presente caso. Asimismo, se tiene la versión de los testigos impropios Lorenzo Juárez Camisán y Luis Alberto Guzmán Liñán, quienes afirmaron que los procesos de adjudicaciones directas, tanto de la pavimentación de la avenida Kennedy como de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera, se realizaron sin tomar en cuenta lo establecido en la norma de la materia, además de sindicar al encausado Javier Alejandro Castro Cruz valerse de su cargo de alcalde distrital para manejar las adjudicaciones de las obras, y que el Comité Especial solo se limitaba a tratar de darle visos de legalidad a dichos procesos. Asimismo, los extraneus, en este caso los encausados Junior Osias Santa Cruz Acuña y Darío Acuña Peralta, ambos fueron beneficiados con la adjudicación de las dos obras en cuestionamiento, pese a que no cumplieron con las bases de dicha convocatoria, a lo que se aúna que luego de obtener la buena pro las dos constructoras, durante la ejecución del proyecto, no cumplieron con las especificaciones técnicas aprobadas y ofertadas, quedado en evidencia la inexistencia de la capa subbase. Que pese a que no existe base legal para resolver los contratos de ambos obras, los encausados, en común acuerdo con el alcalde, también encausado, Javier Alejandro Castro Cruz, firmaron la resolución del contrato coincidentemente de ambas adjudicaciones, lo que trajo como consecuencia un perjuicio para la comunidad, pese a que los avances de la obra se encontraban en su etapa final; finalmente se tiene la vinculación de los encausados representantes de dichas empresas con los funcionarios públicos pues, como se ha establecido, la persona de José Ricardo Silva Sánchez, antes y después de las adjudicaciones, mantuvo una relación laboral con ambas empresas, y esta misma persona era el asesor principal del referido alcalde, con lo cual el acuerdo clandestino efectuado en ambas

adjudicaciones ha quedado debidamente acreditado y, por tanto, la responsabilidad de los encausados.

Noveno. Respecto a la pena impuesta, es menester señalar que conforme con el principio de interdicción a la reforma en peor, no es posible imponer una pena superior a una anterior impuesta y que solo fue recurrida por los encausados; y cuando los hechos son graves y la pena debería ser superior, en respeto a tal principio, es menester imponer la pena que anteriormente les fue impuesta en la sentencia anulada (contra dicha sentencia solo recurrieron la defensa de los encausados y la defensa de la Parte Civil y esta Sala Suprema ordenó nuevo juicio oral, emitiéndose la sentencia que ahora es materia de grado).

DECISIÓN Fundamentos por los cuales, **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha once de setiembre de dos mil catorce, que condenó a Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe como autores, y a Darío Acuña Peralta y Junior Osias Santa Cruz Acuña como partícipes necesarios del delito contra la Administración pública, en la figura de concusión en la modalidad de colusión, en agravio del estado; además de la inhabilitación correspondiente a cada encausado en su condición de funcionario público, y al pago de veinte mil nuevos soles, monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados, de forma solidaria, a favor de la comuna edil; y **HABER NULIDAD** en el extremo que le impusieron a Castro Cruz diez años de pena privativa de libertad, a Silva Sánchez ocho años de pena privativa de libertad, a Sánchez Quispe seis años de pena privativa de libertad, y a Darío Acuña Peralta y Junior Osias Santa Cruz Acuña cinco años de pena privativa de libertad; y, **REFORMÁNDOLA**, impongo a Castro Cruz seis años de pena privativa de libertad, y a los encausados Silva Sánchez, Sánchez Quispe, Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; y con lo demás que contiene y los devolvieron.

S.

BARRIOS ALVARADO

1.2.2. Dictamen Fiscal Supremo

EXPEDIENTE N.° 67-2006
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
C.S. N.° 2683-2014
DICTAMEN N.º 1705-2014-MP-FN-1ªFSR

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por Sentencia de fs. 6456/6512, su fecha 11 de setiembre de 2014, falla: **CONDENANDO** a los procesados Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe como autores del delito Contra la Administración pública -Colusión-, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortíz, y como tal al primero le impusieron diez años de pena privativa de libertad, al segundo ocho años de pena privativa de libertad, y al tercero seis años de pena privativa de libertad, e inhabilitación respectiva a cada uno; y **CONDENAN** a los imputados Darío Acuña Peralta y Osías Junior Santacruz Acuña, como partícipes necesarios del delito Contra la Administración pública -Colusión Desleal- en agravio del Estado y Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortíz, y por ello les impusieron seis años de pena privativa de libertad, y fijaron, en veinte mil nuevos soles, el monto de la Reparación Civil que deberán pagar de manera solidaria con su co encausado García Bonilla a favor del agraviado.

I. RECURSO IMPUGNATORIO:

Contra esta Sentencia, el Colegiado a fs. 6694, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por el Abogado del procesado Javier Alejandro Castro Cruz, quien a fs. 6550/6567 argumenta que se ha vulnerado el principio de legalidad y debida motivación, ya que ha sido condenado sin que existan suficientes elementos de prueba que acrediten la responsabilidad del encausado, pues en su contra solo se tienen las declaraciones de sus co procesados Lorenzo Juárez Camizán y Luis Guzmán

Liñán, quienes incurren en contradicciones y no ha sido corroborada con otros elementos de prueba relevantes que acrediten que se haya coludido con sus co procesados para defraudar al Estado; asimismo, señala que no se ha determinado concretamente cual ha sido el grado de participación del imputado, como tampoco se ha logrado acreditar un vínculo amical o cercanía entre su patrocinado y los representantes de las empresas sub materia; de otro lado alega que la Sala ha omitido valorar los contraindicios y las pruebas de descargo que obran en autos; razones por las que considera que se le debe absolver de los cargos que pesan en su contra, ya que no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a su defendido.

Asimismo, se concedió el recurso impugnatorio planteado por el Abogado del encausado Junior Osías Santacruz Acuña y Darío Acuña Peralta, quien a fs. 6577/6603 y 6605/6631, refiere que se han violado las garantías del debido proceso, ya que han sido condenados por hechos que no han sido materia de Acusación Fiscal o acusación complementaría; asimismo, señala que el hecho imputado es atípico, ya que *no se ha logrado acreditar específicamente con qué funcionarios concertaron*, y porque no existe el elemento típico de lesión al patrimonio del Estado; por otro lado, refiere que no se ha tenido en cuenta que al momento de emitir la sentencia el delito se encuentra prescrito, por lo que no debió darse un pronunciamiento de fondo; además, argumenta que en caso de que a los procesados le corresponda una sentencia condenatoria, la Corte Suprema debe rebajar la pena impuesta, ya que no puede ser en peor a la fijada a los sentenciados Lorenzo Juárez Camizán y Luis Alberto Guzmán Liñán; por estas consideraciones refiere que su patrocinado debe ser absuelto de la imputación realizada en su contra, ya que no existen suficientes elementos de prueba que desvirtúen la presunción de inocencia que les asiste.

De igual manera, el Colegiado otorgó el Recurso de Nulidad presentado por el Abogado del imputado José Ricardo Silva Sánchez a fs. 6633/ 6645, quien señala que se ha vulnerado la garantía del debido proceso, ya que ha sido condenado sin que exista una acusación del Ministerio Público, mucho menos que se haya logrado acreditar su res-

ponsabilidad en el hecho imputado, por el contrario, los elementos de prueba obrantes en autos no hacen más que confirmar la inocencia de su patrocinado, sin embargo, la Sala ha omitido valorarlos. Asimismo, argumenta que la Sala para condenar a su patrocinado ha tomado en cuenta su Currículo Vitae, el cual atenta el principio acusatorio, ya que este no ha sido ofrecido como medio de prueba por parte de la Fiscalía y no ha sido sometido al contradictorio; razones por las que considera que debe declararse la nulidad de la sentencia y debe absolvérsele de los cargos imputados, pues, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste.

De la misma manera, se concedió el recurso impugnatorio presentado por el Abogado del procesado Boris Sánchez Quispe, quien a fs. 6647/6668 señala que se le ha vulnerado el principio de legalidad, ya que durante el proceso se han realizado vicios procesales, como es el hecho que se inició el Juicio Oral sin previa Acusación Fiscal que determine cuál era el rol que ha desempeñado en el hecho ilícito que se le imputa a su patrocinado; que en su contra solo existe el Informe de Contraloría, el cual no es un examen técnico o científico que acredite que el imputado se coludió con sus co procesados para defraudar al Estado; asimismo, refiere que no existen elementos de prueba suficientes en su contra, por el contrario, que los que obran en autos, acreditan la inocencia del encausado. Además, argumenta que la sentencia sub materia infringe el principio de proporcionalidad y congruencia al habérsele impuesto una pena efectiva severa a comparación de las impuestas a los sentenciados Juárez Camizán y Guzmán Liñán, quienes han sido procesados por los mismos hechos; de otro lado, alega que no existen suficientes elementos de prueba objetivos que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste.

Finalmente, a fs. 6690/6693 obra el recurso impugnatorio planteado por el Representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, quien fundamenta que la Reparación Civil no resulta proporcional al daño ocasionado a la entidad agraviada, por lo que solicita que debe ser incrementada a S/. 500,000.00 nuevos soles, sin perjuicio de restituir el monto defraudado (S/. 975,648.88 nuevo soles).

II. HECHOS IMPUTADOS:

Se atribuye a los funcionarios y servidores de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortíz durante el año 2002, Javier Alejandro Castro Cruz (Exalcalde del Distrito de José Leonardo Ortíz), José Ricardo Silva Sánchez (Director de Infraestructura — ex miembro del Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras), Boris Sánchez Quispe (Ex miembro del Comité Especial de Obras y ex Liquidador de Obras), César Nañez López (ex miembro del Comité), y los sentenciados Lorenzo Juárez Camizán (ex miembro del Comité) y Luis Alberto Guzmán Liñán, haberse coludido con los procesados Osías Junior Santacruz Acuña (Representante Legal de la Empresa Siglo XXI) y Darío Acuña Peralta (Representante Legal de la Empresa Keint Construcciones SRL) en el otorgamiento de la buena pro de las siguientes obras:

1. Adjudicación Selectiva N.º 012-2002-MDJLO

A la Empresa Constructora Siglo XXI SRL, representada por el procesado Santacruz Peralta se le adjudicó la obra "Pavimento flexible del perímetro de los parques de los PP.JJ. Micaela Bastidas y Francisco Cabrera", por la suma de S/. 225,482.17 y adicional de S/. 37.998.90 nuevos soles, habiéndose determinado por la Contraloría General de la República irregularidades en el otorgamiento de la buena pro por parte del Comité Especial Permanente de Adjudicación de obras, integrado por los encausados Juárez Carnizá, Silva Sánchez y Ñanez López, precisando que no se cumplió con el requisito de invitación a por lo menos tres postores. Asimismo, que no se cumplió con lo estipulado en el ítem 9.6b de las bases administrativas del proceso, además de otras irregularidades en la ejecución de esta obra durante el año 2002; irregularidades que quedan detallan en los anexos N.º 33, 34, 35 y 36 del Informe de Contrataría, en donde se señala, además, que se canceló al contratista sin que haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas. Finalmente, se señala que los responsables de la obra la dieron por resuelta sin que exista razón para ello.

2. Adjudicación Selectiva N.º 016-2002-MDJLO

En este proceso de adjudicación se otorgó la buena pro a la Empresa Keint Construcción SRL, representada por el imputado Acuña Peralta, para la realización de la obra "Pavimentación Flexible de la calle Kennedy, entre calles San Antonio y Chiclayo", valorizada en S/. 448,565.52 nuevos soles, habiéndose determinado por la Contraloría General de la República, en el Informe Especial N.° 274-2005-CG/ORCH, que no se realizó bajo los criterios de calidad, costo y eficiencia, apreciándose irregularidades en el otorgamiento de la adjudicación por parte del Comité Especial integrado por los procesados Juárez Camizán, Sánchez Quispe y Ñáñez López, al no haberse cumplido con los requisitos de invitación a por lo menos tres postores, al haberse utilizado documentación falsa, no habiéndose cumplido con el ítem 9.6b de las bases administrativas del proceso, además de diversas irregularidades en la ejecución de esta obra durante el año 2002; irregularidades que quedan detalladas en el anexo N.° 3 del Informe de Contraloría. Por otro lado, el órgano de control ha establecido que los responsables de esta obra la dieron por resuelta sin que concurran los requisitos legales para ello.

III. ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO:

El delito de Colusión se encuentra tipificado en el Art. 384° del Código Penal, el cual establece que: "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al listado o entidad u organismo del listado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido...".

Es decir, cuando el sujeto activo, con la función específica de su cargo, participa en un contrato y concierta fraudulentamente con el interesado en desmedro de los intereses de la Administración pública.

Este delito de Colusión Desleal es un tipo penal que exige los actos de *concertación defraudatorios* a los intereses del Estado, los que deben

ser a título de dolo, requiriéndose que haya **consenso o acuerdo de voluntades** manifiestas de los agentes, que intervienen en el contrato. En tal sentido, "... la defraudación realizada por acto propio del sujetos activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional".

En el presente caso, no se advierten elementos probatorios que acrediten que ha existido concertación defraudatoria entre los procesados Javier Alejandro Castro Cruz (Exalcalde del Distrito de José Leonardo Ortíz), José Ricardo Silva Sánchez (Director de Infraestructura - ex miembro del Comité Especial Permanente de Adjudicación de Obras) y Boris Sánchez Quispe (Ex miembro del Comité Especial de Obras y ex Liquidador de Obras) con los encausados Osías Júnior Santacruz Acuña (Representante Legal de la Empresa Siglo XXI) y Darío Acuña Peralta (Representante Legal de la Empresa Keint Construcciones SRL). Si bien se advierten irregularidades durante el proceso de adjudicación de las obras "Pavimento flexible del perímetro de los parques de los PP. JJ. Micaela Bastidas y Francisco Cabrera" y "Pavimentación Flexible de la calle Kennedy, entre calles San Antonio y Chiclayo"; pero ello no los hace responsables del delito materia de autos.

En efecto, en autos obra la de --- Lorenzo Juárez Camizán y Luis Alberto Guzmán Liñán, quienes de manera uniforme han señalado que durante la adjudicación de la buena pro se han dado una serie de irregularidades, que al ser de conocimiento de su coencausado Javier Alejandro Castro Cruz, este les ordenaba que las regularicen; sin embargo, en ningún momento señalan los funcionarios intervinientes que se coludieron con los representantes legales de las empresas cuestionadas.

Asimismo, resulta importante tener en cuenta que básicamente la imputación realizada en contra de los procesados se inicia a partir del Informe de Contraloría General de la República, el cual concluye que se han realizado adjudicaciones de obras sin haberse cumplido

previamente con los requisitos para el otorgamiento de la buena pro, transgrediendo los alcances establecidos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; pero en ningún momento señala que se evidencia o existen indicios de una concertación entre los intervinientes. Más aún, precisa que se advierten subsanaciones irregulares, lo cual coincide con lo señalado por Lorenzo Juárez Camizán y Luis Alberto Guzmán Liñán, quienes de manera uniforme solo sindican al exalcalde como la persona que les indicaba las acciones que tenían que realizar para subsanar las omisiones que se presentaron durante el proceso de adjudicación de las obras sub materia.

y de otro lado, de autos se tiene que la imputación en contra de los procesados Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez, Boris Sánchez Quispe, sería porque el primero de los citados en su condición de ex Alcande resolvió el contrato con los procesados Osías Junior Santacruz Acuña (Representante Legal de la Empresa Siglo XXI) y Darío Acuña Peralta (Representante Legal de la Empresa Keint Construcciones SRL) cuando las obras se encontraban en plena ejecución; sin embargo, no lleva a la conclusión de estos se hayan coludido para defraudar a la entidad agraviada; más aún, si del propio Informe realizado por Contraloría se aprecia que las obras han sido canceladas hasta el 70% de su avance, es decir, no se pagó más allá del avance de la obra; asimismo, aun cuando se puede cuestionar la resolución del contrato de ejecución de las obras, ello resulta irrelevante en términos la imputación penal, referida a la supuesta concertación entre los funcionarios intervinientes y los representantes de la empresas intervenidas.

Finalmente, es importante resaltar que en la imputación realizada por el Ministerio Público (Acusación de fs. 2566/2568, 2823, 3285/3292) solo señala que los funcionarios y servidores de manera coludida han favorecido a los procesados Osías Júnior Santacruz Acuña y Darío Acuña Peralta, para que se les otorgue la buena pro de las 2 obras materia de autos, sin haberse preocupado en sustentar a través de qué actos o en qué momento se dio la colusión por

parte de estos, y cuáles son los elementos de convicción que llevan a esta conclusión.

Siendo así, se advierte que no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente asiste a los recurrentes, conforme al párrafo "e" inciso 24, artículo segundo de la Constitución Política del Estado; razones por las que se debe emitir un pronunciamiento conforme a Ley. Debiendo precisarse sin embargo, que si bien los agravios expresados por los impugnantes son diversos, muchos de ellos resultan contradictorios entre sí, por lo que abordar cada uno de ellos resulta inoficioso, más aún si se tiene en cuenta que no se ha acreditado la realización de la acción típica imputada (concertación colusoria entre los funcionarios y los representantes de las empresas intervinientes), lo que lleva a la conclusión de que no se ha acreditado la comisión del delito imputado ni la responsabilidad penal de los procesados.

Consecuentemente, de conformidad con el artículo 301° del Código de Procedimientos Penales, la sentencia impugnada no resulta conforme a Derecho, por lo que debe ser revocada.

IV. OPINIÓN FISCAL:

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, **OPINA** que la Sala de su Presidencia, declare **HABER NULIDAD** en la Sentencia recurrida que condena a los procesados Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez, Boris Sánchez Quispe, Darío Acuña Peralta y Osías Junior Santacruz Acuña como autores del delito Contra la Administración pública —**Colusión ilegal**—, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortíz, y **REFORMÁNDOLA** se les ABSUELVA de los cargos que se les imputa en la Acusación Fiscal.

Lima, 10 de diciembre del 2014.

1.2.3. Sentencia de la Sala de Apelaciones de Lambayeque

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES

Proceso N.º 67-2006
Acusado: JAVIER ALEJANDRO CASTRO CRUZ y OTROS
Delito: COLUSIÓN
Agraviados: El Estado-Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz
Sala Penal:
*** Aldo Zapata López**
*** Ana Elizabeth Salés del Castillo.**
*** Margarita Isabel Zapata Cruz (DD)**

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO:

Chiclayo, once de Septiembre del dos mil catorce.

VISTA en juicio oral realizado en sucesivas audiencias públicas la presente causa, seguida contra los acusados Javier Alejandro Castro Cruz, Boris Sanchez Quispe, Jose Ricardo Silva Sanchez, Junior Osias Santa Cruz Acuña y Dario Acuña Peralta a quienes se imputa, calidad de autores a los tres primeros y de partícipes a los dos últimos del delito contra la Administración pública en su figura de concusión, modalidad de colusión en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz.

ANTECEDENTES:

La Contraloría General de la República llevó a cabo un examen especial en la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, el mismo que concluyó con el informe especial N.º 274-2005-CG/ORCH, en el que advierten una serie de irregularidades en la ejecución, entre otras,

de dos obras, que son las que se refieren al presente juicio oral: i) Pavimentación flexible de la calle Kennedy, entre las calles San Antonio y Chiclayo, ii) Pavimentación asfáltica del perímetro de los parques de los pueblos jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera que habrían causado perjuicio económico a la Municipalidad agraviada. La Contraloría denuncia los hechos ante la Fiscalía provincial penal, la misma que formaliza denuncia penal ante el juzgado de instrucción que abre proceso penal contra los implicados y otros.

La Corte suprema de justicia de la república, mediante ejecutoria de fecha veintiséis de Marzo dos mil catorce, se ha pronunciado i) confirmando el extremo absolutorio a favor de Carlos Enrique Morales Sosa y otros y ii) declarado la nulidad de la sentencia en el extremo que condena a los acusados Castro Cruz, Silva Quispe, Silva Sánchez, Santa Cruz Acuña y Acuña Peralta y ordenando la realización de nuevo juicio oral,

* La Primera Sala Penal de apelaciones de Lambayeque, en virtud de la resolución administrativa 102-2014-P-CSJL de fecha 7 de marzo de 2014 y por impedimento de los jueces superiores de la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Lambayeque llevó adelante el nuevo juicio oral ordenado.
* Culminada la actuación probatoria, concluido el debate, escuchado los alegatos de clausura de las partes y oídos que fueron los acusados, se procede a dictar sentencia en los términos siguientes:

II. PARTE EXPOSITIVA

1. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

Sostiene el señor Fiscal que está acreditado que Javier Castro Cruz fue alcalde de José Leonardo Ortiz en el periodo 1999-2001, teniendo calidad de funcionario público, con poder de decisión y facultades sobre los demás. Por resolución de alcaldía 600-2002 de 15 mayo 2002 designo comité permanente para la adjudicación de la obra pavimentación de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera integrado por Lorenzo Juárez Camisan Cesar Ñañez López y José Silva Sánchez.

Por resolución de alcaldía del 19 de julio 2002 nombro el comité de adjudicación para la pavimentación de la avenida Kennedy formado por, Lorenzo Juárez, Cesar Ñañez y Boris Quispe Sánchez advirtiéndose que entre ambas resoluciones hubo un intervalo de dos meses, siendo recurrente que el mismo presidente sea Juárez Camisán ya sentenciado por delito de colusión; Silva Sánchez y Boris Sánchez, miembros del comité tiene calidad de funcionario público, interviniendo por razón de su cargo en dichas comisiones por tanto resultan agentes activos del delito materia de juzgamiento.

En la adjudicación directa 012-2002 de pavimentación flexible de los parques ganó la buena pro la empresa Siglo XXI de Júnior Osias Santa cruz y en la adjudicación directa 016-2000 pavimentación de la avenida Kennedy Keint Construcciones representada por Darío Acuña en calidad de terceros interesados, que concertaron para defraudar a la municipalidad de JLO.

Está acreditado que el comité permanente para el proceso 012-2002 remitió carta circular a uno de los tres postores INPROCONSA, carta recibida el día 01, un día antes de su redacción de fecha dos, y el otro postor Torres Alabrin ha respondido "que no recuerda haber participado como postor y mostrada la carta circular de 2 de julio 2002 de invitación a participar de la adjudicación directa no reconoce como suyos el sello y firma, y desconoce los formatos contenidos en los sobres de adjudicación directa selectiva que le fue presentada, además se ha consignando un DNI que no le pertenece. También se redactó carta circular mes y medio después de la carta 012-2002 a los mismos postores sintomáticamente, que cuenta con sello de recepción del mismo día de entregada la carta, con celeridad inusual sin que se ofrezca explicación válida.

La carta del postor Torres Alabrin que le fue presentada sostiene que la firma no le pertenece, ni el sello, en su declaración ante el Auditor Manuel Tentalean sostiene que no son los que utiliza, tampoco reconoce los presupuestos ni el sobre y toda la documentación presentada, ni le corresponde el DNI consignado.

Está acreditado que la empresa INPROCONSA de Lorren Palomino ha participado de ambas adjudicaciones, resultando sintomático que afirme

que por estrategia presentó propuestas a un cien por ciento, donde es difícil que resulte ganador, de lo que se infiere que su participación es para dar solo legalidad al proceso, pues las máximas de la experiencia señalan que presentan un precio atractivo.

En el comité de adjudicación directa selectiva integrada por Boris Sánchez Quispe los documentos de propuesta económica no han incluido el desconsolidado de gastos como lo exige la norma, por lo que lógico era que el comité rechazara las propuestas declarándolo desierto, como lo ordena la ley; apreciándose un manto de errores que llevaron a que los interesados Siglo XXI y Keint Construcciones se adjudiquen la buena pro.

Esta suerte de desidia encuentra respuesta en lo declarado por Juárez Camisán, presidente en ambos comités de adjudicación en los que también participaron Silva Sánchez y Sánchez Quispe que a fojas 1385 a 1387 que respecto de los concursos de adjudicación, 012 y 016 donde resultaron ganadores Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña fue un mecanismo para favorecer a las citadas empresas, que Javier castro como alcalde era el que manejaba la obra, que simplemente como comité regularizaba lo que el alcalde ordenaba, que tomaba conocimiento cuando la obra ya se estaba ejecutando y al reclamar, le pidió el alcalde que regularice, lo que ha reiterado en esta audiencia.

Que las bases del concurso eran realizadas por ingenieros que los ayudaban en el comité, la persona de Silva Sánchez, que incluso hubo un reclamo de un postor a quien se falsificó su firma, que en la declaración ante Contraloría persistió en su versión y que en esta declaración confiesa lo sucedido y que lo han buscado para dar una versión uniforme pero él ha optado por la verdad. En la confrontación Juárez enrostra a Castro que dirigió todas las obras, que la obra de Kennedy se empezó a ejecutar sin presupuesto para la elaboración del expediente técnico, todo por orden de Castro, en la confrontación le imputa que ha hecho lo que ha querido, en este juicio oral reitera que no hubo expediente técnico y que era Castro quien manejaba las obras, no obstante que al ser confrontados ha reiterado que se reunieron en la vivienda del alcalde, se ha rectificado en su dicho que Castro no estuvo en la vivienda, retrac-

tación que obedece al agradecimiento del testigo que fue nuevamente contratado en la municipalidad en la segunda gestión de Castro Cruz.

Lo que ha dicho Juárez guarda referencia con lo sostenido por Guzman Liñan quien en su declaración dijo que trabajo como residente y supervisor de las obras, que ingreso en junio 2000 para supervisar obras, que se ejecutaron sin licitación, sin el concurso, que tomó conocimiento cuando le encargaron supervisar las obras, que esto se ha presentado no en todas las obras pero si en varias de ellas, versión que ha mantenido en este juicio sosteniendo que informo a su jefe de estas irregularidades manteniéndose en su versión al ser confrontado con Castro Cruz.

Lo que evidencia que no hubo celo en cuanto al dinero invertido por la municipalidad en la ejecución de las obras realizadas por las empresas cuestionadas.

La Colusión es la concertación del agente público con los interesados en perjuicio de los intereses estatales y se puede apreciar la concertación ilícita de los acusados Silva Sánchez y Boris Sánchez que junto con el sentenciado Juárez fueron designados por Castro cruz, llevando a cabo decisiones irregulares que beneficiaron a las empresas keint y Siglo XXI, parientes consanguíneos que llevan el mismo apellido, sin su consentimiento las empresas INPROCONSA y el ingeniero Torres Alabrin participaron para dar legalidad a la buena pro en un proceso de selección direccionado

La defensa de Silva y Sánchez pretenden minimizar esta serie de irregularidades, pero debe tenerse en cuenta su profesión de ingenieros que fueron parte de esa concertación con el alcalde Castro Cruz y los empresarios pues de actuar correctamente la suma de irregularidades no habría terminado en la buena pro con la que se perjudico a la municipalidad

Una vez en ejecución las obras, el alcalde sin sustento legal, por resolución de alcaldía 1349-2002, el alcalde resuelve el contrato por mutuo acuerdo, faltando veintitrés días naturales para vencerse el plazo de ejecución de la obra y por Resolución de alcaldía 1351-2002 de la misma fecha, el alcalde de mutuo acuerdo resuelve el contrato de ejecución de

pavimentación de la calle Kennedy cuando faltaban 34 días naturales para vencerse el plazo, obra que debía haber culminado con la nueva gestión municipal.

Que conforme lo ha establecido el informe técnico de la Contraloría, ambas resoluciones de alcaldía que resolvieron el mismo día los contratos por presunto mutuo acuerdo, no se ha evidenciado recorte presupuestario o alguna causa no atribuible a las partes o caso fortuito o fuerza mayor, inobservado el artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 012-2001-PCM, de fecha 12 de febrero de 2001, que prescribe "las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a estos por caso fortuito o fuerza mayor se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada", contando con la agravante a la fecha de la resolución del contrato tendría un avance físico del 70 %, por lo cual el grado de avance de ambas obras técnicamente no era conveniente paralizar las mismas; toda vez que ambos contratos de ejecución de obra en la décimo cuarta cláusula establece los supuestos en que se puede resolver administrativamente el contrato, precisando que se podrá resolver cuando se ha requerido dos veces al contratista y no se ha verificado su cumplimiento o se paraliza injustificadamente la obra o se reduce injustificadamente el ritmo de trabajo pese a haber sido requerido para corregir tal situación, o no cuenta con la capacidad económica o técnica para la normal continuación de los trabajos, pese haber sido requerido para corregir tal situación, supuestos que no han ocurrido en el caso de ambas obras, pues no se ha sustentado para resolver ambos contratos por mutuo acuerdo en alguna de las causales establecidas en la 14 cláusula de los contratos y en el artículo 45 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; por tanto se evidencia que esta decisión iba en contra de los intereses de la comuna que representaba el alcalde beneficiando a las empresas constructoras.

Se encuentra acreditado que en la adjudicación directa selectiva N.º 012-2002/MDJLO se le pagó a la empresa Siglo XXI S.R.L., el 16 de septiembre del 2002, el monto de S/. 73 042.79 soles y el 19 de diciembre la suma de S/. 10 000 nuevos soles, es decir hasta antes de la resolución

del contrato se le había hecho un pago de S/. 83 042.79 nuevos soles, esto quiere decir que 16 días después de haber resuelto el contrato se pagó S/. 10 000 más, quedando inconclusa la obra, cuando lo correcto era que continuara con la ejecución de las mismas, teniendo en cuenta que en su mismo periodo tenía la empresa constructora la obligación de culminar la ejecución de la obra, beneficiando económicamente con ello al interesado representante legal de la empresa constructora Siglo XXI, representada por el acusado Júnior Osias Santacruz Acuña.

En ese mismo sentido en la adjudicación directa selectiva N.º 016-2002/MDJLO se le pagó a la empresa Keint Construcciones, el 21 de octubre de 2002, el importe de S/. 101 784.27 nuevos soles y el 27 de noviembre de 2002, S/. 115 000 nuevos soles; es decir, hasta antes de la resolución del contrato se había hecho un pago total de S/. 216 784.27 nuevos soles, esto es 72 % aproximadamente de la obra, no siendo razón válida la justificación aportada por el acusado alcalde Javier Alejandro Castro Cruz el hecho que concluía su mandato municipal, pues es de precisar que del contrato a la fecha de suscripción y teniendo en cuenta que tenía un plazo de 120 días naturales, es claro que tenía conocimiento que iba a concluirse la obra en el periodo siguiente al de su gestión, aunado a ello el hecho que concluya una gestión edil no es sinónimo que las entidades públicas como la municipalidad resuelvan contratos, pues se entiende que la gestión nueva debe continuar con las obligaciones asumidas por las anteriores gestiones, hecho que ha quedado acreditado con el mismo informe técnico que acredita que el año siguiente la gestión municipal entrante cumplió con pagarle el saldo a ambas empresas.

Se encuentra acreditado que en la adjudicación directa N.º 012-2002/MDJLO "pavimentación flexible del perímetro de los parques de los pueblos jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera", donde resultó ganadora de la buena pro la empresa Siglo XXI, representada por el acusado Júnior Santacruz Acuña, se cancelaron valorizaciones a la empresa contratista sin que se haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas, pues de acuerdo a la memoria descriptiva del expediente técnico elaborada en la municipalidad, contemplada en

el ítem 4 "descripción del problema", la ejecución, entre otras, de las siguientes partidas: corte de terreno a máquina, capa anticontaminante de arenilla 0.10 m; sub base de afirmado, base de afirmado, imprimación asfáltica y carpeta asfáltica en frío; sin embargo de la inspección física a la obra, realizada el 25 de octubre de 2004 y del acta de verificación de la estructura del pavimento y extracción de muestras llevadas a cabo el 24 de noviembre del 2004, ambas suscritas por Genaro Tapia Bances, director de infraestructura y desarrollo urbano; Jairo Muñoz Asenjo, jefe de división de estudios obras y proyectos y el especialista de la comisión auditora se verificó: a) en la primera calicata, ubicada en la calle Mariategui 229, lado derecho, entre las calles Jorge Basadre y Cesar Vallejo, del pueblo joven Micaela Bastidas, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 23 cm; la sub base no existe y la capa de mejoramiento de sub rasante, compuesta por arenilla, tiene un espesor promedio de 9 c., totalizando una profundidad de 36.30 cm, que incluye los 4.30 cm, de espesor de la carpeta asfáltica; b) en la segunda calicata, ubicada en el pasaje San Juan Masías N.º 190, lado derecho, entre las calles Jorge Basadre y César Vallejo, del pueblo joven Micaela Bastidas, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 21 cm, la sub base no existe y la capa de mejoramiento de la sub rasante, compuesta por arenilla, tiene un espesor promedio de 6 cm, haciendo una profundidad total de 33.10 cm, incluyendo la carpeta asfáltica de espesor de 6.10 cm; c) en la tercera calicata, ubicada en la calle Mariategui 560, lado izquierdo, entre los jirones Atusparias y Unión, del pueblo joven San Francisco Cabrera, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 21 cm, la sub base no existe y la capa de mejoramiento de la sub rasante, compuesta por arenilla tiene un espesor promedio de de 16 cm, obteniéndose una profundidad total de 40 cm, que incluye los 3 cm de espesor de la carpeta asfáltica; d) en la cuarta calicata, ubicada en el jirón Unión 218, lado izquierdo, entre las calles José Carlos Mariátegui y jirón San Martín, del pueblo joven Francisco Cabrera, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 16 cm, la sub base no existe y la capa de mejoramiento de la sub base rasante, compuesta por arenilla, tiene un espesor promedio de 19 cm, lográndose una profundidad total de 39.30 c.m.,

incluyendo la carpeta asfáltica de 4.30 c.m. de espesor; de lo que se llega a determinar con grado de certeza que la profundidad de excavación ejecutada y el espesor de la base no alcanzan las medidas propuestas en el expediente técnico aprobado y en el presupuesto ganador ofertado por el contratista; igualmente la capa sub base de afirmado no se ha colocado en la obra, mientras que la capa de mejoramiento de la sub base restante con arenilla, tiene espesores variables, incumpliendo con el espesor correspondiente señalado en el expediente técnico aprobado y ofertado por el contratista ganador de la buena pro; partidas que fueron propuestas y pagadas por la municipalidad agraviada mediante las respectivas valorizaciones; a mayor abundamiento, se precisa que los resultados de las pruebas de laboratorio realizadas por SENCICO se verificó que el porcentaje de CBR de la capa base conformado con afirmado, llega solamente al 86 %, 91 %, 86 % y 84 %, en lugar del 100 % solicitado por las normas vigentes; concluyendo que al haber el contratista ejecutado la obra sin cumplir con la ejecución del 100 % de las partidas contratadas, tanto en cantidad (espesores de las capas) como en calidad (especificaciones técnicas), omitiendo la colocación de la capa sub base, la cual se encuentra ubicada en la parte inferior de la estructura del pavimento ha generado que la obra no puede ser rehabilitada.

Se encuentra acreditado que en la adjudicación directa selectiva N.º 016-2OO2/MDJLO "pavimento flexible de la calle Kennedy, entre las calles San Antonio y avenida Chiclayo", donde resultó ganadora de la buena pro la empresa Keint Construcciones S.R.L., representada por el acusado Darío Acuña Peralta, se cancelaron valorizaciones a la empresa contratista sin que se haya alcanzado la meta física ni cumplido con las especificaciones técnicas; sin embargo de la inspección física a la obra, realizada el 21 de octubre del 2004 y el acta de verificación de la estructura del pavimento y extracción de muestras, llevadas a cabo el 25 de noviembre del 2004, se ha verificado que: a) en la primera calicata, ubicada en la avenida Kennedy 1037, lado derecho, entre las calles Venezuela y Panamá, la base del afirmado tiene un espesor promedio de 13 cm, la sub base no existe y la capa de mejoramiento de la

sub rasante compuesta por arenilla, tiene un espesor promedio de 23 cm, totalizando una profundidad de 42.50 cm, incluyendo la carpeta asfáltica de espesor de 6.5 cm; b) en la segunda calicata, ubicada en la avenida Kennedy 1372, lado derecho, entre las calles Puerto Rico y San Salvador, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 17 cm, la sub base no existe y la capa de mejoramiento de la sub rasante compuesta por arenilla, haciendo una profundidad total de 38.40 cm, que incluye el espesor de la carpeta asfáltica de 5.40 cm; c) en la tercera calicata, ubicada en la avenida Kennedy 1756, lado izquierdo, entre las calles Tumi y Carabaya, la base de afirmado tiene un espesor promedio de 24 cm, la sub base y la capa de mejoramiento de la sub rasante no existen, obteniéndose una profundidad total de 30.70 cm, incluyendo los 6.70 cm, que es el espesor de la carpeta asfáltica; lo que hace inferir que la profundidad de excavación ejecutada y el espesor de la base, no alcanzan las medidas propuestas en el expediente técnico aprobado y en el presupuesto ganador ofertado por el contratista; igualmente la capa sub base de afirmado no ha sido colocada en la obra, mientras que la capa de mejoramiento de la sub base rasante ha sido colocada solo en una parte de ella, incumpliendo con el espesor correspondiente, siendo que de la prueba de SENCICO se verificó que el porcentaje de CBR de la capa base conformada con afirmado, llega solamente al 91 %, 88 % y 83 % en lugar del 100% solicitado por las normas vigentes; por lo que el contratista al haber ejecutado la obra si cumplir con la ejecución del 100% de las partidas contratadas, tanto en calidad como cantidad, omitiendo la colocación de las capas de mejoramiento de la sub rasante y sub base, las cuales se encuentran ubicadas en la parte inferior de la estructura del pavimento, lo cual ha generado que la obra no pueda ser rehabilitada.

Que el hecho señalado anteriormente ha sido ratificado por el señor perito, ingeniero Manuel Tantaleán Santacruz, en el plenario de este juicio e inclusive en la confrontación llevada a cabo el 19 de julio de 2014, entre los peritos de parte César Tiparra de los Santos y Cristian Manuel Saavedra Campos, precisando el perito de contraloría que los estudios realizados en las calicatas en ambas obras demostraron que

no se cumplían con las especificaciones técnicas independientemente si la obra era de buena o mala calidad, estudio al que estaba avocado el informe de los peritos de parte, en la que el perito Tipana de los Santos concluye que la estructura era de mejor calidad que lo que decía el expediente técnico, puesto que eso no está en controversia ni es motivo de valoración para este delito; a su turno el perito de parte, Saavedra Campos tan solo cuestionó que para realizar la verificación de la obras debería haber hecho otras pruebas adicionales, examen que no enerva las conclusiones aportadas por la contraloría, además de haber verificado solo la calidad de la obra, hecho que a su turno el perito de contraloría reiteró que sus estudios no obedecen a la determinar la calidad de la obra sino en que no se ha cumplido con las especificaciones técnicas pactadas; de lo que se infiere que los acusados representante de las empresas ganadores de la buena pro al no cumplir cabalmente con dichas especificaciones se perjudicó a la municipalidad agraviada.

En el año 2002, fecha en que sucedieron los hechos, el tipo penal contra la Administración pública, en la figura de colusión, no exigía como elemento del tipo penal el "perjuicio patrimonial o defraudación patrimonial", exigiendo solamente para su consumación que exista "concertación de voluntades" entre los funcionarios o servidores públicos y los interesados, con la finalidad de defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado; situación que ha quedado acreditada en el presente caso, máxime si el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia contenida en el expediente N.º 17-2011-PI/TC, de fecha 03 de mayo de 2012, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, en la que se ha señalado que la persecución penal de los delitos contra la Administración pública ha sido justificada desde el derecho penal en el "correcto funcionamiento de la Administración pública", así el Tribunal ha señalado que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derecho fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal "De la Función Pública", como son el

artículo 39 de la Constitución, que establece "... los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación", donde subyace el principio de "buena administración". A su vez, conforme al artículo 44 de la Constitución que establece "son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

Asimismo el Tribunal Constitucional ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades pública, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones, de este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública, la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores; la función constitucional de esta disposición es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios antes mencionado. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción. En ese sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384 del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores y siendo la colusión un delito contra la Administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública; en ese orden de ideas, en cuanto al término "defraudar" esta ha merecido en la doctrina penal interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes consti-

tucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría la confianza del Estado depositada en estos funcionarios, vulnerada por no actuar con arreglo a ley. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencia, ay que si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación, las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido que en el término "defraudación" en otros ámbitos como el de defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial, así el Tribunal Constitucional advierte que la redacción del término "patrimonialmente" puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez será contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual "para la aplicación de la presente convención, a menor que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio al Estado"; a mayor abundamiento, si a la fecha de cometido el delito de colusión por parte de los acusados, el artículo 384 del Código Penal no exigía que se determine un perjuicio patrimonial, pues de ser así estaríamos configurando otro delito como peculado, que no es el caso.

En ese orden de ideas, considera que el Ministerio Público que cuenta con suficiente caudal probatorio para acreditar que los funcionarios públicos acusados no han actuado con eficiencia ni transparencia en el manejo de los recursos del Estado, asimismo, no han actuado con imparcialidad y trato igualitario, frente a los postores que son los objetivos principales de la adquisición estatal y constituyen la esencia del delito de colusión.

En consecuencia el Ministerio Público se ratifica en su acusación contra Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe como autores del delito contra la Administración pública, en la figura de colusión, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, asimismo contra Júnior Osias Santacruz Acuña y Darío Acuña Peralta, como partícipes, en su condición de cómplices primarios del delito contra la Administración pública, en la figura de colusión, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal; y solicita se les imponga a todos los acusados DIEZ años de pena privativa de libertad, DOS años de inhabilitación para ejercer cualquier cargo en la Administración pública, así provenga de elección popular, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, debiendo fijarse por concepto de reparación civil la suma de veinte mil nuevos soles a favor de la municipalidad agraviada, que deberán pagar los acusados en forma solidaria.

1.1. POSICIÓN DE LOS ACUSADOS

Preguntados que fueron cada uno de los acusados, previa consulta con sus respectivos defensores respondieron: que no aceptan los cargos.

2. ACTIVIDAD PROBATORIA

2.1. Declaración de los acusados de DARIO ACUÑA PERALTA

Es gerente de su empresa constructora Keint Construcciones S.R.L., la que se encuentra funcionando un aproximado de veinte años, que no ha tenido relaciones laborales con la Municipalidad de José Leonardo Ortiz, solo en esa oportunidad, recuerda dos obras, una de la calle Kennedy y un parque que no recuerda el nombre; se enteró de la existencia de la adjudicación directa selectiva de esta obra porque le llega la invitación para participar, no recuerda que tiempo pasó desde la fecha de invitación al día que tenía que acudir; sí conoce a Oscar Torres Alabrin porque pertenece a CAPECO y él también, posteriormente se enteró que también participó en la adjudicación pero no habló

con él, que sí conoce la Empresa IPROCONSA, por el ámbito de la construcción; conoce a Júnior Osias Santa Cruz Acuña por el proceso, no tiene relación parental con él. La Municipalidad cuando gana la buena pro le pidió el procedimiento de la obra y las partidas de la obra que iba a realizar, no recuerda el monto que le iban a pagar, lo cierto es que la Municipalidad no pagó el monto de la obra, el que le pagó fue en la siguiente administración, el siguiente Alcalde; rescindieron el contrato por falta de liquidez; le debían poca cantidad de dinero, la rescisión del contrato fue de mutuo acuerdo, se había avanzado hasta el 70 por ciento de la misma, conoce al Ingeniero Lorenzo Flores Camizan como parte de la entidad; lo conoció de vista en el periodo que se hizo la adjudicación, toda la coordinación la hizo el Ingeniero residente, sí conocía al Alcalde por ser un hombre público, sin tener amistad; no conoce a Boris Sánchez Quispe, cuando ese hizo la adjudicación de la buena pro a favor de su Empresa no tuvo ninguna relación con el comité, a él la dan la buena pro por ley, él como representante legal firmó el contrato, cuando firma el contrato no se encontraron los miembros del comité, solo el Administrador y la parte legal, ellos son los que elaboran el contrato; él no preparó los sobres sino un ingeniero encargado de adjudicaciones; desconoce si debe o no incluirse en los sobres el consolidado de los porcentajes de gastos generales, utilidades y presupuesto así como el consolidado de los gastos generales. Refiere que en la obra que se realizó sí se alcanzaron las metas físicas y especificaciones técnicas de dicha conforme lo ha demostrado con los señores peritos; no recuerda el plazo para culminar la obra pero como no había pago tuvieron que paralizar la obra, pero de mutuo acuerdo se rescindió el contrato, porque no pagaron; sí tuvo conocimiento de la resolución del contrato y en ella aparece el saldo que le deben, pero el otro Alcalde le pagó; no recuerda en qué fecha le pagaron y que administración.

Señala también que previamente a la invitación nunca se ha reunido con el señor Castro Cruz, ni recibió alguna invitación para reunirse con él, tampoco tiene relación con algún miembro del comité, ni ha aportado dinero a la Municipalidad ni a la campaña política del señor Castro

Cruz ni posee alguna sociedad con él. Con referencia nuevamente a la obra señala que la obra se quedó hasta el nivel de imprimación, con un costo adicional y tuvieron que pagar a un guardián para cuidar la obra; la Empresa fue contratada para pavimentar la Avenida Kennedy, entre la calle San Antonio y la Avenida Chiclayo, para eso movilizaron los equipos, primero la topografía, después el corte, nivelación, transportar cover para estabilizar el suelo, poner la base, sub base y poner la carpeta asfáltica, nosotros llegamos hasta el nivel de imprimación, estando en un lugar donde es mercado, que el sistema aparentemente está mal diseñado, al no haber liquidez optaron por disminuir el ritmo de la obra y paramos por parte de liquidez; se había avanzado todas las etapas hasta el nivel de imprimación; durante los meses desde Julio a Diciembre, sí ha remitido cartas notariales a la Municipalidad exigiéndole el cumplimiento del pago de las obras que se estaban avanzando pero no recuerda cuantas fueron; durante el proceso de la obra surgió la complicación cuanto al tráfico aparte de la liquidez, también el problema del saneamiento, como no habían cambiado las tuberías de agua y desagüe de EPSEL había que cambiarlas; trabajos de reparación que no estaban contemplados dentro del proyecto pero lo hacían por cuenta propia de la Empresa para mejorar; sí cumplió con presentar cartas fianzas y que estas se mantuvieron vigentes aun cuando no le pagaba la Municipalidad. La obra había alcanzado un setenta por ciento en su ejecución sin embargo la Municipalidad recién le había cancelado un veinte al treinta por ciento; sí estaba previsto una calendarización de pagos, por eso era mejor rescindir el contrato; con respecto a las conclusiones que arriba la Contraloría, refiere que se habla de ciertos lugares focalizados que faltaban la partida de la sub-base pero la sub base sí existe y eso lo están demostrando con peritos de parte, incluso SENCICO en su informe dice que el material utilizado supera el material que se debe utilizar, ellos llevaron un técnico para hacer las calicatas, no fueron invitados para participar, y fue con un técnico de SENCICO que hicieron las pruebas, la Procuraduría habla que la obra no hay ningún problema; en todos han alcanzado los niveles de resistencia de la sub base y la base, por cada proceso de construcción se hace medidas para el porcentaje

de compactación y si bien la obra alcanzó nivel de ejecución el setenta por ciento, y el pago el treinta por ciento, se resolvió el contrato porque la empresa es sólida económicamente.

Refiere que enviaron cartas notariales para presionar a la Municipalidad para que les paguen, pero no le pagaron; incluso no le llegaron a pagar toda la obra; sí se interpuso acción y llegaron a una transacción extrajudicial; no recuerda en que administración fue, pero parece que ha sido en la administración de Javier Castro donde hay una transacción extrajudicial.

DECLARACIÓN DE BORIS SANCHEZ QUISPE

Ingresa a laborar en la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz en el año dos mil dos, un mes antes del proceso como Supervisor de obra, específicamente de la obra del Parque Bolognesi, no conocía a Javier Castro Cruz, solo de vista, cuando ingresa a laborar no conversó con el señor Javier Castro Cruz sino directamente con el señor Juárez, su contrato era de dos a tres meses, el contrato lo firma la Administración, Presupuesto, Alcaldía y él, llega a ser miembro del Comité de Adjudicación mediante un memorando; conoció a Cesar Ñañez López Cuando forma parte del Comité con él, esa persona trabajaba en Abastecimiento; Lorenzo Juárez Camizan era el Presidente del Comité, a él sí lo conocía porque con él había conversado anteriormente, por eso le deja el currículo para que en cualquier momento había una vacante lo tenga en cuenta; fue su primer proceso que realizaba en toda su vida, cuando ingresa ya había una resolución del expediente técnico, ya estaba formado y visado por todas las áreas, lo designan miembro del comité por una resolución, con fecha 29 de junio, le envían el expediente técnico, se reunieron y elaboraron las bases y son registradas mediante una Resolución de Alcaldía y visadas en su momento, por todas las áreas, aparte de eso, hay un libro de actas en las cuales se deja constancia que se ejecutó y se anota en el libro de actas, eso consta con la Resolución de Aprobación de las bases con asiento 917 de fecha 7 de agosto, todo se ejecutó en forma transparente y normalmente; mediante el memorando le comunican que había sido designado para ser

parte del Comité, luego viene la resolución de Alcaldía, la función del Comité permanente de adjudicación primero revisaba el expediente técnico, se elaboraban las bases y aprobadas, luego se procede hacer las invitaciones, y luego es el acto de adjudicación; se aprueban las bases de acuerdo a la resolución de Alcaldía 917, eso fue el siete de agosto, la 847 es del expediente técnico que es antes; asimismo cuando viene la propuesta técnica, la evalúan los miembros del comité, luego se procede abrir los sobres, y que eso se basan en la Ley de Procedimientos Administrativos 27444; las invitaciones a las empresas las hacen ellos como Comité en base a un staff de empresas que están trabajando en la Municipalidad, ellos elaboraron el documento y ellos lo firman, a la empresa KEINT Construcciones la invitaron los tres; se le invita porque ya había un estándar y porque había quedado bien en otras obras; no recuerda como decidieron que se mandaran las cartas circulares a INPROCONSA, KEINT Construcciones S.R.L. y el ingeniero Oscar Torres Alabrin, a ninguno conocía, un mes atrás en julio del 2002 ya también se habían mandado cartas circulares la N.º 012-2002 para que participen las mismas Empresas INPROCONSA y el Ingeniero Oscar Segundo Torres Alabrin, desconocía que un mes antes ya se había hecho otra adjudicación con las mismas empresas si bien el Presidente de dicho Comité Lorenzo Juárez Camizan proponía a dichos postores no podría testificar si propuso a esas tres empresas; con respecto a las invitaciones, dijo que se reunían, veían a los candidatos y a través de un secretario se les invitada, este es el primer Comité de adjudicación en que ha participado, que ellos elaboraron las invitaciones pero la entidad se encarga de repartirlos, también elaboraron la 016-2002, después que se realizaron estas circulares las llevó el personal administrativo de la Municipalidad desconociendo quién; que nunca ha visto al Alcalde para nada en esas cosas y si bien el Presidente de su Comité ha declarado que quién manejaba ese Comité era precisamente el Alcalde Javier Alejandro Castro Cruz, el señor Lorenzo Juárez Camizan era de confianza y lo que ha tenido que decir es cosa de él; no sabe por qué el ingeniero Oscar Segundo Torres Alabrin ha señalado que en la selección 12 como la 16, la firma que aparece en la comunicación no

le corresponde, no sabe lo que paso, ha hecho la consulta y él como Comité no tienen defensa de abogados, de notarios, actúan de buena fe en base a los documentos presentados, y se basan en la ley 27444, la que sostiene que como Comité ejecutan el proceso, pero nunca van a saber si todas las firmas son verdaderas, como Comité el resultado lo pasan a Administración y son los encargados de hacer los contratos, pero antes tienen que hacer los controles, verificar si los documentos son reales, él como va a saber si esa firma no es de él, al momento de firmar el contrato se tendría que haber hecho una pericia; señala que la buena pro se ejecutó el 29 de agosto, se verificó y estaban los cargos; que recuerda que se le dio la buena pro a Keint Construcciones porque tuvo un mejor precio; mediante una formula se ve la parte técnica y la parte económica, la buena pro se dio el 29 de agosto y cuando se dio estaban todos los miembros presentes, al final afuera estaba el representante de Keint Construcciones, los tres dieron la buena pro ya que adentro no había nadie, ya que era una adjudicación directa selectiva, ellos dan la buena pro y la notificación la da el presidente, mediante carta y comunica a los postores quién es el ganador; concluido el acto y dados los puntajes de acuerdo a los documentos, se procede a abrir los otros sobres; la propuesta económica contiene el monto por el cual van a ejecutar la obra, todos lo sobres estuvieron completos y estaba el presupuesto detallado; no sabe que hubiera ocurrido si los tres no habrían cumplido con los requisitos; después de concederse la buena pro toda la documentación pasa a la administración para que la evalúe, él no participa.

Señaló que el comité especial permanente no tenía un banco de firmas de los postores que usualmente contrataban con la Municipalidad de José Leonardo Ortiz, nunca habló con el alcalde ni esta le pidió ningún tipo de requerimiento, no intervino en la adjudicación número 12 sino que lo contrataron como supervisor; que él llega a trabajaren el Comité en reemplazo de Silva Sánchez, durante el proceso nadie hizo observación alguna, la documentación pasó al área correspondiente; que el señor Juárez Camizan miente, no hubo intromisión del señor Castro Cruz, asimismo refiere que el

señor Guzmán Liñán no puede ser juez y parte no va estar diciendo lo que el Comité hace, para él el señor Guzmán Liñán al igual que Juárez Camizan lo que hicieron fue salir en forma rápida del proceso y están trabajando sin problema alguno.

DECLARACIÓN DE JAVIER ALEJANDRO CASTRO CRUZ

Refiere que fue alcalde del Distrito de José Leonardo Ortiz en el año 2,002, su primer gobierno local, sí recuerda las obras realizadas durante su gestión mediante las adjudicaciones directas selectivas 012-2002 y 016-2002 debido a este proceso judicial, que de acuerdo a Ley él designó a los miembros del comité de adjudicación, se designó a las personas de Lorenzo Juárez Camizán como presidente, y como miembros a César Ñañez López, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe en la adjudicación 016-2002, porque el declarante es periodista y abogado, entonces era asesorado por los ingenieros de la oficina de obras, especialmente del ingeniero José Ricardo Silva Sánchez porque era experto en cuestiones de obras, y según Ley se tenía que designar a personas del área correspondiente, como por ejemplo de la oficina de logística, de la oficina de obras, por lo general siempre vinculados a la ingeniería; que su gestión municipal duró cuatro años, para cuando se inició la adjudicación ya tenía tres años de gestión; que el ingeniero Juárez López recuerda que era jefe de logística, no tiene relación con Darío Acuña Peralta, desconoce si antes de las obras esta había trabajado para la Municipalidad de José Leonardo Ortiz, además que no era su obligación conocer esa información, que su obligación era designar los funcionarios correspondientes en cada una de las áreas, no tuvo relaciones personales o amicales con Júnior Osías Santa Cruz Acuña, que ni siquiera los ha conocido, tampoco tenía amistad con Oscar Segundo Torres Alabrín; señaló que como alcalde cumplía con ejecutar el presupuesto anual y para ello debía seguir una serie de procedimientos de acuerdo a ley, se le indicaba que tenía que designar los integrantes del comité para esta labor y no solamente era ese tema, sino de muchos otras temas más de adquisiciones para los que se designaba comités, no se informaba al Consejo

municipal o al alcalde del desarrollo de esta adjudicación, no conocía quien ganaba la buena pro en estas adjudicaciones directas, que recién le daban cuenta cuando pasaban por las áreas correspondientes como área legal y secretaría general, cuando terminaba este procedimiento recién pasaba a despacho para firma del contrato, a él le dieron cuenta de la realización de esta adjudicación cuando pasan por asesoría legal, la que verifica que todo el procedimiento se haya llevado de acuerdo a Ley y luego secretaría legal emite la resolución que pasa por todos los vistos incluido el área de obras donde ha nacido el procedimiento, y luego pasa a su despacho para firma, no tiene relación con Lorenzo Juárez Camizán, que fue contratado para la Municipalidad como ingeniero por recomendación de los ingenieros municipales, sí tuvo problemas con él a finales del 2,002 ya que el deponente se presentó a la reelección, pero como no lo ganó, la recaudación disminuyó, los ingresos fueron bajos, y por eso ya no había dinero para el pago a los funcionarios, incluyéndolo al declarante, por lo que empezaron problemas entre el funcionario administrativo y el funcionario que necesitaba su pago, no hubo un problema específico sino que como ya ha mencionado se retrasaron los pagos; señala que si bien el ingeniero Lorenzo Juárez Camizán ha referido que el alcalde era quien manejaba el comité permanente esto lo dijo que porque pensó que se había cometido algún delito, que primero dijo que todo se había llevado conforme a Ley, que luego presumiblemente mal asesorado para evitar su responsabilidad, dijo que su persona manejaba toda la obra, a pesar que el deponente es abogado y periodista, y no ingeniero, llegando al extremo dicho ingeniero de declarase culpable y acogerse a la conclusión anticipada de proceso; después del 2,002 tuvo un nuevo período y sí se volvió a contratar a dicho ingeniero porque son las áreas correspondiente los que realizaban la selección, que tenía ingenieros que le asesoraban personalmente y le pasaban el contrato no solo de dicho ingeniero sino de los demás funcionarios, que se enteró que el ingeniero fue contratado, y el declarante no tenía problemas con ello, no recuerda en que año, le parece que fue en Diciembre del año 2,007 o el año 2,008, que no tuvo reparos en contra-

tarlo nuevamente a pesar de la imputación que le formulaba porque tenía su conciencia tranquila de jamás haberle presionado en ningún sentido, niega haberlo contratado nuevamente para que lo favorezca en este juicio, pues él ya había declarado en su contra, y solo esperaba que todo se aclare en juicio oral, y no hubo ninguna cuestión de venganza o de odio para no contratarlo, no recuerda hasta cuando trabajó este señor, no es verdad que se reunió con él en su casa, no tiene por costumbre reunirse con sus funcionarios en casa porque puede hacerlo en las oficinas de la municipalidad; se resuelven los contratos de las adjudicaciones directas 012-2002 y 016-2002 porque estaba a punto de vencerse la gestión municipal, se había formado la comisión de transferencia municipal en el mes de noviembre para entregar el cargo al nuevo alcalde, y se debía entregar todas las obras y la documentación respectiva, como el tiempo ya vencía los ingenieros le asesoraron que tenía que hacer las liquidaciones correspondientes. Que preguntó si todo estaba de acuerdo a Ley y le dijeron que sí, por lo que ordenó que se proceda a ejecutar las mismas y solicitó que se haga con la presencia de notario público para que de fe de la legalidad del mimo, que no recuerda en qué momento le asesoraron para que las obras sean liquidadas, para que se entreguen hasta donde se haya ejecutado, pero que no fue una decisión personal sino una decisión integral de los funcionarios que lo asesoran, y el deponente solicitó que se hiciera conforme a Ley y ante notario público, lo hizo de acuerdo a Ley, todas las resoluciones de liquidación tenían los vistos buenos de asesoría legal, secretaría general y gerencia de obras y por ley tenía que firmar las resoluciones en su condición de alcalde, no recuerda en qué momento comunicaron a los contratistas la resolución de los contratos, que los funcionarios de las áreas correspondientes tomaban las decisiones correspondientes y al deponente le informaban, ante lo cual solo les indicaba que se procediera conforme a Ley, que solo le informaron que la obra no se había terminado y que ya no había tiempo, porque estaba a punto de terminar su gestión municipal y tenía que entregar la documentación a la comisión de transferencia, no recuerda con precisión si se les pagó totalmente a los contratistas pero sí

recuerda que había tres valorizaciones, por lo que solicitó un corte al Banco de la Nación para saber si había dinero y había cerca de medio millón de nuevos soles para pagar planillas, obras y otros gastos, el deponente ordenó la revisión de la documentación, que se revisen los pagos que se iban a hacer, y que de las tres valorizaciones que el supervisor había dado su visto bueno para que se pague, el supervisor solo había pagado una, que tiene entendido que los demás no se pagaron, por lo que tiene conocimiento que finalmente no se pagó, porque al momento de la comisión de transferencia con el nuevo alcalde el tesorero fue requerido por la nueva gestión para que no haga ningún pago, por lo que queda mucho dinero en caja, y se pagó recién a partir de enero del año siguiente las valorizaciones que se hicieron durante su gestión; acota que todos los procedimientos se han hecho conforme a Ley, que de las más de 300 obras, todas se han hecho con expediente técnico y con firma de su despacho registradas en un cuaderno de resoluciones que tenían orden correlativo, donde jamás se podía retrotraer resoluciones aprobando expediente técnico. Que sí conoce a Luis Alberto Guzmán Miñán, que fue residente de obras y contradiciendo lo que él ha declarado, de acuerdo a la Ley debía existir todo un comité de adjudicación de contrataciones, en donde el ingeniero supervisor de obra es el responsable de la ejecución, y que de acuerdo al reglamento de contrataciones en pavimentaciones urbanas señala textualmente que quien está obligado a hacer cumplir una ejecución de obra es el supervisor de obra, y le llama la atención que un ingeniero supervisor colegiado pueda decir que ejecutó una obra sin expediente técnico y que en el desarrollo de la misma haya llenado un cuaderno de obra donde se ha tenido que establecer los detalles de su ejecución, y no se explica como hicieron los cortes, la cantidad de metraje y de excavación para hacer las obras, y no se explica cómo se guiaron para ejecutar la misma. Sí le consta que las dos obras estaban presupuestadas, que recuerda que firmaba unos documentos que se enviaban a la Contraloría general de la República dando cuenta de la ejecución del gasto, en donde contraloría a través de su conexión con el Ministerio de Economía verifican que el

gasto se haga de acuerdo al presupuesto otorgado a través del fondo de compensación municipal, que para hacer ese chequeo contraloría hacía que informaran trimestralmente de la ejecución del mismo, no recuerda qué partida estaba afectada porque eran muchas obras, y que hubieron muchas otras obras más que quedaron inconclusas y muchas obras dejaron de ejecutarse; que los fondos que el Ministerio de Economía entregaba a través del Fondo de compensación municipal se entregaba de acuerdo a la tributación mensual de cada municipalidad, y no siempre les depositaban la cantidad exacta y por eso tenían que jugar con el presupuesto y lo ejecutaban hasta donde les alcanzaba, pero que no eran cantidades exactas, que las cantidades fijas que recibían para afrontar los gastos provenían del FONCOMUN y de los ingresos propios por política tributaria que eran fluctuantes, el ingreso de FONCOMUN era variante, a veces le entregaban la mitad y al siguiente mes le reponían el faltante, el monto normal por FONCOMUN era aproximadamente 180, 000 o 190,000 nuevos soles; por otro lado refirió que eran múltiples las deudas y los requerimientos, que no solo eran de los contratistas, que por ejemplo le hacían requerimientos Essalud, AFPs, de la SUNAT y otras entidades, que la administración hacía los pagos de acuerdo a los ingresos y de acuerdo al FONCOMUN, que a raíz de este proceso ha visto cartas, pero que estaban dirigidos al alcalde que le sucedió en el cargo y este dispuso que administración atendiera tal petición; que las obras se pagaban con el 70 % del fondo de compensación municipal, que no siempre era el mismo, y había muchas obligaciones que cumplir, siendo la dirección de administración la encargada de estos pagos, en esa época había una crisis económica, había una crisis de salida de la gestión municipal y existía una serie de deudas que quedaron en la Municipalidad para el pago correspondiente, no recuerda en qué nivel de construcción estaban ambas obras al momento de la resolución del contrato y porque no manejaba esa parte técnica, su intención era terminar la obra pero no pudo, y trató de dejar todo saneado para que la nueva gestión pudiera hacer su trabajo, solo se liquidó la parte de la obra ejecutada, hizo sus descargos en su momento, recuerda que

fue en el año 2006, no se ha reunido con Osías Santa Cruz Acuña ni con Darío Acuña Peralta ni con alguno de sus representantes de las empresas contratistas porque siempre dio órdenes para que se cumpliera con la ley, y las valorizaciones ni siquiera pasaban por su despacho de alcaldía, ya que el trámite era administrativo y técnico por parte de las áreas correspondientes.

Refirió que no tiene conocimiento de administración, no fue capacitado en normas de contrataciones públicas al asumir la alcaldía, que en esa fecha estaba estudiando Derecho, es falsa la imputación de Juárez Camizán y de Luis Alberto Guzmán Miñán, que estos señores entendieron que la responsabilidad de la mala conducción del procedimiento administrativo tenía unos vicios que la Contraloría estaba observando, que primero declararon una cosa, y luego declararon otra, y después de forma muy genérica dijeron que el declarante manejaba la obra sin detallar a qué se referían, y hasta ahora se pregunta en qué aspecto manejaba la obra, no se ha reunido con ellos para asesorarles o inducirles en su trabajo cotidiano, que lo asesoraba José Ricardo Silva Sánchez, quien era ingeniero civil experimentado y le asesoraba del procedimiento a seguir, no es verdad que se reunió con el comité especial para regularizar documentos ya que el deponente no es ingeniero, y recién estaba estudiando Derecho en esa época, y era el comité quien tomaba la decisión de las adjudicaciones directas; él no disponía qué obras se hacían y qué obras no sino que es el Consejo municipal quien aprueba el presupuesto anual y las obras a ejecutarse, que son ellos los que leen, analizan, evalúan y toman las decisiones sobre las obras que finalmente se llevarán a cabo, que eso no es decisión del alcalde, ya que hay un órgano superior que es el Consejo Municipal el que aprueba el presupuesto de cada año. Acota que en su gestión se realizaron más de 300 que se encuentran a lo largo de todo el distrito de José Leonardo Ortiz, de las cuales solamente le han cuestionado dos, que a él nunca le informaron que tenían cuestionamientos, que cuando preguntaba por las obras le decían que todo iba bien, que a veces pasaba por las obras y solo veía gente trabajando, pero no conocía los detalles de la misma, tomó conocimiento de las irregularidades con la inter-

vención de contraloría, que de las casi 400 obras que se desarrollaron solo fueron esas dos obras donde encontraron irregularidades, ni el señor Juárez Camizán le informó de irregularidades ni los medios de comunicación mencionaron este tema; que diariamente reciben un promedio de 200 cartas, que Secretaría General era la que se encargaba del trámite documentario para que sea derivado al área correspondiente, si hubiera existido la carta de la empresa siglo XXI requiriéndole el pago correspondiente, habría pasado a asesoría legal, refirió que sabía que se le debía a una serie de proveedores y que había una deuda cuantiosa, no sabía específicamente que se le debía a esas empresas, y como obra en autos, los requerimientos de pago eran dirigidos a la administración y no al alcalde, porque los proveedores sabían que quien efectuaba el pago era la administración y no su persona, nunca recibió a proveedores ni contratistas, ya que la prensa siempre estaba detrás de él, y dio la orden que solo recibiría al público en general, pero no a proveedores ni contratistas; además así como había contratistas había funcionarios que reclamaban su pago, incluso al deponente al terminar su gestión le quedaron debiendo cuatro meses; debido a que perdieron las elecciones la recaudación bajó mucho esperando la siguiente gestión, también bajó lo que le entregaron por el FONCOMUN durante los últimos meses, que los funcionarios de asesoría legal y de obras, al consultarle por las obras que no se podían terminar por falta de presupuesto, el deponente les dijo que aplicaran la Ley para que la siguiente gestión no tuviera problemas y la encontrara saneada, por lo que optaron por la mejor decisión; no monitoreó los procesos de adjudicaciones 012-2002 y 016-2002 a fin de que se diera preferencia a los contratistas de Keint Construcciones y Siglo XXI porque fueron muchas obras y pasaban por su despacho las aprobaciones de los comités y los expedientes técnicos, durante ese año se hicieron muchísimas obras y al final de su gestión solo se quedaron con estas tres obras que no se lograron culminar, no tiene vínculo con los representantes de los contratistas Keint Construcciones o Siglo XXI, que no se comunicó con ellos, que sus teléfonos estaban registrados a nombre de la Municipalidad y pueden investigar si se registró alguna llamada por parte de ellos, tampoco han intercedido para que los

pagos se realicen de alguna forma antes de terminar su periodo ya que el administrador era el encargado de los pagos, era nombrado de planta y tenía más de veinte años trabajando en la Municipalidad por su capacidad. Señaló que fue el área correspondiente de la Municipalidad quien le informó que no había presupuesto para terminar la obra y que se debía liquidar, ante lo cual el deponente les dijo que procedan conforme a Ley y que contraten un Notario Público para que de fe de lo que iban a hacer, pero el acuerdo ya había sido tomado con los ingenieros del área de obras, que le informaron que ya se habían puesto de acuerdo conforme a Ley, y el deponente les dijo que se proceda conforme a Ley y que ejecuten y que cuando tengan todo listo le eleven el expediente para suscribirlo, que no se reunió con los representantes para el acta de resolución del contrato por mutuo acuerdo, sí leyó el acta y si bien se redactó la misma que se reunieron en la Municipalidad de José Leonardo Ortiz el alcalde de una parte con la empresa constructora Siglo XXI representada por el señor Darío Acuña Peralta, lo que sucede es que todos los actos contractuales se redactaban de esa forma, pero que en la práctica el deponente evitaba ese contacto personal, desconoce por qué en el acta aparece Darío Acuña Peralta como representante de la empresa Siglo XXI SRL., cuando este era representante de la empresa Keint Construcciones, sin embargo el acta debía firmarse esa acta como formalidad para hacer notar que había un acuerdo contractual, que las áreas le informaban y el deponente daba su visto bueno.

PERITOS OFICIALES

Peritos contadores públicos José Alberto Inope Mendoza y Santiago Orlando Rioja Vega

PERITOS DE PARTE

Ingeniero Edilberto Tello Cabrera (fs 5922)

Ingeniero César Augusto Tiparra de los Santos (fs 5925)

Ingeniero Christian Manuel Saavedra Campos

DECLARACIONES TESTIMONIALES

Se recibieron las siguientes declaraciones:

* Raúl Darío Gonzáles Sánchez, Auditor Contador Público, responsable del Informe Especial N.º 274-2005 de la Contraloría General de la República (folios 5986)
* Ingeniero Manuel Agustín Tantaleán Santa Cruz, miembro del equipo contralor (folios 5896)
* Contador Público Jorge Isaac Delgado Lucumi, miembro del equipo contralor (folios 5990)
* Testigos Impropio, Lorenzo Juárez Camisán (folios 5906)
* Testigo Impropio Luis Alberto Guzmán Uñan (folios 5914)

Además de las testimoniales de parte:

* César Náñez López (folios 5918)
* Ingeniero Ángel Alberto Lorren Palomino (folio 5929)
* Ingeniero Genaro Conrado Tapia Bances (folio 5970)
* Ingeniero Jairo Muñoz Asenjo

CONFRONTACIONES

* Entre el acusado Boris Sánchez Quispe y el testigo impropio Lorenzo Juárez Camisán (fs. 5914)
* Entre Boris Sánchez Quispe y el testigo impropio Luis Alberto Guzmán Uñan (fs 5917)
* Entre Boris Sánchez Quispe y César Ñañez López
* Entre César Ñañez López y Darío Acuña Peralta
* Entre Javier Castro Cruz y el testigo impropio Lorenzo Juárez Camisán
* Entre Javier Castro Cruz y Luis Alberto Guzmán Liñan

DEBATES PERICIALES

Ingeniero Manuel Tantaleán Santa Cruz con perito de parte Ingeniero César Tiparra de los Santos.

Ingeniero Manuel Tantaleán Santa Cruz de la Contraloría con el perito de parte Ingeniero Christian Saavedra Campos

OTROS MEDIOS DE PRUEBA DOCUMENTALES

A pedido de la Fiscalía.

* Informe especial de Procuraduría y todos sus anexos sobre las dos obras cuestionadas.
* Pericia contable que obra en autos y que los peritos, entre los anexos invitación a INPROCONSA, a TORRES Alabrín, notificación a Constructora Siglo XXI.
* Contrato de ejecución de obra de 26 junio 2006
* Resolución de contrato de mutuo acuerdo.
* Resolución de alcaldía (Fs. 625)
* Acta de resolución de contrato (Fs. 626)
* Carta circular No. 016-2002 de keith constructores
* Carta 016-2002 a INPROCONSA de fecha 15 agosto 2002.
* Carta 016-2002 de 15 de agosto de invitación a Torres Alabrín
* Contrato de ejecución de fecha 6 de setiembre de 2002.
* Resolución de alcaldía de fecha 3 de diciembre 2002, (fs. 57)
* Acta de resolución contrato (fs. 58)
* Resolución alcaldía de 9 dic 2002, (fs. 88)
* Contrato de ejecución de obra de fecha 6 de setiembre 2002
* Acta de manifestación (fs. 91)
* Valorizaciones pagadas (fs. 75)
* Acta de inspección (fs. 724 a 763)

* Acta de verificación de estructuras a (fs. 766)
* Declaración de Torres Alabrín y ratificación en juicio a (fs. 1676)
* Declaración de Loren Palomino (fs. 5156, tomo 13)
* Acta de inspección física de las dos obras (fs. 766 a767)
* Declaración de testigo Luis Alberto Guzmán Liñan (Fs. 1655)
* Declaración de testigo Lorenzo Juárez Camisán.
* Pericias contables de ambas obras (folios 2715 y ss, 2730 y siguientes)

Procuraduría Pública

* Se adhiere a los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público.

Solicitado por el Abogado Zulueta Mujica a favor de Sánchez Quispe

* Lectura de libro de registro de resoluciones del año 2002 de folios 2425 a 2430 - Tomo sétimo-, se establecen las resoluciones correlativas que demuestra la labor del Comité Especial que otorga la Buena Pro en la obra pavimentación de la calle Kennedy.
* Expediente técnico formado por un paquete de ocho instrumentos: Memoria Descriptiva, Planos de Ejecución de la obra, Análisis de precios, (folios 125 A 139)
* Resolución de Alcaldía de fecha once de julio del año dos mil dos, que Aprueba el Expediente Técnico de la Obra (Folio 154)
* Resolución de Alcaldía N.º 917-2002 que aprueba las bases administrativas de adjudicación (Fs. 156)
* Bases Integradas de La Pavimentación de La Calle Kennedy (Folios 95 a 106)
* Carta circular de fecha quince de agosto del 2002, emitida por los tres miembros del comité especial, con la que se invitó a tres postores keith, INPROCONSA y Torres Alabrín.
* Carta Fianza del Banco de Crédito a los ganadores de la Buena Pro, keith Constructores, de 2002 que garantizó, según las bases, la ejecución de la obra (Folio 175).

* Propuestas económicas materia de debate (folio 537 y 538), destacar que se lleno totalmente el formato que forma parte de las bases y que es la propuesta económica de las empresa que allí figuran.
* Contrato de plazo indeterminado que se ofreció como prueba entre el Ing. Juárez Camisán y la Municipalidad de José Leonardo Ortiz conforme al cual, dicho ingeniero trabajó del 4 de setiembre 2007. (Fs. 5849-5850)
* Denuncia Policial de fecha 23 de marzo del 2006, presentada por el mismo Juárez Camisán por supuestas amenazas del Exalcalde Javier Castro Cruz (Fs. 1677).

A solicitud del Abogado Jovino Castillo Castillo,

* Anexo 15 del Informe N.º 03, del jefe de estudios y proyectos de la Municipalidad de José Leonardo Ortiz, haciendo conocer sobre la situación del pavimento de dicha obra de febrero del 2002.
* Carta 017.b de fecha 21 de mayo del 2003, remitida por la jefatura de estudios y obras al contratista, haciéndole conocer de una falla producida en el pavimento de la Avenida Kennedy, solicitando las reparaciones pertinentes que obra en el Anexo 16 del informe de Contraloría.
* Acuerdo de consejo N.º 089-2003 de fecha 26 de mayo del 2003 que dispone que la comisión de trabajo emita informe situacional respecto de dicha obra.
* Carta 143-2003 emitida por Construtora KEITH de fecha 27 de mayo del 2003, solicitando a la DIDU para que concurra a una visita el 28 de abril del 2003 para ejecutar las calicatas.
* Anexo N.º 18 del Informe de Contraloría.
* Informe GEP-JMA de fecha 28 de mayo del 2003 del jefe de estudios y obras de la municipalidad, recomendando a partir de la visita, notificar a EPSEL para las reparaciones correspondientes como consecuencia de los daños producidos por el agua, hundimiento materia de observación.

* Informe N.º 81-2003 por el que la DIDU de la Municipalidad Distrital hace conocer que EPSEL ya hizo las reparaciones en el área afectada.
* Osías Santa Cruz Acuña: tres cartas que obran en el Anexo 40, solicitando al municipio el pago de las valorizaciones que estaban atrasadas respecto de la obra que se iba ejecutando.
* Informe N.º 08-2001 DIDU del folio 1457 por el que el ingeniero Luis Guzmán Inoñán, informa a su superior Juárez Camisán que cumpla con alcanzar los expedientes técnicos respectivos, referidos al año 2001 y no al año 2002, dado que este es el documento que permitiría, según versión de Guzmán, acreditar la supuesta inexistencia del expediente técnico de dicha obra.
* Evaluación de afirmado en el perímetro del parque, realizado por Tiparra De Los Santos, que obra a folios 366.
* Examen de laboratorio de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, anexado a los informes, (Folio 359)
* Resultados de análisis asfáltico emitido por SENCICO, además incorporados a la pericia, 5 documentos fotográficos que establecen la verosimilitud del trabajo de alicatas con presencia del Notario Público.
* Evaluación de materia del afirmado de la avenida kennedy entre San Antonio y Carabaya, realizado por Tiparra De Los Santos, anexados al examen de laboratorio de pavimento, por la UNPRG con el SENCICO, con seis fotografías que establece la certidumbre de la exacción de calicatas.
* Pericia del Ing. Cristian Saavedra, materia de examen en su oportunidad.

Solicitadas por el abogado Pepe Purizaca Vigil.

* Contrato de obra entre Municipalidad de José Leonardo Ortiz y la constructora Siglo XXI, de folios 505 a 511
* Bases del proceso de selección N.º 012-2002 de folios 518 a 528.

* Expediente técnico de la obra de folios 554 a 575
* Formato N.º 05 y presupuesto de obra presentado por Siglo XXI, de folios 533 a 538.
* Presupuesto de Lorren Palomino.
* Torres Alabrín de folio 546.
* Documentos de la propuesta técnica, formatos dos, tres y cuatro presentados por Torres Alabrín de folios 542 a 553 que incluye análisis de precios unitarios.
* Buena Pro entregada al postor Constructora Siglo XXI, folio 580.
* Registro Nacional de Contratista del postor Torres Alabrín, folio 543.
* Carta N.º 091-02 de Siglo XXI, firmado por su contratista, presenta documentación publica para la firma de contrato, de folio 586.
* Certificado de habilidad expedido en julio 2002, emitido por el colegio de ingenieros, de folio 587.
* Carta fianza del Banco de Crédito a favor de KEINT CONSTRUCTORES como garantía de fiel cumplimiento a la adjudicación directa de fecha 25 de julio del 2002, obrante en el folio 588.

Solicitadas por el Abogado Fidel Rojas Vargas.

* Informe de control 274, Pág. 2, que alude a los expedientes técnicos, para ver las irregularidades en el proceso de selección de postores, fija una premisa importante.
* Se ha escuchado que se han mencionado las cartas enviadas por Siglo XXI, también la defensa las estima necesarias a folios 648, también la que dirige a Lorenzo Juárez, dando cuenta de incumplimiento de pagos por la Municipalidad y responsabiliza por los daños que pudieran ocasionarse por el Fenómeno del Niño, vital porque pone de manifiesto el contexto expedito de incumplimientos.
* Carta a folios 649, enviado por Siglo XXI al Administrador de la Municipalidad con emplazamiento notarial para el pago.
* Carta N.º 155-2002 de fecha 29 de noviembre, dando cuenta de los fondos adeudados, y da por resuelto el contrato (de folios

647), pinta el escenario en que hay que colocarse para apreciar las circunstancias que se barajaron para dar cuenta de la resolución del contrato.

* Ofrece también par su oralización la sentencia de conformidad del 31 de diciembre del 2008. (folios 3609 a 3611), en ellas se sientan las premisas de culpabilidad y aceptación de parte de Juárez Camisán.
* El tribunal dice que la aceptación de culpabilidad no es transferible a terceros involucrados en el proceso penal.

Escuchado los alegatos de los abogados defensores así como lo alegado por cada uno de los acusados que ejercieron su derecho de defensa material y CONSIDERANDO:

Primero:

De inicio el colegiado precisa que con relación a los hechos imputados por el Ministerio Público contra los acusados, en su en su condición de titular de la acción penal, ha delimitado los ámbitos de la acusación, desde el momento mismo que se inició el acto de juzgamiento, quedando claro para todos los imputados que la colusión imputada está referida a los dos procesos de adjudicación directa selectiva números 012-2002 para la obra pavimentación flexible del perímetro de los parques de los pueblos jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera y 016-2002 para la ejecución de la obra de pavimentación de la avenida Kennedy entre las calles San Antonio y Chiclayo, en los que, a los considerados autores se les atribuyó haberse concertado con los dos particulares Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña para defraudar al estado, colusión que se inicia con el proceso de selección y culmina con los pagos indebidos por obras mal ejecutadas.

Tan evidente fue esto que la actividad probatoria desplegada por las partes se ha circunscrito dentro de los ámbitos fijados por la imputación fiscal, el debate, la contradicción y la defensa igualmente se han desarrollado en esos mismos ámbitos, habiéndose otorgado a las partes, en respeto de los derechos fundamentales que la Carta política del Perú

prevé la más amplia oportunidad para alegar y contradecir los cargos durante el plenario, sin que se hubiera formulado observación alguna durante el proceso, por tanto queda así aclarado el cuestionamiento formulado por la defensa de los acusados Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña Castillo.

Segundo:

En aplicación de la norma prevista por el artículo seis del Código Penal, la sala precisa que el delito imputado a los acusados Javier Castro Cruz, Boris Sanchez Quispe, y Jose Ricardo Silva Sanchez, Osias Junior Santa Cruz Acuña y Dario Acuña Peralta es el de concusión en su figura de colusión tipificado, como se ha dicho en el numeral 384 del Código Penal modificado por ley 26713 de 27 de Diciembre de 1996, vigente al momento de la comisión de los hechos —julio a diciembre de 2002—, cuyo texto refiere: artículo 384°. "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".

A pesar de las modificaciones sufridas por dicho numeral conforme a las leyes 29703 de 10 de junio del 2011, 29758 de 21 de julio del 2011 y ley 30111 de 26 de noviembre del 2013, no varió en cuanto al contenido de la imputación ni podría ser invocada retroactivamente por no existir en estas últimas modificaciones algún supuesto de hecho que beneficie a los acusados, pues como ya se explicó el contenido de la imputación tiene que ver con un acto defraudatorio en agravio del Estado como lo ha precisado la también ejecutoria suprema de fecha 26 de marzo del 2014 en su décimo sexto considerando (folios 5728-5740) y de cara al principio de irretroactividad de la ley ninguna ley puede aplicarse a hechos del pasado, salvo cuando favorece al reo, conforme lo prevé la Constitución política del Perú y en este caso tal aplicación no es procedente porque a los acusados nunca se les atribuyo el «solo

hecho de haberse coludido para defraudar sino haber defraudado patrimonialmente al Estado con sus acciones de concertación ilegal.

Tercero:

El delito contra la administración de justicia en su figura de concusión, modalidad colusión previsto y penado por el artículo 384 del Código Penal se configura, por la conducta dolosa, del agente que en su condición y en razón de su cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado, y tiene como bien jurídico tutelado el normal y recto funcionamiento de la Administración pública y la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la misma.

Cuarto:

Del estudio de autos y lo actuado en audiencias de juzgamiento ha quedado probado que la conducta de los acusados Castro Cruz, Sanchez Quispe, Silva Sanchez, responden al cargo en calidad de autores, pues se cumple en ellos la calidad de sujeto activo especial que exige la norma en su condición de funcionarios públicos, el primero como Alcalde de la municipalidad distrital de José Leonardo Ortiz, y los ingenieros Silva Sánchez y Sánchez Quispe en su condición de miembros de los comités responsables de las adjudicaciones directas selectivas números 012-2002 016-2002, respectivamente.

Quinto:

Por su parte los acusados DARIO ACUÑA PERALTA y JUNIOR OSIAS SANTA CRUZ ACUÑA tienen calidad de participes necesarios o extraneus teniendo como base de su intervención la tesis de la unidad del título de imputación, según la cual, interviniendo en la co ejecución del hecho punible no poseen autonomía o configuración delictiva propia pues forman parte de la acción que despliega el infractor del deber en lo que constituye una imputación única, conforme lo establece el Acuerdo Plenario N.º 2-2011 de 6 de diciembre del 2011, fundamento jurídico

12°, Criterio que la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente, citase por ejemplo la Ejecutoria Suprema 18-2008-Huancavelica

Sexto:

Si bien es evidente que no se cuenta con prueba directa que acredite el acuerdo colusorio al que arribaron los funcionarios denunciados con los representantes de las empresas KEINT Construcciones, el acusado Darío Acuña Peralta y SIGLO XXI acusado Júnior Osías Santa Cruz Acuña, estando precisamente a la naturaleza clandestina de tales acuerdos ilícitos también lo es que debe atenderse a la prueba de naturaleza indiciaria acopiada en el proceso y que permite establecer la intervención de los acusados desde sus distintas posiciones para la consecución del fin doloso, en calidad de prueba indirecta con la que igualmente resulta factible sustentar la incriminación a falta de medios de prueba directos conforme lo precisa la Corte Suprema de justicia en la resolución 2507-2011-Lambayeque de fecha 23 de noviembre del 2011, en la que sostiene que "se advierte incuestionable que no existe prueba directa que acredite que los procesados ...dieron muerte a los agraviados, sin embargo... debe considerarse la utilidad de la prueba indiciaria en su conjunto y la validez de la inferencia arribada por el tribunal de instancia".

Sétimo:

Ha quedado demostrado que fue el acusado Castro Cruz quien, en uso de sus atribuciones de alcalde distrital, y mediante resolución número 600-2002 de 15 de Mayo del 2002 designó el comité responsable de la adjudicación directa selectiva número 012-2002 para la ejecución de la pavimentación del perímetro de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera presidido por el ingeniero Lorenzo Juárez Camisán y como miembros del comité los ingenieros José Silva Sánchez y César Ñáñez López y por resolución número 876-2002/MDJLO-A del 19 de julio del 2002 designó el comité especial encargado del proceso de adjudicación selectiva N.º 016-2002-MDJLO para la ejecución de la obra de "pavimentación flexible de la avenida Kennedy entre las calles San Antonio y Chiclayo" del distrito de José Leonardo Ortiz designan-

do, una vez más, como Presidente al ingeniero Lorenzo Juárez Camisan y como miembros del comité a los ingenieros Boris Sánchez Quispe y Cesar Ñáñez López.

Octavo:

Conforme lo detalla el informe final de la Contraloría General de la república número 274-20Q5/CG-ORCH, con relación a las adjudicaciones selectivas y la ejecución de las obras se advirtió una serie de irregularidades que ha tomado en cuenta en su acusación fiscal el ministerio público:

8.1 Adjudicación Directa Selectiva N.º 012-2000 para la obra: pavimentación de los parques de los pueblos jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera

El Expediente Técnico y las Bases de Adjudicación de esta obra se aprobaron mediante Resolución de Alcaldía No. 707-2002/MDJL0-A de fecha 19 de junio del 2002 (folios 516 a 517) y el Comité Especial Permanente para la Adjudicación de Obras de la MDJLO se designó mediante Resolución de Alcaldía No. 600-2002-MDJLO-A de fecha 25 de mayo del 2002 (folios 500).

El ganador de la buena pro fue la empresa Constructora Siglo XXI SRL representada por el acusado Júnior Osias Santacruz Acuña, conforme aparece del Contrato de Ejecución de Obras (folios 505) aprobado por Resolución de Alcaldía No. 899-2002-MDJLO-A de fecha 26 de julio del 2002 (folios 597).

8.2 Adjudicación Directa Selectiva N.º OI6-2002/MDJLO.

Resulta ganadora de la buena pro la empresa Keint Construcciones SRL representada por el acusado Darío Acuña Peralta, conforme aparece del oficio por el que se le notifica el otorgamiento de la buena pro: 29 de Agosto de 2002 (fs 157) y de la Resolución de Alcaldía No. 1108-2002-MDJLO-A de fecha 09 de septiembre del 2002 (folios 158) que aprueba el contrato de ejecución de obra entre la Municipalidad agraviada y la empresa ganadora.

i) En ambos proceso no se cumplió con invitar a por lo menos tres postores y se presentó documentos falsos: el informe de contraloría establece que si bien aparecen tres cartas de invitación a los postores INPROCONSA, Ingeniero Oscar Segundo Torres Alabrín y Constructora Siglo XXI SRL (folios 534, 532 y 530 respectivamente), que sintomáticamente los dos primeros son los mismos postores para ambos procesos, sin embargo, Ingeniero Oscar Segundo Torres Alabrín, ha declarado, inicialmente ante los auditores de la Contraloría General de la República (fojas 120) que no recuerda haber participado como postor en la obra, y puesta a la vista la carta de invitación que supuestamente le fuera remitida (o12- 2002), no reconoce cono suyas la firma y sello que en ella aparecen como constancia de recepción, y que tampoco le pertenecen los documentos presentados con motivo del proceso de selección denominada Adjudicación Directa Selectiva No. 016-2002-MDJLC), y más adelante al rendir su declaración testimonial (folios 1666) responde de modo categórico que "en relación con las obras cuestionadas nunca se ha presentado como postor", con lo que queda demostrado que se falsificó su firma con la finalidad de aparentar su participación como postor; sin dejar de mencionar que Torres Alabrin sostiene además que en el Formato número 1 de la adjudicación directa número 012-2002 se le ha asignado el número de DNI 16473586 que no le pertenece, pues el suyo es el DNI número 16473583.

ii) INCUMPLIMIENTO DE LAS BASES: Los miembros del Comité Especial Permanente no han advertido que los postores no han cumplido con adjuntar los documentos que debe contener el sobre número dos, propuesta económica, item 9.6 de las Bases de Adjudicación (ver fojas 518 á 528) denominado "Presupuesto detallado por partidas con los precios unitarios del postor, desconsolidando los porcentajes de gastos generales y utilidad", (item 9.6.b de las bases), razón por la que se debió rechazar las ofertas por presentar documentación incompleta.

Noveno:

Los acusados por su parte insisten en que el referido profesional si fue invitado y participó en dicha licitación, y alegan en su favor que no se ha practicado la pericia grafotécnica que determine la falsedad de la firma, sin embargo, el colegiado estima que estando de por medio la firme declaración del titular, Ingeniero Torres Alabrin quien niega categóricamente que se trate de su firma, lo que confirma la tesis propuesta por el Ministerio Público, en todo caso correspondería probar a quienes alegan lo contrario (que sí se trataría de su firma), lo que no ha ocurrido durante todo el proceso en sus fases de investigación o de juzgamiento, pues la defensa no ha ofrecido prueba alguna en interés de tal pretensión.

Décimo:

En cuanto se refiere a INPROCONSA, representada por Angel Lorren Palomino, quien afirma (acta de folios 5967), haber participado de ambos procesos de adjudicación sin haber alcanzado la buena pro, se advierte que, conforme ha declarado en este plenario, normalmente participa de obras más grandes, que su maquinaria estaba ocupada por lo que debía alquilar maquinaria y presentó sus propuestas prácticamente al cien por ciento del precio sincerando sus costos, siendo difícil ganar, de lo que se infiere que de haber participado efectivamente en estos procesos solo habría tenido por finalidad cumplir con una formalidad que el comité ha cubierto, porque no resulta lógico que un empresario se presente a una licitación como postor sin expectativas de alcanzar la buena pro, más aun si se tiene en cuenta que debe efectuar gastos como la compra de bases, remitir documentación, entre otros.

Undécimo:

Todo el conjunto de "irregularidades" en que incurrieron los funcionarios municipales nombrados por Javier Castro Cruz, se explica con la versión incriminatoria del ---., ingeniero LORENZO JUAREZ CAMISAN, quien en su declaración instructiva (folios 1385), en presencia de su abogado patrocinador letrado José Gamonal Guevara y de la señora

Fiscal provincial penal, esto es, rodeado de las garantías procesales, refirió a cerca de los comités de selección que el presidió que "era un supuesto Comité, toda vez que el alcalde —Javier Castro Cruz— era la persona que manejaba la obra," agrega que: "simplemente como comité ellos regularizaban lo que el alcalde dirigía y ordenaba en cuanto a la obra", que "tomaba conocimiento de la obra cuando ya se estaba ejecutando" y que al producirse el reclamo de su parte, "el alcalde les decía que solamente regularicen los trámites, versión que básicamente ha mantenido al declarar en este plenario.

Décimo Segundo:

Debe considerarse que, la defensa ha pretendido desvirtuar el valor probatorio de esta declaración afirmando que Juárez Camisan ha variado su versión pues ante la comisión de contraloría afirmó que todo había sido hecho con arreglo a ley, sin embargo el mismo testigo se ha encargado de explicar que eso no era verdad y que lo hizo porque se le pidió uniformizar las declaraciones.

Décimo Tercero:

Resulta importante apreciar que con motivo de la confrontación realizada entre los acusados Lorenzo Juarez Camisan y Javier Castro Cruz (fs 1959), el primero ha mantenido firmemente su versión y le ha sostenido a su confrontado cómo es que al ser convocados a alguna investigación eran inmediatamente convocados para que tengan una sola versión (sic), incluso para regularizar los expedientes, diciéndole además que se han reunido en la vivienda del entonces alcalde, su confrontado, ubicada en la calle La Paz 373 de la urbanización Remigio Silva, y aunque es cierto que en la confrontación con el exalcalde encausado, realizada en audiencia de juicio oral, Juárez afirmó que aquel no ha estado presente en el lugar de reunión, tal aseveración carece de todo sentido lógico, pues resulta improbable desde todo punto de vista que funcionarios de la municipalidad se reúnan en la vivienda del alcalde para regularizar documentación que atañe al municipio en ausencia del dueño de casa.

Décimo Cuarto:

En este sentido y frente al cambio de versión debe tenerse en cuenta el Acuerdo Plenario número 1-2011 de seis de Diciembre del dos mil once, fundamento jurídico 23°, en el que la Corte Suprema de justicia, reiterando la posición asumida con carácter de precedente vinculante en el Acuerdo Plenario 2-2005 sostiene que "... frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia —en cuanto a los hechos incriminados— por parte de un mismo sujeto procesal: co imputado, testigo o víctima, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante".

Décimo Quinto:

Igualmente con motivo de la confrontación, del ahora condenado Juárez Camisán con su coacusado Boris Sanchez Quispe, el primero se ratifica en su versión sobre las irregularidades en la convocatoria "pues el comité no se reunió para elaborar las bases, tampoco para abrir los sobres, menos para adjudicar la obra" y que si la documentación existe es porque se subsanó posteriormente, dejando constancia el Juez de la causa que durante toda la diligencia Juárez Camisan ha insistido con su confrontado para que diga la verdad, y refiere haber recibido amenazas del exalcalde al día siguiente de prestar su instructiva, sustentando incluso su dicho con la copia de denuncia presentada ante la Comisaria de José Leonardo Ortiz, que corre a folios 1677, fechada 23 de marzo 2006, según la cual le habría dicho que se atenga a las consecuencias por haber declarado así en el módulo básico de justicia.

Décimo Sexto:

La versión inculpatoria de don Lorenzo Juárez Camisan está corroborada además con la declaración del testigo LUIS ALBERTO GUZMAN LIÑAN quien igualmente se ha acogido a la conclusión anticipada del juicio oral y que en su declaración instructiva, también rodeado de las garantías procesales (folios 1454-1456) confirma que las obras se ejecutaron sin que exista adjudicación, sin el concurso

correspondiente, sin siquiera presentarse algún expediente técnico, circunstancia que, según refiere, no se ha presentado en la totalidad de obras que le correspondió supervisar, citando como ejemplos la pavimentación de la avenida Kennedy y la pavimentación de los parques Micaela Bastidas y Francisco Cabrera; coincidiendo en que si bien las obras se realizaban con esas irregularidades, posteriormente eran subsanadas. Además, durante el juicio oral se ha mantenido en su versión, respondiendo al ser preguntado con relación al expediente técnico y su imposibilidad de llevar adelante las obras, que para su trabajo de supervisión, recibía hojas técnicas, señalando que no recuerda de quien las recibió.

Décimo Setimo:

En idéntico sentido se realiza la confrontación entre los acusados Luis Alberto Guzmán Llñan y Boris Sánchez Quispe, ratificándose el primero en que no existió expediente técnico, que solo contaba con un "perfil técnico", en el caso específico de la pavimentación Kennedy, que se empezó a subsanar las irregularidades, esto es a "llenar huecos", hecho negado por su confrontado.

Décimo Octavo:

Por otro lado, y confirmando que en efecto no se contaba con las bases y que "todo se regularizó con posterioridad", preguntado don Boris Sánchez Quispe para que diga quiénes elaboraban las bases en el concurso (folios 1488) dijo: "que eran unos técnicos, que eran apoyo del comité y que mayormente era el ingeniero Silva Sánchez"; por su parte el testigo Ñáñez López ha respondido en audiencia a una de las preguntas formuladas por el tribunal, respecto de la forma como los miembros del comité se habrían dividido las labores, que "por su experiencia fue el ingeniero Lorenzo Juárez quien hizo las bases. Finalmente, con motivo de la confrontación de Boris Sánchez con Guzmán Liñan, (acta de folios 5917) el primero le refiere: "Usted no estuvo allí, yo preparé las bases con Ñáñez López lo que pone en evidencia que también el acusado Sánchez Quispe protagonizó la indebida "regularización" de documentos ordenada por Castro Cruz".

Décimo Noveno:

Con respecto a los acusados Acuña Peralta ySanta Cruz Acuña, quienes han resultado favorecidos con los actos colusorios ya descritos, en principio hay suficientes razones para considerar que las empresas Keint Construcciones y Siglo XXI que ambos representan, respectivamente, están vinculadas entre sí y pertenecerían a un mismo dueño, pues, al margen del apellido Acuña que comparten sus representantes legales, quienes niegan todo parentesco, se tiene que:

19.1. Darío Acuña Peralta otorga Carta poder a doña a Rosario del Pilar Chamba Gelacio (a folios 169) para que recabe de la municipalidad de Leonardo Ortiz el cheque de pago a cuenta de la valorización número dos de la empresa Keint Constructores. Por su parte Júnior Santa Cruz mediante Escritura pública (fs 613) nombra apoderada de la empresa Siglo XXI a la misma Rosario del Pilar Chamba, persona que suscribe las facturas y por carta poder que corre a folios 639 la autoriza igualmente, para recabar de la municipalidad de Leonardo Ortiz el cheque de pago, correspondientes a esta empresa.

19.2 No puede dejar de apreciarse que corre de folios 397 a 402 en copia fedateada y forma parte del Informe Especial de Contraloria el Curriculum Vitae del acusado Jose Ricardo Silva Sanchez quien en el rubro IV Experiencia Laboral declara: "Ingeniería 10 años: julio 02 a Diciembre 02 Keint Construcciones S.R.L. Profesional independiente, Asesor técnico de obras públicas"; también registra Jun 95 a Set 95: Keint Construcciones S.R.L. Profesional independiente. Servicios no personales para la elaboración del estudio "Sistema integral de agua potable y alcantarillado del distrito de Lonya Grande-Amazonas" y finalmente Enero 94 a Abril 96: Acuña y Peralta S.A.

Profesional independiente. Servicios no personales como supervisor de obras, quedando probada de este modo la vinculación de uno de los miembros del Comité encargado del proceso de adjudicación selectiva No, 012-2002, precisamente con una de las empresas cuestionadas.

19.3 Abona a este hecho, la declaración instructiva de Osías Santa Cruz Acuña representante de la empresa Siglo XXI (folios 2031) quien

refiere que participaba de todos los procesos de licitación y la ejecución de las obras era responsabilidad del Ingeniero residente, en este caso del señor José Silva (el currículo de Sánchez Silva no refiere que hubiera trabajado para Siglo XXI), no obstante, el Acta de constatación de la obra "pavimentos flexibles del perímetro de los parques Bastidas y Cabrera" con fecha 3 de diciembre de 2002 aparece suscrita por los ingenieros Lorenzo Juárez Camizan, Segura Tejeda y Boris Sánchez y por la empresa contratista Siglo XXI el ingeniero Jose Ricardo Silva Sanchez (fs. 655).

19.4 A su vez el acusado Darío Acuña Peralta al prestar su declaración instructiva —folios 1653— refiere que su relación con las personas de Juárez Camizan y Guzman Liñan han sido directas, y que más que él "su residente de obras José Silva" y al declarar en el acto de juzgamiento Javier Castro sostuvo (acta de folios 5931) que era asesorado en especial por el ingeniero José Silva Sánchez por ser experto en cuestión de obra

19.5 El Acta de resolución de contrato por mutuo acuerdo corriente a folios 654 registra la reunión del alcalde acusado y en representación de la empresa Siglo XXI don Darío Acuña Peralta, quien en realidad es representante de Keint Construcciones

Vigésimo:

Otra evidencia clara de que en efecto los procesos de selección se "regularizaron con posterioridad, por orden de Castro Cruz", como afirma Juárez Comisan, en orden a favorecer a los empresarios Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña, es la versión contradictoria de los involucrados como miembros de los comités de selección, así: César Ñáñez López dice que una de las razones por las que se invitó a la empresa del acusado Acuña Peralta es por haber trabajado en diferentes obras para el municipio, lo que es desmentido por este en el sentido que declara en audiencia de juicio oral, (Acta de audiencia de folios 5878), que antes de esta invitación, —la formulada por el municipio de Leonardo Ortiz— no había trabajado otras obras en Chiclayo, más aun, explica haber ejecutados "únicamente la pavimentación de la avenida Kennedy y de un parque",

que son precisamente las dos obras cuestionadas, a pesar que, según toda la documentación la pavimentación de los parques habría sido ejecutada por Siglo XXI, no por su representada Keint Constructores.

Vigésimo Primero:

En el mismo sentido, se tiene que al prestar su declaración en audiencia de juzgamiento el acusado Boris Sánchez Quispe afirma que se invitó a Acuña Peralta a la licitación "por haber quedado bien con otras obras realizadas para la municipalidad", hecho que resulta falso porque como ya se dijo antes era la primera vez que iba a realizar una obra para la municipalidad de Leonardo Ortiz

Vigésimo Segundo:

Otro indicio a considerar es la resolución del contrato por "mutuo acuerdo" con la empresa Siglo XXI, plasmado en la resolución de alcaldía número 1349-2002 de fecha 03 de diciembre de 2002, en la que no aparece sustento alguno de tal decisión, constando del Acta de resolución de contrato por mutuo acuerdo suscrita el día anterior 2 de Diciembre del 2002 el texto: "en mérito del recorte presupuestal" que efectúa la Municipalidad distrital de José Leonardo Ortiz", sin que durante la investigación o el juzgamiento se haya demostrado en alguna forma que se hubiera producido tal recorte presupuestal, circunstancia que dada su naturaleza evidentemente tendría que estar justificada de modo adecuado, contando incluso con el pronunciamiento del Consejo municipal en su caso, habida cuenta de su trascendencia en la marcha institucional, por lo que habría quedado plasmado como un mero enunciado sin sustento formal.

Vigésimo Tercero:

Igual ocurre con la resolución del contrato con Keint Construcciones, también de mutuo acuerdo según el Acta de resolución de contrato de 2 de diciembre del 2002 y por causas de fuerza mayor, según el texto de la resolución de alcaldía No. 1351, razones estas, tampoco explicadas suficientemente en el texto del documento, de lo que se colige que, en buena cuenta, no ha existido razón suficiente para resolver los contratos

con ambas empresas —el mismo día— cuando faltaba tan poco para culminar las obras, lo que técnicamente resultaba inconveniente, más aun si se tiene en cuenta que según la resoluciones que en su momento aprobaron su ejecución, las obras tenían el respaldo financiero correspondiente sostenido en el FONCOMUN, sin que las cartas remitidas por los empresarios acreedores exigiendo el pago de las valorizaciones pendiente sustenten por si mismas tal recorte presupuestal o las causas de fuerza mayor que se alegan.

Vigésimo Cuarto:

Sobre las deficiencias en la ejecución de las obras y el indebido pago de valorizaciones:

24.1 Pavimentación flexible del perímetro de los parques de los pueblos jóvenes Micaela Bastidas y Francisco Cabrera:

Teniendo en cuenta que la cantidad está relacionada con el espesor de la capas que conforman el pavimento, de autos se tiene que del Acta de Inspección Física de Obra (folios 763), del Acta de Verificación de Estructura de Pavimento y Extracción de muestras para Control de Calidad (folios 766) y del documento "Calicatas para Inspección de la Estructura del Pavimento y Extracción de muestras para análisis de laboratorio (folios 767), se verifica que la obras no cumplen con el Expediente Técnico (folios 554 á 576), así como del documento denominado "presupuesto" (ver fojas 557) en la cuales se verifica que el espesor de las capas que conforman el pavimento, no coinciden con las que han sido ofertadas y pagadas al contratistas como es de verse del documento denominado "Planilla de Metrados" (folios 595 a 588) cuyos precios unitarios fueron aprobados mediante Resolución de Alcaldía No. 899- 2OO2-MDJLO-A de fecha 26 de julio del 2002 (ver fojas 627), la irregularidades se detallan en el siguiente cuadro:

PAVIMENTO SUB RASANTE (ARENILLA SUB BASE BASE (AFIRMADO) TOTAL

Exp. Tec. / Ofertado y pagado 10.00 cm. 20.00 cm. 15.00 cm. 45.00 cm.

Muestra N.º 01

Parque Micaela B. 9.00 cm. No Existe 23.00 cm. 32.00 cm.

Muestra N.º 02

Parque Micaela B. 6.00 cm. No Existe 21.00 cm. 27.00 cm.

Muestra N.º 01

Parque Francisco Cabrera 16.00 cm. No Existe 21.00 cm. 37.00 cm.

Muestra N.º 02

Parque Francisco Cabrera 19.00 cm. No Existe 16.00 cm. 35.00 cm.

De lo que se colige que la obra no se ha ejecutado conforme a las especificaciones técnicas aprobadas y ofertadas, ya que existe un déficit del componente mejoramiento de subrasante en las dos primeras muestras del Parque Micaela Bastidas, mientras que en la otras dos del Parque Francisco Cabrera excede tal como sucede con la capa base en las cuatro muestras, sin embargo, la capa sub base no existe, si esto es así resulta indebido el pago de las valorizaciones puesto que el avance de las obras no justifica los pagos efectuados a las empresas Keint Construcciones y Siglo XXI, si se tiene en cuenta que tal avance era aparente pues estando a los rubros especificaciones técnicas y presupuesto que forman parte de los Expediente técnicos asumidos por las empresas ganadoras de la buena pro, donde aparece detallada la calidad y cantidad de los materiales a emplearse y comparados con el examen realizado en los laboratorios de SENCICO sobre las muestras o calicatas extraídas para la verificación de la estructura del pavimento, es por demás evidente la diferencia que existe entre materiales convenidos y pagados por la municipalidad agraviada y los efectivamente empleados en las obras cuestionadas, más aún si como se advierte de los comprobantes de pago la gestión del Alcalde entrante —año 2003— continuó efectuando los pagos en virtud de las valorizaciones y autorizaciones emitidas en su momento por la gestión del exalcalde Castro Cruz

24.2. Obra Avenida Kennedy Entre las calles San Antonio y Chiclayo

De acuerdo al expediente técnico, así como por lo ofertado por el contratista ganador de la buena pro, la obra debió presentar las estructuras

que se detallan en el documento denominado "presupuesto", en la que en el rubro pavimento consigna el valor de la obra en forma detallada y las especificaciones técnicas; sin embargo, de acuerdo con el acta de verificación de estructura de pavimento y extracción de muestras para control de calidad y del documento "calicatas para inspección de la estructura de pavimento y extracción de muestras para análisis de laboratorio", el espesor que se verifica no responde a la obra ofrecida y posteriormente pagada.

Pavimento mejoramiento sub rasante (arenilla) sub base base (afirmado) total

Exp. Técnico

Ofertado y pagado 20.00 cm 25.00 cm 20.00 cm 65.00 cm

Muestra N.º 01 23.00 cm No existe 13.00 cm 36.00 cm

Muestra N.º 02 16.00 cm No existe 17.00 cm 33.00 cm

Muestra N.º 03 No existe No existe 24.00 cm 24.00 cm

Vigésimo Quinto:

Con respecto a lo alegado por la defensa del acusado Boris Sánchez sobre el número de calicatas tomadas para el examen, que según sostiene, son insuficientes para efectuar el estudio de la obra realizada, teniendo como sustento en la Resolución Directoral 1146-2000-MTC de 27 de Diciembre de 2000, que en copia ha presentado fraccionada, debe indicarse que tal dispositivo legal no resulta pertinente para sustentar su tesis, habida cuenta que está referido a especificaciones técnicas generales para la construcción de carreteras, asunto ajeno a los pavimentos urbanos, rubro al que pertenecen las cuestionadas obras de pavimentación flexible de pistas, que dieran motivo de la presente investigación, más aun si se advierte que las tres muestras tomadas con participación de los funcionarios de la Municipalidad agraviada, dan cuenta de la notoria diferencia ya explicada entre los materiales contratados y pagados por la agraviada y los empleados por los contratistas, con evidente perjuicio para la entidad municipal.

Vigésimo Sexto:

Siempre en este orden de ideas, debe considerarse, adicionalmente que el propio perito de parte ingeniero Edilberto Tello Cabrera, al ser preguntado en juicio oral al respecto, justamente por la defensa del acusado Boris Sánchez Quispe respondió que siempre se habla de tres calicatas mínimo: la segunda para corroborar y una última para dirimir; aunque no está normado y que en materia de extensión, no hay nada específico que tenga que haber una cantidad determinada, si se toma como referencia las calicatas mínimas para diseñar un pavimento, cada tres mil seiscientos metros se puede hacer una calicata

PAVIMENTO MEJORAMIENTO SUB RASANTE (ARENILLA) SUB BASE BASE (AFIRMADO) TOTAL

Exp. Técnico

Ofertado y pagado 20.00 cm 25.00 cm 20.00 cm 65.00 cm

Muestra N.º 01 23.00 cm No existe 13.00 cm 36.00 cm

Muestra N.º 02 16.00 cm No existe 17.00 cm 33.00 cm

Muestra N.º 03 No existe No existe 24.00 cm 24.00 cm

se ha ceñido a las pruebas de campo efectuadas por el ingeniero Tiparra, debiendo advertirse al respecto que, conforme la extensión contratada, —ver memoria descriptiva de folios 526— las pistas de las obras tenían una extensión de 4,704.80 metros cuadrados para el caso de los parques Bastidas y Cabrera, y de 8,320 metros cuadrados para la pavimentación de la avenida Kennedy, —ver memoria descriptiva de folios 290— quedando así confirmada la suficiencia del muestreo.

Vigésimo Sétimo:

Igualmente ha de quedar claramente establecido que el pronunciamiento de la pericia de parte ha estado encaminada a determinar elementos como límite líquido, limite plástico, índice de plasticidad, que corresponden a la calidad del material empleado en la obra por ellos examinada, y que conforme se definió con motivo del debate pericial

del Perito de parte Ingeniero Tiparra de los Santos con el ingeniero Manuel Tantalean Santa Cruz, miembro de la comisión de contraloría, responde a un nivel de análisis distinto del observado por el ente contralor que ha verificado la diferencia entre las cantidades del material contratado y pagado por el Municipio y el efectivamente colocado en las obras, en detrimento del Estado.

Vigésimo Octavo:

Tampoco debe pasarse por alto lo sostenido en audiencia por el perito de parte Tiparra de los Santos quien afirmó, por un lado, que no se cuenta con determinado tipo de material y que según la muestra examinada se habría utilizado material de la misma calidad porque la piedra proviene de una misma cantera, cuando sabido es que precisamente el servicio que presta la cantera es que se ordena la preparación de los agregados conforme al concreto requerimiento técnico de cada obra, y de otro lado que atenta contra la lógica que un empresario de la construcción emplee en la obra a ejecutar un material de mejor calidad que el requerido por las bases y el ofertado por él mismo al acceder a la buena pro, como se pretende, atendiendo a los mayores costos que esto representa en detrimento de sus utilidades, fin último de toda actividad empresarial.

Vigésimo Noveno:

Toda esta suma de "irregularidades", contradicciones y "coincidencia" antes descritas, que evaluadas de modo aislado, como pretenden los defensores, aparecerían como simples irregularidades de menor entidad, adquieren relevancia en la medida que son apreciadas en el conjunto de las sucesivas infracciones de los procedimientos, y en el presente caso no hacen sino poner en evidencia que efectivamente, conforme lo ha sostenido reiteradamente Lorenzo Juárez Camisan y lo ha corroborado igualmente Luis Alberto GUZMAN LIÑAN, todo lo concerniente a las obras realizadas por las empresas ganadoras de la buena pro en las obras cuestionadas, Siglo XXI y Keint Constructores, empezando por su dolosa selección, fue "regularizado en el camino", y

que tuvo como única finalidad dar visos de formalidad a los actos colusorios que tuvieron lugar entre los funcionarios municipales ya condenados y los ahora acusados Sánchez Quispe y Silva Sánchez dirigidos por el exalcalde Castro Cruz con los empresarios Santa Cruz Acuña y Acuña Peralta y que el fruto de tal ilícito se cristaliza en las graves deficiencias técnicas, que exhiben las dos obras mal ejecutadas, exhaustivamente detalladas en el informe de Contraloría, y por las que la entidad municipal ha hecho desembolsos económicos a favor de los referidos empresarios que no se han visto compensadas con los materiales en las proporciones ofertadas, con el consiguiente perjuicio al bien jurídico tutelado traducido en el recto funcionamiento de la Administración pública, en su prestigio y en sus intereses patrimoniales.

Trigésimo:

Resulta ilustrativa la Ejecutoria suprema expedida con fecha 09 de noviembre del 2010-Lima, que sostiene: "... es de anotar que constituye un argumento recurrente en los procesados la mención a la inexistencia de prueba respecto de la propia concertación con el particular, ya sea por reuniones o acercamientos de carácter ilícito, afirmando que solo se han acreditado infracción de carácter administrativo. En cuanto a esto, corresponde aclarar que si bien es cierto tales infracciones administrativa no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo estas tiñen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro y de corresponder también a través de conductas posteriores. En tal virtud, no son admisibles los agravios que estén dirigidos a exigir la presencia de elementos probatorios directos al acto de concertación, pues este se advierte inferido por el Tribunal Superior de los plurales indicios considerados probados, sustentados en las diferentes infracciones administrativas, por lo que solo es objeto de examen la prueba respecto a estas y su capacidad indicativa del

hecho típico imputado" (publicada en versión virtual de Legislación y jurisprudencia penal y procesal penal 2013-2014 de Gaceta Penal & Procesal Penal).

Trigésimo Primero:

Con relación a las observaciones efectuadas por el supremo tribunal de justicia y consignadas en la ejecutoria suprema de fecha 26 de marzo 2014 sobre los siguientes puntos:

1. La Sala Superior se pronunció sobre la concertación en el proceso de adjudicación directa selectiva N.º 012-2002-MDJLC) respecto a Castro Cruz, pero no le fue imputada en el dictamen fiscal donde se individualizaron las imputaciones de los acusados. Al respecto este Colegiado precisa que mediante dictamen fiscal acusatorio de folios 2566 a 2568, aclarado a folios el fiscal superior se pronunció con relación a las dos procesos de adjudicación selectiva, esto es al 012-2002-MDJLO y 016-2002-MDJLO, involucrando a todos los acusados, situación que ha sido reiterada durante el plenario, como se ha hecho notar en el considerando primero de la presente sentencia.
2. La Sala Superior, en su fallo, no se pronuncia sobre los cargos que se formulan al encausado Castro Cruz respecto del recorte presupuestal sin mediar condiciones legales requeridas y la resolución de dos contratos con Keint Construcciones y Siglo XXI. Al respecto los considerandos 22 y 23 analizan esta imputación.
3. La Sala Superior no ha valorado la declaración de Lorren Palomino ni la de Ñañez López; incluso el fallo indica que no se solicitó la testimonial de INPROCONSA, lo que no es verdad. En los considerandos décimo y vigésimo se valoran tales testimonios
4. La condena no hace referencia al párrafo concreto de la ley que tipifica el delito de colusión aplicable al momento de los hechos. Ya en el primer considerando se fija los términos de la acusación y el tipo penal vigente a la fecha de los hechos.

5. Se menciona el calendario del proceso de selección, pero tal hecho no fue incorporado en la acusación. La sala está de acuerdo en que no fue incorporado en la acusación, por cuya razón tampoco lo ha tomado en cuenta.
6. Respecto a Acuña Peralta no se analiza debidamente los cargos respecto a desembolsos recibidos pese a que no cumplió la meta física indicada en el expediente técnico. El considerando vigésimo cuarto da respuesta a esta observación
7. La acusación que individualizó las responsabilidades de los acusados no dio cuenta de la adjudicación selectiva directa N.º 016-2002-MDJLO sobre la que se pronunció la Sala Superior. Debe entenderse que la sala Suprema se está refiriendo no a la adjudicación número 016-2002 sino más bien a la 012-2002 conforme su propia observación señalada en el primer item de este considerando, habiéndose superado en consecuencia esta observación.
8. Existen pericias contradictorias con el informe especial, por lo que es menester un debate pericial en cuanto afecte, de uno u otro modo, la situación jurídica de los acusados condenados. Se cumplió con el debate pericial entre los ingenieros peritos de contraloría y los peritos de parte, los que son valorados en el considerando vigésimo sétimo.
9. Debe exigirse que los imputados condenados declaren en juicio y si fuera menester se confronten con los imputados afectados con su declaración. Tanto Juárez Camisan como Guzmán Liñan han declarado en juicio en calidad de testigos impropios, y han sido confrontados con los acusados.

Trigésimo Segundo:

El colegiado advierte que la persona de don Cesar Ñáñez Lopez ha formado parte de los Comités de las adjudicaciones selectivas Números 012-2002 y 016-2002 al igual que los acusados Sánchez Quispe y Silva Sánchez, incluso cada uno de estos han tomado parte en solo uno de

estos procesos, sin embargo, de modo inexplicable Ñáñez López no ha sido comprendido en la investigación, por lo que existiendo evidencias de su participación en estos hechos ilícitos y no habiendo prescrito la acción penal, debe remitirse copias a la fiscalía de turno para los fines legales a que hubiera lugar.

Trigésimo Tercero:

De la pena a imponerse

La imposición de una pena, en orden a su individualización, conforme a las pautas que contienen los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, exige del análisis cuidadoso de las circunstancias personales de cada uno de los acusados.

Para efectos de graduar la pena a imponerse debe considerarse en principio que, a la fecha de los hechos se encontraba vigente, como ya se ha indicado, el numeral 384 del Código Penal que había sido modificado por Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 que sancionaba el delito con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de quince años, sin dejar de considerar la pena solicitada por el representante del Ministerio público que ha sido de DIEZ AÑOS, más dos años de inhabilitación, lo que constituye el límite de la determinación judicial de la pena, para esta sala.

Conforme a las condiciones que fijan los artículos 45 y 46 el Código Penal, y en aras de una mayor concreción de los criterios de equidad y justicia, la sala valora las circunstancias agravantes y atenuantes de cada caso para incrementar reducida la pena siempre dentro de los límites fijados.

Trigésimo Cuarto:

34.1 En el caso del exalcalde Javier Alejandro Castro Cruz, de cara a los principios de culpabilidad, atendiendo a que se trata de una persona absolutamente informada de la necesidad de conducirse según las normas de pacífica convivencia junto a sus calidades profesionales de abogado, periodista y contador mercantil, su condición de auto-

ridad legítimamente elegida para servir a su comunidad, de quien se esperaba que actuara con arreglo a ley, por el contrario ha defraudado las expectativas no solo de sus electores sino de toda la comunidad, en detrimento de la confianza ciudadana en las entidades del Estado, pues ha burlado la transparencia, lealtad y buena fe que deben regir los actos de todo funcionario público, poniéndose a la cabeza de un grupo de servidores que igualmente han faltado dolosamente a sus responsabilidades, además en virtud del principio de proporcionalidad por la exacta correspondencia que debe darse entre la gravedad del delito atribuido y la sanción a imponerse, la corrupción de funcionarios debe ser ejemplarmente sancionada.

Igualmente en virtud de los fines de prevención general y especial que tiene que ver, de una parte con el mensaje inhibitorio que la pena busca en los miembros de la colectividad y en el interés del Estado por evitar que el acusado vuelva a incurrir en delito, la sala determina imponerle una pena con carácter efectiva de diez años más inhabilitación de DOS años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función.

34.2 En cuanto al acusado Silva Sánchez, quien carece de antecedentes, se aprecia además de la circunstancia de haber participado con una pluralidad de agente, la dolosa deslealtad de su conducta para con su empleadora la Municipalidad agraviada, dada su vinculación laboral con las empresas beneficiarías de las adjudicaciones y su dinámica participación en calidad de miembro del comité de selección, y de asesor técnico del entonces alcalde por su experiencia en materia de obras públicas, mereciendo igualmente una pena con carácter efectiva, en este caso de OCHO AÑOS, más inhabilitación de dieciocho meses para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función.

34.3 Respecto Boris Sánchez Quispe: quien carece de antecedentes, y como en el caso anterior ha participado del hecho con una pluralidad de agentes, no puede desconocerse el hecho que su actuación no ha tenido el protagonismo referido en el caso de los dos acusados antes mencionados, por tanto la pena a imponerse se fija en seis años de pena efectiva, mas inhabilitación de doce meses para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función.

34.4 Con relación a los acusados Dario Acuña Peralta, y Osias Santa Cruz Acuña, es innegable su coprotagonismo en la comisión del evento delictivo, como innegable es el hecho de haber resultado directos beneficiarios de los actos delictivos, sin embargo dada su condición de partícipes necesarios, es decir al no haber estado en sus manos decidir finalmente la ejecución del delito, en nuestro concepto la pena que les corresponde es una menor a la señalada para los autores, que debe resulta igualmente ejemplificadora en el marco de la gravedad de los hechos, en consecuencia la sala fija en CINCO AÑOS la pena efectiva que debe cumplir cada uno de ellos.

Trigésimo Quinto:

De la reparacion civil

La comisión de un acto ilícito genera además de la imposición de una pena o medida de seguridad, la obligación de indemnizar por los daños producidos autorizando al agraviado a exigir el pago de una reparación civil. Así nuestro Código Penal en el artículo 92, prescribe que conjuntamente con la pena se determinara la reparación civil correspondiente.

El Acuerdo Plenario N.º 6-2006, de la Corte Suprema de la República, de trece de octubre de 2006, fundamento jurídico 8, ha definido el daño civil como los efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido y que puede dar lugar a consecuencia patrimoniales

y no patrimoniales; conforme lo tiene igualmente previsto el artículo 93 del Código Penal. Este concepto comprende:

a) restitución del bien, que trata de restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un ilícito; al estado anterior a su comisión, y de ser imposible su restitución.

b) la indemnización de daños y perjuicios: que comprende el resarcimiento del daño moral, y que intenta abarcar todo el daño ocasionado por el delito, que no se reduce al daño de carácter económico, sino que comprende además el daño moral y personal, atendiéndose tanto el daño emergente que consiste en la pérdida o disminución de la esfera patrimonial del agraviado: como al lucro cesante que es la pérdida o disminución de una ganancia dejada de percibir.

Trigésimo Sexto:

Por resolución número veintiuno de fecha 10 de julio 2006, corriente a folios de 2024 la Contraloría General de la república, a través de su Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales, fue constituida formalmente como PARTE CIVIL, sin deducir pretensión indemnizatoria; sin embargo, al decidir Guzman Liñan y Lorenzo Juárez acogerse a la conclusión anticipada del juzgamiento y estimarse ---, la pretensión civil deducida por el Ministerio Público ascendente a la suma de veinte mil nuevo soles, la mencionada actora civil no impugnó la sentencia que fijó en dicha suma la reparación civil, en consecuencia tal extremo de la decisión del Poder Judicial ha quedado firme sin posibilidad que en un momento posterior, decidiendo sobre los mismos hechos, pero por diferentes imputados esté autorizado a fijar un monto distinto, lo que no significa que esta sala este conforme con la exigua suma fijada por dicho concepto porque no se condice con la magnitud del daño causado, sin embargo la decisión de la sala, observa rigurosamente el principio de congruencia entre lo requerido y lo decidido, que aparece además desarrollado en la Ejecutoria Suprema con carácter vinculante dictada en el recurso de nulidad 216-2005-Huánuco del 14 de abril de 2005, fundamento jurídico sexto: que reza: "en este contexto, la restitu-

ción, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme, esto con el objeto de que: a) exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento, b) se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación, y c) no Se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuesta mediante los artículos 93 y 95 del Código Penal.

En consecuencia el monto de la reparación civil a imponerse corresponde a la misma suma fijada en sentencia firme dictada contra los sentenciados Juarez Camisan y Guzman Liñan del 31 de diciembre del 2008, esto es veinte mil nuevos soles.

PARTE RESOLUTIVA:

Por las razones expuestas y las normas legales invocadas, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, actuando en calidad de Sala Penal Liquidadora en virtud de la Resolución Administrativa N.º 102-2014-P-CSJLA/PJ, FALLA:

1. **CONDENANDO** a Javier Alejandro Castro Cruz, José Ricardo Silva Sánchez y Boris Sánchez Quispe como autores del delito contra la Administración pública, en la figura de concusión, modalidad Colusión, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, modificado por Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 y como a tales se les impone: a Castro Cruz, diez años de pena privativa de la libertad que se computara desde la fecha de su detención, más inhabilitación de DOS años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función; a Silva Sánchez, ocho años de pena privativa de la libertad que se computara desde la fecha de su detención, más

inhabilitación de dieciocho meses para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función; a Sánchez Quispe; SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA de la libertad que se computará desde la fecha de su detención, más inhabilitación de UN AÑO para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, inciso 2 del Código Penal, no resultando aplicable el inciso 1, solicitado por el Ministerio Público dado que no se encuentra en ejercicio de la función.

2. **CONDENANDO** a los acusados Dario Acuña Peralta y OSIAS Junior Santacruz Acuña, como partícipes necesarios del delito contra la Administración pública, en la figura de concusión, modalidad Colusión, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, modificado por Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 y como a tales se les impone CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA, que se computará desde la fecha de su detención.
3. **FIJARON** en VEINTE MIL NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la municipalidad agraviada.
4. **ORDENARON** que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se REMITAN los boletines testimonios de ley para su inscripción en el Registro Central de Condenas y las demás comunicaciones pertinentes; no habiendo concurrido los acusados a la presente diligencia, CÚRSESE los oficios para su inmediata ubicación y captura y posterior ingreso al Establecimiento Penal de Chiclayo; en su oportunidad REMITASE al juzgado encargado de la ejecución.

Zapata López

Salés del Castillo

Zapata Cruz

2. Un irrazonable caso de colusión ilegal: el acuerdo colusorio para contratar un asistente de congresista

2.1. Estudio crítico

Se acompaña en este tercer caso una Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que de conformidad al Dictamen Fiscal Supremo decidió un no haber mérito a juzgar a la excongresista Tula Benites Vásquez por delito de Colusión, así como el Dictamen Fiscal Supremo que con base a importantes argumentos dogmáticos sirviera de referencia jurídica para la fundamentación de la resolución suprema que normalizó un régimen de persecución mediática tenaz pocas veces vista, al igual que acabó con las inconsecuencias y reticencias de vocales y fiscales supremos que mantuvieron en vilo la situación jurídica de la citada parlamentaria, que la destruyeron políticamente y la avasallaron en su dignidad. Lo que pasó contra Tula Benites bien puede ser conceptualizado como un régimen de terror penal en la que casi todos (Congreso, Corte Suprema, Fiscalías, *mass media,* conductores de opinión, procuradores, intelectuales, etc), con marcadas excepciones, libraron una guerra santa contra la marcada por el dedo político para ser sacrificada. Las razones de dicha campaña fundamentalista de liquidación algún día quizás la citada congresista se anime a revelarlas. ulteriormente la Fiscalía Suprema, Sala Penal Especial y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema corregirían los extravíos de numerosas resoluciones supremas precedentes y acabarían con este específico caso de instrumentalización de las normas penales para dañar personas y honras.

Tula Benites Vásquez, congresista del Partido Aprista, en un controvertible proceso constitucional de formación de causa fue acusada, finalmente (luego de erróneas calificaciones jurídico penales en sede de Congreso) de estar incursa en los delitos de Colusión y Falsificación documental, con base al hecho de haber contratado como auxiliar a --- para que figure en planilla, como trabajador en su Despacho congresal, gozando de la ventaja del seguro de salud, y para que adicionalmente recibiera una pequeña cantidad de dinero desde el 01 de agosto al 31 de diciembre de 2006, pese a que no existió una prestación laboral que justifique un sueldo de la Administración pública. Tal supuesto fue calificado como delito de colusión, ya

que habría existido un acto colusorio entre la excongresista y Cuadros Noriega para defraudar al Estado, también a título de Peculado, al haberse afectado patrimonio público, además de falsificación documental.

Más allá de las razones nada santas y jurídicas que supuso el encausamiento penal (originado en sede del Congreso, previo antejuicio parlamentario) y el cargamontón mediático que creó y desnaturalizó la opinión pública sobre la citada parlamentaria, lo absurdo de esta causa es que se violentó todo el arsenal conceptual del derecho penal, para forzar un hecho —sin necesidad de discutir si efectivamente hubo o no prestación laboral— en el proceso de subsunción típica para ajustarlo a las exigencias normativo-descriptivas del delito de colusión. Que los actos de un Congresista de promover, a través de un memorándum, la contratación de un auxiliar mediante la decisión administrativa de la Dirección de Recursos Humanos del Congreso sea considerado un acto de concertación ilegal propio de la lógica descriptiva del tipo penal de Colusión no resiste el más mínimo control de consistencia en la imputación. Que un congresista de la República reúna características de autoría por delito de Colusión, igualmente es no solo una tesis errónea sino desatinada. Incluso aquí la resolución suprema, en el caso que la Congresista tuviera capacidad administrativa de contratación fijada en ley, ello tampoco es razón de tipicidad suficiente para imputarle el delito de Colusión, dado que dicha contratación de personal se sale de los espacios de protección penal por dicho delito. El dictamen Fiscal Supremo sirve, en esta orientación, para exhibir un conjunto de argumentos de gran factura para desacreditar la tesis acusatoria contra la excongresista.

2.2. Documentos

2.2.1. Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que declara no haber mérito para juicio oral

SALA PENAL ESPECIAL
AV. 03–2008

Lima, veintiséis de junio del dos mil trece

VISTOS: En audiencia pública, conforme a la razón que antecede, el Dictamen número ochocientos setenta y seis de veintiocho de mayo de dos mil trece emitido por el señor Fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, quien opinó **no haber mérito para pasar a juicio oral** en el proceso seguido en contra de doña Tula Luz Benites Vásquez, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de colusión ilegal; con los recaudos que se adjuntan; decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

CONSIDERANDO

Primero.

ANTECEDENTES DEL PROCESO

1.1. Mediante Dictamen Fiscal número dos mil doscientos setenta y tres, de doce de diciembre de dos mil doce, el titular de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal declaró no haber mérito a pasar a juicio oral en contra de la procesada doña Tula Luz Benites Vásquez (folios dos mil seiscientos setenta y cinco a dos mil seiscientos ochenta y dos).

1.2. Realizada la vista de la causa, surgieron votos discordantes respecto al pronunciamiento emitido por el titular del indicado despacho Fiscal, disponiendo de ese modo la remisión de actuados ante la Fiscalía llamada por ley (folios dos mil setecientos cuarenta y dos a dos mil setecientos cincuenta y nueve).

1.3. El señor fiscal supremo de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, mediante Dictamen número trece de dos mil doce declaró insubsistente el Dictamen referido en el acápite 1.1 (folios dos mil setecientos ochenta y dos a dos mil setecientos ochenta y cuatro).

Segundo.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

Se atribuye a doña Tula Benites Vásquez haberse puesto de acuerdo con don Juan Carlos Cuadros Noriega para hacerlo figurar en la planilla del Congreso de la República como trabajador en su despacho congresal, gozando de la ventaja de seguro de salud y adicionalmente recibir una cantidad de dinero por remuneraciones en el periodo comprendido desde el uno de agosto al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, pese a que no existió prestación laboral que justifique un sueldo de la Administración pública; hecho que constituiría una defraudación en perjuicio del erario público cuya tipificación, se dijo, concuadra en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

CONSIDERANDO PRIMERO:
NORMATIVIDAD APLICABLE.-
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

1.1. El inciso uno del artículo ciento cincuenta y nueve, otorga al Ministerio Público la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

1.2. El artículo dos, establece la capacidad persecutoria del Ministerio Público en los delitos de ejercicio público.

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO SUB IUDICE.

2.1. La acción penal pública, por mandato constitucional, es ejercida por el representante del Ministerio Público, de oficio o a instancia de parte; su participación garantiza que se establezca una imputación respetuosa de las garantías jurisdiccionales de los procesados. Dicha potestad abarca la facultad de formular requerimiento acusatorio como de sobreseimiento.

2.2. Como parte procesal legitimada, en defensa de la legalidad, el Ministerio Público emitió el Dictamen Fiscal número quinientos setenta y seis —folios dos mil ochocientos ochenta y tres a dos mil ochocientos noventa y dos— opinando por segunda vez que en el presente caso no hay mérito para pasar a juicio oral en contra de Benites Vásquez, sustentando su posición en el análisis de los componentes típicos del delito de colusión ilegal, en especial el referido a la capacidad de la procesada en su condición de congresista para contratar a don Juan Carlos Cuadros Noriega; por ello señala que está debidamente delimitada y sustentada la imputación jurídica, y de otro lado, estima que no concurren elementos probatorios adecuados y útiles que en juicio oral permitan instrumentar el *ius punendi* de forma eficaz (se entiende que en dirección a una condena).

2.3. La imputación fáctica referida a la remisión del memorando número cinco de dos mil seis, al Director de Recursos Humanos del Congreso de la República por parte de Benites Vásquez solicitándole en ingreso laboral en planilla correspondiente a su despacho congresal de Cuadros Noriega para que ocupe el cargo de auxiliar no satisfacen —*según el sr. Fiscal Supremo*— las exigencias del juicio de tipicidad por cuanto aquel acto constituye solo una propuesta para que ocupe un cargo "de confianza", hecho que no resulta relevante desde la perspectiva del criterio de *última ratio*, por carecer de capacidad para efectuar contratación de personal, toda vez que ello compete a la Dirección de Recursos Humanos del Parlamento Nacional, y no hallándose tal potestad dentro de las funciones de cualquier parlamentario.

2.4. El indicado memorando en sí mismo —por tanto— no representa un contrato, sino una mera propuesta por la naturaleza de la plaza laboral requerida.

2.5. De otro lado, al imputarse un delito especial cuya configuración está sujeta a la participación necesaria de un *extraneus,* se debe identificar a aquel particular.

2.6. Cabe precisar que Cuadros Noriega, quien fue absuelto de la imputación por la presunta comisión de los delitos de estafa y falsedad genérica —folios dos mil ochocientos cuarenta y uno a dos mil ochocientos setenta y uno—, proceso cuya imputación fáctica estuvo referida a los hechos que en la presente causa constituyen objeto de debate. No es posible continuar el procesamiento y eventualmente, se quebrantaría del *"ne bis in ídem"*, generando una instrumentación ineficaz de la única bala del Estado.

DECISIÓN: Por ello, de conformidad con lo expresado por el Señor Representante del Ministerio Público, impartiendo justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON: I. DECLARAR NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL,** en el proceso seguido en contra de doña Tula Luz Benites Vásquez por la presunta comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de colusión ilegal, en agravio del Estado. **II. DISPONER** el archivo definitivo de la presente causa solo en esta extremo. **III. MANDAR** que consentida o ejecutoriada la presente resolución, se anulen los antecedentes policiales y judiciales que se hubiera generado como consecuencia de la instauración del presente proceso penal. Hágase saber.

S.S.

SALAS ARENAS

PRINCIPE TRUJILLO

CUNYA CELI

2.2.2. Dictamen Fiscal Supremo

EXPEDIENTE N.º 03 – 2008 – AV
CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA
DICTAMEN N.º 876–2013–MP–FN–1ª FSP.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Viene a esta Fiscalía Suprema Penal la presente causa seguida contra Tula Luz Benites Vásquez, por el delito contra la Fe Pública —Falsedad Genérica— y contra la Administración pública —colusión ilegal—, en agravio del Estado, a fin que este Despacho emita el dictamen fiscal que corresponda, según lo dispuesto por la Segunda Fiscalía Suprema Penal mediante dictamen N.º 013 – 2012.

I. ANTECEDENTES:

1.1 Mediante dictamen N.º 2273 de folios 2675/2682, este Despacho emitió pronunciamiento en el sentido de considerar que no había mérito para pasar a juicio oral contra la procesada Tula Luz Benites Vásquez, por la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad típica de Colusión Ilegal -, en agravio del Estado.

1.2 Realizada la vista de la causa y habiendo surgido discordia en la votación respectiva respecto al pronunciamiento de este Despacho, por mayoría, con el voto dirimente del señor juez supremo Hugo Príncipe Trujillo, que coincide con el emitido por la señora jueza Suprema Inés Villa Bonilla, y completado los votos necesarios que hacen resolución, la Sala de su presidencia dispuso la remisión de los actuados al señor fiscal supremo llamado por Ley.

1.3 Remitidos los actuados, el fiscal supremo de la Segunda Fiscalía Suprema Penal, mediante dictamen N.º 013 – 2012, ha declarado insubsistente nuestro dictamen N.º 2273 de folios 2675/2682, que resuelve declarar no haber mérito para pasar a juicio oral contra

la procesada Tula Luz Benites Vásquez, por la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad típica de Colusión Ilegal, en agravio del Estado, instruyendo que se emita el dictamen que corresponda, verificando la pertinencia o no de continuar el juzgamiento por el delito de Colusión Ilegal atribuido a la encausada Tula Luz Benites Vásquez; por lo que se remite los actuados a este Despacho con dicho fin.

II. HECHOS INCRIMINADOS

2.1 Según los términos de la denuncia de folios 899/901 y del auto de instrucción de folios 947/956, se atribuye a la procesada Tula Luz Benites Vásquez, haberse puesto de acuerdo con Juan Carlos Cuadros Noriega para que figure en planilla, como trabajador en su Despacho congresal, gozando de la ventaja del seguro de salud, y adicionalmente, recibiera una pequeña cantidad de dinero desde el 01 de agosto al 31 de diciembre del 2006, pese a que no existió una prestación laboral que justifique un sueldo de la Administración pública; hecho que constituiría una defraudación en perjuicio del erario público, los que estaría tipificado en el artículo 384º del Código Penal.

III. SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de ingresar al examen probatorio respectivo, debe indicarse que la teoría de incriminación que postula este Ministerio Público, susceptible de ser llevada a un Juicio Oral, importa la imperiosa necesidad de contar con un material probatorio, que pueda sustentar cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal, esto quiere decir, que solo las causas que cuenten con suficiente material probatorio como para poder acreditar todos los componentes (objetivos y subjetivos) de la figura delictiva incriminada, deben ser llevadas al Juzgamiento. Es a tal efecto, que sin entender ello, como un examen sobre la tipicidad o no tipicidad penal del comportamiento atribuido al imputado, importa un deber irrenunciable del Ministerio Público, evaluar con todo rigor

probatorio, si la teoría de incriminación que haya de sustentar la acusación, cuenta o no con un respaldo probatorio capaz de conseguir su completa acreditación en el acto oral, de no ser así, si es que no se cuenta con medios probatorios idóneos para verificar los elementos, que en conjunto construyen el juicio de descripción típica, implicaría ir a un Juzgamiento en el cual el Fiscal se encontraría imposibilitado de solventar fehacientemente su teoría del caso, de modo que dicho aspecto a saber, no supone de ningún modo un juicio llevado a la declaración de atipicidad penal, sino más bien un examen exhaustivo del caudal probatorio, que respalda la tesis de incriminación, lo que tiene un sólido correlato con el principio de legalidad, pues el persecutor público ha de sujetar su actuación funcional a los predicados que se contraen de la sustantividad material de los delitos, confrontados con el material probatorio que sustenta la incriminación. Como bien lo indica en la doctrina Cortés Domínguez, si no existen indicios racionales de que se ha producido el hecho criminal que se acusa no tiene sentido abrir juicio oral para enjuiciar al acusado; dicho en otras palabras, no tiene sentido juzgar al acusado de la comisión de un hecho criminal del que no tenemos racionalmente ningún indicio de que se haya producido. Esto significa, que el representante del Ministerio Público, se encuentra vinculado funcionalmente a los principios de objetividad y de legalidad, ello significa que habrá de abdicar en la potestad acusatoria, cuando dichos criterios rectores les informen que no existe una causa, sostenedora con elementos probatorios capaces de verificar la delictuosidad que construye la incriminación. Siendo así, pasaremos entonces a evaluar el material de probanza, que se tiene para poder sustentar o no acusación fiscal, por el delito de Colusión ilegal, descomponiendo para ello su configuración típica. **3.1** De la secuela del proceso ha quedado acreditado que la encartada Tula Luz Benites Vásquez, en su condición de congresista de la República, a través del memorando N.º 05–2006/TBV – CR, dirigido al Director de Recursos Humanos del Congreso de la República, solicitó el ingreso laboral en la planilla de su despacho de Juan Carlos Cuadros Noriega, para el cargo de auxiliar, conjuntamente con el de la contadora Silvia Haydee

Revilla Cabrera, para el cargo de Asesor I, y de Elena Berenice Narváez Peña, para el cargo de Técnico I, además del Dr. Oscar Eduardo Llanos Miranda, para el cargo de Asesor II; solicitud respecto de la cual la citada procesada refirió en su instructiva que, si bien propuso la contratación de Juan Carlos Cuadros Noriega, es la Dirección de Recursos Humanos del Congreso quien viabiliza el proceso de contratación. Al respecto, es de considerar que si bien dicho documento dio lugar a la contratación del citado auxiliar, según se desprende del documento denominado Hoja de Ruta de folios 578, en autos no se ha acreditado que la contratación de Juan Carlos Cuadros Noriega, haya sido celebrado por la procesada Tula Luz Benites Vásquez, o haya recibido comisión especial con dicho fin, en su calidad de congresista de la República o que en tal virtud ostentara la calidad de representante o gestora de intereses públicos (posición de competencia institucional funcional), y como tal, la virtualidad de poder comprometer o vincular patrimonialmente al Estado, lo cual resulta fundamental para poder sustentar la autoría en el injusto funcional de Colusión ilegal, pues no basta la infracción de un deber jurídico–público, sino que la cualidad de autor ha de ostentarla únicamente aquel funcionario o servidor público detentador de un ámbito específico de organización funcional, siguiendo en estricto el principio de legalidad penal, pues lo contrario significa elevar a la categoría de delitos, meras infracciones administrativas. Ello tiene asidero, en tanto y en cuanto, como se tiene dicho, que tal facultad no está contenida en norma jurídica alguna. Así, ni en la Constitución Política del Estado (en el capítulo pertinente al Poder Legislativo), ni en el propio Reglamento del Congreso de la República, —cuyo artículo 18º regula precisamente lo concerniente a la función congresal—, no contemplan tal función, competencia o prerrogativa; potestades funcionales, que tampoco se encuentran previstas en otras normas. Por el contrario, del artículo 5º del Reglamento Interno de Trabajo del Congreso, aprobado por Resolución N.º 011–97–OM/CR, del 13 de junio de 1997, —vigente al momento de los hechos—, se constata, que es la Gerencia de Recursos Humanos, la encargada de efectuar la contratación del personal del Congreso de la República (aun

cuando se trate de personal de confianza o asesores de los respectivos Despachos congresales); norma que tiene su correlato en lo establecido por el artículo 33º del Reglamento de la citada entidad, al disponer que es la Mesa Directiva la que supervisa la administración del Congreso y, en otros, autoriza el nombramiento y contrato de los profesionales, técnicos y auxiliares que se requieran para el normal desarrollo de las actividades parlamentarias. En consecuencia, lo glosado permite concluir que el memorando N.º 05–2006/TBV–CR acotado, de modo alguno implica el nombramiento del entonces auxiliar Juan Carlos Cuadros Noriega por parte de la referida Congresista, sino únicamente una propuesta o designación como personal de confianza de su despacho, pues, el nombramiento importa una facultad exclusiva de la Gerencia de Recursos Humanos; siendo que con dicho documento únicamente se realiza la designación para el cargo, esto es, se elige a la persona que se debe contratar, facultad que sí corresponde a los Congresistas, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del citado Reglamento Interno de Trabajo del Congreso; no advirtiéndose de los actuados que la prenotada encausada haya participado en la contratación del mencionado servidor, en razón de su cargo de congresista; condiciones que, en suma, descartan la participación de la procesada Tula Luz Benites Vásquez, en calidad de autora del delito de colusión, bajo los argumentos antes anotados, esto es, al material probatorio recopilado en el presente procedimiento, no da cuenta de dicha posición funcional, lo que implica definir un elemento del tipo penal no susceptible de ser acreditado en el acto del juicio oral. **3.2** En cuanto al acuerdo colusorio imputado, debe tenerse en cuenta que, si bien según la hipótesis incriminatoria, la procesada Tula Luz Benites Vásquez, se habría puesto de acuerdo con Juan Carlos Cuadros Noriega, para que figure en planilla como trabajador en su Despacho congresal, gozando de la ventaja del seguro y, adicionalmente, recibiera una pequeña cantidad de dinero, pese a que no existió una prestación laboral que justifique un sueldo de la Administración pública, tal acuerdo de voluntades resulta insostenible en el marco del presente proceso, habida cuenta que no se ha incluido en el supuesto fáctico incriminatorio

a la persona de Juan Carlos Cuadros Noriega, como interesado o cómplice primario del delito de Colusión para configurar la concertación ilegal, en tanto fue con este con quien la encausada se habría puesto de acuerdo; exclusión que igualmente puede advertirse de las instrumentales de folios 2841/2871, presentadas por la procesada Tula Luz Benites Vásquez, en las que se aprecia que no solo no fue procesado por el delito de Colusión ilegal, en calidad de cómplice primario, por sus aportes en el acto acuerdo colusorio, sino que fue absuelto por los delitos de Estafa y Falsedad Genérica, por los que se le abrió proceso por los mismos hechos que dieron lugar a la presente denuncia, absolución que fue **confirmada** en segunda instancia, resolución contra la que, inclusive, se interpuso recurso de queja excepcional, recurso que de conformidad con lo opinado por la Segunda Fiscalía Suprema Penal, fue declarado **infundado** por la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República; por lo que resultaría fuera del marco legal previsto, pretender construir la hipótesis legal del delito de Colusión ilegal, soslayando los aportes ejecutivos del interesado o contratista, al ser este un componente inseparable de su estructura típica, es decir, los términos normativos contenidos en el artículo 384° del CP, es claro al indicar que el funcionario o servidor público, tiene que *concertarse con los interesados en los convenios...*; ello importaría mutilar la descripción típica en cuestión, construyendo una imputación delictiva cercenada, pues para que pueda haber una concertación criminal, se requiere de dos personas, y, si el particular no está comprendido en la imputación delictiva, simplemente no se podrá estar ante un acto típico de Colusión ilegal, sin defecto de que dicha conducta podría subsumirse en otro tipo penal. Al respecto, es preciso indicar que la tipificación penal recoge de forma expresa la participación delictiva de los particulares (interesados–*extraneus),* quienes si bien no pueden ser autores de esta figura criminosa, su intervención —al resultar imprescindible—, para la realización típica han de ser reputados como "cómplices primarios", de común idea con el artículo 25° del CP, partiendo del concepto del delito de "Participación Necesaria", que al actuar con dolo el *extraneus* (particular), desencadena su responsabilidad penal, de común idea con

el principio de unidad en el título de la imputación. Cuando se hace alusión a una "concertación" anclamos en un concepto privativo de la Co–delincuencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico —penalmente tutelado—, donde la singularidad del presente caso, radica en que solo el funcionario público (*intraneus)* es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un Garante de los intereses estatales, que se ven involucrados en los contratos administrativos, que se contienen en el artículo 384° del CP; por tales motivos, los interesados, quienes son los proveedores (concursantes, licitantes), al no poder lesionar dichos deberes *funcionales,* no pueden ser considerados autores a efectos penales, por lo que su intervención ha de ser reputada como "partícipes necesarios", según nuestra *lege lata* como "cómplices primarios", pues sin su participación no resulta factible la defraudación del Estado. Si es que hablamos de un delito *plurisubjetivo,* entendemos que se requiere de la participación de ambos sujetos (funcionario e interesado particular), para poder defraudar los intereses patrimoniales del Estado, en tal virtud debe aparecer una determinada circunstancia, donde el licitante presente precios sobrevaluados de un determinado producto y, a su vez, que dichos precios hayan de ser evaluados y aprobados por el funcionario encargado de conducir la Licitación pública. De lo dicho queda claro que en el delito de colusión ilegal debe verificarse dos elementos esenciales: el *desvalor de la acción* que consiste en el acto de concertar con el fin de perjudicar al Estado y el *desvalor del resultado* que viene a presentarse con el perjuicio patrimonial. Conforme la línea argumental anotada, se tiene que la realización típica del delito de Colusión ilegal —bajo la redacción normativa contenida en el artículo 384° de la codificación punitiva—, no puede ser explicada o entendida bajo la sola contemplación y/o valoración de la conducta atribuida funcionalmente al *intraneus* (funcionario o servidor público), pues al consistir en un delito de "participación necesaria", la confluencia de ambos involucrados: "funcionario público" y el "interesado", constituye la base material de este injusto funcionarial, pues si se sustrae del procedimiento penal al tercero (*extraneus),* ya no

resulta posible predicar la denominada "concertación", como elemento constitutivo del tipo penal, que ha de ser también acreditado, para dar por consumado el delito de Colusión ilegal. **3.3** Bajo la línea argumental expuesta, resulta inoficioso que este despacho se pronuncie en torno a la suficiencia probatoria de lo demás actuado en el proceso, en tanto las observaciones anotadas impiden sostener una pretensión acusatoria por el delito de Colusión Ilegal; esto quiere decir, que no resulta factible ir a un juicio, cuando se carece de los elementos probatorios necesarios, que con meridiana solvencia puedan acreditar cada uno de los componentes típicos, que en conjunto configuran el delito de Colusión ilegal.

OPINIÓN FISCAL: Por las consideraciones expuestas, esta Fiscalía Suprema, es de **OPINIÓN** que **NO HAY MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL** contra la procesada Tula Luz Benites Vásquez, por la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad típica de Colusión Ilegal -, en agravio del Estado, debiendo dictar la Sala de su presidencia, el correspondiente Auto de Sobreseimiento, ordenando su archivo definitivo en dicho extremo. Lima, 28 de mayo del 2013.

Lima, cuatro de junio del dos mil trece

II. EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. Estudio crítico sobre la complicidad primaria del *extraneus* en delito de infracción de deber: el caso del ingeniero residente que es favorecido por los miembros del Comité Especial sin que su comportamiento presuponga actos penalmente relevantes por dicho delito

Es este un caso de excepcional importancia por varias razones: (i) *de orden procesal*, al existir dos nulidades de sentencia decididas a nivel de Sala Penal Superior, que invalidaron los presupuestos del fallo condenatorio, primero y absolutorio, el segundo; (ii) *de orden dogmático*, que se expresa en las exigencias de los colegiados superiores al fundar las nulidades exclusivamente en argumentos de naturaleza dogmática no satisfecha por los jueces penales —dirigidas al Fiscal y al Juez— a efectos de que expresen las razones del fallo, esto es, la motivación acerca de las líneas de congruencia entre los hechos imputados con el marco jurídico penal significativo de ser el procesado un cómplice primario de los miembros del Comité Especial que le habían favorecido al otorgarle la buena pro para el rol de residente en una contratación de menor cuantía de obra de mejoramiento y ampliación de un canal de riego, la que fue ejecutada exitosamente; (iii) *de orden práctico situacional*, al exhibir el caso las abiertas insuficiencias dogmáticas en los discursos fiscal y judicial precedentes al fallo final; (iv) *de orden humano*, reflejado en las cavilaciones e incertidumbres del procesado, quien se hacía constantemente la pregunta, cuando me trasladaba en su camioneta de Ayacucho a Andahuaylas (y viceversa): ¿cuál es mi culpa doctor, participar para ganar experiencia es un delito?, hasta ahora no me explico porque me favorecieron si podían de entrada descartar mi postulación. Qué es lo que pasó en el Comité Especial, quien habló para que me favorezcan. Reconozco que hice mal al presentarme sin tener los 5 años de experiencia, pero ello es un delito?. ¿Quizás debí aceptar las presiones del Fiscal para reconocer culpabilidad y no pasar todo este vía crucis que dura ya varios años?; (v) *de opciones estratégicas del procesado*, quien agotadas las posibilidades de un tratamiento adecuado del caso por parte

de la defensa de la jurisdicción de Abancay-Andahuaylas acude a "un académico" de Lima, en busca de respuestas y de defensa eficaz; (vi) *de la falibilidad material de las sentencias de conformidad*: Los miembros del Comité Especial se habían acogido a la conclusión anticipada del juicio aceptando culpabilidad, para evitar exposiciones mediáticas, negociando con el fiscal. El único que no aceptó las propuestas del representante del Ministerio Público fue el favorecido con la contratación, quien para sus fueros internos no se consideraba partícipe de delito alguno y por lo tanto no admitia ser culpable del delito imputado por el fiscal.

Lo que interesa aquí destacar es el tema material de fondo. En buena cuenta, los colegiados superiores, pretendían respuestas de altos estándares que usualmente no se trabajan ni producen cotidianamente en las agencias fiscales y judiciales. El tema era darle respuesta específica, con base al artículo 399 del CP, a la interrogante de cómo se es cómplice primario en dicho delito de infracción de deber. ¿Qué características deberían de tener los actos del contratista favorecido indebidamente para ser reputados de complicidad primaria? o acaso no es posible complicidad primaria en el delito de interés indebido en contrataciones públicas, por parte de los *extraneus*, como asertivizó una de las sentencias. Consiguientemente, ¿los actos del contratista favorecido consistentes en participar (en dos ocasiones) en una selección de postores conociendo que no cumplía con los años de experiencia que estipulaban las bases, tenían la entidad suficiente para ser reputados propios de los de complicidad primaria, tomando en cuenta el significado jurídico de dicho título de imputación? Los jueces que dictaron los fallos anteriores al de fecha 28 de marzo del 2016 (en tercer juicio oral) no habían dado respuesta a dicha interrogante y por lo mismo sus resoluciones fueron declaradas nulas.

La primera sentencia (condenatoria) del Juzgado Penal Unipersonal de Abancay, de fecha 17 de febrero del 2015, consideró que los actos del procesado consistentes en haber facilitado la perpetración del ilícito penal en relación directa con sus coprocesados declarados por mutuo propio confesos de los hechos, le confería la calidad de cómplice primario en el delito de interés indebido en contrataciones públi-

cas. Este razonamiento fue reputado, por la sentencia de vista (del 6 de mayo del 2015) de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Justicia de Apurímac, de violatorio del contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones judiciales, al dejar incontestada la pretensión respecto al aporte esencial del procesado en la consumación del delito, dada su calidad de cómplice. Este colegiado superior fijó igualmente valiosas pautas conceptuales cuando señaló "que la participación del procesado en un proceso de selección de postores, como cualquier profesional, es libre y sujeto al control administrativo de los requisitos mínimos por parte del Comité Especial, requisitos que de no cumplirse simplemente se descalifica al postor o se le excluye del proceso". Asimismo, indicó: "afirmar que con dicha participación se habría consumado el delito no tiene sustento fáctico ni jurídico, si acaso no se acredita una relación que le vincule con los miembros del Comité Especial de alguna forma".

La segunda sentencia (absolutoria), de fecha 13 de julio del 2015, fundó el fallo en un argumento de atipicidad absoluta, consistente en considerar que en el delito de interés indebido en contrataciones públicas (artículo 399 del Código Penal), "el desvalor radica en la acción unilateral desplegada por el autor, que pone de manifiesto su interés privado propio (personal) en una operación o contrato estatales; en este escenario, no puede admitirse la complicidad primaria en la ejecución material del delito, salvo la participación en su modalidad de instigación que es previa a la acción, y que se halla prevista en el artículo 24° del Código Penal, tesis distinta a la postulada por el titular de la acción penal". Interesante punto de vista del juez penal unipersonal, que no fue aceptado por el colegiado superior (sentencia de vista del 15 de octubre del 2015), el que acudiendo a jurisprudencia de la Corte Suprema consideró errónea dicha tesis utilizada para dictar el fallo absolutorio. El colegiado superior precisó que el tema era eminentemente técnico y de puro derecho. La segunda nulidad fue así planteada, abriéndose el escenario del tercer juicio que se desarrolló en la ciudad de Andahuaylas y de cuyas incidencias narra la tercera sentencia (absolutoria) del Juez penal Blas Roger Cornejo Castilla.

Este caso, en suma, expresa la tenaz lucha de un ingeniero de provincias (del Perú andino, del Perú profundo), por hallar justicia y no someterse a los implacables ritos de la crueldad procesal de la justicia penal, las iniquidades de la corrupción ni a las ofertas intimidantes, carentes de objetividad, que le instaban a aceptar culpabilidad o atenerse a las consecuencias del rigor punitivo. Enfatiza así la estrategia de optimizar la fuerza de la argumentación, de buscarla donde se encuentre a fin de satisfacer las expectativas de los jueces superiores que exigían en el fallo respuestas no satisfechas en las dos sentencias precedentes. Grafica igualmente la solvencia profesional del juez penal (formado, riguroso y valiente) que tuvo la suficiente formación para entender los ejes básicos materiales en juego la sabiduría para apreciar el estado de duda invaluable que presentaba el caso (considerando 2.4.14 y 2.4.15) y consiguientemente dictar sentencia de absolución fundándola en estándares de rigor y justicia. Sentencia cuya fuerza argumentativa y debida motivación mereciera aceptación de parte del fiscal y el procurador, lo cual determinó se la declare consentida, normalizándose así la zozobra generada con una indebida injerencia penal.

2. Documentos

2.1. Sentencia absolutoria

EXPEDIENTE N.º	: 00457-2013-93-0302-JR-PE-01
ACUSADO	: ---
DELITO	: Contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo-complice primario.
AGRAVIADO	: Estado Peruano-Municipalidad Distrital de Talavera, Representado por el Procurador Anticorrupción de Apurímac.
JUEZ	: BLAS ROGER CORNEJO CASTILLA
ESPC. JUDICIAL	: MILDRED GUITIERREZ SOTO

SENTENCIA

Resolución N.º 06

Andahuaylas, 28 de marzo del año dos mil dieciséis.-

I. ANTECEDENTES:

1.1 AUDIENCIA PÚBLICA: Visto y oído, lo actuado en audiencia pública de juicio oral llevado a cabo por el Juez del Primer Juzgado Unipersonal de Andahuaylas Blas Roger Cornejo Castilla, contando con la presencia de las siguientes partes:

- **El representante del Ministerio Público**: Fiscal Provincial Adjunto Guido CASTILLO LIRA, de la Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios de Andahuaylas, con domicilio procesal Jr. Juan Francisco Ramos N.º 248 – 4to piso de esta ciudad, con celular N.º [...], con correo electrónico [...].
- **Procurador público de la Contraloría General de la República**: Doctor César David Guerrero Paredes, con Reg. C.A.L. N.º 221, con teléfono de contacto [...], con domicilio procesal en el Jr. Junín N.º 215 de Abancay.
- **Defensa Técnica**: Doctor Fidel Rojas Vargas, con Reg. C.A.L. 22869, con teléfono de contacto [...], con domicilio procesal en la [...], por la defensa técnica de ---.
- **Acusado:** ---, identificado con DNI N.º [...], con correo electrónico ---, con teléfono de contacto N.º [...], domiciliado en la [...], de profesión ingeniero agrícola.

1.2 El presente caso se inició por denuncia del Procurador Público de la Contraloría General de la República – sede Abancay, a mérito del Informe Especial N.º 831-2012-CG/ORAB-EE, el mismo que consiste en el Examen Especial a la Municipalidad Distrital de Talavera, provincia de Andahuaylas departamento de Apurímac, sobre irregularidades en proceso de selección para contratar servicio de residente de obra en el periodo de 1 de enero del 2010 al 31 de diciembre del 2010, encontrando responsabilidad en los miem-

bros del Comité Especial Permanente de Adquisiciones Directas y Menores Cuantías integrado por Fernando Lucas JAMANCA SERRANO (Presidente) Gerardo FUENTES HURTADO (Miembro Titular) y Elizabeth Maritza NAVARRO MARCATOMA (Miembro Titular) *por haber admitido y evaluado la propuesta del Ing. Agrícola --- a pesar de que no cumplió, en su propuesta técnica el requerimiento técnico mínimo de experiencia exigido en las bases del proceso para la contratación de residente de obra, así como otorgó mayor puntaje al que correspondía en un factor de evaluación; afectando la transparencia con la que debe actuar un funcionario o servidor público e la realización de los actos propios del cargo.*

1.3 Las investigaciones se llevaron a cabo en la Fiscalía Anticorrupción de Abancay formulando acusación por Delito Contra la Administración pública, delitos cometidos por Funcionarios Públicos Sub Tipo Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo contra --- en la calidad de autores y como cómplice primario ---, proceso que se desarrolló en los Juzgados Penales de Abancay, generando la Sentencia de Conformidad de fecha quince de enero del 2015 (por conclusión anticipada del juicio), sentenciando a los tres miembros del Comité indicados anteriormente a la pena de cuatro años pena privativa de libertad de ejecución suspendida, dos años de inhabilitación y al pago de S/ 3,000.00 nuevos soles por concepto de Reparación Civil cada uno.

1.4 El proceso continuó contra ---, siendo sentenciado en primera instancia el 17 de febrero del 2015 por el juez penal unipersonal de Abancay Doctor Ever Alipio Choque Escalante, condenándolo como cómplice primario del delito Contra la Administración pública-Delitos cometidos por Funcionarios Públicos en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, imponiéndole **cuatro años de pena privativa de libertad** suspendida en su ejecución por el periodo tres años y el pago de la suma de diez mil nuevos soles **(S/. 10,000.00) por concepto de reparación civil**, sentencia apelada por el acusado y elevada a la instancia superior.

1.5 El seis de mayo del 2015 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Abancay, mediante Resolución N.º 19-2015 – Sentencia de Segunda Instancia[1]. **DECLARA NULA** la sentencia anterior contra --- como autor del delito Contra la Administración pública – Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo en Agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado peruano; asimismo, **NULO** todo lo actuado desde el auto de citación a juicio oral respecto únicamente al mencionado sentenciado, fundamentándolo entre otros aspectos por:

Imputación necesaria, numeral 5. "Que en la acusación escrita, asi como en el control de la acusación, tampoco en la recurrida, no se establece de modo concreto y específico, cuál es el aporte esencial para la realización del hecho punible en los actos preparatorios, esto es, en el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS y N.º 007-2009-CEP/MDT I, convocatoria para la contratación de Servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y Ampliación de Canal de riego de Poccontoy-Bellavista del distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac" en fecha 11 de noviembre del 2009, por el importe de S/ 46,000.00 nuevos soles, pues el haber participado el procesado, como cualquier profesional a un proceso de licitación, como en el anotado, es libre, sujeto a control administrativo de los requisitos mínimos por parte del Comité Especial, de no cumplirse, simplemente se descalifica o se excluye del concurso, por y objetiva, no resulta idónea para establecer la presunta complicidad del acusado, esto es la cooperación o auxilio que este hubiera prestado a favor de los autores materiales del delito, específicamente en cuanto se refiere a determinar cuál fue el presunto aporte decisivo sin el cual no se hubiera perpetrado el delito.

1 SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. Resolución N.º 19-2015, Sala de Apelaciones de Abancay, Jueces Superiores TAYRO TAYRO, MENDOZA MARIN y ALMANZA SAICO, Abancay, 6 de mayo del 2015, pp. 34 al 43 del Expediente Judicial.

De la prueba indiciaría, fundamento 11: "La prueba indiciaria o prueba indirecta, es aquella que sirve para acreditar un hecho que no resulta posible ser demostrado por medio de prueba directa; entonces a través de la prueba indirecta, se prueba un "hecho inicial-indicio", que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del "hecho final-delito" a partir de una relación de causalidad "inferencia lógica"[2]. Como se puede advertir este proceso deductivo tiene como corolario final la manifestación de un hecho fáctico que estuvo escondido, en el presente caso, para el representante del Ministerio Público, este hecho se trata de "conversaciones" entre el acusado y los miembros del comité especial, hecho fáctico genérico y ambiguo, sin contenido en sí, que no resulta útil como prueba de cargo para sostener la tesis de imputación planteada, esto es, que el acusado prestó auxilio a los autores del delito, de tal intensidad, que sin su aporte no se hubiera perpetrado el delito.

Esta sentencia fue apelada por el representante de la Contraloría General de la República-sede Abancay.

1.7 El 15 de octubre del 2015, la Sala de Apelaciones de Abancay[3], con Resolución N.º 34 emite la Sentencia de Vista, **DECLARANDO** fundado el recurso de apelación formulado por el representante del Procurador Público de la Contraloría General de la República, en consecuencia nula la sentencia mediante Resolución N.º 29, de fecha 13 de julio del 2015, donde el primer Juzgado Unipersonal de Abancay resuelve absolver de la acusación fiscal al acusado --- como cómplice primario, por el delito contra la Administración pública en la modalidad de Negociación Incompatible en agravio del Estado, con lo demás que contiene, insubsistente el juicio oral verificado con este motivo. **DISPUSIERON** la realización de un

2 Fundamento 24 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC (Caso Giuliana Flor de María LLAMOJA HILARES).

3 SENTENCIA DE VISTA del 15 de octubre del 2015, Jueces Superiores TAYRO TAYRO, VARGAS OVIEDO y CAMA GODOY, folios 104 al 113 del Expediente Judicial 457-2013.

nuevo juicio por el juez unipersonal llamado por Ley, en remplazo del que expidió la sentencia declarada rula de conformidad con el numeral uno del artículo 426 del Código Procesal Penal, fundamentándolo entre otros aspectos con lo siguiente:

"La materia de apelación es cuestión técnica de puro derecho, referido a la participación o no del cómplice en el delito de negociación incompatible".

VI. Pronunciamiento en relación a la concurrencia o no de la participación-complicidad en el delito de Negociación Incompatible", Fundamento **6.5** *Intervención del Extraneus:*"Todo aquel que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice[4]. Conforme así lo ha establecido la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 3144-2009 de fecha 11 de octubre del 2010, caso "Universidad Nacional del Altiplano", donde fue sentenciado el encausado Luis Navarro Canales como cómplice primario al haber sido favorecido con un contrato laboral en la función pública, en la que se interesó su coimputado, aprovechando su condición de Rector de la referida Universidad. Ejecutoria Suprema que ha establecido que la aportación del cómplice primario no ha sido mínima en la realización del tipo legal, sino que necesaria para el que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar; razón por la cual señala que la conducta atribuida, en ambos casos es delictiva". Fundamento **6.9** Estando que el punto controvertido materia de debate del recurso de apelación fue una cuestión técnica de puro derecho (de la existencia de la figura de la complicidad en el delito de negociación incompatible); no corresponde en esa línea de pensamiento Hacer un análisis de las cuestiones de fondo sobre la culpabilidad o no del imputado, habiendo quedado establecido conforme a la línea jurisprudencial que sigue la Corte Suprema

4 DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo II, editores Rubinzal Calzani, p. 325.

que si es procedente la complicidad en los delitos de negociación incompatible.

El tercer juzgamiento se ha desarrollado, en el Primer Juzgado Unipersonal de Andahuaylas, el mismo que ha tenido el siguiente resultado:

1.8 ENUNCIADO DE HECHOS CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN (Teoría del Caso del Fiscal):

1.8.1 Hechos: Refirió que la acusación inicial tiene como sustrato lo siguiente: Los hechos se remontan en que la Municipalidad Distrital de Talavera, convocó a un proceso de selección para la contratación de un ingeniero residente de la obra **"Mejoramiento y Ampliación del canal de riego Poccontoy-Bellavista"** en el distrito de Talavera el año 2009, proceso de Adjudicación Directa Selectiva (ADS) N.º 007-2009, siendo los responsables los integrantes del proceso de selección permanente para los procesos de Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicaciones de Menor Cuantía (AMC) los funcionarios de la Municipalidad, quienes debían elegir al Ing. Residente para la mencionado obra, de conformidad a las bases del proceso de selección uno de los requisitos era contar con cinco años de experiencia desde la colegiatura y podían presentarse ingenieros civiles, agrónomos y agrícolas, el primer proceso fue la ADS N.º 007-2009 ganadapor el hoy acusado ---, a pesar de no cumplir con el requisito de contar con cinco años como ingeniero colegiado, quedando en segundo lugar el Ing. Leónidas Leguía Pacheco, este proceso fue declarado desierto porque los dos concursantes no estaban registrados en el SEACE como proveedores; por lo que tuvieron que convocar a la AMC N.º 013-2013, referido igualmente para lo mismo, es decir contratar un ingeniero residente para la referida obra, con las mismas reglas de juego, principalmente que el concursante debía contar con cinco años de Ing. Civil, Agrónomo o Agrícola contados desde la fecha de la colegiatura, se cuestiona que el imputado a la fecha del otorgamiento de la

buena pro de este segundo proceso, contaba con solo ocho meses de colegiado, es decir no cumplía con los cinco años conforme lo establecían las bases, entonces la acusación inicial consiste en que a pesar de no tener los requisitos mínimos los integrantes del proceso de selección se interesaron en favorecer al acusado. Durante el juicio oral, los acusados integrantes del proceso de selección indicados anteriormente, se acogen a la conclusión anticipada del juicio oral, y se les impone cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, inhabilitación por dos años y una reparación civil por S/. 3.000.00 soles para cada uno, pero en relación al cómplice sigue el juicio oral, se le condena en un primer proceso, luego se le absuelve y actualmente nos encontramos en este juzgado porque no existían jueces ya con competencia porque ya habían conocido el caso en primera instancia, entonces nos comprendemos en ese dato histórico, entonces en base a esta premisa, los cargos que atribuye el Ministerio Público al acusado, es que *el acusado advirtió el interés indebido de los integrantes del proceso de selección en su favor, cualquiera haya sido la causa*, motivos o razones, pues pese a que no tenía los requisitos legales en el primer proceso de selección se le otorga la buen pro pero fue declarado nulo, se presentó en el segundo proceso de selección porque advirtió que había un interés de los integrantes del proceso de selección, advirtió ese interés y se presentó, y en efecto gano el proceso de selección, de esta forma al presentarse, contribuyó con el interés indebido de los integrantes del proceso de selección porque es cómplice al haber advertido ese interés en su favor. Lo que se postula como una teoría jurídica en relación a esto, es que para que exista complicidad no se requiere que exista un acuerdo expreso con el autor, esta es la tesis, el cómplice tiene su propio dolo y se pone del lado del injusto del autor, el cómplice se pone del lado del autor, no se requiere que haya un acuerdo previo o que haya conversaciones, esa es la característica de la complicidad; por ejemplo si a) observa que b) y c) se están peleando y a) advierte que b) se parece a su hermano y le alcanza

una navaja, y b) con esa navaja mata a c), consideramos que es cómplice de un delito de homicidio, pese a que no ha habido un acuerdo previo, no ha habido conversaciones, lo que se tiene que acreditar es que el cómplice se pone del lado del injusto del autor, contribuyendo con su conducta con el resultado de la afectación del bien jurídico, el acusado advirtió que había un interés en su favor y contribuyó con ese interés al presentarse, la que se sustentará con mayor detalle en el alegato final; la prueba del dolo es la advertencia del interés que generó la presentación de los documentos para que le otorguen la buena pro.

1.8.2 Tipo Penal y Pretensiones del Ministerio Público: Con respecto a la pretensión de la Fiscalía, la Fiscalía modifica el extremo de la pena que ha solicitado inicialmente de cinco años de pena privativa de libertad: considerando que no se ha ponderado adecuadamente los criterios de la pena, si para los autores se les ha aplicado una pena de cuatro años y para el cómplice cinco años, se advierte incongruencia; por eso solicita que se imponga al imputado CUATRO años de pena privativa de libertad y la inhabilitación por el mismo tiempo que la pena principal, de conformidad los artículos 399 y 426 del Código Penal.

1.8.3 Hechos y Pretensión de la parte civil, en este caso del procurador de la Contraloría General de la República - Dr. César David Guerrero Paredes, refirió que en sus alegatos expondrá la estrategia que va a utilizar la procuraduría, para colaborar a esclarecer los hechos y a establecer que la participación del postor fue determinante para la comisión del delito, todo esto mediante la prueba indiciaría, que acreditará la participación dolosa del postor, así como establecer basados en la jurisprudencia la existencia de complicidad primaria o de complicidad en el delito de negociación incompatible, todo esto a efectos de acreditar la transgresión normativa y el perjuicio que se ha ocasiónado al estado en la comisión del delito y la participación del imputado.

1.8.4 Pretensiones de la Defensa Técnica Doctor Fidel Rojas Vargas: Refirió que la defensa del procesado ---. se fundamenta

en los siguientes presupuestos, primero que el delito de interés indebido en contrataciones, mal llamado delito de negociación incompatible, porque acá obviamente no hay negociación, se confunde con el delito de colusión, es simplemente un delito de interés indebido en contrataciones públicas, este delito es un delito de corrupción de funcionarios, esa es su naturaleza, no es un delito de injusto administrativo como se le confunde y como se ha confundido en este proceso al hacer valer informes de control que en nada ayudan en esta materia porque solo ayudan en materia de los funcionarios mas no al cómplice. Entonces al ser un delito de corrupción tiene que demostrarse, si se vulneró el bien jurídico que se llama la imparcialidad; sobre este aspecto, se hubiera podido conocer con los miembros de la Comisión; pero lamentablemente al haberse acogido a la conclusión anticipada del juicio, ya no se puede conocer la motivación que habrían tenido para favorecer a ---. Como dijo el Fiscal, solo es suficiente con ponerse del lado del autor, eso no es suficiente, es necesario saber, cuál es su aporte ejecutivo para que se inicie el proceso ejecutivo del delito mas no para la consumación.

En segundo lugar, este es un delito de infracción del deber, como delito de infracción de deber se tiene que señalar cuáles fueron los deberes propios del cargo de estos señores funcionarios de la Municipalidad de Talavera que fueron infringidos al designar al señor --- como Residente de obra, si es un delito de infracción de deber, cuál es el aporte de un cómplice primario. Hasta ahora no se dilucida ni por la Corte Suprema y que la doctrina haya dado algunas pautas al respecto, no es lo mismo un cómplice primario en un delito común o de dominio a un cómplice primario de un delito de infracción de deber. No basta decir que es cómplice primario el ponerse del lado del autor.

En tercer lugar, entonces cuando hablamos de complicidad primaria hay que precisar bien a qué tipo de complicidad primaria nos estamos refiriendo, complicidad primaria transitiva ejecutiva o una complicidad primaria omisiva de inercia de no hacer nada

de ver que me están favoreciendo, se entiende que la tesis de la Fiscalía se orienta por la segunda complicidad primaria omisiva, la Fiscalía ha dicho que --- advirtió que había un interés por favorecerlo y él, que ha hecho al advertir, dijo el fiscal, presentó documentos importantísimos, entonces el aporte del señor --- habría sido antes del otorgamiento de la buena pro, la presentación de documentos en un proceso de selección, ¿puede configurar un acto típico desvalorado penalmente?, ¿el participar en un proceso de selección es de por sí, un acto prohibido penalmente?.

Los funcionarios han dicho que son culpables, ¿por qué lo han dicho? Todos sabemos que en la realidad actual muchas personas se declaran culpables para evitar el problema del juicio y con esto generan un grave problema tanto a la víctima como a los que no admiten juicio de culpabilidad: La defensa señala que en los actos que se le imputa a su patrocinado no puede haber actos punibles de complicidad primaria, por la sencilla razón de que el delito de interés indebido en contrataciones públicas es un delito transitivo, comisivo de acción, no puede ser un delito omisivo ni para el autor ni para el cómplice: La Corte Suprema ha señalado expresamente, el delito de interés indebido es un delito de encuentro de dos que se encuentran con sus dolos, el funcionario y el favorecido, no es un delito de dos personajes que solamente se ponen a ayudarse sin conocerse, el delito de interés indebido es un delito comisivo, el funcionario no puede interesarse omitiendo, eso no es posible. Su patrocinado sin contar con los requisitos de los cinco años de experiencia ha participado en otros contratos con el Estado, como es con la Municipalidad Distrital de Kaquiabamba y por otro lado la obra de Construcción y Mejoramiento del Canal de Riego de Poccontoy-Talavera se ha concluido exitosamente sin quejas por lo que solicita la absolución.

1.8.5 Después de hacerle conocer sus derechos al acusado, este refirió no aceptar los cargos pena ni reparación solicitada por la Fiscalía absteniéndose de declarar por el momento.

1.8.6 Aporte de los peritos. De las tres personas que suscribieron el Informe Especial N.º S31-2012-CG/ORAB-EE, que sirve de sustento a la acusación fiscal así como del Procurador de la Contraloría General de la República-sede Abancay solo asistieron para el debate los Contadores Vidal Del Pino Silva (Auditor Encargado) y José Ore Sutta (Supervisor de la Comisión), los que previo juramento de Ley. Se ratificaron en todo el contenido del mencionado Informe, haciendo una exposición suscita del mismo y concluyendo principalmente en que los miembros de la Comisión Permanente de Adjudicación Directa Selectiva (ADS) y Adjudicación de Menor Cuantía (AMC), conformado por --- se interesaron abiertamente para favorecer al ahora acusado ---, otorgándole la buena pro en la AMC N.º 013-2012 sin contar con el requisito mínimo de tener cinco años de experiencia desde la colegiatura, ya que solamente tenía ocho meses al momento de darle la buena pro y también le han favorecido otorgándole mayor calificación en el rubro experiencia. Que el otro candidato Leónidas Leguía Pacheco reunía mejores condiciones y calificativos que el acusado, sin embargo no ganó el concurso.

A las preguntas de las partes, se ratificó en lo anteriormente indicado, así como que el Informe Especial que realizaron básicamente está orientado a las irregularidades que cometieron los miembros de la Comisión y en forma relativa al acusado. A las preguntas de la defensa técnica sobre la comisión del delito de Negociación Incompatible y complicidad primaria, indicaron que no estaban en condiciones de responder por ser contadores y para la realización del referido Informe lo han efectuado formando parte de un equipo multidisciplinario con varios profesionales entre ellos un abogado que para la presente audiencia no estaba presente.

1.8.7 Declaración del acusado ---: Indicó que después de consultar con su abogado decidió declarar en la presente audiencia por lo que a las preguntas de las partes indicó que se ha presentado al concurso materia del presente, conociendo el contenido de las

bases del concurso que inclusive están colgados en la página web del SEACE presentando los documentos correspondientes, se graduó como ingeniero agrícola colegiado el 5 de febrero del 2009 y se presentó al concurso contando 8 meses como ingeniero agrícola como un reto de desarrollarse profesionalmente, refiriendo además haber seguido cursos de manera general relacionados con contrataciones públicas y no conocer a los miembros del Comité de Selección ni entabló amistad ni se contactó con ellos y no conoce de las motivaciones que hayan tenido para favorecerlo en la contratación como Ing. Residente de la obra Mantenimiento y Mejoramiento del Canal de Riego de Poccontoy-Talavera y finalmente dijo, que anteriormente participó como residente de obra de la Municipalidad distrital de Kaquiabamba.

1.8.8 La defensa técnica, tomando como referencia el numeral dos del artículo 385 sobre otros medios de prueba que se pueden admitir excepcionalmente, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, solicitó la admisión de pruebas documentales, consistentes en una Resolución de Contraloría sobre contrataciones de menor cuantía así como un contrato de locación de servicios del acusado como residente de obra en la Municipalidad Distrital de Kaquiabamba, el mismo que fue fundamentado por la defensa y al correrse traslado al Ministerio Público no se opuso, pero sin embargo el representante de la Procuraduría, hizo constar su oposición por extemporáneo, dando motivo a que el Juez, mediante la Resolución correspondiente admita en calidad de prueba la copia del contrato de locación de servicios del acusado con la Municipalidad distrital de Kaquiabamba-Andahuaylas, como ingeniero Residente de la obra: "Mejoramiento de la Infraestructura de la Institución Educativa N.º 541412 Sagrado Corazón de Jesús-Pulluri", con relación a la Resolución de la Contraloría, por ser una norma legal, que está al alcance de todos, no es necesario su admisión.

1.9 En los alegatos de clausura

1.9.1 Del Ministerio Público: Si el funcionario público se parcializa de cualquier forma, sin necesidad de alguna motivación, está contraviniendo lo dispuesto en el artículo 399 del CP donde se vulneran normas administrativas, sin importar las causas, que pueden ser inclusive raciales o de discriminación, este delito no requiere beneficio para la persona o perjuicio para el Estado, no existe contubernio, basta que se favorezca al contratista, inclusive hasta puede dar el caso, de que algún miembro de la comisión, puede tener alguna discrepancia por razones religiosas, étnicas o de cualquier otra índole con alguno de los postores y por este hecho lo descalifica favoreciendo a otro, en este caso, se estaría cometiendo el delito de Negociación Incompatible.

Sobre la complicidad en el presente delito, se requiere que el sujeto se ponga del lado del autor o del injusto, tal como señala Claus Roxin, sin necesidad de contubernio o acuerdos expresos, pueden ser tácitos, para este caso los medios de prueba, son la convocatoria a los procesos de selección ADS N.º 07-2009 y AMC N.º 013-2009 para contratar un Ing. Residente para la obra "Mantenimiento y Mejoramiento del Canal de Riego de Poccontoy-Bellavista-Talavera" a la que se presentó el acusado ---. sin cumplir los requisitos de la convocatoria, como es el hecho de contar como mínimo cinco años de experiencia desde la colegiatura como ingeniero, y tan solo tenía ocho meses, siendo favorecido por los miembros del comité de selección, sin importar las causas o motivos, por cuanto esto no es necesario para la acreditación de la comisión del delito de Negociación Incompatible, el acusado desde un aspecto táctico material contribuyó para ser favorecido presentándose a la convocatoria sin cumplir los requisitos: por lo que, en caso de que no se hubiera presentado no se habría cometido el delito, lo cual ha sido acreditado por los peritos. La imputación objetiva en el caso concreto, se ha producido por el incremento del riesgo provocado por la complicidad, por el hecho de presentarse a la convocatoria sin cumplir con los requisitos,

se produjo una contribución al ataque al bien jurídico porque los autores usaron el expediente del acusado para favorecerlo, en consecuencia la complicidad es comisiva positiva. El problema radica en establecer la imputación subjetiva, es decir el dolo, para esto hay que tener presente los estados mentales, valorando las circunstancias externas (exteriorización del dolo), como es el caso, del hecho de haber sido favorecido en el primer proceso de selección (ADS N.º 07-2009) sin contar con los requisitos, lo que significa que existió un interés oculto de cualquier naturaleza entre el acusado y los miembros de selección; por lo que se configura la estructura de los elementos objetivos y subjetivos del delito.

1.9.2 Del Procurador: Con el título "La participación deliberada del postor sin cumplir los requisitos exigidos es determinante para la comisión del delito de Negociación Incompatible". El artículo 158.3 del CPP, respecto a la prueba indiciaria. El acusado, no solo incumplió el requisito de contar con cinco años como mínimo desde la colegiatura, sino que también ha incumplido los otros requisitos, como es el de tener dos años de experiencia como ingeniero residente, existe jurisprudencia, sobre la complicidad en Negociación Incompatible como es el caso del R.N N.º 3144-2009, caso de la Universidad del Altiplano del 11 de octubre del 2010 así como la Ejecutoria Suprema en el R.N. N.º 300-2014 caso Jorge Acurio Titto. Con relación al segundo indicio, es la falta de la presentación de la declaración jurada del acusado, a sabiendas, porque no contaba con los requisitos, es falso que cualquier persona se puede presentar a concurso sin contar con los requisitos para adquirir experiencia, el otro hecho importante es que el postor, ahora procesado, no hace ninguna observación cuando se le otorga la buena pro y firmó el contrato para realizar la obra, se ha puesto en riesgo el patrimonio del Estado, el otro indicio es el hecho de haber ganado en la ADS N.º 07-2009, de todo ello se deduce que ha tenido que conocer que iba a ser favorecido por los miembros del Comité, porque de lo

contrario no se hubiera presentado. La participación del acusado en la convocatoria, ha sido determinante para la comisión del delito de Negociación Incompatible. Tanto Roxin como Jakobs, han indicado que es suficiente acreditar que el *extraneus* haya tomado participación determinante en la consumación del delito. Finalmente solicita al margen que exista un pronunciamiento sobre la condena, debe fijarse la reparación civil fijada en la suma de S/ 21.000.00 nuevos soles.

1.9.3 De la defensa técnica: Refirió que, sobre las irregularidades que han hecho referencia tanto el Procurador como el Fiscal, son en realidad de carácter administrativo y no de naturaleza penal, esto no es soporte para establecer la complicidad primaria. El delito de Negociación Incompatible es un delito de encuentro, donde hay doble dolo, dolo del autor y dolo del cómplice primario; pero no se han referido a la trabazón que debe haber entre el autor y el cómplice en este tipo de delitos.

El bien jurídico protegido en delitos de Negociación Incompatible, es el fiel y debido desempeño de las funciones de los funcionarios y servidores públicos; pero esto es para todos los cielitos, en el caso específico de la Negociación Incompatible por ser un delito de corrupción el bien jurídico específico es la imparcialidad en la toma de decisiones que debe tener todo funcionario de la Administración pública. En cuanto a la defensa sustantiva, ha dicho que su patrocinado como residente de obra, postuló a un proceso de selección ADS que fue declarado nulo, por lo tanto lo que es declarado nulo no tiene efectos jurídicos, puede ser tomado como precedente, pero esto no define la conducta típica.

Los miembros de selección, se acogieron a la conclusión anticipada del juicio, pero el hecho que estos hayan aceptado culpabilidad, no supone que automáticamente se extienda a ---, para lo cual se debe tener en cuenta el art. 26 del CP, que dice: "No son comunicables las circunstancias personales que abonan la culpabilidad de algunos autores o participes no modifican las de

los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Lo que significa, que por ese hecho, no significa que por eso, el acusado debe ser considerado como cómplice primario.

Las pruebas de cargo de la Fiscalía, no imputan al acusado: pero sí a los sentenciados, hubo una contratación irregular por lo que debió ser sacado del concurso; por lo tanto el tema de debate solo se trata de una contratación irregular que se encuentra en el artículo 385 del CP sobre nombramiento o aceptación indebida para cargo público. La presentación de documentos no puede ser considerado como elemento esencial para la comisión del delito de Negociación Incompatible, presentar documentos es un acto formalmente aceptado y muy frecuente, aun así fueran incompletos.

La complicidad primaria, está definida en la Casación 367-2011, donde se exige hacer un análisis objetivo y subjetivo, análisis en rigor de los elementos constitutivos y análisis del dolo. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. La complicidad primara, exige aporte escaso, imprescindible, idóneo y esencial para garantizar el inicio de la consumación del delito.

El delito de Negociación Incompatible es un delito de corrupción, tiene que haber coordinación, puede que no se conozca, pero debe el cómplice dar un aporte esencial, no solo sirve ponerse de su lado, tiene que ser efectiva, deben saber que están dando su aporte, tiene que haber interés, y haber dolo conjunto, tanto autor como cómplice hacen una simbiosis, el dolo del cómplice ayuda al dolo del autor, están vinculados fortalece al dolo del autor. El dolo es voluntad y conocimiento, voluntad de querer ayudar al acusado, y conocer que a través de estos actos se está ayudando a que se cometa un delito. Además este dolo tiene ser antes, en consecuencia presentar documentos no puede ser

considerado como complicidad primaria, no se ha determinado la actitud dolosa del acusado, hay duda, porque no se preguntó a los miembros de la selección si en efecto han favorecido a ---, lo que debió hacerse antes de concederle la conclusión anticipada del juicio oral; por lo que existiendo esta duda no se puede condenarlo por ello solicita la absolución.

II. PARTE CONSIDERATIVA

2.1. TRÁMITE DEL PROCESO:

El presente proceso se ha desarrollado, de acuerdo a los cauces y trámites señalados en el nuevo Código Procesal Penal, dentro de los principios garantistas adversariales, habiéndose instalado la audiencia previa observancia de las prerrogativas del artículo 371 del Código Procesal Penal.

Se efectuaron las instrucciones al procesado, quienes afirmaron entender sus derechos, y al ser preguntados si se considera responsable de los hechos imputados en la acusación, sustentada por el representante del Ministerio Público, previa consulta con su abogado, dijo no estar de acuerdo inocente y que por el momento se abstendrá de declarar, pudiendo hacerlo más adelante, como en efecto lo realizó.

2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS:

2.2.1. Teniendo en cuenta que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable el análisis que hará el Juzgador es de carácter correlativo, lo que implica que primero se debe establecer si la conducta atribuida al procesado resulta típica, es decir, si se adecúa a los elementos del tipo que contiene el artículo 399 del CP (Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo), en caso de demostrarse de manera positiva, recién se hará un análisis de la antijuricidad, es decir, si la conducta es contraria al derecho y no está amparada por una causal de justificación, y de presentarse dicho elemento recién se pasará a establecer si la

conducta resulta culpable, o sea, si el acusado es imputable, se le pudo exigir otra conducta y conocían la antijuricidad, por lo cual recién merecerán reproche: pues en caso de demostrarse que falte uno de los elementos del delito, resulta innecesario hacer el análisis de los otros elementos del mismo.

2.2.2. El delito contra la administración pública - Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, sub tipo, Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, se encuentra tipificado en el artículo 399 del CP norma que 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".

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis, tiene similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el artículo 384 del CP, con la diferencia que en la negociación incompatible no se requiere la concertación ni la existencia de perjuicio[5].

El delito de negociación incompatible se trata de una forma de corrupción gubernativa que comete intencionalmente el funcionario o servidor público, como una forma de "arreglar" ilícitamente las relaciones contractuales u otro tipo de operaciones comerciales, donde el funcionario intervenga por razón de su cargo[6].

a) **Tipicidad objetiva:** Para que se configure el tipo penal se requiere:

5 SALINAS SICCHA, Delitos Contra la Administración pública, p. 566.

6 REATEGUI, James, Delitos Contra la Administración pública en el Código Penal, Jurista Editores, 2015, p. 709.

- **Bien jurídico protegido**[7].- Es un delito especial propio[8] y de infracción de deber, esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del CP o Ley Penal Especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas, y su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas; y por lo tanto de la consecuente responsabilidad penal, civil o administrativa. El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella; pero esto es un bien jurídico general para los delitos contra la Administración pública, en cambio en el delito de Negociación Incompatible por estar dentro de los delitos de corrupción, se tiene como bien jurídico específico la imparcialidad, rectitud y objetividad de los funcionarios.
- **Sujeto Activo**.- Se trata de un delito especial propio, en consecuencia exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por lo que solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnan las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública. Para el caso específico de Complicidad Primaria, podemos inferir que el sujeto activo

7 Corte Superior de Justicia de Lima – Sala Penal de Apelaciones, Exp. 183-2011 contra Oswaldo Aníbal OLMOS CUELLO por Negociación Incompatible.

8 Porque la casualidad del autor fundamenta el injusto penal, es decir, solo lo pueden cometer ciertos sujetos cualificados (el funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible) que ostenta un status jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo penal común.

puede ser cualquier persona, con excepción del funcionario o servidor público.

- **Sujeto Pasivo**.- En forma general es el Estado y concretamente la Administración pública como bien jurídico protegido y en forma específica la Municipalidad Distrital de Talavera.
- **Conducta**.- Interés indebido, conlleva a la gestión o actos que no corresponden con el rol de un funcionario público, quién muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la administración[9]. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquier etapa del iter contractual del proceso de convocatoria, contratación, licitación esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución. Asimismo, el carácter del interés no solo implica una mera infracción del deber especial positivo (actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal, etc.) sino un peligro para los intereses económicos: patrimonio, servicios, obras, bienes, entre otros, de la entidad u órgano del aparato estatal. *Interés directo*, estando al marco de imputación que delimitó el interés en "directo", se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de Tercero.

9 En relación al interés, Castillo Alva sostiene: "El interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o una operación concreta. No se pune el interés indeterminado o genérico. Quedan excluidos del ámbito de protección de la norma intereses futuros, los intereses hipotéticos y los que todavía no son objeto de tratamiento por la administración". CASTILLO ALVA, José Luis, "Negociación Incompatible", Jurista Editores, Lima, 2009, p. 197.

Provecho de tercero, la actuación ilegal del agente público no solo exige que el beneficio sea a título personal o de tercero, sino que lo relevante es que su actuación objetivamente haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la Administración pública o entidad del Estado en el proceso de contratación pública. *Contrato público*, en este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un Tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.) y como persona pública.

b) **Tipicidad subjetiva.-** El tipo penal exige que el agente actúe con dolo, no se sustenta en lo meramente "sabía" o "podía conocer" sino debía saber del conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del tipo dentro del marco de su posición de deber institucional de funcionario público. Asimismo, el dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal, el cual se encuentra regulado en los artículos 11 y 12 del CP[10]. Para el caso del dolo del cómplice primario, se trata de un dolo doble, es decir, la intención deliberada de que con su conducta activa ayudará al autor en la realización del delito y que a la vez, también debe saber que será beneficiado

c) **Consumación.-** El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato,

10 Son delitos y faltas de las acciones u omisiones dolosas. Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública. No cabe la tentativa.

d) **La complicidad primaria**.- El artículo 25 del CP dice: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor". Por otro lado, en la Casación N.º 367-2011-Lambayeque, dice: Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito.

2.3. PRUEBAS ACTUADAS EN JUICIO ORAL: Se actuaron los siguientes medios probatorios:

2.3.1.- Pruebas Orales:

a. Declaración de los peritos Contadores Vidal Del Pino Silva (Auditor Encargado) y José Oré Sutta (Supervisor de la Comisión).

b. Declaración del acusado ---.

2.3.2 Medios probatorios oralizados:

Del Ministerio Público y Contraloría

El Informe Especial 831-2012-CG/ORAB-EE, con todos sus anexos, donde se encuentra las Bases de las Convocatorias ADS-07-2C39, AMC 013-2009 y otros.

De la Defensa Técnica

Contrato de Locación de Servicios entre el acusado --- y la Municipalidad Distrital de Kaquiabamba.

2.4. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para pretender demostrar o no la acusación Fiscal de complicidad primaria del Acusado ---, se tiene:

2.4.1 Se ha demostrado que el acusado ---, se ha presentado al Proceso de Adjudicación Directa (ADS) N.º 07-2009 para ser

contratado como Ingeniero Residente de Obra, convocado por el Comité Especial Permanente de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía para la Obra "Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego de Poccontoy-Bellavista distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac", sin cumplir con los requisitos mínimos de Perfil Profesional, de contar con un mínimo de cinco años de experiencia desde su colegiatura como Ingeniero Agrícola, siendo favorecido por el Comité de Selección ---, a pesar de contar solamente con ocho meses de experiencia: pero sin embargo la convocatoria quedó desierta por no estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores.

2.4.2 También ha quedado demostrado que el acusado ---, se ha presentado como postor para Residente de Obra en el Proceso de Menor Cuantía (AMC) N.º 013-2009, convocado por el Comité Especial Permanente de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía para la Obra Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego de Poccontoy-Bellavista distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac, sin cumplir con los requisitos mínimos de Perfil Profesional, de contar con un mínimo de cinco años de experiencia desde su colegiatura corno Ingeniero Agrícola, siendo favorecido por el Comité de Selección integrado por los sentenciados, a pesar de contar solamente con ocho meses de experiencia otorgándosele la buena pro el 30 de octubre del 2009 por el monto de S/ 46.000.00 nuevos soles.

2.4.2 Vía conclusión anticipada del juicio oral, los integrantes de la Comisión de Selección indicados, sin declarar de qué forma han favorecido al acusado ---, han sido sentenciados a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida con inhabilitación de dos años y el pago de S/ 3,000.00 cada uno por concepto de reparación civil.

2.4.3 Si bien, el tipo penal de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, dice que debe ser en provecho propio o de tercero, se deduce, que los acusados al haberse declarado culpables, se hayan beneficiado al otorgar la buena pro al acusado

---, a pesar de no reunir el requisito de no contar con los años de experiencia exigidos; pero la conexión entre los sentenciados y el acusado, no ha sido demostrada por el Ministerio Público ni el Procurador de la Contraloría General de la República, con mucho más razón si el delito materia del presente, es de corrupción, que implica el quiebre de la imparcialidad con motivación de orden económico o similar y con mucho más razón si estamos ante un delito de encuentro, que implica el nexo que debe existir entre los autores y el cómplice primario.

2.4.4 Ese nexo o relación entre autores y supuesto cómplice primario, no solo debe estar constituido por el solo hecho de que ---, haya presentado su documentación incompleta o sin reunir los requisitos contemplados en las Bases del Concurso, sino que es necesario conocer necesariamente las motivaciones que pudieran haber tenido los sentenciados, lo cual hubiera sido pertinente saberlo antes de concederle la conclusión anticipada del proceso, no existen imputaciones por parte de los sentenciados contra ---: por lo que en estas condiciones, resulta un tanto difícil encontrar los elementos de convicción necesarios como para establecer la complicidad primaria del acusado, con mucho más razón si se tiene en cuenta el artículo 25 del CP así como la Casación N.º 367-2011, que dicen que el cómplice primario es aquel que proporciona dolosamente los actos esenciales para que el autor pueda cometer el delito.

2.4.5 El Informe Especial N.º 831-2012 de la Contrataría General de la República, ratificado y debatido en la audiencia, donde se consigna principalmente pruebas de cargo contra los sentenciados, indicando además que el acusado ---, se ha presentado al proceso de AMC N.º 013-2009, sin cumplir con el requisito de tener cinco años de experiencia desde su colegiatura, que sirve de sustento a la Fiscalía así como al Procurador, lo cual además ha sido admitido por el acusado y su defensa: pero esto no es suficiente, para acreditar la participación de este como cómplice primario en delito de Negociación Incompatible o Aprovecha-

miento Indebido de Cargo: por el contrario se debe considerar a favor del acusado, que estos no lo han incriminado, todo lo cual ha generado duda, para conocer las motivaciones que habrían tenido los sentenciados para favorecer al acusado y si este habría contribuido dolosamente en la comisión del delito que se investiga en calidad de cómplice primario.

2.4.6 Si bien es cierto que está acreditado que el acusado se presentó al concurso como Residente de Obra, sin cumplir con los requisitos (perfil profesional): pero no es menos cierto, que falta demostrar esencialmente la relación o nexo entre este y el Comité de Selección por tratarse de un delito de encuentro la Negociación Incompatible, falta conocer esa motivación que tuvieron para que finalmente resulte favorecido el primero o quizás simplemente de acuerdo con el Fiscal, quizás no quisieron otorgarle por algún "motivo" la buena pro al otro postor Leónidas Leguia Pacheco, quien por cierto no se ha presentado a la audiencia a pesar de haber sido notificado válidamente, ni tampoco apeló a la decisión del comité especial de no haberle otorgado la buena pro, si como dice el Procurador y el Fiscal reunía mejores requisitos que el acusado.

2.4.7 De conformidad a las máximas de la experiencia, muchas veces ha habido casos de postulantes o postores que se han presentado a concursos sin cumplir los requisitos en la posibilidad de que quizás no se presente más de uno, o los que se presenten no califiquen o estén en condiciones inferiores o tener malos antecedentes, entre otros aspectos. Por otro lado, es de tener presente que generalmente los concursantes que no reúnen los requisitos, son eliminados en el primer momento que se les detecta.

2.4.8 Otro aspecto a tener presente, de acuerdo a lo vertido por el Fiscal así como por el Procurador, en el sentido de reprochar al acusado, por el hecho de haber firmado cuando le otorgaban la buena pro a pesar de no contar con el requisito de los cinco años de experiencia, entre otros requisitos. En una sociedad como la nuestra, los casos son muy limitados, cuando alguien reconoce

cuando es favorecido sin merecerlo por cualquier situación: por lo general lo aceptan aduciendo que es por suerte, o cuando por error el profesor en alguna ocasión ha calificado con mayor puntaje y el alumno se ha quedado simplemente callado, quizás pensando que el profesor le está ayudando.

2.4.9 En los delitos de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, el bien jurídico específico es la imparcialidad, rectitud y objetividad de los funcionarios y donde además se puede exigir algún perjuicio patrimonial al Estado: este perjuicio no ha sido acreditado por el Fiscal ni por el Procurador, con mucho más razón si durante la audiencia la defensa técnica ha referido que la obra Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego Poccontoy-Belllavista en el distrito de Talavera ha sido concluido exitosamente, lo cual no ha sido desvirtuado por la contraparte en el desarrollo de las audiencias.

2.4.10 Cuando los peritos de la Contraloría fueron interrogados por la defensa técnica, reafirmaron su profesión de contadores públicos y no estaban en condiciones de debatir sobre aspectos legales del delito de Negociación Incompatible o Complicidad Primaria en este delito, por cuanto los Exámenes Especiales los realizan en equipos multidisciplinarios con participación de profesionales de varias especialidades, en el presente caso del Informe Especial N.º 831-2012-CG/ORAB-EE materia del presente proceso también ha participado un abogado; pero que no ha concurrido por razones que no conocen.

2.4.11 Sobre la prueba indiciaria a que hace referencia el Procurador Público, consistente en que el acusado al presentarse al concurso a sabiendas de que no reunía los requisitos del perfil profesional de cinco años después de la colegiatura, que no está en discusión, le hace deducir que este aspecto le sirve para establecer el nexo causal (encuentro), entre los sentenciados y el acusado. Sobre el particular el Acuerdo Plenario N.º 1-2006, Recurso de Nulidad N.º 1912-2005-Sala Permanente de Piura, sobre la prueba por indicios en su considerando 4 dice: "...en tan-

to que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, que respecto al indicio, (a) este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por lo diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales o excepcionalmente únicos; pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deber ser periféricos, respecto al dato táctico a probar, y desde luego no todos lo son— y (d) y debe estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre si y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí— que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello está en función al nivel de aproximación, respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes[...]". En este mismo sentido, está contemplado en el numeral 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal[11]. Para el presente caso, el hecho base estaría determinado por que el acusado se ha presentado a sabiendas de que no cumplía con los requisitos, los demás indicios que hace referencia el señor Procurador, guardan relación con este; pero eso no acredita ni determina la comisión de la complicidad primaria, lo que se necesita son indicios para

11 Art. 158.3 Código Procesal Penal, La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

establecer el nexo entre sentenciados y acusado, que no ha sido ofrecido ni muchos menos demostrado por la parte acusadora.

2.4.12 También es pertinente tomar en cuenta que el acusado, con fecha 29 de mayo del 2009 ha sido favorecido con el Contrato de Locación de Servicios suscrito con la Municipalidad Distrital de Kaquiabamba, como Residente de Obra: "Mejoramiento Infraestructura de la Institución Educativa N.º 54142 Sagrado Corazón de Jesús-Pulluri", provincia de Andahuaylas, donde no le exigieron los cinco años de experiencia desde la colegiatura, lo cual no justifica el hecho de haber incumplido uno de los requisitos de la AMC N.º 013-2009; pero si da a entender que podrían darse casos de contrataciones de personal como residente de obra con menos de cinco años de experiencia, en casos de que exista un solo postor y donde haya necesidad urgente de realizar la obra o a veces para evitar que el dinero destinado para la obra no ingrese al rubro de devengados si es que no se realiza en el año calendario.

2.4.13 El órgano jurisdiccional no ha tomado en cuenta para la presente sentencia la asignación de puntaje para el factor experiencia en la actividad, por cuanto este aspecto solo le corresponde a los miembros del Comité de Selección que ya fueron sentenciados.

2.4.14 Siempre quedará la duda, en el sentido de que si en efecto la participación del acusado en la comisión del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo con los sentenciados ¿se ha realizado en forma efectiva y dolosa como para considerarlo en el grado de cómplice primario?, esto debido a que en su oportunidad no se ha investigado o aclarado en las audiencias anteriores al presente proceso, lo que si queda en la incertidumbre es conocer ¿Cuál habría sido la motivación que ha tenido el comité de selección para favorecer al acusado, a pesar de que no contaba con los cinco años de experiencia después de la colegiatura?.

2.4.15 Existe la posibilidad de que se pudieran haber presentado más de un postor incumpliendo los mismo requisitos que el acusado,

la Fiscalía así como la Contraloría habrían considerado a todos como cómplice primario del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo?, ¿quizás se hubiera presentado solo el acusado como postor, cuál sería la situación?.

2.4.16 El Informe Especial N.º 831-2012-CG-/ORAB-EE, no contiene mayores elementos incriminatorios contra el acusado por complicidad primaria, en comparación con los sentenciados a quiénes se les ha impuesto cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, dos años de inhabilitación y el pago de la suma de S/ 3,000.00 nuevos soles para cada uno por concepto de reparación civil, lo cual por cierto no es congruente con la petición del Fiscal de imponerle la misma pena, y en caso del Procurador de solicitar S/ 21,000.00 nuevos soles, lo que representa más del 700 por ciento en comparación con lo impuesto a los sentenciados en calidad de autores. Por otro lado, si desde el principio tanto el acusado como los sentenciados han sido considerados como imputados por el mismo delito, y. habiéndose fijado en sentencia firme la reparación civil para tres de los cuatro imputados en S/ 3,000.00 para cada uno, esta no debe variar para el cuarto imputado, en este caso, para --- quien en caso de ser considerado para el pago, esta no debe exceder a la suma indicada, lo que implica coherencia en la petición.

2.4.17 Los errores en la investigación de la supuesta participación del acusado como cómplice primario en el delito materia del presenta se han producido en la etapa inicial, cuando otros fiscales no indagaron con los sentenciados y acusado juntos para establecer precisamente en el interés que han tenido para favorecer supuestamente al acusado y perjudicar al otro postor, en este caso, Leónidas Leguia Pacheco.

2.4.18 Finalmente es pertinente tomar en cuenta que la defensa técnica, ha insistido en pretender demostrar que el hecho de presentar documentos para un acto de concurso, no puede ser considerado como prueba o elemento de convicción para considerar al acusado como cómplice primario en el Delito de Negociación Incompatible

o Aprovechamiento Indebido de Cargo, esta actividad es inocua con el delito, es de carácter estereotipado. Pero, no es menos cierto, que el acusado ha sido favorecido por el comité especial la gran interrogante es saber si lo han favorecido a cambio de nada, dejando de lado a otro profesional con más experiencia, esta situación al no haber sido demostrada con pruebas o indicios contundentes, quedará siempre en la duda al no haberse aclarado en su oportunidad cuando podía hacerse; por lo que no se puede romper la coraza del principio de inocencia que goza el acusado como derecho fundamental a la presunción de inocencia y al favorecimiento por el principio del in dubio pro reo, que también es considerado derecho constitucional relacionado con la presunción de inocencia; por lo que debe ser absuelto.

2.19 De la reparación civil.- Al quedar establecido que el acusado ha sido favorecido indebidamente con el otorgamiento de la buena pro como Residente de Obra; "Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego Poccontoy-Bellavista-Talavera sin contar con los requisitos establecidos en el rubro Perfil Profesional quedando en la duda si este favorecimiento ha sido concertado u orquestado entre el comité especial y el postor, de conformidad al artículo 12 numeral 3 del Código Procesal Penal para el presente caso, se ha considerado la reparación civil, la misma que debe guardar coherencia con el delito y los demás involucrados.

2.20 De la absolución.- En un proceso penal, la carga y el deber de la prueba, tiene de manera exclusiva la parte acusadora, no el juez, menos el inculpado o su defensa, este es el espíritu del nuevo modelo procesal penal peruano, que enarbola el principio acusatorio. A quién acusa corresponde pues, y no a la defensa, la realización de esa actividad probatoria de carga necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona[12]. Al respecto es pertinente citar también a Alberto

12 VICENTE GIMENO SENDRA y otros, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex.

Binder[13], quién señala que la construcción o declaración de la culpabilidad, exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de certeza. Si no se arriba a este estado, aflora la situación básica de que la persona es libre de toda sospecha. En este caso los elementos de convicción presentados por la Fiscalía no han sido suficientes para acreditar la responsabilidad del acusado; por lo que es de aplicación la parte final del numeral 1 del artículo 398 del Código Procesal Penal, relacionado a la insuficiencia de pruebas.

2.21 De las costas.- En el presente caso no hay vencidos ni vencedores; por lo que se debe exonerar de las costas a todas los sujetos procesales.

III. PARTE DECISORIA:

En consecuencia, de conformidad con los artículos II, IV, VII, VIII, once, doce, veintinueve, treinta y seis, treinta y siete, treinta y ocho, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cincuenta y ocho, cincuenta y nueve, noventa y dos, trescientos noventa y nueve y cuatrocientos veintiséis del Código Penal, así como los artículos trescientos noventa y tres, trescientos noventa y cuatro y trescientos noventa y ocho del Código Procesal Penal, con la lógica de la sana crítica, impartiendo justicia a nombre de la Nación, el juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Andahuaylas de la Corte Superior de Justicia de Apurímac.

FALLA:

3.1. ABSOLVIENDO al acusado --- como cómplice primario del delito Contra la Administración pública - Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, sub tipo Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital

13 BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial AD HOC E.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 123-124.

de Talavera, representado por su Procurador Público de la Contraloría General de la República

3.2. **ORDENANDO**, que el absuelto pague por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** la suma de **TRES MIL NUEVOS SOLES (S/ 3,000.00)** a favor de la parte agraviada **(Municipalidad Distrital de Talavera).**

3.3. **DISPONIENDO**, que, consentida o ejecutoriada quede la presente resolución se remitan los oficios correspondientes para anular los antecedentes penales y policiales que haya generado el presente proceso y cumplido se remitan los autos al juzgado de ejecución, para que conforme dispone el acuerdo plenario arribado en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Así lo pronuncio, mando y firmo.

Tómese razón y hágase saber.-

2.2. Sentencia de vista que declara nula la sentencia

SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE APURÍMAC

Procedencia	:	Primer Juzgado Unipersonal de Abancay
Expediente N.º	:	0704-2014-73- 0301 -JR-PE-01
Investigado	:	---
Delito	:	Negociación incompatible
Agraviado	:	Estado

SENTENCIA DE VISTA

Resolución número 34

Abancay, quince de octubre del dos mil quince.-

VISTOS Y OÍDOS, en audiencia pública;

PARTE EXPOSITIVA

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

Guido Castro Muelle, Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Apurímac, con domicilio procesal en el Jr. Unión N.º 227-229 tercer nivel de esta Ciudad.

Cesar David Guerrero Paredes, en representación de la Procuraduría de la contraloría General de la República, con registro del Colegio de Abogados de Apurímac N.º 221, con domicilio procesal Jr. Junín N.º 215 de Abancay, con teléfono N.º 983715639, con correo electrónico cdauerrero@hotmail.com.

DINA POZO PECEROS, Abogado con registro del colegio de Abogados de Apurímac 1187 N.º 50637, con domicilio procesal en la avenida Ayacucho N.º690- Andahuaylas, con teléfono celular número 996675439.

IMPUTADO ---, identificado con DNI N.º 31190225, con domicilio real en la avenida Andrés Avelino Cáceres N.º 135 del distrito de San Jerónimo -Andahuaylas con celular número 996675439.

II. HECHOS IMPUTADOS

Se atribuye al acusado --- haber actuado en calidad de cómplice primario en el delito de negociación incompatible al haber presentado sin cumplir los requisito de experiencia de cinco años que exigía las bases, para ser contratado como residente de obra, en el proyecto "mejoramiento y Ampliación del canal de Riego Pocconto y Bellavista de distrito de Talavera, habiendo el comité especial en fecha 19 de octubre del 2009 declarado ganador al acusado, quiénes apenas tenía ocho meses de experiencia.

El representante del Ministerio Público califica estos hechos, como delito contra la administración publica en su modalidad de Negociación Incompatible, estableciendo que el imputado tiene

la condición de cómplice primario, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal modificado por la ley 28355.

III. CONSIDERANDO

3.1. Es materia de apelación la Sentencia emitida mediante Resolución N.º 29, de fecha trece de Julio del dos mil quince, de folios 656-662, donde el primer Juzgado Unipersonal de Abancay resuelve absolver de la acusación fiscal al acusado --- como cómplice primario, por el delito contra la Administración Publica en la modalidad de Negociación Incompatible en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

3.2. Que, instalado el colegiado en audiencia pública, se apertura esta bajo las formalidades de ley, cumpliendo las partes procesales con los alegatos preliminares, sin el interrogatorio del sentenciado por haberse abstenido de declarar, no habiendo actuado medios probatorios ni haber requerido la lectura de piezas procesales, y realizado los alegatos finales, toda vez que el tema materia de apelación es cuestión técnica de puro derecho, referido a la participación o no del cómplice en el delito de negociación incompatible. Cuyo extremo ha sido materia de la apelación y debate en la audiencia de apelación, por cuanto constituyó el sustento de la absolución de la sentencia recurrida.

3.3. Argumentación del Procurador de la Controlaría Pública

Solicita que se revoque la sentencia absolutoria y se imponga la sanción que corresponda, en base a los siguientes fundamentos:

En el presente proceso ya fueron sentenciados los autores por delito de negociación incompatible por haberse acogido a la conclusión anticipada, con lo que ha quedado demostrado que estas personas mostraron interés indebido en favorecer al imputado en el contrato a sabiendas de que esta personas no reunía los requisitos para que le den la buena pro. A través de la prueba indiciaria se ha establecido que el acusado conocía las bases del concurso, presentándose a sabiendas que no tenía la experiencia que exigía el cargo, entre otros requisitos. Además que la sentencia absolutoria no impide que órgano jurisdiccio-

nal puede pronunciarse sobre la acción civil, y estando acreditado el perjuicio al Estado se revoque la resolución venida en grado.

3.4. Argumentación del Ministerio Público

3.4.1. El representante de la Fiscalía Superior, por su parte a solicitado que se declare nula la sentenciada toda vez que se ha infringido normas de tipicidad al fundamentar el Aquo su absolución en señalar que el delito de negociación incompatible no admite la complicidad primaría, y argumentar "que el desvalor de la conducta radica en la acción unilateral desplegada por el autor, solo siendo posible en este escenario la figura del instigador, tesis que no fue postulada por el Ministerio Público". Por cuanto considera que la figura de la complicidad si se da en este delito y que se refiere a la persona que actúa como intermediario interesándose, o conociendo el interés del otro.

3.4.2. Tesis que no se ajusta a la verdad, y contraviene ejecutorias supremas como es el recurso de nulidad recaído en la causa N.º 300- 2014 seguida con Jorge Acuario Ttito, donde la Corte Suprema lo sentencia como cómplice primario de la negociación incompatible.

Solicita se declare nula la sentencia recurrida, en vista de haber afectado el derecho a la prueba y fundamentalmente a la tutela jurisdiccional efectiva de conformidad con lo establecido por el artículo 150 inciso d).

3.5. Argumentación de la Defensa

La defensa solicite se confirme la sentencia, toda vez que conforme lo argumentado la sentencia prolada no concurre en este tipo penal la complicidad primaria, además que su patrocinado se ha presentado como cualquier persona al concurso, teniendo o no los requisitos y es la comité encargado de su selección quién lo ha debido descalificar.

3.6. Argumentos de la Sentencia Apelada

La sentencia apelada en el considerando 12-14, señala que la participación en los delitos de peligro, de mera actividad y unilaterales como es la negociación incompatible es un delito de ejecución unilateral, esto quiere decir que el tipo penal no requiere de una concertación con otra persona, sino que solo exige que el funcionario pública manifieste un interés, por razón de su cargo, sobre una operación contractual donde participe el Estado. Lo que reprocha entonces, es la incompatibilidad de interés entre el funcionario y la Administración pública, cuando se manifiesta un interés privado y deja de cumplir su función de representar al Estado para velar por su interés propio particular.

En este escenario no puede admitirse la complicidad primaria en la ejecución material del delito, salvo la participación en su modalidad de instigación que es previa a la acción y que se halla prevista en el artículo 24 del Código Penal, tesis distinta a la postulada por el titular de la acción penal.

IV. DELIMITACIÓN DEL DEBATE PROBATORIO

1) Establecer si es admisible o no participación en calidad de cómplice primario en el delito de negociación incompatible.

V. SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

5.1. El delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, textualmente establece:

> "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero por cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo será reprimidos 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"

5.2. Bien jurídicamente protegido. Es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en

sentido amplio: de modo que la conducta de sus funcionarios no solo esta claramente orientada en su sentido de imparcialidad sino que se encuentra fuera de cualquier sospecha de parcialidad[1]. Del mismo otros autores señalan que el objeto de tutela penal de este delito es la imparcialidad y objetividad de la actuación funcionarial, en la contratación administrativa[2].

5.3. Imputación objetiva y subjetiva.- Dentro de la estructura del tipo penal de negociación incompatible se aprecian entre otros elementos normativos los siguientes:

Sujeto activo y autoría: El tipo penal exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por ello constituye "un delito especial propio". Como ya se anotó solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de relaciona funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias interna que le permiten intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública.

Interés indebido: Interesarse indebidamente conlleva a la gestión o actos que no corresponden con el rol de un funcionario público, quien muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la administración[3]. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquier etapa del iter contractual del proceso de convocatoria, contratación, licitación, adjudicación, etc. En las etapas previas, durante la celebración

1 DONNA, Edgardo Alberto, delitos contra la Administración Pública. Rubinzal -Calzoni Editores, 2002, pag. 316. Debiendo precisar en este punto que la figura legislativa nacional tiene como fuente precisamente al legislador Argentino que su artículo 265 del Código Penal Argentino regula con el mismo texto legal nacional y nomen iuris el tipo pena de Negociación Incompatible.

2 PEÑA CABRERA, Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal parte Especial tomo V-IDEMSA pag. 595

3 En relación al interés, Castilla Alva sostiene: "el interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o una operación concreta. No se pone el interés indeterminado o genérico. Quedan excluidas del ámbito de protección de la norma intereses futuros.

del contrato e incluso en su ejecución. Asimismo, el carácter del interés no solo implica una mera infracción del deber especial positivo (actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal etc.,) sino un peligro para los intereses económicos [...].

Interés directo: Estando al marco de imputación que delimitó el interés en "directo", se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando interés propio o particular o para beneficiar a un tercero, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio a favor de Tercero.

Provecho de Tercero: La actuación ilegal del agente no solo exige que el beneficio sea título particular, propio personal sino a hacia un tercero ajeno, a quien se ha pretendido favorecer en el proceso de contratación publica.

Contrato Público: En este delito no es punible la intervención del agente publico en los actos de administración, sino aquello actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación publica que ponga de manifestó un interés indebido a favor propio o de un Tercero.

5.6. Imputación subjetiva. El tipo penal exige que el agente actué con dolo no se sustenta en lo meramente "sabía" o "podía conocer" sino "debía saber" del conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del tipo dentro del marco de su posición de deber institucional de funcionario publico. Asimismo el dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal, el cual se encuentra regulado en los artículos 11 y 12 del Código Penal.

5.7. Consumación del injusto penal. El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del con-

trato, basta que ello concurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública. No cabe la tentativa.

VI. PRONUNCIAMIENTO EN RELACIÓN A LA CONCURRENCIA O NO DE LA PARTICIPACIÓN-COMPLICIDAD EN EL DELITO NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

6.1. La complicidad es una forma de participación, que se encuentra establecido en el artículo 25 en principio, la contribución anterior o simultánea a la realización del delito es común en toda clase de complicidad; en consecuencia el cómplice ayuda o coopera en forma auxiliar o secundaria a la ejecución, a diferencia de los coautores que ejecutan directamente el delito.

6.2. La complicidad en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia ha establecido que es una figura concurrente en todo tipo de delito doloso, la que está proscrita en los delitos culposos.

6.3. Siendo así, la complicidad es una conducta de carácter dolosa es decir sanciona al participe que con conocimiento y voluntad preste auxilio para realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado el delito.

6.4. El delito de negociación incompatible es un delito eminentemente doloso, además de ser un delito especial propio[4], esto es que el sujeto activo únicamente puede ser el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto[5].

4 Alcócer Povis, Eduardo

5 Exp. 23-2012 Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelación de Lima, 15 de octubre del 2013

6.5. Intervención del *extraneus* en el delito negociación incompatible; *todo aquel que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice*[6]. Conforme así lo establecido, la Corte Suprema en el recurso de nulidad de 3144- 2009 de fecha 11 de octubre del 2010, *"Caso Universidad Nacional del Altiplano";* donde fue sentenciado el encausado Luis Navarro Canales como cómplice primario al haber sido favorecido con un contrato laboral en la función publica, en la que se intereso su coimputado, aprovechando su condición de Rector de la referida Universidad. Ejecutoria suprema que ha establecido que la aportación del cómplice primario no ha sido mínima en la realización del tipo legal, sino necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar; razón por la cual señala que la conducta atribuida, en ambos casos, es delictiva.

6.6 En ese mismo sentido también se tiene la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014, donde la Sala Permanente de la Corte Suprema, donde ha establecido responsabilidad a titulo de cómplice primario de Jorge Acurio Tito en el delito de Negociación incompatible toda vez que coadyuvó a su realización de tipo.

6.7. En esa línea de pensamiento, San Martín Castro en la ejecutoria suprema N.º 3144- 2009, precedentemente considerada establece que el delito de negociación incompatible es "un delito de encuentro"; concepto que evidentemente establece la concurrencia de varias personas; esto significa que la actuación tiene una finalidad común, pero lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria; debiendo finalmente precisar que el ordenamiento jurídico penal nacional respecto al tercero asume una concepción amplia.

6.8. En ese mismo sentido, se debe precisar que el delito de negociación incompatible, no exige como en el delito de colusión bilateralidad fijada en un acuerdo o concertación entre el garante del Estado

6 DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho penal parte especial tomo II . Rubinzal-Calzoni; Editores, Pag. 325

con el particular para defraudar al Estado; es suficiente para este delito que el garante del Estado demuestre interés en beneficiar a alguien respecto de otros y de la propia Administración publica, contraviniendo con ello, los principios y deberes éticos de todo servidor publico como son lealtad[7], transparencia y neutralidad en el desempeño de sus funciones[8], donde la intervención del extraneus, para ser considera como complicidad debe ser dolosa y necesaria para que se concrete el interés.

6.9. Estando que el punto controvertido materia de debate del recurso de apelación fue una cuestión técnica de puro derecho (de la existencia de la figura de la complicidad en el delito de negociación incompatible); no corresponde en esa línea de pensamiento hacer un análisis de las cuestiones de fondo sobre la culpabilidad o no del imputado, habiendo quedado establecido conforme a la línea jurisprudencial que sigue la Corte Suprema que si es procedente la complicidad en los delitos de negociación incompatible.

VII. LA NULIDAD PROCESAL

La nulidad es una sanción procesal que la ley señal, cuando se ha violado u omitido las formas establecidas para realización de un acto procesal, al cual se le priva de producir sus efectos normales.

7.1 Conforme al artículo 150.d) del nuevo Código procesal penal la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la constitución es causal de nulidad absoluta, y deben ser declarado de oficio, además, con arreglo al artículo 154.3 de la norma acotada, la declaración nulidad con lleva la regresión del proceso al estado e instancia que se ha cumplido el acto nulo.

7.2 En el caso particular, de los fundamentos antes expuestos resulta que se ha afectado el debido proceso en su dimensión de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a probar, y falta de

7 Conclusiones del Pleno Jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Lima –diciembre del 2011 "Criterios para distinguir entre los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

8 Ley 2785 (13-08-20002) Ley del Código de Ética de la Función Pública, art.. 6 y 7

motivación de resoluciones judiciales, protegido por el artículo 139 de la Constitución política del Estado, cuya vulneraciones son causal de nulidad sancionada por la norma antes precisada.

I. DE LAS COSTAS.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 497 inciso 3 del Código Procesal Penal, las costas están a cargo del vencido; el Ministerio Público está exento del pago de costas conforme señala el artículo 499. 1 del CPP, al respecto conforme a los fundamentos expuesto en esta sentencia, no procede fijar las costas del proceso.

II. DECISIÓN

Por estos fundamentos administrando justicia a nombre de la Nación, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Apurímac, resuelve:

DECLARAR: Fundado el recurso de apelación formulado por el representante del Procurador Público de la Contraloría General del República.

DECLARAR: Nula la sentencia mediante Resolución N.º 29, de fecha trece de julio del dos mil quince, de folios 656-662, donde el primer Juzgado Unipersonal de Abancay resuelve absolver de la acusación fiscal al acusado --- como cómplice primario, por el delito contra la Administración Publica en la modalidad de Negociación Incompatible en agravio del Estado, con lo demás que contiene, insubsistente el juicio oral verificado con este motivo.

DISPUSIERON: La realización de un nuevo juicio oral por el Juez unipersonal llamado por ley en reemplazo del que expidió la sentencia declarada nula, de conformidad con el numeral uno del artículo 426 del Código Procesal Penal.

S.S.

TAYRO TAYRO

VARGAS OVIEDO

CAMA GODOY

2.3. Sentencia absolutoria

En la Segunda Sala de Audiencias del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Abancay, a los trece días del mes de julio del año dos mil quince, Efraín Urbiola Mayhuire Juez Penal a cargo de la dirección y decisión del presente juicio oral público seguido contra ---, como cómplice del delito contra la Administración pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado Peruano; ejerciendo la potestad de administrar justicia en nombre del pueblo, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Resolución 29 -2015

I. PARTE EXPOSITIVA.

A. Identificación del acusado

---, con Documento Nacional de Identidad número 31190225, domiciliado en la avenida Andrés Avelino Cáceres número ciento treinta y cinco, del distrito de San Jerónimo, de la provincia de Andahuaylas, de treinta y siete años de edad, nacido en San Jerónimo-Andahuaylas el día cinco de setiembre mil novecientos setenta y siete, de estado civil casado, ocupación ingeniero, nombre de sus padres Roberto y Clotilde, ingreso económico mensual de mil quinientos nuevos soles, aproximadamente.

B. Antecedentes.

En el presente caso se citó a juicio oral a cuatro (4) acusados: ---, y ---, como cómplice primario, por el delito de negociación incompatible. No obstante, en el desarrollo del juicio oral, se ha dictado sentencia de conformidad en conclusión anticipada de juicio, declarándose a ---, como autores del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado Peruano, condenándoseles a cada uno de ellos a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución

por el periodo de prueba de dos años, e inhabilitación de dos años para obtener función o cargo público. Finalmente, se fijó como reparación civil, la suma de tres mil nuevos soles (S/. 3, 000.00 nuevos soles) para cada uno de ellos. En este sentido, solo quedó pendiente de establecer la inocencia o responsabilidad del acusado ---, como cómplice primario.

C. De la acusación fiscal

C.1. Hechos imputados.- Expuso el representante del Ministerio Público, en su alegato preliminar y luego en su exposición de cierre que los hoy sentenciados ---, conformaron el Comité Especial para llevar a cabo la Adjudicación Directa Selectiva (ADS en adelante) número cero siete guion dos mil nueve, para la residencia de la obra mejoramiento y ampliación del canal de riego Poccontoy - Bella Vista de Talavera, la convocatoria se realizó el día veinticuatro de setiembre del año dos mil nueve, publicándose las bases del concurso donde se estableció que los postores debían cumplir como requisitos mínimos, con una experiencia profesional mínima de cinco años desde su colegiatura y los puntajes a asignarse en función al valor referencial de cuarenta y ocho mil nuevos soles. Con fecho veinticinco de setiembre de dos mil nueve, se efectúa el registro de participantes y luego que los participantes procedieran a efectuar la formulación de consulta a las bases, la absolución de dichas consultas e integración de bases, el día diecinueve de octubre de dos mil nueve, se presentan dos propuestas: del acusado y de otro postor de nombre Leónidas Leguía Pacheco, a sabiendas de los requisitos exigidos por las bases, es decir, con pleno conocimiento sobre las reglas que establecían las bases. El comité asignó los puntajes respectivos y otorga la buena pro, declarando desierto el proceso, debido a que ambos postores no estaban inscritos y habilitados por el registro nacional de proveedores, pero se deja establecido que el postor que había ganado fue el acusado. Luego se convoca a otro proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía (AMC en adelante), número trece, en fecha veintidós de octubre de dos mil nueve, publicándose las bases que coincidieron con las bases del proceso anterior declarado desierto, esto es, los cinco años de experiencia profesional, los puntajes

en función al valor referencial de 48,0000 nuevos soles, en el caso del acusado solo podía obtener cinco puntos debido a que su facturación no superaba la mitad del valor referencial, y no varió en tal aspecto, nuevamente el acusado y el otro postor antes mencionado, hacen su registro con fecha veintitrés de octubre de dos mil nueve, y presentan sus propuestas asumiendo que cumplían con los requisitos con fecha treinta de octubre de dos mil nueve, y el comité procede a la calificación de propuestas y otorga la buena pro a favor del hoy acusado ---, pese a que no cumplía los requisitos mínimos. Siendo así, se imputa al acusado en calidad de cómplice primario, en tanto asintió la conducta asumida por los miembros del comité, es decir de manera dolosa, a sabiendas que no cumplía con los requisitos mínimos de experiencia y sobre el puntaje en función al valor referencial de cuarenta y ocho mil nuevos soles, y su puntaje no iba llegar mas de cero punto cinco; sin embargo asintió que se le otorgue la buena pro de manera ilegítima. Es decir su participación en el evento delictivo (negociación incompatible), para la tesis del Ministerio Público, fue de tal intensidad que sin su aporte no hubiere sido posible que los autores del delito lleguen a consumar el mismo, por tanto, su participación fue a título de cómplice primario.

C.2. Pretensión penal.

El señor Fiscal pidió en su alegado preliminar se le imponga al acusado --- la pena privativa de libertad de cinco años, así como cinco años de inhabilitación, por su participación como cómplice primario, en la comisión del delito de contra la Administración pública, delitos cometidos por Funcionarios públicos en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento Indebido de cargo, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera - El Estado peruano. No obstante, en su alegato oral de cierre, omitió pedir la pena de cinco años de inhabilitación.

D. El actor civil.

El abogado de la **Contraloría General de la República**, expuso en su alegato de inicio y en resumen en su alegato de cierre, con el título:

"Postor se presenta a proceso de selección sin cumplir los requisitos establecidos en las bases a sabiendas de ser favorecido por el comité especial", procediendo a efectuar en síntesis la misma tesis de imputación que hizo el fiscal, con el añadido de la "extrañeza" que causa que el postor favorecido no haya conocido que iba a ser favorecido, para el actor civil el acusado sabía que antes de presentarse al proceso de selección que iba a ser favorecido y no depurado como correspondía, lo cual es acreditado a través de la prueba indiciaria; en lo que respecta a la reparación civil, solicitando el pago por reparación civil e indemnización de daños perjuicios la suma de treinta mil nuevos soles que deben pagar el acusado en forma solidaria con los hoy sentenciados.

E. La defensa.

Por su parte, la abogada Dina Pozo Peceros en defensa del acusado ---, expuso en su alegato de inicio y de cierre, que su patrocinado en su condición de ingeniero agrícola nunca ha sido funcionario público de la Municipalidad Talavera, se le acusa sin ninguna prueba tan solo por haberse presentado al contrato de adjudicación de menor cuantía, para la contratación de servicios como residente de obra y mejoramiento del canal de riego de Poccontoy Bellavista en el Distrito de Talavera y firmando un contrato con fecha once de noviembre del 2009 por la suma de 46 mil nuevos soles. El acusado por su parte en su autodefensa, señaló básicamente que no es funcionario público y no tenía por qué responsable de la calificación en la cual no tuvo participación alguna, ya que ni conoce a los miembros del comité, asimismo, señala que en diversos concursos públicos que lanza el Estado, muchas personas se presentan sin cumplir los requisitos exigidos y son depurados del concurso en la etapa preliminar, y por eso son todos ellos culpables si en caso los funcionarios públicos se equivocan en su calificación.

F. Materia de juzgamiento.

F.1. Determinar si el acusado tuvo participación o no, como cómplice primario, en la comisión del delito de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado peruano.

F.2. Establecer si corresponde o no, estimar la pretensión penal, civil y las costas del proceso.

II. FUNDAMENTOS.

Premisa normativa

1. El delito materia del presente juicio oral se halla tipificado en el artículo 399° del Código Penal, modificado por el artículo I° de la Ley N.° 28355 (vigente al momento de los hechos), que señala: "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".

2. Respecto a la complicidad primaria atribuida al acusado, el artículo 25° del Código Penal, señala: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

Valoración de los medios de prueba

3. Bajo las bondades del principio de la inmediación se han actuado los medios probatorios personales, periciales y documentales, cuyo aporte al esclarecimiento de los hechos merecen una valoración individual, para finalmente confrontarse con el resto de prueba relevante en una valoración conjunta, bajo los principios de logicidad y corrección; es decir con los criterios que señala el código adjetivo penal: en primer lugar la lógica, luego la ciencia y finalmente las reglas de la experiencia (artículo 158.1 del NCPP), entendiendo por lógica también el sentido común, o la lógica del sentido común.

4. La declaración testimonial de Leónidas Leguía Pacheco, el otro postor además del acusado, quienes se presentaron a los dos procesos de selección (ADS y AMC), aportó información relevante en cuanto se refiere a las irregularidades del proceso de selección,

señalando que este ha sido direccionado para favorecer al postor hoy acusado, que se le dio como ganador sin que este reúna los requisitos establecidos en las bases, refiriendo que no interpuso recurso alguno ante tal decisión del comité especial, por que perdió el interés habida cuenta que existía otros procesos para presentarse; empero, su información proporcionada en juicio oral, no aportó al esclarecimiento respecto de la presunta complicidad del acusado con los autores del evento delictivo, sino únicamente sobre la irregular calificación que hicieron los miembros del comité especial, hechos que, por cierto, estos fueron ya condenados.

5. La prueba pericial a través del examen directo a los profesionales de la Contraloría General de la República, igualmente estuvo mas bien orientado a probar el delito de negociación incompatible cometido por los miembros del comité especial los mismos que ya fueron sentenciados; empero, respecto de la presunta complicidad primaria del acusado, solo se precisó que según las normas sobre contrataciones del Estado, los postores tienen pleno conocimiento sobre los requisitos que se exigen para cada proceso de selección. No obstante, dicha prueba pericial, por su propia naturaleza científica y objetiva, no resulta idónea para establecer la presunta complicidad del acusado, esto es, la cooperación o auxilio que esta hubiere prestado a favor de los autores materiales del delito, específicamente en cuanto se refiere a determinar cual fue el presunto aporte decisivo sin el cual no se hubiere perpetrado el delito.

6. La prueba documentada ofrecida por el señor Fiscal, ha consistido en el Informe número ochocientos treinta y uno, guion dos mil doce-CG-/ORAP-EE, emitido por la oficina de la contraloría de Abancay, que se trata del examen especial efectuado en la Municipalidad Distrital de Talavera; el anexo tres, el formato impreso de SEACE, en el mismo que hace referencia a la convocatoria del proceso de selección convocatoria uno adjudicación se señala como fecha de convocatoria 24 de setiembre del 2009 y fecha de culminación 24 de setiembre del 2009. El anexo tres consistente en el acta de otorgamiento de buena pro, y que se declara desierto

la misma tiene como fecha 19 de octubre del 2009. Las bases administrativas ADS número cero siete, guion dos mil nueve -CEP-MDT, las mismas que establecen la calificación en la experiencia de la actividad y se calificará el monto según lo facturado y en función al monto referencial. En el Informe Pericial se precisa la ficha emitida por el Colegio de Ingenieros del Perú, respecto del acusado señalando tipo de colegiado ordinario, fecha de incorporación, 5 de febrero del 2009. Las bases administrativas para la convocatoria de la adjudicación de menor cuantía derivado de la: ADS cero cero siete guion dos mil nueve -CEP/MDT, en el cual se establece como requisito ser profesional mayor a cinco años como mínimo. El acta de adjudicación de menor cuantía cero trece guion dos mil nueve, derivado de la ADS-CEP/MDT, convocatoria para la contratación de servicios de residente de obra: Mejoramiento y Ampliación Canal de Riego Poccontoy - Bella vista del Distrito de Talavera- Provincia de Andahuaylas -Apurímac. Todos estos documentos oralizados en audiencia pública, a consideración del Juzgador solo estriban en cuanto a la calificación irregular que revela la conducta ilícita de los miembros del comité, mas no aporta para determinar el grado de participación del acusado. Asimismo, el señor fiscal también presentó Contratos del acusado con el Estado, así el contrato que realiza de una parte la Municipalidad de Taquiabamba y por otro --- de techa dos de marzo del 2009; cuando contaba con tres meses como profesional, se acredita que no podía firmar el contrato. El contrato de Gerencia 1017-2009-Apurimac-GG que señala por una parte el Gobierno Regional de Apurímac, por el gerente general Mario Martínez Calderón y de otra parte --- ingeniero agrícola; estos documentos igualmente acreditan que los miembros del Comité no fueron rigurosos en la calificación o, en su caso, habrían pretendido favorecer a este intencionalmente, mas a efectos del aporte que hizo el acusado en la materialización del mismo, no resulta relevante.

7. Por su parte la abogada Dina Pozo Peceros, en defensa del acusado oralizó los documentos que se tienen a fojas ciento dieciocho,

de fecha veintidós de julio de dos mil catorce. La Resolución sub regional 237-2011-GRA- de fecha veintiuno de diciembre de dos mil once. El certificado que suscribe el Presidente de Riego de Poccontoy - Bellavista, de fecha veintidós de julio de dos mil catorce. La Resolución Sub Gerencial Regional doscientos treinta y siete, guión dos mil once, RA-GSRSA-GSR, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil once, Finalmente la constancia de fecha trece de febrero de dos mil quince de Poccontoy- Distrito de Talavera, el que suscribe Edgar Loayza Quepalla, presidente del comité de riego Poccontoy Bellavista Huarataca, antes del inicio de la obra mejoramiento del canal de riego de Poccontoy, en el que se hace constar que la obra en mención se encuentra en buen estado, aspectos posteriores al evento delictivo que se le imputa al acusado, lo cual no es materia de juzgamiento.

De la prueba indiciaria.

8. El representante del Ministerio Público, recurrió a la prueba indiciaria para demostrar que entre los miembros del comité y el acusado no existió acuerdo colusorio, pero sí existió un nivel de coordinación, exponiendo hechos probados circundantes tales como: **a.** El acusado conocía las bases del concurso selectivo, que exigía como requisitos mínimos cinco años de experiencia y sobre los puntajes a otorgarse en función al valor referencial de cuarenta y ocho mil nuevos soles, que solo podía obtener más de quince puntos si habría facturado más del dicho valor referencial. **b.** El acusado se presentó al proceso a sabiendas que solo tenía ocho años de experiencia (debió decir ocho meses), y que su monto facturado solo era de veintitrés mil quinientos nuevos soles, por tanto solo le correspondía cinco puntos de calificación, según el valor referencial. **c.** El acusado conocía de los resultados de la primera convocatoria y que había pasado esta etapa sin tener los requisitos mínimos, y también sabía que su competidor Leónidas Pacheco sí había cumplido los requisitos de años de experiencia y el valor referencial. **d.** En la nueva convocatoria el acusado nuevamente se presenta sabiendo

que no cumplía los requisitos. **e.** El acusado se presenta sabiendo que su facturación era de veintitrés mil quinientos nuevos soles y que merecía un puntaje de solo cinco puntos, también sabía que iba desplazar al otro postor y perjudicar al Estado. **f.** El acusado presentó contratos celebrados para acreditar requisitos, pese a que en el juicio oral se demostró que no tenía experiencia para firmar dichos contratos con la municipalidad de Cataybamba, es decir sin tener 2 años de experiencia como ingeniero. Pues en la base legal se hace referencia a la ley de contrataciones del Estado. **g.** El acusado presentó contratos vigentes, que recién se iniciaban y no acreditaban experiencia, por tanto no debían ser presentados. **h.** No hizo ningún acto posterior para revelar estos hechos irregulares. **i.** Todos los miembros del comité aceptaron los cargos como autores del delito y fueron sentenciados. **j.** Los miembros del comité especial no denunciaron los hechos, por tanto, alguno de ellos o todos ellos, tuvieron algún nivel de coordinación con el acusado.

9. El Fiscal concluyó luego de anunciar los hechos periféricos probados, que el acusado ha incrementado el riesgo jurídicamente desaprobado con su participación, además ha creado un escenario apto y mas intenso para los actos de los autores; el partícipe o sea el acusado se presentó a sabiendas de que se le estaba favoreciendo. No obstante, el señor fiscal concluyó, como resultado de la inferencia lógica deducida como indicios, que el acusado "tuvo alguna conversación con los miembros del comité", conversación en términos generales, que no precisó el tema o de qué habría tratado la misma, y que además no puede acreditar con medio de prueba directa, pero que acontecieron entre el veinticuatro al veintinueve de setiembre de dos mil nueve; y entre el veintidós al treinta de octubre de dos mil nueve.

10. Al respecto, el numeral 3) del artículo 158° del nuevo Código Procesal Penal, señala: "La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate

de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes".

11. Laprueba indiciaria o prueba indirecta, es aquella que sirve para acreditar un hecho que no resulta posible ser demostrado por medio de prueba directa; entonces, a través de la prueba indirecta, se prueba un "hecho inicial-indicio", que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del "hecho final-delito" a partir de una relación de causalidad "inferencia lógica" [1]. Como se puede advertir este proceso deductivo tiene como colorario final la manifestación de un hecho fáctico que estuvo escondido, en el presente caso, para el representante del Ministerio Público, este hecho se trata de "conversaciones" entre el acusado y los miembros del comité especial, hecho fáctico genérico y ambiguo, sin contenido en sí, que no resulta útil como prueba de cargo para sostener la tesis de imputación planteada, esto es, que el acusado prestó auxilio a los autores del delito, de tal intensidad que sin su aporte no se hubiere perpetrado el delito.

De la participación en los delitos de peligro, de mera actividad y unilaterales.

12. Según la afectación del bien jurídico tutelado, se habla de delitos de peligro y de lesión, en este último se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión[2]. Los delitos de peligro son tipos en los que el contenido de injusto (antijuridicidad) reside en la probabilidad de que se produzca un efecto de daño.

---

1 Fundamento24) de la Sentencia recaída en el EXP N.° 00728-2008-PHC/TC (Caso: Giuliana Flor de Maria LLAMOJA HILARES) Consulta en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html.

2 BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, especialmente pp. 487 y ss. y p. 492.

Esta definición es compatible con la de delitos de resultado y de mera actividad, por cuanto no se refiere a la modalidad de conducta descrita en el tipo, sino al efecto de la conducta: según consista en la creación de un estado efectivo de daño o en la probabilidad de afectar al bien jurídico (de peligro). Pero además, el delito de negociación incompatible es un delito de ejecución unilateral, esto quiere decir que el tipo penal no requiere de una concertación con otra persona, sino que solo exige que el funcionario público manifieste un interés, por razón de su cargo, sobre una operación contractual donde participe el Estado. Lo que se reprocha, entonces, es la incompatibilidad de intereses entre el funcionario y la administración púbica, cuando se manifiesta un interés privado y deja de cumplir su función de representar al Estado para velar por su interés propio articular.

13. En el tipo penal que nos ocupa, el desvalor radica en la acción unilateral desplegada por el autor, que pone de manifiesto su interés privado propio (personal) en una operación o contrato estatales; en este escenario, no puede admitirse la complicidad primaria en la ejecución material del delito, salvo la participación en su modalidad de instigación que es previa a la acción, y que se halla prevista en el artículo 24° del Código Penal, tesis distinta a la postulada por el titular de la acción penal.

Presupuesto absolutorio.

14. En un proceso penal, la carga y el deber de la prueba, la tiene de manera exclusiva la parte acusadora, no el Juez y menos el inculpado o su defensa, este es el espíritu del nuevo modelo procesal penal peruano, que enarbola el principio acusatorio. A quien acusa corresponde pues, y no a la defensa, la realización de esa "actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona"[3]. Al respecto,

3 Vicente Gimeno Sendra y otros, Derecho Procesal Penal, Editorial COLEX, 1997, Página 95.

es pertinente citar también a Alberto Binder, quien señala que "La construcción (o declaración) de la culpabilidad exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de *certeza*. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libre de toda sospecha[4]. En este caso, la Fiscalía no ha podido acreditar la imputación que postuló contra el acusado; por el contrario durante el debate probatorio, esta ha quedado desvirtuada, acorde a los argumentos antes esgrimidos, a la luz del apartado primero del artículo trescientos noventa y ocho del nuevo Código Procesal Penal[5].

De la pretensión civil.

15. Para fijar la reparación civil se tiene en cuenta lo establecido en el artículo noventa y tres y ciento uno del Código Penal y las normas pertinentes sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil. El nuevo Código Procesal Penal en su artículo 12° establece que: "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda". La responsabilidad civil es una obligación de reponer al afectado en una situación igual o similar al que se encontraba antes de que se produzca el daño; es decir, es la obligación de reparar —*indemnizar*— un daño. Por consiguiente, la pretensión civil de reparación de daños (indemnización de daños), tiene como elementos constitutivos del supuesto de hecho: a) daño, b) conducta dañosa antijurídica, c) relación de causalidad adecuada entre la conducta dañosa y el daño, y; d) factor de atribución; siendo el elemento nuclear el daño, el mismo que consiste en una afección negativa de un bien jurídico.

4 Alberto M. Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial AD HOC E.R.L., Buenos Aires. Argentina 1993, Pág. 12.3-124.

5 Artículo 398.1 del Código Procesal Penal: *"La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado. Las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como de ser el caso. La declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo eximen de responsabilidad penal".*

16. Para poder reputar culpable del hecho dañoso que originó la responsabilidad civil, debe probarse que la conducta del acusado originó la causa determinante y eficiente del daño. En todo caso, quien demande la reparación del daño por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente el daño que directamente le hubiere causado. También es cierto que en determinados casos puede resolverse por la responsabilidad objetiva. No obstante, en el presente caso, al no haber certeza sobre los hechos imputados, no se puede fijar monto alguno indemnizatorio.

De las costas.

17. El artículo 501° del nuevo Código Procesal Penal, establece que: 1). Si el imputado es absuelto o no se le impone medida de seguridad, no se impondrá costas. Asimismo el artículo 499° del acotado código adjetivo, exonera del pago de costas a los representantes del Ministerio Público, los miembros de las Procuradurías Públicas del Estado, y los abogados y apoderados o mandatarios de las partes, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades Públicas. Por lo que en el presente caso no procede la imposición de costas.

Por los fundamentos expuestos:

SE RESUELVE:

Primero: **ABSOLVER de la acusación fiscal** a ---, cuyas datos de identificación aparecen en la parte expositiva de le presente sentencia, como cómplice primario, de la comisión del delito de contra la Administración pública, delitos cometidos por funcionarios públicos, en su modalidad de corrupción de funcionarios, sub tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tipificado en el art. 399° del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera, el Estado peruano.

Segundo: **Se DISPONE el ARCHIVO DEFINITIVO** del presente proceso y la cancelación de todos los antecedentes policiales y judiciales que la presente causa haya podido generar.

Tercero: **Se DISPONE** que **NO CORRESPONDE FIJAR** monto alguno por concepto de le **REPARACIÓN CIVIL.**

Cuarto: **Se dispone QUE NO CORRESPONDE FIJAR COSTAS. Regístrese y notifíquese.**

2.4. Sentencia de vista: nulidad de sentencia

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE APURÍMAC

SALA PENAL DE APELACIONES

EXPEDIENTE : 00704-2014-73-030l-JR-PE-02
PROCESADO : ---.
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.
AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE TALAVERA-ESTADO PERUANO

SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE ABANCAY.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

RESOLUCIÓN N.º19- 2015

Abancay, seis de mayo del año dos mil quince.-

VISTO Y OIDO: En audiencia pública de la fecha.

I. ANTECEDENTES.

1.1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Expediente número **00704-2014-73-0301-JR-PE-01**, seguido en contra ---y otros por la Comisión del Delito contra la Administración Publica-Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en la modalidad de Corrupción de Funcionarios, Sub Tipo Negociación Incompatible,

en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera-Estado Peruano, representado por la Procuraduría Pública de la Contraloría de la República, fue objeto de juzgamiento en el Juzgado Penal Unipersonal de Abancay.

1.2. OBJETO DE LA ALZADA:

Vienen en alzada el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia (Resolución No 13), de fecha diecisiete de febrero del dos mil quince, que condenó al acusado ---, como cómplice primario por la comisión del delito cometido por Funcionarios Públicos en su modalidad de Corrupción de Funcionarios, sub tipo Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado Peruano, e impone a cuatro años de Pena Privativa de Libertad, con ejecución suspendida por el término de tres años, fija reparación civil en la suma de Diez mil nuevos soles, a razón de ochenta nuevos soles de manera mensual, que deberán pagar a la entidad agraviada, y fija reglas de conducta.

1.3. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

El Juzgado Penal Unipersonal de Abancay funda su sentencia, en los siguientes fundamentos:

Durante el siguiente proceso, esto es, en los debates realizadas en el Juicio oral se ha acreditado la comisión del delito incriminado, por cuanto existe suficiencia probatoria, de que el procesado ---, no cumplía con el perfil profesional solicitado en la Bases Administrativas de la ADS, que indica, el profesional deberá ser ingeniero colegiado con cinco años de experiencia como mínimo a partir de la colegiatura, y en la fecha de su postulación tenía ocho meses de colegiatura, ni mucho menos generaba facturación correspondiente al valor referencial de las Bases, pues solo presentó por S/ 23,500.00 nuevos soles, siendo el valor referencial S/ 48,000.00 nuevos soles, corroborado con el Peritaje de la

Contraloría, se han hecho dos procesos, primero Adjudicación Directa Selectiva No 007-2009/MDT y la Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009/MDT, derivada de la ADS 007-2009-CEP/MDT I, y ha sido favorecido con la adjudicación del proceso de selección de menor cuantía, y materializarse con el contrato de adjudicación pese a que no tenía los requisitos mínimos.

1.4. FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

1. **El sentenciado** ---, al impugnar pide, se revoque la sentencia venida en grado a efecto de que modificándose, se absuelva del delito que se le imputa, versión que es ratificada en la audiencia de apelación, cuyo agravio es:
    1. Que, los criterios argumentativos del considerando primero, segundo, tercero y cuarto ni el fallo de la resolución no guarda unidad ni criterio con los demás considerandos que ha motivado la impugnada.
    2. Que, el pago de la Reparación Civil fijada en Diez Mil nuevos soles, es desproporcionado.
    3. Que, existe una indebida tipificación del delito, el mismo que no corresponde a los hechos.
2. **La Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Abancay**, contra la sentencia prolada, no efectúa ninguna impugnación, por ello en la audiencia de apelación, pide únicamente se confirme la sentencia contra el apelante, por cuanto esta se halla debidamente fundamentada y motivada y valoración en forma conjunta de la prueba. De igual modo el Procurador Público de la Procuraduría General de la República, en tal virtud al no tener pretensión impugnatoria, que amerite evaluar en este instancia jurisdiccional.

4. Cuyas versiones ratificatorias consta en el audio y video verificado en esta instancia.

2.1. ITINERARIO DE LA APELACIÓN DE SENTENCIA

Concedido el recurso impugnatorio mediante resolución obrante a folios quinientos uno, interpuesto por ---; se elevaron los autos ante esta Superior Sala Penal por oficio de folio quinientos once, recibido el mismo, se corrió traslado a las partes (resolución número quince de fojas quinientos doce). No se admitieron medios probatorios en segunda instancia, por lo que convocadas las partes a Audiencia de Apelación, se llevó a cabo la misma con la concurrencia de las partes impugnantes (procesados, debidamente representado por su Defensa Técnica y Ministerio Público, Representante de la Contraloría General de la República), por ante el Colegiado conformado por los señores jueces superiores Erwin Tayro Tayro, Reynaldo Justo Mendoza Marín, quien asume la dirección del debate, y Roger Policarpo Almanza Saico.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1.1. PREMISA NORMATIVA

1.- El inciso seis del artículo 139° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la pluralidad de instancia.

2.- Que, dentro del marco de Constitucionalización del proceso penal, la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala Alberto Binder, **un diseño constitucional del proceso penal**[1], que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos; teniendo presente al respecto, la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume principios y derechos

1 Burgos Mariños, Víctor. Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal, pp. 48. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Díaz y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores), El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Editorial Palestra. Lima-Perú, 2005.

contenidos en los incisos tercero y quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y artículo segundo, inciso veinticuatro literal e) del acotado cuerpo legal, y solo así dentro del debido proceso, se emita una decisión jurisdiccional de fondo, sin afectar derechos fundamentales.

3. Cuando ha de dictarse una sentencia condenatoria o absolutoria, no solo debe observarse la norma aplicable, sino debe actuarse y valorarse todo el caudal probatorio, aportado al proceso, o las que deben actuarse, en imperio de lograr mayor convicción del hecho incriminatorio y el nivel de participación, por ello el Tribunal Constitucional, ha establecido en el expediente No 10107-2005-HC, caso Noni Cadillo López, en el F.J. 2,3,4 y 5, lo siguiente, respecto del principio de Inocencia:

(...)".

5. En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia (*cf.* STC 0518-2005-PHC/TC, FJ 22) comprende: "(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción"(...)".

2.2. ANÁLISIS JURISDICCIONAL

2.2.1. La pretensión punitiva del Ministerio Público.

Respecto del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento Indebido de Cargo.

El Ministerio Público en su requerimiento acusatorio, imputa a los acusados, determinados hechos que se indica, pero en esta instancia, solo analizar respecto del delito de ***Negociación Incompatible o***

aprovechamiento Indebido de Cargo, por el principio recursal a conocer:

1.- Que, los imputados ---, desempeñaron funciones como servidores en la Municipalidad Distrital de Talavera, y en ese contexto, fueron designados miembros del Comité Especial Permanente a cargo de las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía de las diferentes Unidades Orgánicas de la mencionada edil.

Es así, que el referido comité Especial en fecha veinticuatro de setiembre del 2009, convoca a las ADS No. 007-2009-MDT, para la contratación de servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego Poccontoy Bellavista del distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac" habiéndose otorgado la buena pro, en favor de --- mediante acta de fecha 19 de octubre del 2009, y quedando en segundo lugar el Ingeniero Leónidas Leguía Pacheco; si bien, es cierto dicho proceso se declaró desierto ya que los postores no se encontraban habilitados, también es cierto, que el acusado en esta etapa no cumplía el perfil requerido por las bases, este es, experiencia profesional, cinco años de la colegiatura.

Posteriormente, el día 22 de octubre del 2009, se publican las bases administrativas de la AMC No. 013-2009/MDT derivado del anterior proceso ADS No. 007-2009-MDT, esta vez por un valor referencial de S/ 48,000.00 nuevos soles, dentro de cuyas bases en el capítulo III de Requerimientos Mínimos, IX Perfil Profesional, se mantiene el perfil profesional exigido, esto es, cinco años de experiencia profesional a partir de la colegiatura; empero es el caso que el Comité Especial Permanente, nuevamente no advierte, tal situación al igual que en el proceso anterior y otorga nuevamente la buena pro a favor del ingeniero ---, quien solo contaba con ocho meses de Experiencia Profesional desde su colegiatura en fecha cinco de febrero del 2009, esto es, que correctamente le correspondía cinco puntos y no 15 puntos, como en efecto se le asignó; asimismo su propuesta técnica de S/ 23, 500.00 nuevos soles, es solo equivalente a 0.5 del valor referencial (S/ 48, 000.00): por el

contrario el postor perdedor, ingeniero civil Leónidas Leguía Pacheco contaba con doce años y siete meses, desde su colegiatura, así como su propuesta técnica era más cercana al valor referencial indicado.

Que, se le atribuye a los miembros del Comité Especial Permanente haber tomado interés y haber hecho posible que la buena pro, sea otorgada en favor de uno de los portores, en este caso, a favor del ingeniero ---, quien no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos, situación que dolosamente no ha sido advertida; *así mismo se imputa al ingeniero ---, favorecido con el otorgamiento de la buena pro, haberse presentado a dicho proceso sin cumplir los requerimientos establecidos y finalmente verse favorecido con la buena pro a sabiendas que no cumplía con los requisitos,* para finalmente celebrar el Contrato de Adjudicación de Menor Cuantía No 013-2009-ADS No.007-2009-CEP/MDT I, convocatoria para la contratación de Servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y ampliación de Canal de Tiego de Pocontoy-Bellavista del distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac" en fecha 11 de noviembre del 2009, por el importe de S/ 46,000.00 nuevos soles, sin el mayor reparo y justificación.

2.2.2. De la Imputación Penal

1. Que, de acuerdo a la pretensión incriminatoria, los hechos se adecuan al tipo penal establecido en el artículo 399 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28355, norma vigente en la fecha de los hechos, que indica: "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal".

2. Que, de acuerdo a la norma citada, esta sanciona al agente siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados, por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros.
3. Y conforme al Artículo 25 del Código Penal, establece la complicidad, precisando: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin la cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

   A los que, de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena".

   Esto es, que de acuerdo a la norma citada, es una participación en un delito en forma accesoria de parte del agente, según sea el caso, a través del aporte esencial para la realización del hecho punible en los actos preparatorios o a través de un simple acto de colaboración; en el primero de los supuestos estamos ante una participación a título de complicidad primaria, mientras el segundo de ellos la calificación corresponde a la complicidad secundaria; en suma la participación tiene que ser anterior a la consumación del delito.

2.2.3. De las actuaciones procesales.

De la revisión de lo actuado se advierte que:

1. Que, los hechos materia de imputación fueron planteados en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación preparatoria, Disposición de prórroga de investigación (tomo I), los cuales también fueron reproducidos en el requerimiento de Acusación Fiscal Escrita (folio sesenta), en el cual respecto del procesado, ingeniero ---, precisa, que sus coprocesados, tuvieron a su cargo la adquisición de menor cuantía No 013-2019/MDT, la misma que estaba destinado a contratar los servicios de un residente de Obra para la ejecución de la obra : "Mejoramiento y ampliación del Canal de riego Poccontoy Bellavista" por un valor referencial de

S/ 46,000.00 nuevos soles, en esas circunstancias tomaron interés e hicieron posible que la buena pro, sea otorgada a uno de los postores, en este caso al ingeniero antes citado, quien sabiendo que no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos en las Bases, como son los relacionados a la Experiencia Profesional de cinco años a partir de la colegiatura, se postulo a dicho cargo, siendo calificado con un mayor puntaje al que le correspondía, favoreciéndosele sin justificación alguna al otorgarle la buena pro, **cabe precisar que el ilícito penal no se habría consumado sin la participación dolosa del Ingeniero** ---.(Nótese, que lo resaltado son los hechos facticos, respecto del acusado impugnante, es decir son genéricos, no indica su participación antes del delito imputado a los autores).

2. Que, tanto en la Audiencia de Control de Acusación de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil catorce, llevada a cabo por la Magistrada Bethy Vilma Palomino Pedraza Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria el encargo de realizar el control de legalidad dela acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que lo autorizan.

   Es decir, que la acusación, como todo acto postulatorio, que en este as, constituye la base y el límite del juicio oral, debe cumplir determinados requisitos legalmente previstos, y está sujeto al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescriptible para evitar la nulidad de actuaciones. Atendiendo además a que, según lo señalado en el referido Acuerdo Plenario, la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, son requisitos de la Acusación.

   Así, entre los controles que se efectúan en la etapa intermedia, en el control sustancial se efectúa el examen de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: Elemento fáctico, **elementos jurídico**, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y **elementos de convicción suficientes**.

Por tanto, el control de la acusación que tiene lugar en la etapa intermedia a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria, debe comprender, conforme a su finalidad, también el debate y la delimitación de los hechos materia de la acusación escrita, los que deben ser considerados en el acta, que a su vez debería tener en cuenta el juez de juzgamiento.

4. Estrechamente vinculado al control del elemento fáctico, se encuentra el elemento jurídico, esto es, la indicación de las tipificaciones del delito materia de acusación, debiendo comprenderse como parte de dicho elemento jurídico, no solo la mención del tipo penal imputado, sino también el aplicable al caso, por cuanto al existir sucesión de normas, no es suficiente la sola mención del mismo, sino también la aplicable al caso, como se tiene indicado.
5. En los alegatos de apertura del fiscal efectuados en la Audiencia de Juicio oral de fecha veintidós de diciembre del dos mil catorce, que se encuentra registrados en audio y video, el señor Fiscal expuso los mismos hechos antes mencionados de manera genérica, esto es, no hubo el control jurisdiccional, respecto del hecho factico especifico del hoy sentenciado y cuál fue el aporte esencial para la realización del hecho punible en los actos preparatorios, y que como hecho factico, se subsuma en el tipo penal acusado, pues en la sentencia, recurrida, se condena sin que exista un hecho factico con trascendencia jurídico penal, igualmente se efectúa una valoración de los medios de prueba ofrecidos, respecto de sus coprocesados, y no específicamente respecto del procesado, pues solo se menciona, que se ha consumado el delito por haber participado en las adjudicaciones sin el requisito mínimo y haber suscrito el contrato.

2.2.4. Análisis de la pretensión impugnatoria.

1. Que los procesados ---, en la Audiencia de Juzgamiento de fecha quince de enero del dos mil quince, se han acogido a la conclusión anticipada, fijándose la pena Privativa de Libertad de cuatro

años, inhabilitación por el término de dos años, y por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles, que debe pagar cada uno de los sentenciados, el mismo que tiene el carácter de cosa juzgada.

2. Que de acuerdo al agravio la revocabilidad de la sentencia, implica un re-examen de los hechos incriminados, así como también la subsunción de la conducta en el tipo penal en forma precisa, igualmente un re-examen de la valoración probatoria, esto es, que lo actuado, se hubiese ponderado, dentro de los parámetros de los derechos fundamentales, en su vertiente del debido proceso, y solo así se garantiza un proceso justo, por ello el Acuerdo Plenario N.º 01-2008/CJ, fj. 6, aplicable al caso, establece que en una sentencia el juzgado emite hasta tres juicios importantes; en un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (juicio de subsunción), luego a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de esta declaración de certeza) Y finalmente si declara la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o participe de la infracción penal cometida (individualización de la pena).

&. Imputación necesaria

3. Previamente, al analizar el asunto de fondo, esto es, sobre la tipicidad de la conducta y la declaración de certeza, amerita, establecer también, respecto de la imputación concreta, "sin mayor pretensión teórica, permite definirla, como el deber de la carga que tiene el 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 (Expediente No 03987-2010.) Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces, no se tiene una imputación.

Cabe acotar, que los componentes de la imputación son las proposiciones fácticas y su calificación jurídica. En efecto, las proposi-

ciones fácticas de la imputación de un hecho punible no son libres o discrecionales, están vinculadas a la aplicación de la ley[2], por ello una imputación concreta tiene la estructura de un tipo penal, a ello debe agregarse el tercer componente, los elementos de convicción.

4. En suma, formalizar Investigación preparatoria, presupone tener definido una imputación concreta, cada una de las proposiciones fácticas deberá estar vinculada al hecho punible —que realizan elementos del tipo— y su atribución a una persona, pero la mera afirmación de proposiciones fácticas no satisface la necesidad de una imputación concreta, que exige para su configuración tres elementos: Proposiciones fácticas. calificación jurídica y evidencias o medios de convicción, que se debe definir en cada una de las etapas —diligencias preliminares, Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento—, en especial, la falta de destreza en la construcción de proposiciones fácticas, da lugar a que se realicen imputaciones con errados juicios de tipicidad, en estas etapas anotadas, por ello, si bien es labor del titular de la acción penal, pero también es cierto, que es necesario una activa labor judicial en el control de imputación.

5. Que, en la acusación escrita, así como en el control de acusación, tampoco en la recurrida, no se establece de modo concreto y específico, cuál es el aporte esencial para la realización del hecho punible en los actos preparatorios, esto es, en el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS y No 007-2009-CEP/MPT I, convocatoria para la contratación de Servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y ampliación de Canal de Riego de Poccontoy-Bellavista del distrito de Talavera, de Andahuaylas-Apurímac" en fecha 11 de noviembre del 2009, por el importe de S/ 46,000.00 nuevos soles, pues el

2 SAN MARTÍN CASTRO, César. Pág. 367. Citada por Francisco Celis Mendoza Ayma, en su trabajo de investigación: Imputación Concreta, aproximación razonable a la verdad. Publicada en la Revista del Poder Judicial: Año 4-5 No. 7/2010-2011.

haber participado el procesado, como cualquier profesional a un proceso de licitación, como en el anotado, es libre, sujeto a control administrativo de los requisitos mínimos por parte del Comité Especial, de no cumplirse simplemente se descalifica o se excluye del concurso, por tanto afirmar, que con su participación se habría consumado el delito, no tiene sustento jurídico, si acaso no se acredita una relación que vincule con los miembros del Comité de alguna forma, por ello, amerita establecer en forma adecuada la pretensión fáctica incriminatoria —imputación necesaria— esto es, en forma precisa en virtud del principio de legalidad y solo así, existe la necesidad de perseguir punitivamente.

6. Que, en la Acusación Escrita, se pide una pena conjunta a los acusados de cinco años de Pena Privativa de Libertad, cinco años de Inhabilitación, sin considerar que respecto de los cómplices se pondera la necesidad de disminuir prudencialmente la pena conforme al artículo 25 del Código Penal, cuyo hecho ponderativo respecto de la pena impuesta al recurrente, no se advierte en el siguiente proceso.

7. Acotando a lo expuesto precedentemente, el juez de la causa, no desarrolla la determinación judicial de la pena, conforme al artículo 45-A del Código Penal, respecto del sistema de tercios, que se debe aplicar, al momento de fijar la pena concreta, con relación al recurrente.

8. Que, el pago de la reparación civil, a los procesados ---, se ha fijado en la suma de tres mil nuevos soles que deben abonar cada uno, en su condición de autores, sin embargo sin fundamento alguno al hoy recurrente, se fija la suma de diez mil nuevos soles, esto es, se establece un monto nada razonable, respecto de los autores, cuando en reiterada jurisprudencia, se ha establecido, que el pago de la reparación civil debe ser única, resarcible entre todos los sentenciados, cuyo pago debe ser en forma solidaria, el mismo que resuelta así, afecta la garantía del debido proceso.

9. Que, en la sentencia recurrida, el a-quo, no ha establecido la pena accesoria de inhabilitación, pese a estar requerido en la acusación escrita, el que vicia de nulidad igualmente.

&. Respecto de la nulidad.

10. Conforme lo prevé el artículo 149 del Código Procesal Penal, la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la ley[3].

El artículo 150 del citado código contempla la nulidad absoluta, señalando que, "No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes. A) (....), d) A la Inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

Asimismo el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ/116 del 06 de diciembre del 2011, ha señalado que la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues esta tiene presupuestos no solo la vulneración de la ley, sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional.

3 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la nulidad es entendida como aquel instituto procesal por medio del cual se declara la inexistencia o la invalidación de un acto procesal debido a que se ha cometido un vicio procesal, por violación a la ley procesal, que hace imposible obtener la finalidad del acto viciado, ello implica realizar nuevamente dicho acto procesal. Por tanto, la declaración de nulidad implicó una nueva realización de dicho acto, puesto que es inexistente, no pudiéndose considerar como un pronunciamiento fondal en el que arribe a una decisión ya que solo se ha advertido la existencia de un vicio insubsanable que hace necesaria la realización del acto anulado (Exp. No 4230-2009-PHT/TC sentencia del 24 de noviembre del 2009).

11. De lo que se desprende que, al haberse vulnerado en la sentencia recurrida, el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones, al dejar incontestadas la pretensión, respecto del aporte esencial del procesado en la consumación del delito, dado su calidad de cómplice (no se indica si es primario o secundario), determinación judicial de la pena e inhabilitación se ha incurrido en vicio que afecta de nulidad absoluta a la sentencia, correspondiendo declarar su nulidad, retrotrayendo el proceso hasta el acto procesal en el que esta se generó, esto es, hasta el juicio oral, pues la declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se cumplido el acto nulo, conforme lo prevé el inciso 3 del artículo 154 del código adjetivo.

Lo que implicaría que conforme a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 426 del citado Código, se lleve a cabo un nuevo juicio oral, previa expedición del auto de citación del mismo, que estará a cargo de un nuevo juez de juzgamiento, para que renovando los actos procesales afectados, expida nueva sentencia considerando el sustento factico y jurídico de la imputación.

12. Para acotar lo expuesto, en líneas arriba, amerita, establecer, que el Tribunal Constitucional sostiene en relación a la motivación de resoluciones que: "el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...)[4]".

Ahora bien, en cuanto al contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el mismo órgano constitucional ha precisado, que este "(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por tanto,

4 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. No 1480-2006-AA/TC.

desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)"[5].

13. Como se ha indicado, en la sentencia apelada, el juez de la causa ha omitido las observaciones anotadas en el numeral 2.2.4, acápites uno al nueve, el mismo que vulnera el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al dejar incontestadas las pretensiones y específicamente al no indicar en forma clara y precisa, el aporte esencial que realizó el sentenciado en la consumación del delito en los partos preparatorios, y ponderar valorativamente con los medios probatorios al respecto, el mismo que vicia de nulidad absoluta ya anotada.

2.3.- De las costas y costos.

Respecto a las costas de la instancia, considera el Colegiado que los impugnantes ha tenido motivos razonables para impugnar por lo que corresponde exonerarlo de las costas de la instancia.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y de conformidad con las normas antes señaladas, los Jueces integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, por unanimidad resolvieron:

1. **DECLARAMOS: NULA** la sentencia apelada de fecha diecisiete de febrero del dos mil quince, que condena a ---, como autor del delito contra la Administración Publica-Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera, y el Estado Peruano; Asimismo NULO

5 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. No 04295-2007-PHC/TC.

todo lo actuado desde el auto de citación a Juicio oral respecto únicamente al mencionado sentenciado ---.

2. **DISPONEMOS**, un nuevo Juez de Juzgamiento emita el auto de Citación a Juicio contra el acusado ---, y tramite el proceso de acuerdo a ley, lo que debe efectuarse en un breve plazo al haberse incurrido en nulidad.
3. **RECOMENDARON**, al juez unipersonal de Abancay, a fin de que ponga mayor cuidado en el cumplimiento de sus funciones, para evitar futuras nulidades.
4. Sin costas de la instancia; con todo lo demás que contiene la sentencia recurrida, y lo devolvemos. Tómese Razón y Hágase Saber.

S.S.

TAYRO TAYRO

MENDOZA MARIN

ALMANZA SAICO

2.5. Sentencia condenatoria

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE APURÍMAC
JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE ABANCAY

JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE ABANCAY- SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE	: 00704-2014-73-0 301-JR-PE-01
JUEZ	: DR. CHOQUE ESCALANTE, EVERTH ALIPIO.
ABOGADO	: PROCURADOR PÚBLICO DESCENTRALIZADO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCION,
ACUSADO	: ---
DELITO	: NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO.
AGRAVIADO	: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE TALAVERA Y EL ESTADO PERUANO.
ESP. JUD. CAUSA.	: ABOG. QUINTANA CACERES, JANNET
ESP. JUD. AUD.	: ABOG. YACO CHIRINOS, YUBI MILAGROS.

SENTENCIA

Resolución número trece

Abancay, diecisiete de febrero de dos mil quince.

VISTA Y OÍDA en audiencia Pública conforme se ha registrado en el audio de su propósito. Y considerando que;

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y OBJETO DEL JUICIO ORAL

Determinar si el acusado --- identificado con DNI. N.º 31190225, de sexo masculino, con fecha de nacimiento el 05 de setiembre de 1977, nacido en el Distrito de San Jerónimo de la Provincia de Andahuaylas. Departamento de Apurímac, edad 37 años, de estado civil casado, hijo

de Roberto Lima y Clotilde Orosco o, sin antecedentes penales, con bienes inmuebles, Si debe ser condenado o absuelto por la comisión del delito de contra la administración publica delitos cometidos por funcionarios públicos en su modalidad de corrupción de funcionarios en su sub tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo tipificado en el art. 399 del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado Peruano.

II. HECHOS DENUNCIADOS Y DE LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se tiene que la Fiscalía ha postulado oralmente en sus alegatos de inicio como hechos lo siguiente, que los imputados ---, desempeñaron funciones como servidores en la Municipalidad Distrital de Talavera, y en ese contexto fueron designados miembros del Comité Especial Permanente a cargo de las adjudicaciones Directas y Adjudicación de Menor Cuantía de las Diferentes Unidades Orgánicas de la mencionada Entidad edil, para el periodo Fiscal 2009. Es así que el referido Comité Especial en fecha 24 de setiembre del 2009, convoca al. ADS W 007 -2009-MDT para la contratación de servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y Ampliación del Canal de Riego Poccontoy Bellavista del Distrito de Talavera, Provincia de Andahuaylas Apurímac", habiéndose otorgado la buena pro en favor de --- mediante acta de fecha 19 de octubre del 2009 y quedando en segundo lugar Leónidas Leguía Pacheco, si bien es cierto el proceso se declaró desierto. Posteriormente, el 22 de octubre del 2009 se publican las bases administrativas de la AMC N.º 013-2009- MDT derivado del anterior proceso ADS N.º 007-2009-MDT, esta vez por un valor Referencial de S/48,000.00, dentro de cuyas bases en el capítulo III de Requerimientos Mínimos, IX Perfil Profesional se mantiene el perfil profesional exigido, esto es, cinco de experiencia profesional a partir de la colegiatura; empero, es el caso que el Comité Especial Permanente nuevamente, no advierte tal situación al igual que en el proceso ADS N.º 007-2009-MDT y otorga nuevamente la buena pro en favor del ingeniero Lima Orosco, quien solo contaba con 8 meses de experiencia profesional desde su colegiatura en fecha 05 de febrero del 2009 hasta la fecha

efectiva del otorgamiento de buena pro en fecha 30 de octubre del 2009, esto es, que correctamente le correspondía 5 puntos y no 15 puntos, como en efecto se le asignó: asimismo, su propuesta técnica de S/ 23 500.00 nuevos soles es solo equivalente al 0,5 del valor referencial (S/. 48 000.00), por el contrario el postor perdedor ingeniero civil Leónidas Leguía Pacheco contaba con 12 años y 7 meses desde su colegiatura, así como su propuesta técnica era más cercana al valor referencial indicado. Se imputa a los miembros del Comité Especial Permanente haber tomado interés y haber hecho posible que la buena pro sea otorgada en favor de uno de los postores, en este caso, a favor del ingeniero ---, quien no cumplía con los requerimientos establecidos en la bases, como son los relacionados a la experiencia profesional de 5 años a partir de la colegiatura, pues el ganador apenas contaba con 8 meses, situación que dolosamente no ha sido ser advertida por el Comité Permanente. En sus alegatos de cierre ha manifestado que para la residencia el servicio de residencias Porcontoy Bellavista en el distrito de Talavera, la cual se ha aprobado con diversos medios de prueba aprobado que se ha llevado otro proceso de selección 013-2009 para el servicio de residente del distrito de Talavera, está probado que las bases exigían como mínimo 05 años de ejercicio profesional desde la colegiatura, las bases exigían que los montos facturados para el requisito de la especialidad para ello el requisito de la especialidad debía ser superior de, prestando debía ser de 05 puntos y no de 15 puntos como, en efecto se le otorgo, el señor procesado ha reconocido que conocía los requisitos mínimos de cinco años, respecto a los montos facturados no debió otorgarse el puntaje que se le otorgó pero puso como excusa que se presento para probar suerte, pero al otorgase la buena pro no opuso alguna acción en contra del mismo y se presento nuevamente con conocimiento de los cinco años de experiencia que pedía las bases, nuevamente se presenta y obtiene la buena pro y el procesado no dijo nada contra este otorgamiento indebido pero este celebra el contrato para la ejecución de la obra en fecha 11 de noviembre del año 2009. --- Pese a conocer que no tenía los requisitos en su oportunidad firma el contrato sin los requisitos, beneficiando con la suma de 46, 000.00 Nuevo soles. --- Por el propio reconoce los hechos y los miembros del comité especial. Reconocen los

hechos de que se han favorecido y reconociendo su culpa lo cual debe tomar en cuenta, por ello solicitamos señor magistrado que se emita sentencia condenatoria en su condición de cómplice primerio en su en grado de consumado, se imponga la pena de 5 años de pena privativa de la libertad y cinco años de inhabilitación.

2.2. ALEGATO DEL ACTOR CIVIL

Quiero iniciar este alegato, obtener ventajas asegura el otorgamiento de la buena pro y las ganancias ilícitas, se ha podido acreditar a través de las declaraciones por el perito de contraloría que el comité especial favorece al proceso --- y le otorgó la buena pro este hecho es indiscutible en consecuencia de la participación es indiscutible a nivel de cómplice primario toda ves que sin su participación en estos hechos no se hubieran suscitado. Que estos hechos han afectado el normal desenvolvimiento del derecho positivo entre estas la ley de contrataciones del estado en las bases del proceso de seleccion este hecho que podemos compararlo como actos de corrupción, actos negativos frente a la sociedad y ha afectado gravemente al estado sabemos que este tipo de delitos de peligro el acuerdo plenario N.º 06-2006-CJ ya ha establecido y que procede establecer la reparación civil e indemnización también en este tipo de delitos toda vez que es una negativa para el estado, repito ha sido acreditado conforme al delito se ha acreditado con los medios la participación de ---, la procuraduría solicita como indemnización de S/ 21,000 00 nuevos soles haciendo al deducción de los ya reconocidos a los otros procesados por lo que debe declararse fundada la pretensión del actor civil.

2.3. PRETENSIÓN PENAL Y PRETENSIÓN CIVIL

Los hechos han sido calificados en el alegato preliminar y de cierre por parte del Ministerio Público en contra de --- como **cómplice primario** por la comisión del delito de contra la administración publica delitos cometidos por funcionarios publicos en su modalidad de corrupción de funcionarios en su sub tipo de negociacion incompatible o aprovechamiento indebido del cargo tipificado en el art 399 del Código Penal. En agravio de la municipalidad distrital de Talavera y el Estado peruano,

solicitando para el acusado la pena de cinco años de pena privativa y la inhabilitación por el periodo de cinco años del mismo modo el Actor Civil solicitando la Reparación Civil de S/ 21,000.00 nuevos soles, debiéndose fijar este pago como reglas de conducta.

2.4. HECHOS Y PRETENSION DE LA DEFENSA

2.4.1. LA ABOGADA DINA POZO PECEROS

Alegato de la defensa

Ordenamiento jurídico penal el delito se comete únicamente por dolo y culpa extremos de los cuales no fueron demostrados por parte del representante del Ministerio Público en el curso del presente proceso en que extremo se demuestra la participación de mi defendido en la calificación de los expedientes para la adjudicación de la buena pro y con ello se demuestra de manera indubitable que nunca ha participado en la calificación de la buena pro. Solicito que demuestre en que fojas corre su participación del acusado --- la pretensión del hombre no esta limitado, puesto que en el presente caso cualquier profesional pudo haber participado con derecho o sin derecho a este concesión por tales consideraciones la responsabilidad de esta concesión corresponde al comité especial permanente de la municipalidad mas no así al acusado. Es cierto que mi patrocinado --- se presentó a la convocatoria del mejoramiento y ampliación de riego de la provincia de andahuaylas con 08 meses de experiencia profesional y en su condición de ingeniero agrícola y perdió la buena pro, no existe prohibido por ninguna norma legal solo podrá cometer el delito un funcionario o un servidor público de la municipalidad de Talavera. Además el otro postor debió apelar, en vista de que el señor leguía no apelado ha sido consentida la buena pro y se publico en el portal de seace es el caso señor juez que obtuvo la buena pro por la propuesta económica de los 46. 000.00 nuevos a lo previsto por el art. 25 del Código Penal cómplice es el que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible sin el cual no se hubiera perpetrado el delito lo cual esta demostrado en autos. Tampoco dijo ninguno de los co-procesados en el presente proceso por

falta de una prueba idonea puesto de que en los autos que determinan la responsabilidad solicito, señor juez, evaluar este proceso y que se le absuelva en el proceso a mi patrocinado por que es inocente.

2.5. AUTO DEFENSA DE ---

A, su turno a manifestado que en el proceso penal que se me sigue es el caso señor juez quiero aclarar que este delito solo cometen los funcionarios públicos, en el curso del presente proceso, por que mi condición de acusado no soy servidor público, en que extremo se me demuestra en la participación en la calificación de la buena pro, además que para la convocatoria puedo participar en el proceso y la responsabilidad corresponde al comité, mas no al que le habla. Gané la propuesta técnica de 46, 000.00 nuevos soles, el contrato lo firmé por que gané en vista que el procesado Leónidas Pacheco no se presentó, en qué parte de la norma legal está prohibido de firmar el contrato, he firmado el 11 de noviembre del año 2009 y el inicio de la obra se dio el 23 de noviembre del año 2009, por ello pido de que se me absuelva.

III. DE LAS NUEVAS PRUEBAS OFRECIDAS.-

No se ha ofrecido ninguna prueba.

IV. DE LAS PRUEBAS ACTUADAS

Se han actuado dentro del curso del acto del Juicio Oral

4.1. LA DECLARACIÓN DE LOS INVESTIGADOS

4.1.2. -EXAMEN DEL ACUSADO ---

Sí he sido contratado como residente de la obra. Ha habido un proceso de selección en que laboré luego. Cómo es que llega a tomar conocimiento de la convocatoria la convocatoria lo vi en el internet por el portal de SEACE. Ha tenido acceso a las bases que estaba publicado en el SEACE sí las he leído. De lo que recuerda que estaban en las bases tenía que otorgar una propuesta técnica y económica había dos criterios de evaluación, criterlos en factor a especialidad criterios en favor a actividad se le daba unos valores en cuánto a las bases cuantos

años le exigía. Me exigía cinco años, Cuánto era el valor referencial era 48,000.00 nuevos soles el valor referencial podía ser menor o tenía había un primer valor menor a 05 veces de valor referencial otro en valor referencial 01 y otro había cuando el valor referencial. Siguiendo con su declaración ha manifestado que 43. 200 00 nuevos soles era el mínimo. Yo recuerdo que había 05 puntos del valor referencial. De acuerdo a las bases 43 200.00 como mínimo, dijo doctor yo no acuerdo esto y a la pregunta las bases exigían. Por oue se presento al concurso si no tenía estos requisitos. 23. 500.00 si no tenía 5 años de colegiado en ese momento no había alguien que me prohibía que me presente pero si conocía lo que decía las bases, por que se presentó. Por que había un proceso por qué se presentó si no reunía los requisitos. Por que quería participar como todo profesional necesitamos participar en dicho proceso. En este mismo orden al referirle en un proceso de selección es primera vez que participa. Anteriormente sí participé y me dieron la buena pro. No cumplía los requisitos. No le llamó la atención que le otorguen la buena pro Dr. me dieron la buena pro los demás postores habrían sido inferiores a mi. Posteriormente suscribe el contrato para ser residente. Yo firmo el contrato se comunica que se me ha dado la buena pro. Por lo que procedí a la firma del contrato como residente de obra, yo pensé que los demás postores eran inferiores a mi yo no sabía los datos de los demas postores. A las preguntas de la procurada refirió procurador, soy ingeniero agrónomo a la fecha en que postulé en observación tenía 8 meses. Usted anteriormente tuvo experiencias similares u otras obras. Tal como presenté si tenia doctor tenía experiencia con contratación de menor cuantía cuantas veces se presentó dos veces la primera fue desierto no estaba con mi RNP actualizado. Había sido declarado desierto por que en el rnp no estaba activado para participar como proveedor de servicios del estado. en la primera convocatoria también se exigía 5 años para participar sí recuerdo que se exigía. En esa parte Dr. recuerdo haber participado en un proceso que se declaró desierto porque cuando uno participa en un proceso de selección se cuelga o tiene participación directa con los postores pero no supe las razones no me llamó mucho la atención. A la pregunta si recuerda usted si en este proceso hubo otro postores este postor cumplía

con todos los requisitos establecidos por las bases. No estuvo presente en el acta yo quise participar en el proceso como toda competencia pensé que se me iba a depurar yo más me presenté para ganar experiencia, a la pregunta por qué firmó el contrato si sabía que no tenía los requisitos y había sido favorecido con la buena pro. La firmé ya ha sido cuando me daban la buena pro desconocía que los demás habían sido mayores que yo. Cuando usted presentó su propuesta técnica había un requisito aparte de cumplir con 5 años, usted no presentó la declaración jurada de cumplir con los requisitos. yo recuerdo si más no es el anexo 5 que está firmado. dijo que sí lo presentó. A la pregunta si Usted ha realizado alguna acción para hacer ver que el comité había cometido un error. ninguna. A la pregunta de que si a la celebración del contrato ha hecho ver que había cometido un error el comité no doctor. Usted ha referido que se ha llevado cabo dos procesos de selección uno primer ahí, pero usted no cumplía con los requisitos, dijo que NO.

4.2. PRUEBA PERICIAL

4.2.1.- EXAMEN DEL PERITO CPC JOSE ORE SUTTA

Quien refirió en sus conclusiones y examen el hecho que la propuesta presentada por el ingeniero --- una no se admite quedando dos vigentes y dos habilitadas y se admite nuevamente a pesar de que no cumple con los cinco años apenas a una semana del proceso anterior contaba con los 8 meses de colegiatura. La admisión es irregular también se le favorece en el factor de experiencia de 15 puntos considerando que debería tener mayor el valor referencia y verificado la propuesta 23. 500 nuevos soles no llegaba al rango de los 48 .000.00 nuevos soles el rango era menor 0.5 valor debió haberse dado 5 puntos. La evaluación que hace el comité especial es el de 91 puntos, y 88 puntos y resulta ganador el ingeniero leguia pacheco siguiendo su examen a referido a las preguntas del señor fiscal. Jose Ore Sutta actualmente soy jefe de la oficina de control de Abancay y en Contraloría más de 13 años. Todo el tiempo en contraloría 11 años de experiencia. El valor referencial 43,000.00 soles se mantiene igual que el proceso de selección en el primero y segundo en el primer proceso era el mínimo cinco años, a partir de la colegiatura y en el segundo

proceso se mantiene el presente requisito en la ADS 007 - 2009 hay buena pro a favor de --- igualmente en el segundo se le favorece y se le otorga la buena pro y se le hace la firma del contrato el monto factura de un monto de 10 años. La experiencia en la especialidad se califica el monto factura de hasta 10 años de hasta dos veces de factura, debía tener un monto factura que corresponde a la labor a presentado facturas de 23. 500.00 y es menos del valor referencial de cuarenta y ocho mil nuevos soles le correspondia 5 puntos y no los quince puntos que le daba la comisión. Siguiendo con su examen ha manifestado el señor Perito que los miembros del comité especial para favorecer en esto caso al señor --- no han cumplido principalmente con lo señalado en el art 61 de la ley de contrataciones que señala. Textualmente que el cumplimiento de un requisito mínimo es obligatorio no se puede obviar. El informe especial consta de anexos a cual es la funcion que tiene respecto al informe especial es las evidencias respecto a lo que manifestamos por ello hemos ubicado hasta trece anexos la convocatoria ADS en el anexo 2 acta de otorgamiento las bases administrativas de ese proceso en la que obra el requerimiento mínimo tecnico de cinco años la consulta del colegio de ingenieros que acredita los 8 meses de colegiatura. Las bases administrativas de la adjudicación de menor cuantía. El acta de la buena pro en nuestra opinión. La propuesta técnica no cumple con el requerimientos mínimos y si la del otro postor no hay correspondencia en la calificacion y finalmente el contrato suscrito entre la entidad y el ingeniero de haber procedido correctamente el comite el ganador debió ser el ingeniero leguia pacheco hechos como estos afectan la normal marcha de la administracion por principio de moralidad y trato justo e igualitario. Los postores uno se presenta sabiendo que cumple con los requisitos minimos anexos de declaraciones juradas y que implicancia tiene la presentacion o no de estos documentos. Y presentan declaraciones juradas Aun más a las preguntas de la defensa técnica del procesado ha manifestado le corresponde a su patrocinado el proceso de selección este respondió que le corresponde al comite especial a la pregunta en que parte de la norma que impide que un profesional participe este perito le respondió que la ley de contrataciones esta hecha para las entidades y postores el prin-

cipio de moralidad determina que debe haber transparencia, probidad así mismo tenemos el tema del trato justo e igualitario por tanto los demas no tenian por que presentarse en el proceso.

4.3. SE HAN ORALIZADO

4.3.1. Del Ministerio Público

FISCAL procede a realizar la lectura y el aporte probatorio de cada una de las pruebas.

1. Informe Pericial Especial N.º 831-2012-CG/ORAB-EE emitido por la Oficina Regional de Control de la Contrataría General de la República de la Provincia de Abancay respecto al examen especial efectuado en la Municipalidad distrital de Talavera del periodo comprendido entre 01-01-2010 al 31-12-2010 de fojas 18.
2. La Relación de Personas comprendidas en el Informe que obra a fojas 34
3. El Portal del SEACE, que obra a fojas 36.
4. Acta de Adjudicación Directa Selectiva N.º 007-2009-CEP/MDT, que obra a fojas 38/42.
5. Las Bases Administrativas de ADS N.º 007-2009-CEP/MDT, que obra a fojas 44/57.
6. Reporte obtenido de la página web del Colegio de Ingenieros del Perú, que obra a fojas 55.
7. La Resolución de Alcaldía N.º 343-2009-JRRG-AL/MDT, de fecha 09 de setiembre del 2009, que obra a fojas 86/87.
8. Acta de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS derivado del proceso de selección N.º 07-2003-CEP/MDT, respecto de la Convocatoria efectuada que obra a fojas 89-93.
9. El Cuadro Comparativo realizado en el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro que obra a fojas 367.
10. El Contrato de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS N.º 007-2009-CEP/MDT Convocatoria para la Contra-

tación de Servicios de Residente de Obra. "Mejoramiento y Ampliación de Canal de Riego de Poccontoy- Bellavista del Distrito de Talavera. Provincia de Andahuaylas-Apurímac" que obra a fojas 371-375.

11. La Evaluación de comentarios y Aclaraciones. "Irregularidades en Proceso de Selección para Contratar el Servicio de Residente de Obra", que obra a fojas 377/378.

4.3.2. Del actor civil

- Se han oralizado medios de prueba.
- Anexo 06 del citado informe 60 Bases ad ams 03 - 2009.
- ANEXO 09 DEL INFORME ESPECIAL A FOLIOS 99.

4.3.3. Del procesado

No se ha oralizado ningún medio probatorio

4.4. PRUEBAS DE OFICIO

- No se ha admitido ninguna prueba de oficio.

V. RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR

5.1. PREMISAS NORMATIVAS

5.1.1. Que, en principio debemos señalar que conforme al artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, al juez le corresponde Administrar justicia en el caso concreto, teniendo la obligación ineludible corno uno de sus poderes implícitos traer la paz y el orden material y concreto en un conflicto de intereses procurando que los más caros valores y principios constitucionales prevalezcan siempre, ponderando, en un proceso penal el interés inmediato de libertad o inocencia que invoca el ciudadano incriminado ([1]) con el interés de toda la sociedad a la que es también su obligación proteger en el goce

1 Artículo 2° Inciso 24 literales d) y e) de la Constitución Política del Perú.

de sus derechos fundamentales y de la segundad pública, ([2]) en cuyo equilibrio perfecto radica la convivencia pacífica y la supervivencia del Estado. Por lo tanto en todo proceso penal no solo debe mirarse la debilidad del incriminado frente a la potencia Fiscal, sino también la fragilidad de la víctima real y de las víctimas potenciales, cuya decisión afecta en caso de ser injusta.

5.1.2. Del delito imputado al acusado, se tiene que considerando que les hechos juzgados, tanto del registro auditivo, se aprecia que los hechos consisten en que conducta que se adecúa al tipo penal de delitos contra la Administración pública en su modalidad de Corrupción, de Funcionarios en su Sub Tipo de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, tipificado y sancionado en el Artículo 399 del Código Penal. Por lo tanto están inmersos dentro de los alcances de dicho tipo penal.

5.1.3. A efectos de una correcta valoración de la prueba el artículo 158° del Código Procesal Penal establece, en su inciso 1), que el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En el inciso 2 precisa que en los supuestos de testigos de referencia, entre otros, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. Finalmente, respecto de la prueba indiciaria el inciso 3 contempla como requisitos: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia: c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

5.1.4. Como ha sido invocado por la defensa, también debe considerarse el principio y derecho de **presunción de inocencia** como garantía fundamental, en virtud de la cual toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, mediante sentencia firme. El artículo II del Título Preliminar del Código

2 Artículo 44° de la Constitución Política del Perú.

Procesal Penal desarrollando dicha garantía prevista como derecho fundamental por el artículo 2° inciso 24) literal "e" de nuestra Carta Política establece que para declarar la responsabilidad penal de una persona, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales: es así que culminada dicha actividad, debe *establecerse* si la presunción de inocencia ha sido conveniente e incontrovertiblemente destruida, más allá de toda duda razonable, si dicha duda subsiste, entonces no se puede sostener el juicio de subsunción del hecho a la norma penal de modo válido para sostener una consecuente sanción, por lo que en ese caso debería ser absuelto por insuficiencia probatoria.

5.1.5. El Tribunal Constitucional ha sostenido que "tanto la presunción de inocencia como la insuficiencia probatoria inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada manteniéndose incólume, y en el segundo caso que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia en ambos casos, será absolutoria bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas —desde el punto ele vista subjetivo del juez— genera duda de la culpabilidad del acusado, lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente..."([3]). Por otro lado es menester reparar que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado debe estarse a lo que sea más favorable a este (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio in dubio pro reo fáctico o material no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que si goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto

3 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC- Lima (Caso Giuliana Flor de María Llamoja Hilares) – 13 de octubre de 2008. F.J. 36. STC. Exp. N.º 3943-2006-PA/TC. Lima. Caso Juan de Dios Valle Medina del 11 de diciembre de 2006. F.J. 4

de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de Carta Fundamental).

5.1.6. Junto al principio de inocencia, es preciso analizar el respeto **al derecho al debido proceso** y a la Tutela Jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Este derecho es expuesto por el Supremo Tribunal en el modo siguiente: "la contravención a las normas que garantizar el derecho a un debido proceso se da entre otros supuestos, cuando no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, cuando el juzgador deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales." (Casación N.º 003106 2001, UCAYALI, Caso Gilma Meléndez Meléndez contra David Yamashiro Shimabukuro sobre alimentos, del 31 de marzo de 2002. FJ.4).

5.1.7. Por su parte la **tutela jurisdiccional efectiva** esta posee un desarrollo amplio en la doctrina internacional, y restringido en la legislación peruana. [Rubio Garrido, Tomás (2002), "Cosa juzgada y tutela judicial efectiva", en Revista Derecho Privado y Constitución, Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales, Ministerio de la Presidencia. Número 16. Enero -Diciembre]. Para ello debemos considerar que la tutela jurisdiccional efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales y obtener de ellos una respuesta justa y legitima. Por lo tanto posee dos facetas la formal y la material. La tutela jurisdiccional efectiva formal o tutela procesal efectiva que está contenida en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción, de presentar los recursos y medios probatorios así como cualquier medio técnico de defensa que dentro de la estrategia legal permita alcanzar la respuesta del órgano jurisdiccional, así como a la posibilidad de materializar la respuesta judicial en un proceso determinado. La tutela jurisdiccional efectiva material, formal o sustancial es aquella por la cual el ciudadano no solo tiene el derecho de instar el mecanismo de la estructura jurisdiccional, recorrerlo con las garantías debidas e impugnar las decisiones contrarias a su voluntad procesal;

sino el derecho que se allane el camino con la finalidad de recibir una respuesta justa y legitima sobre el fondo del asunto.

5.1.8. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diferentes oportunidades **la tutela judicial efectiva** es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (STC Exp N.º 763-2005-PA/TC - LIMA. Caso inversiones La Carreta 3.A. 13 abril de 2005. FJ.6.)

5.1.9. Asimismo debe considerarse que el artículo ciento treinta y *nueve* inciso cinco de la Constitución Política del Perú, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. Bajo el desarrollo constitucional El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces al resolver las causas, expresen razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una decisión. Esas razones por lo demás, pueden y deben provenir no solo 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 deducidas por los jueces ordinarios. (STC Exp. N.º 01480-2006-AA/TC- LIMA, Caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, del 27 de marzo de 2006, FJ.2.). Del mismo modo se deberá tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional desarrollando su propia tendencia jurisprudencial sobre la ausencia de

motivación de las Sentencias sentada desde la Sentencia del Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC - Lima (Caso Giuliana Flor de María Llamoja Hilares) - 13 de octubre de 2008, permítase la redundancia; ha establecido que "Una motivación es suficiente si resulta contestar al pedido y es fundamento de la resolución. No se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas y es insuficiente solo si la ausencia de argumentos resulta manifiesta a la luz de lo que se está decidiendo" STC N.° 02752-2010-PHC/TC - CAJAMARCA, Caso Julio César Quiroz Cueva, En Lima, a los 27 días del mes de setiembre de 2010.

5.1.10. El Código Procesal Penal en su artículo trescientos noventa y tres inciso dos establece que el juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás, asimismo, el artículo trescientos noventa y cuatro inciso tres del acotado prevé, como requisito de la sentencia, la motivación **clara, lógica y completa** de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. El Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho queda delimitado entre otros, en los supuestos de "... d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión solo debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia" de fundamentos resulto manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. ([4])

5.1.11. El Tribunal Constitucional ha establecido que la motivación inexistente o motivación aparente, como "aquella que no da cuenta de las

4 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC- Lima (Caso Giuliana Flor de María Llamoja Hilares) – 13 de octubre de 2008. F.J. 6, 7.

razones mínimas para sustentar la decisión" [Cfr. STC Expediente No. 08605-2005-AA/TC - LIMA Caso Engelhard Perú SAC (En liquidación). 14 de noviembre de 2005. F.J. 21] Igualmente ha sostenido citando al profesor Josep Aguiló : "En primer lugar, parece fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico (...) hoy en día es casi un lugar común la consideración de que un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria [AGUILÓ. Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica" en Isonornia. Revista de teoría y filosofía del Derecho, No 6, abril 1937]" (Vid. También. STC Expediente N.º 03943- 2006-PA/TC – LIMA, Caso Juan de Dios Valle Molina, del 11 de diciembre de 2006).

5.1.12. Forma este marco jurídico el tomar en cuenta que conforme a la doctrina constitucional, consagrada, por todas en la Sentencia Expediente No 01291-2000- AA/TC - LIMA, Caso Asociación Real Club de Lima, del 6 de diciembre de 2001. FJ.2 "La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión", entre otras.

VI.- VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

6.1. Valoración de la prueba Al respecto, sostiene **Víctor Cubas** "es la operación intelectual o mental que realiza el Juez destinada a establecer mérito o valor eficacia conviccional de los elementos de prueba actuados en el proceso"[5].

5 CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003) El proceso Penal. Teoría y Práctica. Edit.

6.2. Respecto a la **confesión**, es pertinente el sentir de Otto Schadek, quien indica: "A primer vista, la prueba más simple y clara parece ser la confesión y cuando el procesado mismo admita haber cometido un delito, dé a conocer sus móviles cuento y reconstruya lo que sucedió, por regia general se puede decir que queda resucito el caso en cuanto atañe a la cuestión de la prueba Empero, la solución resulta ser solo aparente cuando no es posible respaldar la confesión con los demás resultados del procedimiento probatorio Hay confesiones incompletas, otras que no se limitan al relato de los hechos y otras que son falsas. "Las que no se presenta en el presente proceso al no haber asumido la autoría de los hechos los procesados por lo que es pertinente la aplicación de la confesión sincera a efecto de graduar la pena en el presente proceso a favor del procesado."[6]

6.3. Respecto a la **sindicación de coimputado y testigo**, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005, de fecha treinta de septiembre del dos mil cinco, acordó establecer como regla de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos- víctimas, las que se describen en los párrafos 9 y 10 del acuerdo plenario indicado por tanto constituyen precedentes vinculantes: el mismo que prevé lo siguiente:

Fundamentos 8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por Io que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar tal convicción judicial —no existe por ese hecho descalificación procedimental—, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad —no de mero legalidad—, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no

Palestra, Lima. Pág. 87

6 Cfr. TSCHADEK, Otto, La prueba, estudio de los medios de prueba y la apreciación de la prueba. Edit. Temis, Bogotá. 1982. Pág. 4

se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

Fundamento 9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes, **a)** Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso de examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias, venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advenir si la finalidad de la declaración no sea a su vez exculpatoria de la propia responsabilidad, **b)** Desde la perspectiva objetiva se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarías en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador, **c)** Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado, y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada[7].

6.4. Que, el **Principio de inmediación** adquiere singular relevancia en el juzgamiento, en la medida que en esta etapa del proceso penal el Juez aprecia directamente la actuación de los medios de prueba, con mayor énfasis, el relato —más o menos— circunstanciado de los testigos y las explicaciones —más o menos— especializadas de los peritos, sin despreciar sus reacciones, serenas o nerviosas espontáneas o dirigidas: todo lo cual sirve al Juzgador como fuente invaluable para formarse juicios de valor que repercutirán necesariamente en la sentencia. *Frente a lo que la doctrina denomina un* límite normativo del problema de la prueba,

7 Acuerdo Plenario N.º 2-2005-CJ-116. FUNDAMENTO 8 Y 9.

al decir de los profesores Moreso y Vilajosana ([8]): "La determinación de la verdad no es el único objetivo de los procesos judiciales y, en todo caso, se suele entender que el respeto a ciertos derechos fundamentales acota considerablemente la actividad permitida para alcanzarla. En concreto, la prueba judicial se halla sujeta a una estricta regulación legal en distintos aspectos. **a) En primer lugar,** las normas de un determinado sistema jurídico establecen cuáles son los hechos relevantes. Para la decisión judicial, los únicos hechos que debe ser determinados son aquellos al que se aplica la norma empleada como criterio de decisión [V.gr. Art 2° inciso 24) literal h de la Constitución Política del Perú, Arts. VIII del Título Preliminar y 159° del CPP]; **b) En segundo lugar,** también regula jurídicamente los medios de prueba que se consideran admisibles (testigos, documentos, peritos, etc.), pudiendo éstos cambiar en función del tipo de proceso (civil, penal, laboral etc.) [V.gr. Art. 157° del CPP]; **c) En tercer lugar,** el Derecho también regula la formación de la prueba en el proceso, plazos y forma en que la prueba debe producirse para que tenga consecuencias jurídicas [V.gr. Arts 349°. 373° y 422° del CPP]. **d) Por último** también se regulan jurídicamente Ias cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Entre tales cuestiones se halla por ejemplo el papel que deben asumir las presunciones [V.gr. Arts. 158° y 425°.2 del CPP] Teniendo en cuenta los diados límites normativos (...) **el problema decisivo pasa a ser entonces el *de* las elecciones que debe efectuar el juez para seleccionar las premisas fácticas del razonamiento, lo cual comporta un inevitable recorte de la realidad, basándose en el criterio de relevancia asumido**".

6.5. La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento Decreto Supremo 184 - 2008 - EP de fecha 31 de diciembre del año 2008, Articulo 61 "Requisitos para la Admisión de Propuestas - para que la propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y en su caso acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las bases y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las

8 MORESO. José Juan & VILA JOSANA. Josep María. (2004) Introducción a la teoría del derecho. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A. pp. 179 y 180

características técnicas, normas reglamentarías y cualquier requisito establecido como tan en las bases y en las disposiciones que regulen el objeto materia de contratación.

VII. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO

7.1.1. DE LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO ---

7.1.1. A los efectos, en primer orden, establecer con conducta típica de los el delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo 399° del Código Penal de la siguiente manera "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de terceros 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". En otras palabras, el artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa. Siendo que **El bien jurídico especifico** y El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción, definido anteriormente, es el correcto o normal funcionamiento de la Administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible estará compuesto por principios que guían la Administración pública, como el principio de probidad, entendido como honradez y honestidad orientadas a satisfacer el interés general, desechando toda ventaja o provecho personal.[9] Esto es que de la propia declaración del imputado se desprende cuando se le examina y pregunta como es que

9 Pie de pagina. Artículo 6.2 de la Ley N.°27815. Ley del Código de Ética de la Función Pública.

llega a tomar conocimiento de la convocatoria la convocatoria lo vi en el internet por el portal de SEACE. Ha tenido acceso a las bases estaba publicado en el seace si las he leído. De lo que recuerda que estaba en las bases tenia que otorgar una propuesta técnica y económica había dos criterios de evaluación, criterios en factor a especialidad. Criterios en favor a actividad se le daba unos valores en cuanto a las bases cuantos años le exigía dijo me exigía cinco años. Cuánto era el valor referencial, era 48. 000.00 nuevos soles el valor referencial podía ser menor o tenía había un primer valor menor a 0,5 veces de valor referencial. Otro en valor referencial 01 y otro había cuando el valor referencial de lo que se establece que el procesado tenía pleno conocimiento de las bases en el presente proceso y sabia de los requisitos mínimos con los cuales es se debía contar por lo que se establece que su conducta es a título de dolo en el presente proceso, siguiendo con su declaración ha manifestado que 43 200.00 nuevos soles era el mínimo. Yo recuerdo que habia 05 puntos del valor referencial. De acuerdo a las bases 43,200.00 Como mínimo, dijo doctor yo no acuerdo esto. Y a la pregunta las bases exigían por qué se presento al concurso si no tenía estos requisitos. 23. 500.00, sino tenía 5 años de colegiado. En ese momento no había alguien que me prohibía que me presente. Pero conocía lo que decía las bases, porque se presentó. Por qué había un proceso, porque se presentó si no reunía los requisitos. Por que quería participar cómo todo profesional necesitamos participar en dicho proceso. En este mismo orden al referirle en un proceso de selección es primera vez que participa. Anteriormente si participé y me dieron la buena pro. No cumplía los requisitos, no le llamó la atencion que le otorguen la buena pro. Dr. me dieron la buena pro los demás postores habrían sido inferiores a mí, posteriormente suscribe el contrato para ser residente, yo firmo el contrato se comunica que se me ha dado la buena pro, por lo que procedía la firma del contrato como residen te de obra, yo pensé que los demás postores eran inferiores a mi . Yo no sabia los datos de los demás postores, a las preguntas de la procuraduría refirió procurador. Soy ingeniero agrónomo a la fecha en que postule en observación tenía 8 meses. Usted anteriormente tuvo experiencias similares u otras obras,

tal como presente si tenia doctor tenia experiencia con contratacón menor cuantía cuántas veces se presentó dos veces la primera fue desierto no estaba con mi rnp actualizado, había sido declarado desierto por que en el rnp no estaba activado. Para participar como proveedor de servicios del estado. En la primera convocatoria también se exigía 5 años para participar. Si recuerdo que se exigía. Recuerda en esa parte dr. Recuerdo haber partícipado en un proceso que se declaro desierto porque cuando uno participa en un proceso de selección se cuelga o tiene participación directa los postores pero no supe las razones no me llamo mucho la atención, a la pregunta si recuerda usted que en este proceso también hubo otro postores este postor cumplia con todos los requisitos establecidos por las bases. No estuvo presente en el acta yo quise participar en el proceso como toda competencia pensé que se me iban ha depurar. Yo mas me presente para ganar experiencia a la pregunta por que firmó el contrato si sabía que no tenia los requisitos, nl había sido favorecido con la buena pro, la firma ya ha sido cuando me daban la buena pro desconocía que los demás habían sido mayores que yo. Cuando usted presentó su propuesta técnica había un requisito aparte de cumplir con 5 años, usted no presento la declaración jurada de cumplir con los requisitos, yo recuerdo si mas no es el anexo 5 que esta firmado, dijo que si lo presento. A la pregunta si usted ha realizado alguna acción para hacer ver que el comité había cometido un error ninguna, a la pregunta de que si a la celebración del contrato, ha hecho ver que había cometido un error el comité no doctor, usted ha referido que se ha llevado cabo dos proceso de selección una primer ahí, pero usted no cumplía con los requisitos, dijo "no". De lo que se establece que en efecto este procesado --- no solamente se presentó en el proceso de lo que queda acreditado que tanto en las bases del proceso de selección ADS 007-2009/ MDT y en el proceso de adjudicacion de menor cuantía 13-2009/MDT, las bases del proceso de selección no habían variado proceso en el quedó desierto o declarado nulo en los mismos que el comité especial que ya lo habían favorecido indebidamente siendo el hecho que este tenía pleno conocimiento de las bases del proceso de selección, siendo el hecho que este nunca presto

su oposición a lá adjudicación menos en la firma del contrato, pese a este consiente que no resulta confesión sincera sino una manifestación espontanea que estaba consiente de que no cumplían con los requisitos mínimos para presentarse al proceso de selección, aun cuando mas al contrario contradictoriamente refiere que si tuvo experiencias en procesos de selección y que esta la obtuvo en los dos procesos en los que participo, lo que acredita la perpetración del ilícito penal a titulo de cómplice primario.

7.2. Si bien es cierto que la declaración del investigado no constituye prueba plena se debe tener en cuenta que en la Administración pública debe funcionar siempre velando por sus intereses públicos, estos siempre deben estar orientados hacia el bien común y no hacia los intereses particulares de los funcionarios o servidores que íes gestionan o administran. Entonces, la probidad e imparcialidad que se busca proteger es aquella donde la administración publica actúa al momento de realizar contratos concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común. Entonces, el tipo penal refleja la necesidad de proteger a la Administración pública del interés primado de sus agentes —funcionarios o servidores públicos— especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo a los contratos u operaciones públicos.[10] En otras palabras, el tipo penal busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y honestidad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado. Otra postura, manejada por parte de la doctrina, respecto al bien jurídico protegido, en este delito, es la que indica que es patrimonio del Estado, pues se considera que este tipo penal supone un adelantamiento de las barreras de punición con la finalidad de prevenir que un agente público atente contra el patrimonio estatal al

10 ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 818

aprovecharse de la función pública que le ha sido encomendada.[11] No obstante, esta postura no sería la más adecuada, ya que el patrimonio del Estado no puede ser considerado un mejor patrimonio que el de cualquier ciudadano o administrado. El patrimonio estatal, al igual que el patrimonio de cualquier ciudadano, se protege con los delitos comunes contemplados en el capítulo de delitos contra el patrimonio de nuestro Código Penal.[12] Además, los tipos penales contra la Administración pública no siempre exigen que se lesione efectivamente el patrimonio estatal. El delito de negociación incompatible en este caso, no exige dicho resultado lesivo. En adición a esto, el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) señala que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuro patrimonial para ser sancionados. En la misma línea, el artículo 3° inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generan un perjuicio o daño patrimonial al Estado **Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) artículo 12°.-** "Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio al Estado" **Convencion de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CONUCC)** "artículo 3.2.- Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado". Que para el presente proceso la responsabilidad del acusado esta probada con la pericia oficial de la Contraloría General de la República de esta cede de apurímac prueba que ha sido actuada en el decurso del acto del juicio oral y que no ha sido cuestionada en su valor probatorio por lo que esta revestida de todo el valor probatorio esto es la pericia del

11 Se puede encontrar mayor referencia sobre esta postura en MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la Administración pública. Barcelona: BOSH. 2000. p. 357. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 506

12 MEINI MENDEZ, Iván. Temas de autoría y participación de los delitos contra la Administración pública. BoletinN.°13,9.3.Disponibleen http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploADS/2012/07/junio_2012_n13.pdf

perito CPC Jose Ore Sutta quien refirió en sus conclusiones y examen el hecho que la propuesta presentada por el ingeniero --- una no se admite quedando dos vigentes y dos habilitadas y se admite nuevamente a pesar de que no cumple con los cinco años, apenas a una semana del proceso anterior contaba con los 8 meses de colegiatura. La admisión es irregular también se le favorece en el factor de experiencia de 151, puntos considerando que debería tener mayor el valor referencial verificado la propuesta 23,5.00.00 nuevos soles no llegaba al rango de los 48 .000.00 nuevos soles el rango era menor 0.5 Valor debió haberse le dado 5 puntos. La evaluación que hace el comité especial es el de 91 puntos y 88 puntos y resalta ganador el ingeniero leguia pacheco. Con esta exposición se puede prever que se ha transgredido el artículo 51 de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado sobre requisitos mínimos de propuestas para acreditar la documentación obligatoria y los requerimientos mínimos técnicos y cualquier otro requisito en las base y que regulen el objeto materia de contratación que señalen que el perfil clvil ingeniero con cinco años a partir de la fecha de la colegiatura. Hecho que está establecido en el acto del juicio oral no solo con las pericias sino con las pruebas instrumentales actuadas dentro del juicio oral y que no han sido cuestionadas por la defensa técnica del procesado por lo tanto revestidas de todo el valor probatorio para enervar convicción en el juzgador. Siguiendo su examen a referido a las preguntas del señor fiscal, José Ore Sutta actualmente soy jefe de la Oficina de Control de Abancay y en Contraloría mas de 13 años. Todo el tiempo de contraloría 11 años de experiencia, el valor referencial 48,000.00 nuevos soles se mantiene igual que el proceso de selección en el primero y segundo en el primer proceso era el mínimo cinco años a partir de la colegiatura y en el segundo proceso se mantiene el presente requisito en la ADS 007-2009. Hay buena pro a favor de --- igualmente en el segundo se le favorece y se le otorga la buena pro y se le hace la firma del contrato. El monto factura de un monto de 10 años la experiencia en la especialidad se calificar el monto factura de hasta 10 años de hasta dos veces de factura, debía tener un monto factura que corresponde a la labor. A presentado facturas de 23,500.00 Y es

menos del valor referencial de cuarenta y ocho mil nuevos soles le correspondía 5 puntos y no los quince puntos que le daba la comisión de lo que queda acreditado que tanto en las bases del proceso de selección AGS 007-2009/MDT y en el proceso de adjudicación de menor cuanta; 13 - 2009/MDT, las bases del proceso de selección no habían variado, esto es que se exigía el requisito de experiencia mínimo de 5 años de profesional a partir de la colegiatura hecho que no cumplía el procesado --- al tener solo 8 meses de profesional conforme a la constancia e información de su Colegio Profesional de Ingenieros del Perú siendo que el valor referencial de experiencia del postor no varió la experiencia en la especialidad se calificar el monto facturación de hasta 10 años, de hasta dos veces de factura, debía tener un monto factura que corresponde a la labor. Ha presentado facturas de 23, 500.00 y se le debió otorgar 5 puntos y no los quince puntos que le daba la comisión, siendo lo más grave el hecho de que en los dos procesos de selección, esto es el proceso primigenio que quedo desierto por no contar con registro de RNP vigente los postores para la especialidad ya indebidamente se le había calificado a favor del procesado --- a efecto de que este gane esa adjudicación directa selectiva, hecho irregular en el que ya se habría consumado el delito en esa oportunidad, pero siguiendo con la conducta dolosa del procesado y sus coencausados quienes se han acogido a la sentencia de conformidad nuevamente en el proceso de selección de menor cuantía con los mismos requisitos y valores nuevamente vuelven a calificar positivamente al procesado a efecto de gane el proceso de selección hecho sumamente irregular tanto mas que ya el procesado tenia conocimiento en una primera oportunidad de que indebidamente sele había calificado con un puntaje que no le correspondía pese a ello se presento nuevamente al proceso de menor cuantía consiguientemente su actuar es doloso. Por lo que en este extremo no se puede alegar desconocimiento del mismo, siendo que esta actuó con pleno conocimiento de que no cumplía con los requisitos mínimos establecidos en las bases y que ha sido favorecido con el otorgamiento de la buena pro de manera indebida, lo que esta acreditado con el examen especial de contraloría general de la republica. Siguiendo con su

examen ha manifestado el señor perito que los miembros del comité especial para favorecer en este caso al señor --- no han cumplido principalmente con lo señalado en el art. 61 de la Ley de Contrataciones que señala textualmente que el cumplimiento de un requisito mínimo es obligatorio no se puede obviar. El informe especial consta de anexos cual es la función que tiene respecto al informe especial. Es las evidencias respecto a lo que manifestamos por ello hemos ubicado hasta trece anexos de la convocatoria ADS en el anexo 2 acta de otorgamiento las bases administrativas de ese proceso en la que obra el requerimiento mínimo técnico de cinco años la consulta del colegio de ingenieros, que acredita los 8 meses de colegiatura. Las bases administrativas de la adjudicación de menor cuantía, el acta de buena pro en nuestra opinión. La propuesta técnica no cumple con el requerimientos mínimos y si la del otro postor no hay correspondencia en la calificación y finalmente el contrato suscrito entre la entidad y el ingeniero de haber procedido correctamente el comité el ganador debió ser el ingeniero Leguía Pacheco. Hechos como estos afectan la normal marcha de la administración por principio de moralidad y trato justo e igualitario, los postores uno se presenta sabiendo que cumple con los requisitos mínimos anexos de declaraciones juradas y que implicancia tiene la presentación o no de estos documentos y se presentan declaraciones juradas. Aún más a las preguntas de la defensa técnica del procesado ha manifestado le corresponde a su patrocinado el proceso de selección este respondió que le corresponde al comité especial, a la pregunta en que parte de la norma que impide que un profesional participe este perito le respondió que la Ley de Contrataciones esta hecha para las entidades y postores el principio de moralidad determina que debe haber transparencia y probidad así mismo tenemos el tema del trato justo e igualitario por tanto los demás no tenían por que presentarse en el proceso, de todo ello se deja establecido y probado en el juicio oral que el comité especial de contrataciones del proceso de selección tanto en la ADS y la adjudicacion de menor cuantia si se interesó en el procedimiento de adjudicacion a favor del procesado --- quien conocía plenamente sobre los requisitos mínimos de las bases

que no variaron en los procesos de seleccion siendo mas aun que este por principios de moralidad y trato justo e igualitario, estaba prohibido de participar en procesos de seleccion sin cumplir con los requisitos mínimos para su presentacion, por lo que por norma de especialidad esta conducta del procesado si esta regulada, motivo por el cual el comite especial debio descalificar al procesado por no cumplir con los requisitos mínimos de este aun cuando mas el señor perito ha determinado a la pregunta de la propia defensa tecnica que sin la participación de este no se hubieran suscitado estos hechos.

7.3. En este entender a efecto de establecer la responsabilidad del encausado se debe tener en cuenta que y definir al verbo rector del delito: interesarse. Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, este es uno particular que debe entrar en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio. Al respecto, la Corte Superior de Justicia se ha manifestado del siguiente modo: Jurisprudencia Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia; de Lima, recaída en el expediente N.° 30-2010 del 7 de noviembre de 2011 Caso Cofopri "Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo". Así como la naturaleza del interés privado indebido, así como si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que finalmente, resultaron ser favorables económicamente a la Administración pública, de todos modos la conducía sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido349 (correcto y recto funcionamiento de la Administración pública en general y la probidad al ejercer la función pública desechando todo provecho o ventaja personal). La conducta típica es solo "interesarse". El tipo penal, entonces, no demanda un tipo particular de interés, es decir, no exige que el interés sea por ejemplo patrimonial. Esta interpre-

tación seria la más adecuada no solo según la redacción del tipo penal, sino también de cara al bien jurídico protegido en este delito referido al conflicto entre intereses privados del funcionario e intereses públicos del Estado. El hecho de que la conducta típica sea solo el "interesarse", indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés. El considerar que el delito en cuestión no exige un interés de un carácter determinado se condice con el hecho de que la negociación incompatible sea entendida como un delito de mera actividad. Ello, en tanto la conducta típica exigida por el tipo penal es el solo hecho de interesarse. El tipo penal no exige un resultado como lo podría ser el perjuicio al patrimonio, así como tampoco exige obtener efectivamente una ventaja personal. Basta con que se manifieste el interés indebido —el conflicto entre los intereses privados y los públicos— para que el tipo penal se encuentre consumado.

7.4.- Esto es que la conducta desarrollada por el encausado ---, se encuadra dentro del tipo penal instruido más aun si tenemos en consideración que para la tipicidad subjetiva del tipo penal materia de juzgamiento el hecho punible es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa requiere que la conducta se realice con conocimiento del deber de probidad y lealtad con el que se deben desempeñar dentro de la Administración Pública, que en presente proceso se ha evidenciado un actuar voluntario de interesarse en el proceso de selección en un provecho para tercero[13] en este caso el procesado --- que está plenamente acreditado en el presente proceso con las otras pruebas periféricas actuadas en el Acto del Juicio Oral, esto es Pruebas instrumentales como el Informe Pericial Especial N.º 831-2012-CG/ORAB-EE emito por la Oficina Regional de Control de la Contraloría General de la República de la Provincia de Abancay respecto al examen especial efectuado en la Municipalidad distrital de Talavera del período comprendido

13 Abanto Vásquez. Los delitos contra la Administración pública. pag. 516. Rojas Vargas. Delitos contra la Administración pública pag. 591. Castillo Alva. El delito de Negociación Incompatible, pag. 597.

entre 01-01-2010 al 31-12-2010, de fojas 18. La Relación de Personas comprendidas en el Informe, que obra a fojas 34. El Portal del SEACE que obra a fojas 36, el Acta de Adjudicación Directa Selectiva N.º 007-2009-CEP/MDT que obra a fojas 38/42 las Bases Administrativas de ADS N.º 007-2009-CEP/MDT, que obra a fojas 44/57, el Reporte obtenido de la página web del Colegio de Ingenieros del Perú, que obra a fojas 59, la Resolución de Alcaldía N.º 343-2009-JRRG-AL/MDT de fecha 09 de setiembre del 2009, que obra a fojas 86/87, el Acta de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS derivado del proceso de selección N.º 07-2009-CEP/MDT respecto de la Convocatoria efectuada, que obra a fojas 89-93 el Cuadro Comparativo, realizado en el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro que obra a fojas 367, el Contrato de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 013-2009-ADS N.º 007- 2009- CEP/MDT Convocatoria para la Contratación de Servicios de Residente de Obra. "Mejoramiento y Ampliación de Canal de Riego de Poccontoy-Bellavista del Distrito de Talavera, Provincia de Andahuaylas-Apurímac", que obra a fojas 371-378, del que la Evaluación de comentarios y Aclaraciones. "Irregularidades en Proceso de Selección para Contratar el Servicio de Residente de Obra", que obra a fojas 377/378, del que se desprende en primer lugar del informe emitido por la contraloría general de la republica de este informe pericial 24 de setiembre del año 2009. Mejoramiento de canal de riego si bien es cierto el proceso fue declarado desierto. En el --- no cumplía el perfil solicitado en las bases administrativa de la ADS perfil profesional que indica el profesional debera ingeniero civil, colegiado 5 años de experiencia como mínimo a partir de la fecha de la colegiatura, la incorporación se hace el 05 de febrero del año 2009. A la fecha de la propuesta 19 de octubre del año 2009 a penas contaba con 8 meses de colegiatura, en este mismo extremo en fecha 22 de octubre se publico la MDT derivado de la ADS. Para la contratación de servicios canal de riego Porcontoy con un valor referencial de 48,000.00 nuevos soles en el capitulo tercero de requerimiento mínimo se mantiene el perfil profesional establecido, para las funciones de ingeniero civil o ingeniero agrónomo colegiado con 05 años de experiencia pro-

fesional como mínimo a partir de la fecha de la colegiatura, fecha 09 de setiembre del año 2009, presidente Gerardo Fuentes Hurtado y Elizabeth Maritza Marcotoma, según constan en el acta de buena pro, la propuesta del ingeniero agrícola vuelve a requerimiento mino, con las bases administrativas de 5 años de experiencia profesional se verifico que el diploma al 05 de febrero del año 2009 y 30 de octubre del año 2009, solo tenia 08 meses de colegiado. Favoreciéndolo pese a no cumplir con los requisitos mínimos en el literal c y de la documentación obligatoria por lo que no se debio ni siquiera calificar la propuesta tecnica del procesado --- siendo que de acuerdo al cuadro comparativo ingeniero civil Leonidas Leguia Pacheco que en este extremo si contaba con 12 años y 7 meses de colegiado y cumplía con la experiencia requerida. Es mas esta probado que en el punto dos de experiencia considerado dentro de los criterios de evaluacion se menciono los 05 años de experiencia a partir de la colegiatura personal ingeniero civil o agrícola. Que no era concordante con los 8 meses de colegiado del procesado de acuerdo a lo establecido en las bases se calificara considerando el monto facturación hasta diez años a la fecha de propuesta dos veces del valor referencial item materia de convocatoria únicamente podrán evaluar un valor referencial de 15 puntos en el porcentaje de mayor a la mitad. Igual 10 puntos y menos del valor referencial 05 puntos, empero no teniendo experiencia profesional ni mucho menos facturación correspondiente al valor referencial de las bases el comité especial de adquisiciones le asigna el cuadro comparativo 15 puntos, debiendo haber sldo lo correcto que se le calificara con 05 puntos al no haber presentado su propuesta por un valor referencial superior al establecido en las bases de adjudicación esto es del anexo de experiencia y especialidad y anexo 09 de la propuesta técnico solo presentó 23, 500.00 nuevos soles de facturación, siendo el valor referencial si. 48, 000.00 nuevos soles como se muestra en este cuadro. También en el presente proceso a quedado acreditado que de acuerdo al peritaje de la contraloría se ha hecho dos procesos primero la adjudicación directa selectiva N.º 007-2009/MDT y la adjudicacion de menor cuantía 013-2009/ MDT derivada de la ADS 007-2009-CEP /MDT I convocato-

ria, en la que se exigía como requisitos mínimos para la calificación de las propuestas que exigía un mínimo de cinco años de ejercicio profesional desde la colegiatura, así como montos referenciales de facturación. Los cuales como precedentemente se ha desarrollado no cumplía con los requisitos técnicos mínimos el procesado ---, también en este extremo está probado con el anexo tres la relación de personas comprendidas en el informe dentro de --- su gerente de acondicionamiento territorial quien laboraba desde al 01 de abril del año 2009. Al dos de agosto del año, 2010, --- desde el 01 de enero del año 2009 y ---. Quien laboro desde el mes de septiembre del año 2009, estas personas que conformaron el comité por razón de sus cargo tenia el vínculo funcional, estos tenían la calidad de servidores y funcionarios públicos, que el reglamento de la ley de contrataciones del estado específicamente considera a los miembros de comité como funcionarios y servidores públicos por disposición transitoria de la Ley N.º 27785 de lo que se colige y acredita en el presente proceso que los co encausados del procesado teniendo la relación funcional han favorecido al procesado al haber calificado de manera dolosa su experiencia profesional con puntajes superiores a otros participantes habiendo favorecido con el otorgamientode la buena pro al procesado, que en lo demás estos han asumido su conducta motivo por el cual se han sometido a una conclusión anticipada en el presente proceso, manifestado que aceptan los cargos formulados en la acusación fiscal conscientes de su actuar delictuoso. En este mismo extremo está acreditada la responsabilidad del procesado con el reporte del portal de seace que contiene la convocatoria de 007–2009/ MDT y la Adjudicación clásica de menor cuantía 13- 2009, 14 de octubre del año 2009. Fecha de consultas y observaciones presentacion de propuestas 19 de octubre que acredita que se ha llevado el proceso de adjudicacion selectiva y de menor cuantía, con esta prueba instrumental se acredita que el procesado --- tenía pleno conocimiento de las bases y requisitos mínimos con los que debia contar desde que este se publicó en el portal del estado, conforme lo tiene referido en su propia manifestación prestada en el acto del juicio oral, lo que demuestra una conducta a título de dolo al haber desarrollado

la misma hasta en dos oportunidades con la concertación del comité especial para que sea favorecido con al adjudicación en el proceso de selección de menor cuantía. Que esta corroborada con el acta de adjudicación directa selectiva de fojas 38 a 42,en el mismo que se señala de fecha 19 de octubre del año 2009 se llevó a cabo dicha adjudicación en la que al procesado --- en factor experiencia en la especialidad se señala que el primer postor. ---100 %. En cambio al postor que si cumplía con todos los requisitos mínimos de experiencia Leonidas Leguía Pacheco 95.83 % otorgándosele la buena pro la misma que se quedó desierta por que no contaban con el registro nacional de proveedores en la especialidad esto es que ya el comité especial después de la adjudicación de la buena pro verifica esto que es otro requisito mínimo, proceso en el que indebidamente ya se había otorgado un puntaje máximo en la experiencia profesional con la que no contaba el procesado. Sin embargo la constancia que se dejó al pie del acta se declara desierto después de haber verificado todo el procedimiento de otorgamiento de la buena pro. Siendo que también ha quedado acreditado el evento criminoso por parte del procesado --- en su condición de cómplice primario con el valor referencial de las bases administrativas cuyo valor referencia es de la suma de S/. 48, 000.00 nuevos soles monto de facturación desde 10 años de experiencia profesional hasta dos veces de valor referencial del item materia de convocatoria, iguales o similares, mayor a un valor referencial en la que indebidamente le asignan un puntaje de 15 puntos siendo que este solo ha ofrecido la suma de S/ 23, 500.00 nuevos soles inferior al valor referencial de 43, 200.00 nuevos soles por lo que solo le correspondía un puntaje de 05 puntos, sin embargo el comité especial le asigna 15 puntos el puntaje máximo con un monto de facturación menor si quiera a la mitad del valor del mismo. También se corrobora la responsabilidad del acusado con la consulta de página web del colegio de ingenieros civil de folios 59 por la que se acredita que el procesado contaba con 08 meses de colegiado por ende no contaba con el requisito mínimo para presentar al proceso de selección proceso menor cuantía, la que esta corroborada con la resolución de alcaldía 343-09 de septiembre del año 2009 de

fojas 86 a 87. El acta de adjudicación de menor cuantía de fojas 89 a 93. El cuadro comparativo por la que se asigna puntajes indebidos al procesado sin tomar en consideración la propuesta económica presentada por este en el anexo 07 de su propuesta en el proceso de selección para luego materializarse el hecho en el contrato de adjudicación de menor cuantía N.º 0007. CPD /MPT y que está contrastado con la conducta de este procesado en la evaluación de cometarios y aclaraciones en la que pese ha saber los cargos imputados este no ha hecho los descargos respectivos en cede administrativa consiente de su conducta y actuar frente al proceso de adjudicacion. De lo que se establece que el procesado no como tiene referido se presento a estas dos licitaciones por probar experiencia, más aún cuando se tiene acreditado que se presento en el primer proceso de selección en una ADS y en una segunda oportunidad en la etapa del proceso clásico de menor cuantía a sabiendas que en los procesos no contaba con los requisitos mínimos de experiencia, por lo que el presente proceso se ha desarrollado el *iter criminis* habiéndose consumado el delito no solo con el otorgamiento de la buena pro, sino tambien con la conducta del encausado ---, que firmo el contrato de adjudicación días después de que este ya estaba ejecutando la residencia de la obra, esto es que de propia versión no se explica como es que estuvo ya desempeñando funciones antes de firmar el contrato de la adjudicación de menor cuantía, siendo que pese a que tenía perfecto conocimiento de que no cumplía con los requisitos mínimos para haber sido favorecido en dos oportunidades con la buena pro conforme a lo acreditado en la pericia de especialidad emitida en el acto del juicio oral por el perito Jose Ore Sutta de la Contraloría General de la República, que no ha sido contradicha en ninguno de los puntos por parte de la defensa técnica del procesado, teniendo la posibilidad de internalizar su conducta no procediendo a firmar el contrato, mucho menos iniciar la ejecución del vínculo contractual siguió con su conducta ilegal. Actuando con pleno conocimiento y dolo de su actuar, hecho que no sido negado mucho menos contradicho en el acto del juicio oral limitándose que la conducta irregular que desplego esta amparada en el derecho constitucional al trabajo que tiene todo

ciudadan concordando en que los miembros del comité si tuvieron un actuar irregular, empero no siendo su responsabilidad por no ser funcionario público ni miembro del Comité Especial, conducta de particular que ya ha sido definida por la jurisprudencia y la doctrina nacional siguiendo el desarrollo de la responsabilidad del acusado ---, se tiene que su actuar ha sido netamente a título de dolo, tanto más que el tipo penal no exige para su consumación que el contrato u operación se llegue a consumar sino tan solamente que se determine que exista la conducta que el agente desempeñó a efecto de favorecer con una ventaja indebida perseguida[14]".

7.5. Dentro del decurso del juicio oral en efecto se ha establecido la relaclón funcional del encausado ---, siendo ya la doctrina y la jurisprudencia han definido que el grado de autoría está referido a condición de ser funcionario público y en tal condición debe tener las atribuciones o funciones de celebración de contratos o realización de operaciones en representación de la Administración pública, por ello también se exige la vinculación funcional en el caso particular del encausado --- se tiene que el artículo 425 inc 3) del Código Penal determina que los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica, así como los extraños a la Administración pública que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito a título de cómplices, la misma que se adecuada a la conducta del procesado.

7.6. Estableciéndose el nivel de participación en el evento criminoso, se debe tener en cuenta la relación funcional del mismo, siendo que esta ya sido definida con lo conducta de sus co encausados, que se han sometido a la sentencia de conformidad esto es de---, cuyo elemento objetivo es que el sujeto activo debe estar en la esfera de la Administración pública, en razón del cargo asignado al interior de la Administración pública, siendo que estos han sido miembros del comité permanente de adquisiciones y contratación es del Estado de la Municipalidad Distrital

14 Abanto Vasquez. Los delitos de contra la administración publica en el Código Penal peruano. pag. 573

de Talavera. en la que por su conducta efectuaron operaciones objeto de la conducta ilícita en virtud a los deberes y atribuciones que tenían de conformidad con la resolución de alcaldía por la que se les designa como miembros del comité de adquisiciones, con funciones inmediatas y solo estos tenían la facultad jurídica de disponer y otorgar la buena pro al ganador de los procesos de selección contrario semsum no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público que no posee decisión o de manejo en las operaciones o negociaciones por razón de su cargo[15] Esto es que los miembros del comité especial de adquisiciones han participado riel evento criminoso y se han sometido a la conclusión anticipada en el presente proceso habiéndose emitido una sentencia de conformidad al haber reconocido la comisión del hecho punible y aceptado los cargos de la acusación fiscal, motivo por el cual ya se ha emitido sentencia de conformidad en el presente proceso respecto a estos, siendo que si bien es cierto el encausado conforme lo ha sostenido la defensa técnica de este ha sostenido que no tendría responsabilidad en la comisión del ilícito penal por no tener vinculación con la Administración Publica, posición que ha asumido desde los alegatos de apertura siendo este el argumento para su absolución no menos cierto es que conforme ya se ha definido precedentemente este responde en su calidad de cómplice primario y no como autor por haber facilitado la perpetración del ilícito penal en relación directa con la conducta de sus co procesados declarados por muto propio confesos de los hechos, conducta que ya está definida en la jurisprudencia nacional en la Ejecutoria Suprema de fecha 08 de agosto del 2001 "*en* cuanto al delito de negociación incompatible era regidor metropolitano y no de los municipios distritales, ni de la empresa de administración de peajes que suscribia convenios sobre publicidad exterior con las empresas vinculadas a su persona por lo que no puede ser sujeto activo de la misma" y la ejecutoria suprema de fecha 25 de noviembre del año 2002.[16]

15 ROJAS VARGAS. delitos de contra la Administración Publica cit. p.590

16 R.N. N.º. 1054- 2001 José Urquizo Olaechea. Jurisprudencia Penal y R.N. N.º 4832 -2001 Arequipa, Salazar Sanchez. Delitos contra la Administración pública, pag 513.

VIII. JUICIO DE SUBSUNCIÓN

Establecidos los hechos, así como la normatividad jurídico penal pertinente corresponde realizar el juicio de subsunción o adecuación de los hechos a la norma El proceso de subsunción abarca el juicio de tipicidad, juicio de antijuricidad y **el juicio** de imputación personal o verificación de **culpabilidad de la forma siguiente** Juicio de Tipicidad. Los hechos imputados se adecúan al tipo penal peculado dolos por apropiación que en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor, público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad en las operaciones u procesos que tiene a su cargo por razón **de función.** No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente favorece para si o para terceros la operación s su cargo en perjuicio de la Administración pública. Abanto Vásquez[17] en forma atinada enseña que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas[18]

XII. JUICIO DE ANTIJURICIDAD

Habiéndose establecido la tipicidad en su aspecto objetivo y subjetivo de la conducta de los acusado, cabe examinar su carácter antijurídico, en su fase formal y material si esta acción es contraria al ordenamiento jurídico y establecer la antijuricidad formal o si por el contrario se ha presentado una causa de justificación.

La conducta de los acusados no se encuentra en ninguna de las causas de justificación, previstas en el artículo 20° del Código Penal, mucho menos ha sido alegado por los acusados.

También es necesario determinar la antijuricidad material de la conducta típica y precisar la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico

17 2003. P. 356. Amoretti Pachas. Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco. Cit. p. 226

18 Rojas Vargas. Delitos contra la Administración pública. cit.. p. 313

tutelado por la norma penal. Y en el caso de autos se ha lesionado el bien jurídico tutelado la Correcta Administración pública y sobre todo la Función Pública Cumpliéndose con el presupuesto de la lesividad de la conducta, para ser sancionada Concluyéndose que la conducta típica, también es antijurídica.

La **ANTIJURIDICIDAD** Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operado: jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal. Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público[19]. Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal.

XIII. JUICIO DE CULPABILIDAD.

La **culpabilidad**, en derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al Derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas.[20] La conducta desarrollada por los acusados es reprochable penalmente por concurrir los siguientes presupuestos:

Imputabilidad. Conforme a la hoja de la filiación de los acusados, consignado en su declaración instructiva, se determina que son personas mayores de edad gozan de sanidad mental y física, el primero esto

19 ROJAS VARGAS. Delitos contra la Administración pública. cit. p. 352 igual Abanto Vasquez. Los delitos contra la administración publica en el Código Penal peruano. cit. p. 361

20 SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Edit. Grijley. Tomo II. Lima. 2006

es el procesado ---, es una persona instruida, de profesión ingeniero Civil, desarrollaban la comisión del delito previa planificación y sobrio, conociendo el carácter delictuoso de su comportamiento y proceder de acuerdo a este conocimiento, siendo persona imputable.

Conocimiento de Prohibición. Los acusados conforme a sus declaraciones tácitamente señalaron tener conocimiento del carácter incito o antijurídica o de prohibición de su comportamiento. No habiendo concurrido la circunstancia del error de prohibición, ni el culturalmente condicionado.

La exigibilidad. Solo es reprochable, lo exigible, es decir, que únicamente es culpable aquí a quien pudiéramos exigir que procediera de otro modo a como lo hizo al vulnerar la norma A saber, que se condujese de acuerdo con las prestaciones del Derecho expresadas no en una norma autónoma del deber, sino en una antijuridicidad tipificada que del lado del agente se contempla como oposición al deber de respetar la norma de cultura.[21]

Del análisis de las circunstancias objetivas que rodean a los hechos investigados a los acusados se les podía exigir una conducta diferente a la que desarrollaron, el de respetar los fondos del estado asignado para el mantenimiento de locales escolares y actuar conforme a derecho. No concurriendo causas de exculpabilidad, como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante.

CULPABILIDAD Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica cohecho concurre alguna causa de justificación el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificara sí el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificara si el agente sabia o conocía que su

21 Luis Jimenez de Asua. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1963. Tomo V. p 216

conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. del que esta probado y que no se da causa de justificación en el presente proceso esto es que el encausado tenía perfecto conocimiento de su proceder ilícito, todos estos elementos que se presentan en su conducta.

XIV. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

14.1. Con respecto de la complejidad de la determinación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional deberá atender, como señala Prado Saldarriaga, a la función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad[22] Ya sin incidir en normas de carácter procesal que habilitan al Juez reducir el *quantum* de la pena. Habrá menos margen de discrecionalidad, pero también menos ámbito para la arbitrariedad[23]: a lo que se añade el deber de motivación de las sentencias y el derecho al recurso, que reduce igualmente, las cotas de arbitrariedad. Que, a la conducta considerada como ilícito penal, corresponde imponer la sanción como lo preceptúan los artículos 12°, 23°, 28°, 45°, 46° del Código Penal Y en atención a lo previsto por el artículo 387 Primer párrafo del Código Penal, sanciona corno sigue: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia lo estén confiados por razón de su cargo serán reprimidos con una peno privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años"; por lo tanto, los hechos probados se subsumen dentro de este tipo penal en su aspecto positivo y objetivo (dolo), no concurre ninguna causa de justificación, es imputable objetivamente a

22 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Lima. Gaceta Jurídica. 2000, p. 100.

23 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREÉ, Hernan. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Trotta. P. 539.

los acusados emergiendo la reprochabilidad de su conducta y como tal deben responder por el ilícito cometido.

14.2. Se debe tomar en cuenta los presupuestos para fundamentar y determinar la pena como son:

4. Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales en la Carta Fundamental de 1993 y el Código Penal se ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente: "**Artículo 45°** -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena deberá tener en cuenta 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente. 2. Su cultura y sus costumbres, y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. **Artículo 46°** - Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 1. La naturaleza de la acción; 2. Los medios empleados; 3 La importancia de los deberes infringidos; 4. La extensión del daño o peligro causados; 5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; 6. Los móviles y fines; 7 La unidad o pluralidad de los agentes; 8. **La edad, educación, situación económica y medio social**; 9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño; 10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; 11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; 12. La habitualidad; 13. La reincidencia El juez debe tomar conocimiento directo del agente y en cuanto sea posible o útil, de la víctima En este extremo, la fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio en lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que

sustentan su decisión, en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia Constitucional según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana. Así, las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio. El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado principio de la inherencia de la prohibición de la doble valoración, cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto "el juez atenderá (sic) la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido", solo se toman en consideración a condición de que no hayan sido, previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código Penal y en tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente, en este caso cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos",

pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que conllevan una transgresión especial de ciertos ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" solo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico tutelado como lo exige de manera perentoria el Artículo IV del Título Preliminar. El conocimiento del agente por parte del juez en la que la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" de culpabilidad "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y de proporcionalidad, "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Todo ello también bajo Principios como el El principio de humanidad Acorde con el más importante de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al penado se le debe preservar no solo su autonomía ética sino su indemnidad personal cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. Así se desprende, del Artículos 1 y 2 numeral 24 literal h) de la Constitución Política del Estado, cuyos textos rezan de la siguiente manera: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes"; concordante con el Artículo I del Título Preliminar del Código Penal, y el Articulo III del Código de ejecución penal de 1991; y los Artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El principio de legalidad. Según este apotegma, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general según las directrices de la filosofía liberal que lo animan, igualmente esta posibilidad implica por eso se le conoce también como principio de reserva, que solo la ley expedida por el órgano *legisla-*

tivo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único legitimado para restringir **El principio del acto**. Según el axioma del hecho o de la objetividad material, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre, el comportamiento punible gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una exterioridad, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto **El principio de taxatividad** De la mano del axioma de legalidad, como ya se dijo, aparece este apotegma también conocido como de certeza o de determinación, en virtud del cual no hay pena o medida de segundad sin ley cierta. Como producto de ello, las consecuencias jurídicas deben aparecer consignadas en la ley de manera clara y precisa estableciéndose su clase, grado y duración, poniendo al alcance del juzgador, marcos de tasación punitiva precisos que le permitan moverse con toda certeza, sin alentar contra la seguridad jurídica. **El principio de protección de bienes jurídicos**. Otro postulado fundamental es el de ofensividad del bien jurídico, de lesividad o de la objetividad jurídica del delito, gracias al cual no hay delito sin daño, lo cual significa que no existe hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social, y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico. **El principio da culpabilidad** Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente (59), e implica dos cosas distintas en primer

lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad. **El principio de igualdad ante la ley penal.** En virtud de esta postulado todos los ciudadanos deben ser tratados respetándoseles las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna a la hora de la imposición y la ejecución de las consecuencias jurídicas dependiendo, claro está, de la entidad del hecho cometido. El *principio* de la teleología da las sanciones penales. Según esta directriz cuando el Estado, representado en la persona del juez, impone al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad), lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Es de tal trascendencia esta exigencia, que, de un lado, si la imposición de las consecuencias juridicopenales se librara al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada. **El principio de proporcionalidad**. También, dentro de las directrices para la imposición de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible (básicamente la pena) no podía faltar esta pauta, dado que la sanción penal debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces *y* las más leves para los de menor entidad. en este extremo se tiene que tener en cuenta que para el acusado que si bien es cierto que el acusado --- es de profesión ingeniero civil, conforme a lo referido y a la experiencia en procesos de selección a lo que se presento hecho que debe tomarse en consideración a efecto de graduar la pena en el presente proceso no siendo el único responsable de la comisión del hecho punible sino también sus co procesados fernando lucas jamanca serrano, gerardo fuentes guisdo y elizabeth maritza navarro marcatoma.

6. Del mismo modo se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 45-A. **Individualización de *la* pena del Código Penal**, que dispone que toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la lay para el delito y la divide en tres partes; 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; b) Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio, c) Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior; 3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito del Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N.º 30076, publicada el agosto 201-3. LA misma que en el presente proceso al no existir agravantes y atenuantes como lo precedentemente desarrollado se debe establecer la pena dentro del tercio inferior.

7. En este mismo orden para los efectos de la graduación de la pena se debe tener en cuenta el acuerdo plenario 2–2008-CJ/116 el

acuerdo plenario no. 08-2008-cj/116. brinda pautas del proceso de determinación de la pena concreta en los siguientes fundamentos: "8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y. a veces, ejecutiva de la sanción penal [Víctor Prado Saldarriaga. Obra citada, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas: sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará. tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena —identificación de la pena básica— sobre el que tendrá esfera de movilidad y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta -individualización de la pena concreta- finalmente entrara en consideración la verificación de la presencia de las "circunstancias" que concurren en el caso concreto 9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto Por eso hay que diferenciarías de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal como es la descripción de un ámbito situacional requiere ser circunstanciado [Juan Bustos Ramírez Derecho Penal - Parte General, Obra Completas Tomo I Ara Editores, Lima, 2004. página 1192]. En virtud a ello es que se señala que solo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. En el presente proceso, el Señor Juez Unipersonal, al dictar la Sentencia materia de impugnación no ha realizado ese procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa de la sanción penal, observando las circunstancias genéticas y específicas que señalan los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Sustantivo;

en efecto, en la sentencia recurrida no existe motivación alguna que justifique la pena concreta impuesta por debajo del mínimo legal, así como no ha desarrollado los tercios para determinar la pena concreta, conforme lo establece el artículo 4 5-A del Código Penal en comento; por lo que al no haberse determinado estos aspectos, se incurre en nulidad al contravenir normas de carácter imperativo. Menos se ha ejercido la función judicial de aplicar los principios de razonabilidad ni proporcionalidad, orientados al logro de las consecuencias de la comisión del delito.

8. En el presente caso se tiene que para se tiene que actuó no solo el dominio del hecho sino en conjuntamente que el comité especial permanente de contrataciones y adquisiciones de la municipalidad distrital de talavera, por lo que si bien es cierto su conducta funcional a titulo de cómplice primario ya ha sido definida, no memos cierto es que no se le puede atribuir todo el desarrollo del iter crimimis, por lo que este criterio también debe tomarse en cuenta a efecto de establecer la pena que proporcionalmente le corresponde a los encausados.

XV. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL Y COSTAS

Entonces, concluyendo, la reparación civil es nada más ni nada menos aquella suma de dinero que permitirá que la persona dañada pueda restaurar las cosa si estado anterior a la vulneración (o se vea compensada, si ello no es posible)[24] Que, *para* los fines de determinación de la reparación civil debe tenerse en cuenta los siguientes aspectos: Que, para los efectos de fijarse la reparación civil, es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, que comprende: **1)** La restitución del bien o, si no es posible, el pago do su valor y. **2)** La indemnización de daños y perjuicios. Que, asimismo, la reparación civil implica la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima: que la estimación de la

24 LA VÍCTIMA Y SU REPARACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO.

cuantía de la reparación civil debe ser razonable prudente y proporcional, esto es, atendiendo la magnitud del daño irrogado, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores asignados a dicha institución Que en el caso sub examine se tiene que la parte agraviada a sufrido la sustracción de patrimonio del estado en este caso pecuniario. **Con relación a la reparación civil**, en primer término el artículo 93° del Código Penal: "La reparación civil comprende. 1. Le restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor". y 2. La indemnización de los daños y perjuicios se regula la institución de la **Reparación civil,** que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal: existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto el acto ilícito causado por un hecho *antijurídico*, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal —lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente— [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *delicto*, infracción/daño, es distinta], el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos ([25]). De allí que los elementos conformantes de la reparación civil en un proceso penal sean a) el daño civil causado por un ilícito penal o principio del daño causado; y, b) El perjuicio o menoscabo que puede ser patrimonial y no patrimonial o principio de afectación. Como señala la doctrina civil de la Corte Suprema de Justicia de la República el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede

25 ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. Codigo Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada. Tomo I. Parte General. Lima: Idemsa, pp. 152-153

ocasionar tanto **daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir - menoscabo patrimonial - cuando **daños no patrimoniales**, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales - no patrimoniales - tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas - se afectan, como acota Alastuey Dobón bienes inmateriales del perjudicado que no tienen reflejo patrimonial alguno - (Confrontar Espinoza Espinoza, Juan. (2002) Derecho de la responsabilidad civil, Lima; Gaceta Jurídica, pp. 157 – 159) ([26]). Asimismo, la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonabas y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir les fines reparadores asignados a dicha institución, debe tomarse en cuenta las circunstancias en que se ha ocasionado el perjuicio económico ocasionado al agraviado, así como el daño no patrimonial. ([27]) En la fijación del monto de la reparación civil se debe tomar en cuenta también las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinarla se debe tomar en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona. ([28]) Aunque la reparación civil nace con la ejecución del hecho típico penalmente, pero que no se determina en proporción a la gravedad del delito, como ocurre con la pena, sino a partir de los efectos producidos por el ilícito tomando en cuenta los efectos causados en la esfera de derechos del agraviado, en especial si los bienes afectados son de irreparable reposición ([29]) Por el **principio del daño causado**, se protege en su integridad el bien jurídico, cuya unidad procesal civil y penal, protegiendo el interés público

26 Citado por el Acuerdo Plenario No 6-2006/CJ-116. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Lima 13 de octubre de 2006.

27 Ejecutoria Suprema No 594-2005-LIMA del 28 de abril del 2005.

28 Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente No 3322-97-LIMA del 30 de junio de 1997.

29 Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente No 12448-98-Lima del 01 de octubre de 1998.

como a la víctima, por lo mismo el monto reparatorio debe ser examinado en el caso concreto tanto desde la producción de la afectación hasta la alteración de la esfera de derechos de la agraviada. En cuanto al **principio de afección,** se exige que el evento dañino haya causado un perjuicio objetivo o pueda causarlo aunque de hecho no se haya producido, y por tanto corresponde evaluar también si el ilícito penal en si mismo ha ingresado en su *realización* a la esfera de derechos de los agraviados, afectándoles, modificándolos, disminuyéndolos e incluso —eventualmente— si los aumentara en dimensión, caso raro en el cual se tendría que minorar el monto pertinente. en este entender se debe tener en cuenta la proporcionalidad del daño causado al estado, por parte del acusado por lo que la reparación civil solicitada por el actor civil no es proporcional con el perjuicio, siendo así dicha proyección se debe hacer con relación al daño causado por lo que debe graduarse en proporción a este y Conforme lo dispone el Artículo 497 del Código Procesal Penal, toda decisión que imponga fin al proceso penal establecerá quien debe soportar las costas en el proceso, debiendo ser materia de pronunciamiento por Órgano Jurisdiccional que las costas están a cargo de la parte vencida así corno lo dispuesto el Artículo 500 de la misma norma las costas deben ser impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, que sin embargo en el presente caso se considera que no debe ser fijado, por la forma y circunstancias de cómo se ha suscitado los hecho materia de juzgamiento.

PARTE RESOLUTIVA:

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y la pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas glosadas en la presente resolución, el señor Juez del Juzgado Unipersonal y de crimen organizado de esta corte superior de apurímac falla:

1. **CONDENANDO** al acusado --- con las generales de ley de la parte introductoria de la presente sentencia, como **cómplice primario** por la comisión del delito de contra la administración publica delitos cometidos por funcionaros públicos en su modalidad de

corrupción de funcionarios en su sub tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo tipificado en el art. 399 DEL Código Penal. En agravio de la Municipalidad Distrital de Talavera y el Estado Peruano a **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN** por el **TÉRMINO DE TRES AÑOS**

2. **FIJAR COMO REPARACIÓN CIVIL** en la suma de **DIEZ MIL NUEVOS SOLES (S/. 10, 000.00 nuevos soles) QUE DEBERÁ PAGAR A RAZÓN DE DOSCIENTOS OCHENTA NUEVOS SOLES DE MANERA MENSUAL**, contados desde que la Sentencia quede firme. Pudiendo depositar Mayores sumas algunos meses. Con cuyo fin gírese Oficio a la Procuraduría de la Contraloría General de la República de esta Región de Apurímac para su cobro y efectivización.
3. Pena que suspende a los sentenciados, bajo las siguientes reglas de conducta 1) se les prohíbe frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y reunirse con personas de dudosa reputación. 2) se les prohíbe ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juzgado, 3] comparecer cada sesenta días al Juzgado que Ejecute la Sentencia.

[...]

2.6. Informe de la Contraloría General de la República

Expediente	:	N.º 00704-2014-73-0301-JR-PE-01
Especialista	:	Dr. Manlio Andriel Boza Troncoso
Sumilla	:	**Absuelve traslado del escrito de fundamentación de recurso de apelación, apersonamiento y delegación de representación.**

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE APELACIONES DE ABANCAY:

JAIME ANTONIO ORTIZ RIVERO, Procurador Público de la Contraloría General de la República, designado por Resolución Suprema

N.º 171-2010-JUS de fecha 03 de setiembre del 2010, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 04 de setiembre del 2010, identificado con D.N.I. N.º [...], proceso seguido contra --- y otros, por la presunta comisión del delito de Negociación incompatible con el cargo, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Talavera, a usted digo:

Que, para ejercer una adecuada defensa del Estado, me apersono a la instancia, con domicilio real en [...] - Sede de la Contraloría General de la República, señalando domicilio procesal en el Jirón Junín N.º 215, Abancay, Sede de la Oficina Regional de Control Abancay, con telefax N.º 01-3303000 - Anexo 1733 y la siguiente dirección electrónica: procuraduria@contraloria.gob.pe, donde se harán las notificaciones de las resoluciones que se expidan en el presente proceso.

Amparo mi solicitud en el artículo 47° de la Constitución Política del Perú, los numerales 22.1 y 22.2 del artículo 22° del Decreto Legislativo N.º 1068 - Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado y el numeral 1) del artículo 37° y el numeral 1) artículo 41° del Reglamento de la Ley citada, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2008-JUS, en concordancia con el artículo 22° incisos d) y o) de la Ley N.º 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; y, estando a que el presente proceso se deriva de la denuncia presentada en mérito del **Informe Especial N.º 831-2012-CG/ORAB**, resultante del Examen Especial realizado por la Contraloría General de la República a la Municipalidad distrital de Talavera.

POR TANTO:

Solicito señor Presidente, se sirva tenerme por apersonado al presente proceso y por señalado el domicilio procesal.

PRIMER OTROSI DIGO. Que, he sido notificado con la Resolución N.º 15 de fecha 13 de marzo del 2015, por la cual confieren traslado por el plazo de cinco días del escrito de fundamentación del recurso de apelación interpuesto por el procesado ---contra la Sentencia expedida por el Juzgado Unipersonal de Abancay de fecha 7 de febrero del 2015 que lo condenó a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida

y fijó la reparación civil en la suma de S/. 10 000,00 Nuevos Soles; por lo que absuelvo el traslado en los siguientes términos:

I. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR ---.-

Fundamenta el recurso de apelación, señalando que el delito que se le acusa de Negociación incompatible con el cargo no le corresponde, porque este tipo de delito es cometido por servidores y funcionarios públicos, no siendo un trabajador ni servidor público. Asimismo, señala que existe una indebida tipificación del delito en su contra, por tener un cargo de Residente de Obra; por lo que considera que no corresponde la pena "porque la tipificación del delito y la acusación está indebidamente impuesta"

II. FUNDAMENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.-

1.1. Es preciso señalar que al procesado ---no se le ha atribuido la calidad de autor, sino la de cómplice primario por la comisión del delito de Negociación incompatible, según la Acusación Fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Apurímac.

2.2. El delito de Negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, textualmente establece: "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 I y 2 del artículo 36 del Código Penal".

2.3. Entre los elementos constitutivos del delito de Negociación incompatible con el cargo, debe tenerse presente lo siguiente:

a) *Sujeto activo y autoría.-* El tipo penal exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por ello constituye un "delito especial propio". Solo podrían cometer este delito los

funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública.

b) *Interés indebido.- Interesarse indebidamente*, conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de un funcionario público, quien muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. Así mismo, el carácter del interés no solo implica una mera infracción del deber especial positivo (actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal, etc.), sino un peligro para los intereses económicos: patrimonio, servicios, obras, bienes, entre otros, de la entidad" u órgano del aparato estatal.

c) *Interés directo-* Se tiene en cuenta que el interés directo significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de Tercero.

d) *Provecho de Tercero.-* La actuación del agente público no solo exige que el beneficio sea a título personal o de tercero, sino lo relevante es que su actuación objetivamente haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la Administración pública o entidad del Estado en el proceso de contracción pública.

2.4. Intervención del extraneus en el delito de Negociación incompatible

El extraneus es aquella persona no vinculada con la Administración pública. Cuando en la norma legal que contiene el delito de Negociación incompatible se refiere a *"en forma directa o indirecta"*, se refiere a la posibilidad que el funcionario se sirva de terceras

personas, que no sea él por acto propio el que demuestre interés indebido, sino que utilice a terceros (*extraneus*). La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta como cómplice.

2.5. La participación de los extraneus en esta clase de delitos, ha sido delimitada en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011

Con relación a la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal, sobre duplicidad de la prescripción en el caso de los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-II6, del 16 de noviembre de 2010, se determinó el problema si la prescripción variaría en relación a su duración según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si había que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En base al citado acuerdo, se emitió el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-II6, en el cual se señaló que el punto de partida dogmático estaba dado por la categoría de estos delitos: En la doctrina y la jurisprudencia se había definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción - denominados delitos de dominio. Se señaló que también existían tipos legales que excluían el dominio para su configuración y se formaban a partir de la infracción de un deber especial que le correspondía a la órbita del autor - característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos.

El autor del delito de infracción de deber, no podía ser cualquier persona, sino solo aquél funcionario o servidor público que ocupaba un status especial, y mantenía una vinculación exclusiva sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del deber lo convierte en autor pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación ai deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. (Fundamento 9°).

Asimismo, se señaló lo siguiente: "Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoñedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus". Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial".

Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

Por consiguiente, según lo establece el citado Acuerdo Plenario, se considera partícipes a los que sin infringir el deber (que es propio del funcionario o servidor público), formen parte del hecho delictuoso referido al autor del delito. Lo cual significa que el partícipe solo podría ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor (infractor del deber).

2.6. Por sentencia de conformidad se ha condenado a los miembros del Comité Permanente.

Con fecha 15 de enero del 2015, el Juzgado Unipersonal de Abancay, expidió la Sentencia de conformidad, por la cual se condenó a los miembros del Comité Permanente de Adquisiciones Directas y de Menores Cuantías, ---, como autores del delito de Negociación incompatible, en agravio del Estado y la Municipalidad distrital de Talavera a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; así como con la pena accesoria de inhabilitación por el término de dos

años, para lo cual se ordenó privarlos para obtener función, cargo o comisión de carácter público por el mismo término; asimismo, se fijó la reparación civil en la suma de S/. 3 000,00 que deberán pagar cada uno de los sentenciados a favor de la parte agraviada.

Por consiguiente, estando acreditado que a los miembros del Comité Permanente de Adquisiciones Directas y de Menores Cuantías, --- han sancionados penalmente mediante la Sentencia de fecha 15 de enero del 2015, es pasible de sanción penal el cómplice primario del mencionado delito, teniendo presente que el partícipe solo podría ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor conforme lo establece el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-II6.

2.7. Para determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad primaria, debe analizarse la conducta del imputado.

Es preciso tener presente lo decretado a través de **la Casación N.º 367-2011- Lambayeque** de fecha 15 de julio del 2013, la misma que ha sido establecida como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo punto de inicial para el análisis la teoría del dominio del hecho.

En ese sentido, con relación a la participación del procesado ---, en el capítulo III de Requerimientos Mínimos, IX Perfil Profesional de las bases administrativas de la Adjudicación Directa Selectiva N.º 007-2009-MDT para la Contratación de Servicios de Residente de Obra: "Mejoramiento y Ampliación del canal de Riego Poccontoy Bellavista, del distrito de Talavera, provincia de Andahuaylas-Apurímac", se estableció lo siguiente:

"El profesional deberá demostrar el siguiente perfil profesional para las funciones que debe desempeñar: Ingeniero civil, Ing. agrónomo

e Ing. agrícola colegiado con cinco (5) años de experiencia profesional como mínimo a partir de la fecha de colegiatura".

El actuar doloso del cómplice primario --- se ha demostrado, pues teniendo conocimiento que no cumplía los Requerimientos Mínimos de las bases administrativas en cuanto al requisito de contar cinco años de experiencia profesional como Ingeniero Agrónomo, pues apenas contaba con 8 meses de colegiado, se presentó como postor para participar en la Adjudicación Directa Selectiva N.° 007-2009-MDT, en cual fue favorecido ilegalmente por el Comité Permanente de Adquisiciones Directas y de Menores Cuantías con el otorgamiento de la buena pro. Al respecto, en el numeral 4.8 de la Casación N.º 367-2011, se señaló lo siguiente: "En este sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, teniendo conocimiento que es un hecho injusto y con la voluntad de prestar la colaboración".

El incumplimiento de la experiencia profesional fue verificado con la documentación presentada por el postor, correspondiente al diploma de incorporación al Colegio de Ingenieros del Perú presentado en su propuesta fue el 5 de febrero del 2009, habiéndose otorgado la buena Pro el 30 de octubre del 2009; por lo que, a la fecha indicada solo contaba con 8 meses de colegiado, situación que debió ser advertida por el Comité Permanente de Adquisiciones Directas y de Menores Cuantías para descalificar la propuesta, lo que no sucedió en beneficio del referido profesional.

2.8. **Para los efectos de fijar** la reparación civil, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 93° del Código Penal; que comprende: 1) La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2) La indemnización de daños y perjuicios. Asimismo, la reparación civil implica la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima que en el presente caso es el Estado; y, la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable, prudente y proporcional, esto es, atendiendo la magnitud del daño irrogado. En este caso, debe tenerse en cuenta el proce-

der doloso del imputado, quien tenía pleno conocimiento que no cumplía los Requerimientos Técnicos Mínimos y no obstante se presentó para participar en el proceso de selección.

Además debe tenerse presente que el artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, vigente a la fecha de convocatoria del indicado proceso de selección, establecía que el Residente de Obra debería contar con no menos de dos (2) años de ejercicio profesional; lo cual era de conocimiento del procesado mencionado y, no obstante tener conocimiento de la norma legal mencionada que no cumplía, se presentó como postor en la Adjudicación Directa Selectiva n.° 007-2009-MDT.

2.9. Por lo expuesto, corresponde se confirme la Sentencia expedida de fecha 17 de febrero del 2015, que condenó a --- a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó la reparación civil en la suma de S/. 10 000,00 Nuevos Soles, a favor del Estado representado por la Municipalidad distrital de Talavera.

POR TANTO:

Solicito señor Presidente tener por absuelto el traslado conferido por Resolución N.º 15 de fecha 13 de marzo del 2015.

Lima, 26 de marzo del 2015.

CAPÍTULO V
EL DELITO DE PECULADO DE USO

I. ESTUDIO CRÍTICO

1. Peculado por utilización o peculado de uso: el caso de las apropiaciones y usos insignificantes: objeciones a la Sentencia de conformidad

Funcionario público condenado por usar en fines privados cuatro hojas de papel bond: las incertidumbres de la calificación fiscal-judicial y la jurisprudencia de la Corte Suprema que acudiendo a principios rectores del derecho penal absuelve al condenado que se autoinculpó.

Auto de Apertura de Instrucción: 3 de Diciembre de 2008

Acusación fiscal: 12 de junio del 2010

Sentencia de conformidad: Sala Penal Superior Liquidadora: 28 de junio del 2011.

Recurso de Nulidad: 12 de julio del 2011

Dictamen Primera Fiscalía Supremo: 3 de julio del 2012

Dictamen Supremo Notificado a la Defensa: 30 de octubre del 2012

Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: 29 de enero del 2013, Juez supremo ponente: Josué Pariona Pastrana.

Ejecutoria Suprema notificada la defensa: 2 de Mayo del 2013.

Causa penal llevada a cabo bajo el sistema normativo previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y la Ley N.º 26689 (vigentes al momento de los hechos y del procesamiento en la Corte Judicial de Huancavelica), con aplicación del mecanismo de Conclusión Anticipada de los Debates Orales, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122.

Tipos penales aplicados:

art. 387: Delito de Peculado en su modalidad de Utilización, y

art. 388: Delito de Peculado de Uso

Tiempo de duración del proceso:

4 años 1 mes 27 días (Auto de Instrucción y fecha de vista de causa en la Sala Penal Permanente. No se cuenta el tiempo transcurrido antes del auto judicial y que da cuenta de las diligencias fiscales).

Entre la presentación del Recurso de Nulidad y el día de la vista de causa en la suprema, transcurrieron más de 18 meses.

Desde el Auto que abre Instrucción y la notificación de la Ejecutoria Suprema pasaron 4 años 5 meses.

1.1. Justificación del caso

El primer caso que da inicio a este conjunto de comentarios a causas penales concluidas, posee una significativa y múltiple importancia, por lo siguiente:

(i) Grafica lo que sucede al interior del Perú profundo con el uso desbordante del *ius punendi* estatal por parte de algunos fiscales penales y jueces que no efectúan una adecuada labor de filtraje (control jurídico penal) de la relevancia de los comportamientos imputados-acusados, afectando la imagen judicial que siempre debe ser ponderada y razonable, como por igual la del Ministerio Público en su deber de objetividad (en defensa de la sociedad y lucha contra el crimen y los delitos).

(ii) Pone de manifiesto actitudes indebidas, ligeras y reprochables que, en determinados escenarios, llegan a generalizarse, por parte de funcionarios y servidores con relación al uso de bienes públicos de mínima entidad patrimonial

(iii) Expresa la incertidumbre de las calificaciones penales, por parte de los operadores jurídicos (fiscales, jueces y abogados): peculado por apropiación o utilización o peculado por uso.

(iv) Enfatiza las limitaciones y los riesgos, para el principio de seguridad jurídica, que pueden representar las sentencias de conformidad, sobre todo por la inexistente o deficiente labor de control de los jueces de fallo y superiores, sobre la autoinculpación efectuada por el procesado en relación —fundamentalmente— a hechos imputados y a la calificación jurídico penal.

(v) Exhibe las estrategias del abogado defensor para tratar de corregir decisiones previas desatinadas que supusieron evitar ingresar a juicio a través de la sentencia de conformidad, al interponer recurso de nulidad de dicha sentencia por vulneración a los principios de legalidad y de congruencia procesal.

(vi) Finalmente nos muestra lo acertado de la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que absolvió al funcionario condenado, con base a un conjunto de bien logrados argumentos de sustento, tanto a nivel de fragmentariedad, ultima ratio, principio de lesividad, como de criterios procesales acerca de la posibilidad de absolver a quien aceptó culpabilidad, expresando una implícita llamada de atención a los jueces y fiscales de inferior jerarquía funcional inmersos en causas penales.

(vii) Plazos exageradamente laxos y extensos de la investigación (instrucción), entre la acusación y la fecha de audiencia y entre esta y la expedición de la sentencia, que reflejaron en su momento la indeseable onerosidad en el manejo del tiempo por los operadores del sistema penal y que da cuenta de uno de los lastres de la justicia penal peruana. Deficiencia común que caracterizó el sistema de justicia oficial y que se constituyó en una de las razones-fuerza que

justificaron la necesidad de entrada en vigencia del nuevo modelo penal acusatorio profesionalizado que trajo consigo el Código Procesal Penal del 2004.

(viii) Dictamen fiscal superior formalmente contradictorio. Sentencia que, en lógica decisionista, trató de superar la contradicción de la acusación fiscal y terminó constituyéndose en una sentencia errónea. Dictamen fiscal supremo que no reconoció los errores de la Fiscalía superior y opinó por la nulidad, salida legal gravosa para los intereses del procesado, quien no había dado lugar a los errores de los operadores jurídicos. Ejecutoria suprema, más allá de algunos vacíos, de gran factura jurídico-académica que fijó importantes criterios de interpretación para casos similares.

1.2. El *factum* atribuido al procesado acusado.

Daniel (cualquier nombre), servidor público de la Universidad Nacional de Huancavelica que desempeñaba sus labores de asesor en la Oficina de Asesoría Legal, es denunciado por la Fiscalía de haber utilizado, en fines de defensa legal privada, cuatro hojas de papel bond de 80 gramos, que llevaban el sello de agua de dicha entidad pública. Señala igualmente la Fiscalía, sin fuente de prueba y sujeto a lo que resulte del debate en juicio, que la elaboración del escrito se habría realizado en los equipos de cómputo e impresión de la citada Universidad, por lo que, además se habría utilizado indebidamente los bienes y recursos de la institución.

Daniel, en sus diferentes declaraciones (a nivel fiscal y judicial) reconoció haber usado hojas de papel bond con sello de agua de la Universidad Nacional en la que laboraba, habiéndolas empleado para un recurso en defensa de un litigante, ya que se dedicaba eventualmente al ejercicio del patrocinio legal, no existiendo —indica— incompatibilidad en ello. No aceptó haber hecho uso de los equipos de la Universidad en la redacción del escrito de defensa, sino, sostuvo, que se llevó las referidas hojas de papel bond por error a su domicilio (lugar donde redactó el documento), confundiéndose estas con las de su propiedad.

Daniel postuló ante el Juzgado un pedido de **Terminación Anticipada** (aceptación de responsabilidad, previa celebración de acuerdos

con el Fiscal, que de ser aprobada por el juez, determina el dictado de la correspondiente sentencia anticipada, que evita ir a juicio), la misma que fue declarada improcedente, al considerar el Juez de Huancavelica que no era competente para conocer y decidir, mediante sentencia, en un proceso ordinario, sino la Sala Penal Superior, siendo que la Ley 26689 había establecido que los delitos contra la Administración pública se tramitaban como procesos ordinarios. (Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del 2004, las causa penales se sometían al rito de los procesos sumarios —la gran mayoría, de conocimiento y decisión a cargo de un juez penal— y los proceso ordinarios, a cargo de las Salas Penales Superiores)

1.3. Las incertidumbres de la acusación fiscal: las hojas de papel bond en la lectura del peculado por apropiación, utilización o de peculado de uso

La Fiscalía en su acusación calificó los hechos como utilización ilegal del patrimonio público (4 hojas de papel bond membretado) en fines privados, cometido por funcionario público, a título de autoría del delito de Peculado de Uso, pidiendo 4 años de pena privativa de libertad e inhabilitación por dos años (art. 36, numerales 1 y 2 del Código Penal: privación de cargo o empleo público y del derecho a postular a cargo público) solicitando una Reparación Civil de 1000 nuevos soles. Dejó abierta la tesis de haber el procesado usado la computadora e impresora de la Universidad, a lo que resulte de la actuación probatoria en juicio oral.

Sin embargo, de forma contradictoria tipificó los hechos en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, y no así en el artículo 388 que era el tipo legal pertinente. Error que dejó en la incertidumbre legal la calificación-tipificación fiscal, que extrañamente no fue observado por el Colegiado Superior, lo que diera lugar a que la defensa una vez dictada la sentencia de conformidad pudiera impugnar la misma sosteniendo, entre otras razones, vulneración al principio de congruencia procesal. Asunto del que incluso –sin reconocer errores, participó la opinión del Dictamen Fiscal Supremo que pidió la nulidad de la sentencia

El artículo 387 del Código Penal, en su primer párrafo contempla el delito de peculado básico, con la siguiente redacción: "El funcionario o servidor púbico, que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años". En el caso bajo análisis, la utilización de papel bond, por parte del funcionario o servidor público, en fines privados, por cierto que trae su propia problematización, ya que conforme a lo sostenido por el procesado, este se llevó dichos bienes a su domicilio, lugar donde redactó el escrito forense que fue presentado a un juzgado penal. Tenemos así dos lecturas sobre los hechos: (i) Tesis de la Fiscalía y que asumió la Sala Penal: Asesor de Universidad Pública que utiliza papel de propiedad de la Universidad, para redactar un escrito de defensa privada, incurriendo por lo mismo en un ilícito penal de peculado, debiendo la actuación y debate probatorio dar luces si en dicha redacción el agente empleó la computadora e impresora de la entidad; (ii) Asesor de Universidad Pública que se lleva a su domicilio (se apropia), por error o dolosamente, hojas de papel bond de la Universidad y redacta sobre ellas (utiliza bien mueble público) un escrito de defensa privada que lo utiliza para ejercitar defensa privada.

El Ministerio Público no aceptó la tesis ofrecida por el inculpado, y que incluso este aceptó en vía de autoincriminación —al plantear terminación anticipada—, lo cual le hubiera permitido (al Fiscal) sustentar con acierto su teoría de peculado por apropiación que postuló formalmente en su teoría del caso, pero que calificó materialmente como peculado de uso. La apropiación dolosa básica, bajo los requisitos normativos que contiene el artículo 387 del Código Penal, define la consumación del delito mediante actos de apoderamiento material de bienes públicos que le son despojados —sin violencia— a la entidad pública para pasar a formar parte del patrimonio del funcionario o, a través de este, de una tercera persona. La utilización del bien mueble público, en tanto segunda modalidad dolosa de peculado básico del artículo 387, presupone —en cambio— que el bien público, del cual

se aprovecha dolosamente el sujeto público, no se pierde ni se destruye, que sigue formando parte del patrimonio público o que retorna a él, luego del uso ilegal que da el funcionario vinculado. La Fiscalía enfatizó la tipicidad de un peculado de uso, bajo las formas legales de un peculado básico, sin precisar la variante de la utilización, vale decir que los bienes públicos fueron usados para fines privados al interior de la propia administración, al redactar e imprimir el procesado un escrito destinado a ser presentado ante un juzgado, con lo cual tornó errática su valoración de tipicidad del *factum* imputado-acusado.

Pero veamos, ¿lo que más importa no es acaso el uso ilegal de dichas hojas de papel bond, de modo que tal comportamiento defina el tipo penal?. Esta lectura es inquietante y subyugó tanto a la Fiscalía —lo que explica sus inconsecuencia—- como —con decidida mayor fuerza— también a la Sala Penal, y les hizo perder de vista que se hallaban incurriendo en un quiebre de coherencia en la invocación del tipo penal especial y en la consecuente identidad procesal. Más aún, ¿acaso puede sostenerse que el papel sea un instrumento de trabajo que se utiliza para ejercitar actos de función o de servicio?, que en modo alguno podía tener entidad para considerarlo objeto de protección a través del peculado por utilización (segunda modalidad de peculado doloso básico); argumento que terminaría convenciendo a los miembros del colegiado superior de lo correcto de la tesis del peculado de uso, por la que finalmente optaron abductivamente y que se reflejó en los fundamentos de la sentencia. La sala penal superior, no comunicó ni previno de esta posibilidad de normalización calificadora a las partes, con lo que su decisión de recalificar formalmente los hechos —que materialmente sustentó la Fiscalía— y que pudo fundarse en el principio de *iura novit curia*, terminó malogrando la sentencia y posibilitando el cargamontón de críticas a la decisión judicial, pero que positivamente diera lugar —18 meses más tarde— a la Ejecutoria Suprema, cuyo ponente fuera el magistrado Josué Pariona Pastrana y que tanto motivo de interés académico suscitara en los predios dogmáticos.

La Primera Fiscalía Suprema, se percató de las incoherencias, por eso precisó en su Dictamen 803-2102, a los doce meses 5 días de dic-

tada la sentencia (demora siempre criticable al Ministerio Público en las causas de escaso interés mediático, social, institucional o político) "que antes de examinar las argumentaciones que propone la defensa técnica del sentenciado, resulta necesario emitir pronunciamiento sobre aquellas causales que pudieran desencadenar la Nulidad de la Sentencia". Dicha Fiscalía en la idea de normalizar las deficiencias de valoración-tipificación de la Fiscalía Superior, llegó a la conclusión que el órgano fiscal superior lo que había acusado era un peculado por utilización del artículo 387, esto es, la utilización genérica de bienes públicos y no así un peculado de uso, sin embargo no justificó porque las hojas bond constituían un bien mueble genérico y no un bien específico abarcado por la noción de "instrumentos de trabajo", con la que se integra el delito de peculado de uso. Estas indeterminaciones le quitaron brillo a la opinión fiscal suprema. Al final los jueces de la Sala Penal Permanente no aceptarían la tesis normalizadora de su par supremo y absolverían al procesado.

1.4. Los ritos iniciales de la audiencia de juzgamiento y los errores jurídicos de la "sentencia conformada" del colegiado superior

Producida la acusación, emitida la resolución de enjuiciamiento y fijada la hora y fecha de inicio de juicio oral, llevada a cabo esta, con la respectiva sustentación oral de la acusación por parte del Fiscal superior, el Presidente de la Sala Penal Superior le hace la pregunta de rigor al procesado, siguiendo los ritos del secuenciamiento de audiencia, de si acepta los cargos, la pena y la reparación civil requeridos por el Fiscal, a los que el procesado luego de consultar con su abogado responde que sí, esto es, que se declara culpable del delito que se le atribuye, que acepta el título de autor, que está conforme con las penas solicitadas, efectuando tan solo observaciones en el monto de la pena y reparación civil, pidiendo su disminución; actitud del procesado que mantuvo coherencia con su pretensión postulatoria de Terminación Anticipada en fase de instrucción y que fuera declarada improcedente. A continuación, la Sala Penal, en aplicación de la normativa procesal específica aplicable en tales casos (artículo 5 de la Ley 28122), para efectos de dar

por concluido la fase de juicio oral y dictar sentencia de conformidad, razonó del siguiente modo (los subrayados y las negritas han sido ex profesamente colocados para enfatizar ideas): "Que, el acusado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122 que prevé la institución jurídica de la Conclusión Anticipada de los Debates Orales, al ser preguntado por la Dirección de Debates, si se acoge a ella, manifiesta libre y voluntariamente de manera afirmativa, en coordinación y con la conformidad de su abogado defensor, renunciando a la actividad probatoria, el contradictorio, la presunción de inocencia, poniendo así fin al proceso, esto es, a partir de la aceptación por el acusado de los hechos, del delito imputado y de la responsabilidad civil; por consiguiente, en este extremo, no corresponde ejecutar actividad probatoria ni realizar valoración de pruebas alguna en orden a la realidad de los hechos acusados, por ende, deben tenerse tales hechos como realmente existentes y aceptados. La acotada normal legal y la doctrina jurisprudencial, nos informa, que, como consecuencia de ello, no cabe otra opción al tribunal que tener como hechos expresados formalmente por el imputado y su relevancia jurídico penal y jurídico civil son, pues determinantes, produce, consiguientemente, tanto una vinculación absoluta de los hechos aceptados, como sujeto al pertinente juicio de imputación penal, una vinculación criminal, que en esta extremo solo debe entenderse de carácter relativa. No obstante, lo expuesto, corresponde al Tribunal el control jurisdiccional de la conformidad, por lo que, en resguardo de la vigencia del Principio de Legalidad Penal y en salvaguarda del valor justicia material, de los que en modo alguno está desligado, debe analizar rigurosamente los alcances de los hechos conformados. En consecuencia, y solo en la eventualidad de que se presenten supuestos de atipicidad, de exención de responsabilidad penal o de no punibilidad, en atención a las exigencias de la ley penal material, la Sala podrá dictar sentencia absolutoria. Estando también a los términos descritos, así como lo desarrollado en la Ejecutoria Suprema Vinculante N.º 1766 – 2004, del veintiuno de setiembre de dos mil cuatro, y el Acuerdo Plenario N.º 5–2008 /CJ – 116, del dieciocho de Julio de dos mil ocho".

1.5. La Sala Penal y el debido control de legalidad de la aceptación de cargos, admisión de culpabilidad, pena y reparación civil

Aquí comienza la vía crucis jurídico-dogmática para el órgano judicial superior. En el rol funcional de jueces de fallo y en el cumplimiento de su roles, los magistrados de la Sala Penal de la Corte Superior de Huancavelica asumen una posición de rigor, al que hay calificar, de equivocada, cuando asertivizan que la aceptación de los hechos que realiza el procesado implica una vinculación absoluta, pero correctamente llegan a la conclusión de que se encuentran en el deber de llevar a cabo un labor de control jurisdiccional de la conformidad, con base al principio de legalidad y en función del criterio de justicia material. También el colegiado considera que la imputación efectuada por la Fiscalía tiene un carácter relativo, consideración que le servirá más adelante para variar el tipo penal de condena.

El control jurisdiccional de la conformidad dada por el acusado que invocó el colegiado consistió en efectuar un breve análisis de tipicidad-antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento del procesado. En el plano de la tipicidad sostuvo dicho órgano jurisdiccional que el comportamiento típico del delito de Peculado de Uso del artículo 388° del Código Penal, ha quedado materializado con el escrito, en copia corriente, escoltado a la promoción de la denuncia fiscal (aceptados por el procesado en su declaración instructiva), desprendiéndose que los bienes de la universidad pública han sido utilizados para uso privado o particular, como es el asesoramiento profesional de Abogado. En el plano de la antijuridicidad, el colegiado consideró que no existían permisos legales que justificaran la utilización de las hojas de papel bond para fines privados de labores de defensa legal. A nivel de culpabilidad, el argumento fue: no mediando en el comportamiento ninguna causa de exención, justificación, exculpación o de inimputabilidad, configurándose el carácter específico del delito: la culpabilidad; subsiguientemente, resulta reprochable las conductas frente a los hechos ilícitos realizados.

La Sala Penal Superior desaprovechó la oportunidad para llevar a cabo una labor de control de legalidad con base al principio constitu-

cional de legalidad y del criterio de justicia material sobre la conformidad dada, por el procesado, a la formulación de cargos, en fase de acusación (formulada por el Fiscal). En cambio, se circunscribió a emitir argumentaciones acerca de la subsunción del comportamiento en las exigencias del tipo penal de peculado de uso, pese a que ese no fue el marco formal de acusación y a confirmar la antijuridicidad y culpabilidad del autor. Con lo cual ni exploró las posibilidades que brindaba la argumentación conforme al principio de legalidad ni le otorgó a su decisión de condena un contenido de justicia material. Insuficiencias que solo serían corregidas ulteriormente por la Sala Penal Suprema. La frase :"Por ende deben tenerse tales hechos como realmente existentes y aceptados", se configuró así en una suerte de fatalismo jurídico penal inadmisible, en boca de magistrados de la Republica encargados de dictar justicia.

Desde la perspectiva de análisis de los principios rectores del derecho penal (legalidad, lesividad, fragmentariedad, *ultima ratio*), el colegiado hizo uso de un proceso formal de subsunción, sin previamente ponderar si dichos comportamientos eran de por si significativos y consistentes (proceso de subsunción material) para lesionar o, mínimamente poner en peligro el bien jurídico protegido: correcta administración del patrimonio público. Tampoco inquirió si existía una vía extrapenal *ad hoc* para solucionar con mayores posibilidades de éxito la infracción cometida. Es bueno, siempre, recordar que el proceso de subsunción de tipicidad, antes de ser llevado a cabo por el operador jurídico (aquí los fiscales penales cumplen una primera labor de control de la significatividad penal de los hechos imputados, no pudiendo los jueces penales reproducir o incurrir en las insuficiencias del fiscal) pasa necesariamente por activar los filtros de la necesidad de la intervención penal: principios de fragmentariedad, lesividad y *ultima ratio*, de los criterios de insignificancia, bagatela. Los fiscales y jueces penales no son máquinas programadas para, automáticamente, dar por satisfechas las exigencias normativas con cualquier comportamiento que pueda ser ajustado a los requerimientos típicos, al contrario son profesionales del derecho preparados en largas jornadas de estudio académico y expe-

riencia práctica, tienen por lo mismo, el deber de evaluar y ponderar en legalidad, razonabilidad y justicia lo que es merecedor de respuesta punitiva de lo que no lo es.

La Sala Penal Superior no motivo debidamente las razones de la conformidad aceptada, dado que no era suficiente dar explicaciones mínimas de teoría del delito, era necesario sustentar que la aceptación de culpabilidad efectuada por el procesado mantenía conexión material suficiente con los presupuestos del hecho típico y antijurídico acusado por la Fiscalía, correlacionarlos con nexos lógicos y de razonabilidad. Se puede sostener en este punto, en defensa del colegiado superior —que ello era un asunto impracticable dado que no conocían los integrantes del colegiado— los hechos y la inactuación de pruebas no abonaba en dicha orientación, pero el acto de escuchar la acusación y tener consigo la carpeta judicial si posibilitaba poder llegar a esos razonables presupuestos para validar la conformidad, dado que si ella cortaba la oralidad y el contradictorio, a los jueces les estaba permitido cerciorarse de los hechos acusados, efectuando —de requerirlo la causa— un receso de la audiencia para debatir la condena anticipada.

Por cierto, fue acertado el razonamiento del colegiado cuando consideró que la argumentación ofrecida por el procesado, de no estarle prohibido de ejercer la defensa, en sus momentos libres, no constituía una causal de justificación, no solo por la impertinencia jurídico-académica del argumento sino porque ese no era el tema imputado por el Ministerio Público. Que los funcionarios y servidores públicos ejerzan en sus ratos de tiempo disponibles actos de defensa legal, como forma de obtener recursos para mejorar sus magras remuneraciones (la alusión no está hecha para jueces ni fiscales), si tales actos no están prohibidos expresamente, constituye ello un asunto que al derecho penal no le debe interesar, salvo que a través de ellos lleven a cabo, en tanto comportamientos sobre agregados actos de tráfico de influencias o de corrupción. La moralidad o vulneración de mínimos éticos —propios de las calidades funcionales— no juegan aquí un papel legitimador de la intervención penal.

1.6. Las cautelas en la estimación de la conformidad como modo de concluir el juicio penal

La vía de la conformidad que da el procesado para la conclusión antelada del juicio oral, al igual que la aceptación de cargos propia de la terminación anticipada, es una delicada y extrema decisión que asume el autor o partícipe de un delito que efectivamente puede estar explicada por su real convicción de aceptación de responsabilidad penal por el injusto penal cometido, pero sin embargo también puede estar jalonada por una serie de razones no necesariamente de factura jurídica, y que la realidad nos muestra con fuerza altamente incidente. Esto es, el proceso personal del procesado de reconocer culpabilidad de los hechos acusados o imputados (conformidad, terminación anticipada) puede explicarse igualmente en razones distintas a las jurídicas: evitar exponer su nombre a la exposición mediática, excluirse de los sufrimientos y contratiempos que suponen las sesiones de audiencia, evitar ser interrogado y que se indague en hechos que quiere ya olvidar, proteger a su familia, dar por concluido hechos que acepta sin tener conciencia real de ser culpable, o considerarse culpable cuando técnicamente no lo es, etc.

La conformidad, en tanto vía alternativa para la conclusión del proceso penal debe por lo tanto ser tratada con mucho cuidado por los jueces, para evitar su desnaturalización, no solo desde la lectura de los intereses de la víctima que tiene el derecho a que se esclarezcan los hechos y a ser debidamente indemnizada sino también desde la perspectiva del procesado, cuando son razones distintas a la de culpabilidad por el hecho las que le llevan a optar por ella. Más aun cuando razones de prueba o un análisis objetivo-subjetivo previo de la causa llevaría a la razonable necesidad de absolverlo. De otro lado, no es correcto hacer recaer en el procesado las razones de la condena por conformidad, en una suerte de determinismo fatalista, frente al cual el juez penal no tendría más opción que aceptar dicha aceptación de conformidad. Nada más erróneo y perverso para exponer el perfil de un juez extraviado y carente de competencia dogmático procesal, situación de la que sin embargo existen múltiples ejemplos a lo largo del país y sobre el cual nos

referimos ya en un caso de Colusión tramitado en la Corte de Justicia de Lambayeque, en la que los procesados, para evitar ser enjuiciados, optaron por la conformidad sin que lograran entender en qué consistía el comportamiento típico que imputaba la Fiscalía y admitieran en juicio ultirior que siempre obraron correctamente y de buena fe.

En vía de los avances que reporta la doctrina resulta de interés la propuesta de Nieva Fenoll, en este punto, cuando luego de resaltar que si bien la conformidad es vista con buenos ojos por los poderes públicos del sistema penal (fiscales, jueces, incluso abogados), debido a sus ventajas pragmáticas, señala que ella representa un grado de coacción inaceptable no solo porque supone una violación al derecho universalmente reconocido de no declarar contra sí mismo, sino porque "ningún acusado, por mucha serenidad de ánimo que posea, está en condiciones de expresar libre y espontáneamente un reconocimiento de los hechos cuando pesa una acusación contra él que puede provocar su privación de libertad" (Jorge Nieva Fenoll. *Fundamentos de Derecho procesal*, Buenos Aires, Edisofer-IBdeF, 2012, pp. 217-218).

La institución de la conformidad, si no queremos convertirla en una resucitada reiteración de la torturante confesión judicial medieval, debe ser asumida con muchas pinzas por los operadores jurídicos del sistema de justicia penal, y aplicarla solo cuando en realidad represente ventajas razonables y premiales a la objetivamente probable condena del procesado, sin que dicha probabilidad sea usada como un mecanismo de presión o venganza para formar la voluntad del procesado. Esto es, sin que el Fiscal amenace al procesado de pedirle una pena drástica o ejemplificadora si no acepta autoinculparse.

1.7. Los fundamentos de la condena por peculado de uso dictada por la sala penal superior

Teniendo como marco de acusación una figura penal de peculado de utilización (art. 387), con un contenido de peculado de uso (art. 388), la Sala Penal Superior en la sentencia conformada condenó al procesado por delito de Peculado de Uso a la pena de un año de privación de

libertad, suspendida condicionalmente con reglas de conducta, como a igual plazo de inhabilitación y 300 nuevos soles de reparación civil. La Fiscalía Suprema opinó que el colegiado superior había "en amplio sentido vulnerado el principio de congruencia que debe existir entre la acusación fiscal y el pronunciamiento definitivo". Agregó además vulneración del debido proceso, derecho de defensa y legalidad material.

La sentencia conformada, en sus fundamentos sostuvo que el Ministerio Público denunció y acusó al procesado por delito de Peculado de Uso, previsto en el artículo 388 del Código Penal. Además, la Sala Penal fijó como hecho probado que la elaboración del escrito se ha realizado en los equipos de cómputo e impresión de la Universidad, imputación que la Fiscalía superior la condicionó a las resultas de la actuación de medios de prueba en el juicio oral. Era obvio que el colegido superior penal estaba vulnerando el debido proceso, pero sus razonamientos le daban forma y sentido a la tesis del peculado de uso, claro solo que en la lógica de un incorrecto decisionismo judicial, de por sí subjetivo y arbitrario. En este marco de normalizaciones irregulares, no es correcto sostener que la tesis acusatoria acusó en forma coherente el delito de peculado por utilización, como sostuvo el dictamen fiscal supremo, pues del tenor de la acusación fiscal, se aprecia con facilidad que eran manifiestas las incongruencias de tipificación.

1.8. La nulidad interpuesta y oralizada por la defensa del procesado

El defensor público al impugnar la sentencia de conformidad —vía recurso de nulidad— consideró que:

(i) Existía error en la norma penal aplicable al delito cometido, ya que la Fiscalía había sustentado el marco jurídico en el artículo 389 del Código Penal (posible error de redacción, el defensor está aludiendo en realidad al artículo 387) y la sala penal invocó el artículo 388 (peculado de uso), con lo que se violó el principio de legalidad penal

(ii) No utilizó los equipos de la Universidad Nacional de Huancavelica para redactar e imprimir el escrito de defensa, sintiéndose sorprendido que en la sentencia se sostenga como hecho probado tal circunstancia.

(iii) Asume su responsabilidad por la utilización, por error, de las hojas de papel bond, no membretadas sí con sello de agua, de propiedad de la Universidad.

(iv) Considera desproporcionada la pena que se le ha impuesto, por el solo hecho de haber usado tres hojas de papel bond, máxime si se le podía haber eximido de sanción, conforme lo dispuesto por el artículo 68 del Código Penal, por causal de responsabilidad mínima o, en todo caso por Principio de Oportunidad, al haber sido afectado gravemente por las consecuencias del delito.

(v) El escrito de nulidad concluye solicitando la absolución o en su defecto la rebaja de la pena y reparación civil.

El defensor público que interpuso el recurso de nulidad, en favor del asesor de la Universidad de Huancavelica —más allá de sus pedidos— desarrolló líneas de defensa que dejaban ya entrever probables resultados en manos de un colegiado penal supremo no prejuiciado e interesado en sentar posición frente a casos iguales o parecidos. La poca entidad de la causa, tanto en significatividad de injusto y alarma social, como el desinterés mediático nacional y la ausencia de preordeamientos político-económicos abonaba un terreno propicio para que, con un buen posicionamiento concepctual del caso ante los Magistrados Supremos, estos, en especial el encargado de la causa, pudieran explotar jurisprudencialmente el conjunto de items jurídicos que brindaba el caso.

Ello sucedió así, el día de la Audiencia de vista de Causa, al oralizar los argumentos de defensa, puse de manifiesto que lo que había ocurrido con la sentencia de condena era un evidente supuesto de olvido de los principios rectores del derecho penal, que los ahora fiscales y jueces que estudiaron en la Universidad, y que con la acusación y condena obviaron por completo. Ni por afectación o puesta en peligro del bien jurídico propio del delito de peculado —nunca argumentada por el Fiscal ni utilizada para motivar la sentencia— la utilización o apropiación de 4 hojas de papel bond, podía constituir un caso penal consistente. La naturaleza de bagatela del comportamiento imputado y acusado, no admitía en un derecho penal fragmentario y de *ultima ratio* la injerencia

penal producida y peor aún una condena. El derecho disciplinario era la vía *ad hoc* para dar cuenta del injusto. La autoinculpación imprudente en la que había incurrido el procesado, al admitir responsabilidad al inicio del juicio oral, no podía tener una actitud pasiva por parte del colegiado supremo, esto es, los criterios de justicia material no podían mirar con criterio fatalista lo que había sido un estado de error del colegiado superior y tremendismo del fiscal penal.

Señores Magistrados de la Sala Penal Permanente, tiene ustedes la oportunidad de recrear una excelente ejecutoria suprema que fije pautas a los jueces y fiscales, por supuesto también a los abogados. El juez supremo Javier Villa Stein sintió la fuerza de los argumentos y con su perspicacia de fino psicólogo advirtió de las potencialidades jurisprudenciales del caso. Dirigió el cuerpo y orientó su atención de inmediato a su par Josué Pariona Pastrana, con quien intercambió impresiones en voz baja. Advertí que la causa había calado hondo en los magistrados supremos.

1.9. Los méritos de la ejecutoria suprema: las apropiaciones insignificantes. Los principios de lesividad y última ratio, la desvinculación procesal de las sentencias de condena conformadas

La ejecutoria suprema del 29 de abril del 2013, habla por sí misma, es una de las más bien elaboradas piezas jurídicas que haya producido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en estos últimos tiempos.

El mérito principal de dicha Ejecutoria radica en haber restaurado el principio de justicia material, por encima de los rigorismos procesales, y corregido la serie de deficiencias y errores cometidos por fiscales y jueces de instancias inferiores que desencadenaron no solo una condena desproporcionada e injusta sino que dieron inicio a un proceso absurdo y carente de la suficiente significatividad penal para terminar en sentencia de condena.

Su valor radica asimismo en haber, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, quebrado el mito (dominante en

los jueces de fallo) de que la autoinculpación en escenario de conformidad, al inicio de juicio —aplicable igualmente a las Terminaciones Anticipadas— tiene el valor de cosa juzgada, esto es, no revisable y que no había nada más que hacer al respecto. La suprema normaliza así esa atmosfera fatalista y deprimente que suele apreciarse en amplios sectores de las sedes judiciales que administran justicia penal.

Se recrean y elevan al nivel de jurisprudencia ilustrativa, esto es, de alto valor rector y comunicativo, los principios de mínima intervención, ultima ratio, lesividad y escasa trascendencia del comportamiento acusado. Se enfatiza el carácter subsidiario del derecho penal y la importancia de acudir a vías extrapenales en especial, para el presente caso, la disciplinaria. Se invoca el aforismo *iura novit curia,* por el cual el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado por las partes. El colegido supremo declara la posibilidad, bajo determinados requisitos, de absolver a quien incluso haya aceptado responsabilidad penal en sentencia conformada. La ejecutoria establece que los jueces supremos son jueces de garantías de los derechos ciudadanos.

En el rubro de las críticas a la resolución suprema, se aprecia que el colegiado supremo no entró a analizar si la tipificación de los hechos imputados correspondia a un delito de peculado por apropiación o de utilización, art. 387 del CP (conforme a este último supuesto legal condujo la Fiscalía superior su acusación) o acaso a un peculado de uso (art. 388 del CP) que fue la tesis alternativa indebidamente acogida por la Sala Penal Superior de Huancavelica. Tampoco se aprecia, en la Ejecutoria, que el colegiado supremo haya dado la importancia debida al quiebre del principio de congruencia en el que habría incurrido el colegiado superior, tomando en cuenta las aseveraciones no solo de la defensa sino de la Fiscalía Penal Suprema. Tampoco se fundamentó porque no comparte la tesis de la nulidad de la sentencia. Fuera de dichas limitaciones, secundarias, por cierto, hay que esperar decisiones de igual o mayor factura jurídico-académica por parte de las sala penales supremas de la República.

II. DOCUMENTOS

1. Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 3763 – 2011
HUANCAVELICA

Lima, veintinueve de enero del dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado ---- contra la sentencia conformada del veintiocho de junio de dos mil once, obrante fojas trescientos veinte; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** El sentenciado --- fundamenta su recurso de nulidad a fojas trescientos treinta y seis, alegando vulneración del principio de legalidad, toda vez que, existe inaplicación de la norma por la cual se le acusó y condenó, lo cual acarrea nulidad; asimismo, sostiene que si bien se acogió a la conclusión anticipada del proceso, la Sala Superior pudo absolverlo, pues existe responsabilidad mínima con relación al delito y no registra antecedentes penales; la reparación civil e inhabilitación debe ser reducida pues le causa perjuicio económico y profesional. **Segundo:** Según acusación fiscal de fojas doscientos sesenta y seis, se imputa al procesado---, servidor público que se desempeña como abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, haber utilizado papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios —cuatro hojas bond con sello de agua obrantes a fojas treinta y uno y siguientes—con el fin de redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa —a quien patrocina de manera particular—; habiéndole presentado ante el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica, infiriéndose que la elaboración del escrito se realizó con los equipos de cómputo e impresión de la citada Universidad; ello llevó a que el representante del Ministerio Público formulara acusación por el

delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. **Tercero:** Del acta de sesión de audiencia de juicio oral —fojas trescientos diecisiete—, se infiere que el encausado --- se acogió a la conclusión anticipada de los debates orales, conforme lo preceptuado en el numeral cinco de la Ley veintiocho mil ciento veintidós, aceptando los cargos imputados en la acusación fiscal y la reparación civil, con el consentimiento de su abogado defensor, dictándose la sentencia conformada de fojas trescientos veinte. Siendo esto así, la cuestión que en esta instancia corresponde resolver es si el pronunciamiento de la Sala Penal Superior limitaría el campo de acción del Supremo Tribunal, es decir, si por existir una sentencia conformada únicamente corresponde emitir un pronunciamiento sobre el quantum de la pena y reparación civil. **Cuarto:** A este respecto, se debe señalar que en el vigente Estado Constitucional de Derecho los jueces de la Corte Suprema desempeñan el rol de jueces de garantías de los derechos de los ciudadanos, de tal manera que, contando de una parte con el respaldo legal de lo dispuesto en el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, que faculta a esta suprema instancia a absolver al condenado cuando no considere fundada la sentencia condenatoria, de otra parte en aplicación del aforismo *iura novit curia,* el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado por las partes (STC N.º 0569-2003-AC/TC, F. J. 6), estando legitimado a absolver inclusive a quien se acogió a la conformidad procesal cuando, luego de una revisión integral del expediente y de las pruebas obrantes en el mismo, existen fundadas razones basadas en los principios del Derecho Penal para absolver al encausado. **Quinto:** Previo a la solución del caso *sub examine* es necesario mencionar que "El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. Como todo medio de control

social, esta tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves —las penas y las medidas de seguridad—, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos —los delitos—". (Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, Editorial REPPER*TOR,* octava edición, Barcelona 2008, página cuarenta). En ese sentido, el Derecho Penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado –su ámbito de aplicación es limitado-, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos. **Sexto:** En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual "el derecho penal hade reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general" (Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al derecho penal contemporáneo, segunda edición, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, dos mil diez, página trescientos noventa y tres), de manera que carece de sentido la intervención del Derecho penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un "mal menor", como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución de conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así cómo se muestra el carácter subsidiario del Derecho penal, también denominado de *ultima ratio* que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena, delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena. **Sétimo:** En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley", sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos suma-

mente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario. **Octavo:** En un plano estrictamente dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una "perturbación social" en sentido objetivo (Jakobs), Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima mil novecientos noventa y ocho, página veintidós y siguientes), de lo contrario la intervención del derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría la expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal. **Noveno:** En este sentido, el comportamiento recurrente, de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, para interponer recurso de apelación a favor de Jesús Vásquez Ampa, conforme consta a fojas treinta y uno; acusación aceptada por el encausado en su instructiva de fojas cincuenta y siete y ampliación de instructiva de fojas ciento veintidós, es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una "perturbación social" que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y, mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de *ultima ratio,* corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito

imputado. **Décimo:** Debe precisarse que si bien se formuló acusación fiscal —contra el recurrente— por delito de peculado previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal (modalidad básica) y, sin embargo, se condenó al recurrente por el delito de peculado previsto en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal (peculado de uso), sin fundamentar dicha variación; conforme lo señalado en el considerando precedente, esta problemática carece de trascendencia en el caso concreto en razón que la consecuencia jurídica para la conducta es la misma —con independencia de la tipicidad— de naturaleza administrativa, mejor dicho, es pasible de sanción por un subsistema jurídico menos gravoso al derecho penal; sin embargo, debe hacerse llegar la debida nota de atención a la Sala Superior, a efectos de que tenga en cuenta que variar los presupuesto normativos de la acusación fiscal cuando esto no es pertinente, sin la fundamentación correspondiente, transgrede el principio acusatorio, propio de un Estado constitucional de derecho, respetuoso de los derechos fundamentales y garantías del ciudadano. **Décimo Primero:** A lo anterior debe agregarse que el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, por el cual se formuló acusación contra el recurrente, se configura cuando "El funcionario o servidor público que se apropian o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo,[...]". Este tipo penal es "un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional" (Jakobs Günther. Derecho Penal Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes); asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente,

además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión. Debiéndose precisar que si bien el comportamiento del recurrente se enmarcaría en dichos presupuestos, en virtud a los fundamentos referidos en los considerandos precedentes, tal conducta no es pasible de acción penal, pues dad su trascendencia existen otros medios de control social menos rigurosos, pero no por ello menos efectivos que el derecho penal, que deben ser activados previamente. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del veintiocho de junio de dos mil once, obrante fojas trescientos veinte, que condenó a ---, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso, a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, bajo reglas de conducta, e inhabilitación de un año, y fijó en trescientos nuevos soles el monto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la Universidad Nacional de Huancavelica; reformándola **ABSOLVIERON** a --- de la acusación fiscal por el referido delito y la citada agraviada; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por licencia de la señora Juez Supremo Barrios Alvarado.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO.

2. Dictamen Fiscal Supremo

EXPEDIENTE N.º 814-2008
C.S. N.º 3763-2011
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAVELICA
DICTAMEN N.° 803 -2012-MP-FN-1ªFSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

La Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, por sentencia de fs. 320/330, de fecha 28 de Junio de 2011, falla: CONDENANDO: a --- como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado de Uso previsto en el primer párrafo del artículo 388° del Código Penal, en agravio de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA; imponiéndole: UN AÑO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA, así como las penas accesorias establecidas por ley; FIJANDO en TRESCIENTOS NUEVOS SOLES el monto de REPARACIÓN CIVIL que deberá pagar el sentenciado a favor de la entidad agraviada.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL ENCAUSADO.

La defensa técnica del encausado interpone recurso de Nulidad, aduciendo que la sentencia recurrida habría vulnerado el principio de legalidad, en vista que se le habría condenado por el delito de Peculado de Uso previsto en el primer párrafo del artículo 388° del Código Penal, a pesar que la acusación del persecutor público tuvo como sustento jurídico el artículo 387° del Código Penal; por lo que al haber existido un error de invocación en la norma aplicable al delito instruido al tratarse de tipos delictivos totalmente diferentes, dicha situación acarrea la Nulidad de todo lo actuado.

De igual modo refiere que si bien se acogió a los alcances de la Conclusión Anticipada del Proceso, en la cual precisamente no existe etapa

de valoración de pruebas; sin embargo, el Colegiado también pudo absolverlo de los cargos imputados en su contra, si tiene en cuenta para ello la responsabilidad mínima encontrada, así como los antecedentes en su patrocinado. Resultando de igual modo desproporcional la Reparación Civil e Inhabilitación impuesta, dado que no se tomó en cuenta el costo real de las hojas y los antecedentes de su patrocinado, lo cual le ocasiona un grave perjuicio económico y profesional.

II. HECHOS IMPUTADOS

Conforme a los hechos expuestos en la acusación fiscal, se imputa al encausado que en su condición de servidor público (Abogado IV de la Oficina de Asesoría Legal) haber utilizado papel membretado (con sello de agua) de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica para redactar un escrito a favor de ---, —a quien patrocina de manera particular—, habiendo presentado el escrito ante el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, contraviniendo su función de custodiar dichos bienes así como el uso adecuado para los fines de la universidad; no descartándose la utilización de la computadora e impresora de la Universidad Nacional de Huancavelica para la elaboración e impresión de dicho documento; hecho que además el encausado habría tratado de justificar alegando el derecho que tiene de ejercer la defensa legal en sus horas libres.

III. ANÁLISIS

Antes de pasar al examen concreto de las argumentaciones que propone la defensa técnica del encausado en su respectivo escrito de impugnación, resulta necesario emitir pronunciamiento inicialmente, sobre aquellas causales que pudieran desencadenar la Nulidad de la sentencia, en el sentido que antes del análisis de los argumentos de fondo, resulta preciso remitirnos a aquellos fundamentos que se superponen en la garantía esencial del debido proceso penal y de la tutela jurisdiccional efectiva; siendo así, debe indicarse, que importa un deber irrenunciable de los órganos supremos, controlar no solo la validez de la decisión jurisdiccional, conforme los argumentos esgrimidos, sino también que se

haya seguido en estricto la observancia de las formalidades procesales, cuya posible omisión, puede haber generado un probable estado de indefensión a alguna de las partes, incidiendo en una contravención al sentido fundamental de lo que debemos entender por el "debido proceso".

Conforme a lo señalado, debemos acotar que el principio acusatorio importa una de las garantías esenciales del Proceso Penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referido al objeto del proceso y determina además bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante para el presente caso, se encuentra el objeto del proceso, el cual es fijado por el Ministerio Público; es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal a través de la acusación fiscal, dado que en ella se formaliza la pretensión penal y en función a ese marco no puede intervenir el órgano jurisdiccional.

Siendo ello así, se aprecia que el proceso judicial instaurado al encausado —conforme al auto de apertura de instrucción— es por el **delito de Peculado de Uso previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 388° del Código Penal**; dado que del relato fáctico se desprende que el encausado en su condición de servidor público (Abogado IV de la Oficina de Asesoría Legal de la Universidad Nacional de Huancavelica) habría utilizado en ejercicio de la defensa de un particular hojas membretadas (sello de agua) destinadas al uso exclusivo tanto interno como externo de los asuntos propios de la dicha casa de estudios; sosteniendo además que el encausado habría utilizado para la elaboración de dicho escrito los equipos de cómputo e impresora de la Universidad Nacional de Huancavelica, aprovechando el acceso que tenía sobre dicho bienes, hechos que así expuestos corroborarían la indebida utilización de los bienes mencionados por parte del encausado.

Bajo dicha premisa, el representante del Ministerio Público procedió a formular acusación sustancial (fs. 266) contra el encausado como

presunto autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado de Uso, ilícito sancionado en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal, señalando dentro del cuarto punto el rubro Análisis y Valoración, textualmente lo siguiente: "...En el presente caso, el imputado ha utilizado bienes (papel membretado) de la Universidad Nacional de Huancavelica y no se descarta, la utilización de la computadora e impresora de la institución, que deberá desvirtuarse o corroborarse en el juicio oral con la actuación de otros medios de prueba"(el resaltado y subrayado es nuestro). Es decir, conforme al análisis propuesto por el persecutor público, la imputación recaída contra el encausado concretamente resulta ser el uso de las hojas membretadas (con sello de agua) de la Universidad agraviada, no existiendo aún una imputación concreta respecto al uso de los equipos de cómputo e impresora de la universidad; sin embargo, no descarta dicha situación, sosteniendo que en todo caso deberá ser aclarada durante el Juicio Oral; es decir, la tesis del persecutor público, resulta enmarcada en el delito de Peculado de utilización previsto en el artículo 387° del CP (primer párrafo) el cual sanciona al funcionario o servidor público que (...) utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo", debiendo tenerse en cuenta que el tipo penal en mención, castiga ampliamente el uso de caudales y efectos del Estado, dentro de los cuales cabe incluir todo bien mueble de valor económico, dinero y documentos de crédito (RN N.º 4174-96-Junín, del 26 de mayo de 1998), situación que lo diferencia precisamente del delito de Peculado por uso previsto en el artículo 388° del texto punitivo, el cual sanciona el empleo de bienes estatales específicos como: máquinas, vehículos o cualquier otro instrumento de trabajo.

En dicha línea argumentativa, si bien posteriormente el encausado decidió acogerse a la **Conclusión Anticipada del debate oral**[1],

1 Con respecto a la conclusión anticipada del debate oral, resulta necesario indicar, siguiendo a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia establecida en el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, que, el aspecto sustancial de la institución de la conformidad —tal como está regulada en

aceptando haber utilizado tanto las hojas como equipos de cómputo de la universidad agraviada, sin embargo, el Colegiado al momento de emitir la sentencia conformada, procede a condenar al encausado como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de **Peculado de uso previsto en el primer párrafo del artículo 388° Código Penal**, sin realizar una adecuada motivación respecto de la variación del tipo penal previsto en la acusación fiscal, vulnerando en amplio sentido el principio de congruencia que precisamente debe existir entre la acusación fiscal y el pronunciamiento judicial definitivo, dado que la sentencia no puede recoger una distinta modalidad delictiva que la del escrito de acusación del persecutor público. Ahora, si bien dicha exigencia no debe interpretarse en el sentido que el Colegiado no puede condenar por distintas tipificaciones penales a las requeridas por el persecutor público, pues en razón de sus facultades discrecionales, no está atado a la estricta subsunción jurídica reflejada en la acusación; sin embargo, en aplicación del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, en concordancia con el artículo 22° de la LOPJ y el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22), al haberse fijado los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, este debe

el artículo 5 de la Ley 28122—, radica en el principio de adhesión, el cual tiene por objeto la pronta culminación del proceso penal a través de un acto unilateral del Imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penates y civiles correspondientes; i/alga decir, la aceptación por parte del procesado y su defensa a la Conclusión Anticipada del Juicio, se refiere únicamente al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, empero, no importa un allanamiento a la pena solicitada por el Fiscal en su acusación, siempre y cuando la defensa lo proponga en su momento y, a la par, no vincula al Tribunal, pues el órgano jurisdiccional, conforme al principio de legalidad penal, tiene toda la potestad de fijar la intensidad de pena, según los criterios aplicables en el proceso de determinación e individualización de la pena.

darse necesariamente bajo estricto respeto a los principios acusatorio y de contradicción, o concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos, así como en pleno cumplimiento del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N.º 959; ello a fin de no vulnerar el derecho de defensa y contradicción de una de las partes así como en estricta observancia del principio de legalidad material en cuanto a la subsunción de los hechos a los elementos constitutivos del tipo penal, tanto en lo concerniente a los elementos objetivos como subjetivos del injusto penal aplicable al caso concreto.

Conforme a lo expuesto, al existir una serie de irregularidades que afectan derechos y una grave vulneración de la norma adjetiva, cabe declarar la Nulidad de la sentencia recurrida, ello con arreglo a lo previsto en el inc. 1) del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales.

IV. OPINIÓN FISCAL

En consecuencia, esta Primera Fiscalía Suprema en lo Penal es de OPINIÓN que la Sala de su Presidencia declare **NULA** la sentencia recurrida, debiendo el Colegiado emitir nueva sentencia conforme a los considerandos antes expuestos.

3. Recurso de nulidad planteada por la defensa [informe]

Secretario: Carlos Alfonso Alvarado Torres.
Expediente: 00814-2008-0-1101-JR-PE-02.
Imputado: ---.
Agraviado: UNH y el Estado,
Delito: Peculado de Uso.
Relator: KARINA ADAUTO CARRION.
SUMILLA: FUNDAMENTACION DE RECURSO DE NULIDAD DE SENTENCIA.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL ESPECIALIZADA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAVELICA

---, en el proceso que se me sigue por el delito contra la Administración pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica, a usted atentamente digo:

Que, oportunamente al amparo del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales formulé el recurso de nulidad de la sentencia condenatoria expedida por la Sala de su Presidencia con fecha 28.06.2011, y conforme a lo señalado por ley, dentro del plazo legal (diez días hábiles), procedo con fundamentar la misma en los términos siguientes:

1. Que, conforme a la sentencia expedida por la Sala de su Presidencia, se me encuentra culpable del delito contra la Administración pública, en su modalidad de Peculado de Uso, previsto por el primer párrafo del artículo 388° del Código Penal, en atención de que conforme a la Ley N.º del 16.12.2003, sobre Conclusión Anticipada del Proceso, se declara la conclusión anticipada del debate oral, consiguientemente se toma como cierto los hechos o circunstancias del delito, y observando el Dictamen Acusatorio del señor Fiscal Superior, se tiene que los hechos son: la utilización del equipo de cómputo de mi Oficina y tres hojas de papel de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica con sello de agua o fondo, (no se trata de membrete o sello oficial), utilizado para la elaboración del recurso de apelación del mandato de detención- de mi patrocinado Jesus Antonio Vásquez Ampa, así mismo, existe un error en la invocación de la norma aplicable al tipo de delito cometido por mi persona, ya que el señor fiscal superior sustenta el marco jurídico en el artículo 389° del Código Penal y, sin embargo el Director de debates de la Sala Especializada Penal, invoca el artículo 388° del Código Penal Vigente, siendo tipos delictivos diferentes, violándose el principio constitucional de LEGALIDAD, ocasionando la nulidad de todo lo actuado.

2. Por otro lado, si bien es cierto que en la conclusión anticipada del proceso no existe la etapa de la valoración de las pruebas, también es cierto que, deja abierta la posibilidad de la absolución de los cargos, y en el caso concreto, mi persona como abogado con más de 13 años en la Administración pública, de los cuales 12 años de experiencia corresponden al servicio de la Universidad Nacional de Huancavelica, (Entidad Agraviada), período en el cual no fui objeto de sanción administrativa alguna (como lo pruebo con la información presentada por la parte agraviada al Juzgado Penal en el presente proceso) y; después de un análisis de todo lo actuado y siendo *conscientemente que no utilicé los equipos de la universidad para realizar mis escritos*, tal como lo demuestra la inspección judicial realizada en la computadora asignada a mi persona para ejercer mis labores en el Area de Asesoría Jurídica, de propiedad de la universidad (parte agraviada) y por ende del Estado, ya que, definitivamente y en honor a la verdad, todos los escritos lo realizo en mi computadora, establecida en mi domicilio, conjuntamente con mis libros o textos legales y mi pequeña impresora, para lo cual oportunamente solicité se realice la inspección judicial en mi domicilio para probar lo dicho; *asumiendo mi responsabilidad* por el uso de tres hojas de papel con el sello de agua, de propiedad de la universidad, por error en la presentación del escrito de mi patrocinado para lograr el cambio del mandato de detención con el de comparecencia y permitir su libertad inmediata.
3. Al momento de escuchar mi sentencia, situación que se realizó dentro de las 48 horas previstas por ley, me sorprendió que se tomara como cierto "que mi persona utilizó los equipos de cómputo de la universidad", situación que impulsó a mi abogado expresar su conformidad pero condicionándola a la oralización del medio probatorio de la inspección judicial realizada en la entidad agraviada (universidad nacional de huancavelica), *aceptando* categóricamente la utilización de las tres hojas de papel con el sello de agua, argumentación que no fuera tomada en cuenta por la Sala Especializada Penal, condenándome a un año de pena privativa de

libertad SUSPENDIDA, al pago de S/ 300.00 Nuevos Soles, como reparación civil y la inhabilitación de un año para ejercer función pública (como pena accesoria), no existiendo proporción con el hecho asumido por mi persona, el costo real de las tres hojas de papel bond A-4, y los antecedentes de correcto Funcionario Público por más de 13 años, solicitando y apelando al buen criterio de la Sala Suprema Penal, se establezca como Reparación Civil, la suma de S/. 100.00 Nuevos Soles, y la pena accesoria de Inhabilitación de 06 meses para ejercer función pública, al no registrar antecedentes de sanción administrativa o penal alguna.

4. Por último, debe tomarse en cuenta que con la sentencia prolada en mi contra, se me viene causando perjuicio económico y profesional enorme, puesto que no podré postular a una plaza convocada por el Consejo Nacional de la Magistratura, renuncié a la convocatoria Cas N.º 191-2011-MINJUS, y dejaré de percibir mis haberes mensuales en la Entidad Agraviada, recortándoseme el derecho al trabajo, considerando objetivamente *desproporcional* la pena impuesta a mi persona, por el solo hecho del uso de tres hojas de papel con sello de agua de la Entidad Agraviada, máxime que como lo sanciona el artículo 68° del Código Penal, se podrá eximir de la sanción, si la responsabilidad del agente fuera mínima, y/o por defecto, lo señalado por el *Principio de oportunidad*, cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que esta último sea reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria, como se configura en el presente caso, en forma copulativa; demostrando además, desde el inicio de la instrucción mi voluntad de reconocimiento de los hechos, y la conclusión anticipada, apoyada por el Fiscal Provincial Penal, observando estrictamente los principios de economía y celeridad procesal.

POR LO EXPUESTO:

A usted Señor Presidente de la Sala Penal, sírvase tener por FUNDAMENTADO mi recurso de nulidad, concederme la alzada, por ser de derecho, y con la debida atención del caso, proceder con elevar el recurso a la Sala Penal de la Corte Suprema, y con mejor estudio la superioridad revoque el acto resolutivo impugnado, SENTENCIA en los extremos que se me absuelva de los cargos imputados, o en su defecto se rebaje la reparación civil a S/. 100.00 Nuevos Soles, y se me disminuya la pena accesoria de inhabilitación por el período de seis meses, de conformidad a las normas legales vigentes, principio de oportunidad y acogimiento a la conclusión anticipada

Huancavelica, 12 de Julio del 2011.

4. Sentencia del Colegiado Superior de Huancavelica

SALA PENAL LIQUIDADORA – SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE: 00814 – 2008 – 0 – 1101 – JR – PE – 02
DELITO: PECULADO POR USO
AGRAVIADO: UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

SENTENCIA CONFORMADA

RESOLUCIÓN NÚMERO

Huancavelica, veintiocho de Junio del dos mil once.

VISTOS: En Audiencia Pública Oral y Pública el Expediente signado con el N.º 00814 – 2008 – 0 – 1101 – JR – PE – 02, estructurado en Dos (II) Tomos Principales y Dos (II) Cuadernos incidentales, seguido contra ---, como presunto Autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado de Uso, previsto en el artículo 388 Primer Párrafo del Código Penal, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica.

II. FLUYE DE AUTOS:

II.I A nivel de las investigaciones preliminares e instructorio. Que, el representante del Ministerio Público – Fiscal provincial Penal de la Provincia de Huancavelica, en fojas dieciocho, formula denuncia penal contra ---, en condición de presunto Autor de la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de Peculado de Uso, previsto en el artículo N.º 388 Primer Párrafo del Código Penal; en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica. Denuncia que es calificada por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica, quien dicta el Auto de Apertura de Instrucción, signado con el número uno, su fecha tres de Diciembre de dos mil ocho, llevándose a cabo el desarrollo del período de instrucción, incorporándose actos de investigación al interior del proceso penal, dentro de los plazos de investigación ordinario y ampliatorio de investigación obrante en fojas noventa y cinco, ciento tres, ciento ochenta y cuatro, y ciento noventa y dos; emitido los informes Finales tanto del Fiscal Provincial Penal como del Juez Penal corriente en fojas ciento cuarenta y cuatro, ciento cincuenta y tres; así como de fojas doscientos cincuenta y uno, y doscientos cincuenta y cuatro; por resolución de fojas doscientos cincuenta y seis, los autos son elevados a la Sala Superior Penal, para la prosecución de la segunda etapa del proceso penal.

II.II. A nivel de la etapa intermedia. Que, elevado los autos a la Sala Superior Penal de Huancavelica, por resolución de fojas doscientos sesenta y dos, se dispone remitir los autos con todos sus antecedentes al Fiscal Superior para que emita el pronunciamiento de acuerdo a sus atribuciones; él mismo que por Dictamen N.º 59 – 2010 – Acusación, su fecha doce de Julio de dos mil diez, corriente en fojas doscientos sesenta y seis, formula acusación sustancial contra el acusado ---, por el delito y entidad pública agraviada, solicitando las consecuencias jurídicas respectivas. Que, previo control de la legalidad, se dicta el Auto de Enjuiciamiento, su fecha treinta y uno de Agosto de dos mil diez, señalándose fecha para la realización de la audiencia y demás consecuencias jurídicas.

II.IV Etapa del juicio oral. Que, con fecha veintisiete de junio de ldos mil once, se instala la audiencia oral y pública, con la presencia del acusado ---, su Abogado defensor y el representante del Ministerio Público. A continuación se concede al uso de la palabra al Fiscal Adjunto Doctor Belizario Torres, en reemplazo del Fiscal Superior Doctor Fernán Panduro Panduro, para que formule la acusación oral, quien lo realiza de manera sucinta; se pregunta al acusado ---, si se acoge a la institución jurídica de la Conclusión Anticipada de los Debates Orales, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, previa explicación de sus alcances y beneficios legales por el Director de Debates, manifiesta libre y espontáneamente acogerse a la Conclusión Anticipada de los Debates Orales aceptando los cargos, pena y reparación civil; concedida la palabra a su abogado defensor César Ayuque, manifiesta su conformidad y compartir lo expresado por su patrocinado, excepto que se reduzca la pena y reparación civil, solicitada por el Ministerio Público, por haber admitido los hechos; por lo que, la Sala resuelve, dar por concluido los Debates Orales sin actividad probatoria alguna, disponiendo dictar la sentencia correspondiente en el plazo determinado por ley, suspendiendo la audiencia. Por lo que ha llegado el estado de dictar la correspondiente sentencia, que en doctrina se denomina sentencia anticipada o conformada.

III. CONSIDERANDO:

III.I Cargos formulados contra los sujetos activos del delito. Que, el representante del Ministerio Público denuncia y acusa a ---, como presunto Autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado de Uso, previsto en el artículo 388 Primer Párrafo del Código Penal, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica, por el hecho, de que: "[...] el imputado, en su condición de servidor público (Abogado IV de la Oficina de Asesoría Legal), ha utilizado papel membretado de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, para redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa a quien el imputado patrocina de manera particular y el escrito ha sido presentado al Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia

de Huancavelica, desprendiéndose por lo tanto, que la elaboración del escrito se ha realizado en los equipos de cómputo e impresión de la Universidad Nacional de Huancavelica, donde el denunciado tiene acceso al papel membretado y a los equipos de cómputos, por lo que, ha utilizado indebidamente los bienes y recursos de la institución; y que el imputado trata de justificar alegando el derecho que tiene de ejercer la defensa legal en sus horas libres. Conforme se advierte de los acotados actos procesales (Denuncia fiscal, y acusación escrita) de fojas dieciocho, y doscientos sesenta y seis respectivamente.

III.II Planteamiento y acogimiento de la conclusión anticipada de los debates orales. Que, el acusado ---, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 5 de la Ley N.º 28122 que prevé la institución jurídica de la conclusión Anticipada de los Debates Orales, al ser preguntado por la Dirección de Debates, si se acoge a ella, manifiesta libre, voluntario de manera afirmativa, en coordinación y con la conformidad de su Abogado defensor, renunciando a la actividad probatoria, el contradictorio, la presunción de inocencia, poniendo así fin al proceso, esto es, a partir de la aceptación por el acusado de los hechos, del delito imputado y de la responsabilidad civil; por consiguiente, en esta extremo, no corresponde ejecutar actividad probatoria ni realizar valoración de pruebas alguna en orden a la realidad de los hechos acusados, por ende, debe tenerse tales hechos como realmente existente y aceptado. La acotada normal legal y la doctrina jurisprudencial, nos informa, que, como consecuencia de ello, no cabe otra opción al tribunal que tener como hechos expresado formalmente por el imputado y su relevancia jurídico penal y jurídico civil son, pues determinantes, produce, consiguientemente, tanto una vinculación absoluta de los hechos aceptados, como sujeto al pertinente juicio de imputación penal, una vinculación criminal, que en esta extremo solo debe entenderse de carácter relativa. No obstante, lo expuesto, corresponde al Tribunal el control jurisdiccional de la conformidad, por lo que, en resguardo de la vigencia del Principio de Legalidad Penal y en salvaguarda del valor justicia material, de los que en modo alguno está desligado, debe analizar rigurosamente los alcances de los hechos conformados. En consecuencia, y solo en la eventualidad de que se

presenten supuestos de atipicidad, de exención de responsabilidad penal o de no punibilidad, en atención a las exigencias de la ley penal material, la Sala podrá dictar sentencia absolutoria. Estando también a los términos descritos, así como lo desarrollado en la Ejecutoria Suprema Vinculante N.º 1766 – 2004, del veintiuno de setiembre de dos mil cuatro, y el Acuerdo Plenario N.º 5–2008 / CJ–116, del dieciocho de Julio del dos mil ocho.

III.III Hechos probados de la comisión del delito materia de acusación: contra la Administración pública, en la modalidad de Peculado de Uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica. Que, en tal virtud, con arreglo a la acusación fiscal, aceptado por el acusado, y la conformidad de su abogado defensor, los hechos que se tienen por establecidos son los siguientes: 1. Que, el acusado, tiene la condición de servidor público, ejerciendo el cargo de Abogado IV de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Universidad Nacional de Huancavelica. 2. Que, el acusado en tal condición laboral, ha utilizado papel membretado de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, para redactar un escrito a favor de ---, a quien el imputado patrocina de manera particular. 3. Que, el citado escrito ha sido presentado al Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica. 4. Que, desprendiéndose por lo tanto, que la elaboración del escrito se ha realizado en los equipos de cómputo e impresión de la Universidad Nacional de Huancavelica, donde el imputado tiene acceso al papel membretado y a los equipos de cómputo. 5. Que, por lo que, ha utilizado indebidamente los bienes y recursos de la institución; y que el imputado trata de justificar alegando el derecho que tiene de ejercer la defensa legal en sus horas libres.

III. IV. Subsunción de los elementos probados en el tipo materia de acusación. Tipicidad. Que, el delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado de Uso, atribuido al sujeto activo, se encuentra subsumido en la norma prohibitiva del artículo N.º 388 Primer Párrafo del Código Penal. En el tipo penal de Peculado de Uso, la norma penal prevé: "El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, maquinarias o

cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años". Que, en el caso subjudice se desprende que al imputado no solo se le imputa el uso de los bienes consistentes en hojas membretado con el logotipo de la Universidad Nacional de Huancavelica, sino también el uso de equipos de cómputo e impresora, quedando materializado con el escrito escoltado a la promoción de la denuncia fiscal, en copia corriente de fojas uno a cuatro, y en original de fojas treinta y uno a treinta y cuatro; bien que ha sido reconocido por el propio imputado en la diligencia de su declaración instructiva corriente en fojas cincuenta y siete desprendiéndose que los bienes han sido utilizados para uso privado o particular, como es el asesoramiento profesional de Abogado en un caso concreto para un tercero, ajeno a la institución pública agraviada.

III.V Antijuridicidad y Culpabilidad. Que, determinada la conducta típica del agente, el comportamiento desplegado por el acusado es contrario al orden jurídico, porque en ninguno de sus preceptos normativos surge una permisiva para su realización, contrariedad que delimita la antijuridicidad del delito, por ende, el injusto penal, no mediando en el comportamiento ninguna causa de exención, justificación, exculpación o de inimputabilidad, configurándose el carácter específico del delito: la culpabilidad; subsiguientemente, resulta reprochable las conductas frente a los hechos ilícitos realizados. Que, estando a lo expuesto, los elementos tácticos desplegado por el acusado se subsume en la acotada norma penal prohibitiva, configurándose la estructura del delito, esto es, la tipicidad, antijuridicidad, y la culpabilidad.

III.VI Principio de corresponsabilidad social de la comisión de un delito y principio de determinación de la pena. Que, estando acreditado el delito, así como la responsabilidad penal del acusado, tiene la condición jurídica de Autor, por las razones antes expuestas, pues su participación ha sido el de utilizar los bienes señalados en la acusación escrita glosada, de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, de manera dolosa, vulnerando el normal desenvolvimiento de la Administración pública, cuyo comportamiento que se enmarca

dentro de la esfera penal; que se subsume en el artículo 23 del código penal. Por lo que, corresponde imponer las consecuencias jurídicas del delito, esto es, a pena junto con la reparación civil, de conformidad con el artículo 92 del cincuenta y nueve del código penal, considerando el principio de la corresponsabilidad social en la comisión de un delito y el principio de determinación de la pena, previsto en los artículos 45 y 46 del acotado código sustantivo. Consecuentemente, el acusado, cuenta con cuarenta años en la actualidad, con domicilio real ---, de profesión Abogado, estado civil casado, carece de antecedentes policiales, judiciales y penales como se desprende de fojas cuarenta y seis, doscientos ochenta y dos, y doscientos ochenta y cinco.

III.VII Prevención Especial y General de la Pena. Que, también es de tener en cuenta la función de prevención especial y general de la pena, la primera en forma directa al acusado por ser reprochable su conducta; la segunda corresponde al deber estatal, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (artículo 44 de la Constitución Política del Estado); en consecuencia las penas por estar orientadas a evitar la comisión de delitos, operan como garantía constitucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general; el comportamiento del acusado en el desenvolvimiento del proceso, se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 136 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, que prevé el derecho premial, por cuanto, en su declaración instructiva corriente en fojas cincuenta y siete, y ampliatoria de fojas ciento veintitrés, en consideración a que admite los hechos materia de denuncia en el extremo del uso de los papeles de la propiedad de la entidad agraviada, pero, que los imprimió en su casa, en el acto de instalación de audiencia acepta todos los extremos de los cargos espontáneamente, al acogerse a la institución jurídica de la Conclusión Anticipada de los Debates Orales, esto es, acepta los cargos, pena y reparación civil, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, lo cual favorece al acusado, en el que reconoce y acepta los hechos, se tiene en cuenta también la naturaleza del delito; que para el caso concreto el Tribunal considera la aplicación de una pena privativa de libertad con carácter suspendida

condicionalmente, conforme a lo previsto en el artículo 57 del Código Penal, que les impedirá cometer nuevo delito, atendiendo también a la edad del agente y que de autos se advierte que a la actualidad no ha incurrido en otro delito.

III.VIII Alegado de la defensa del acusado. El abogado defensor en el estado que se le cede la palabra para que exprese su conformidad respecto al acogimiento de la conclusión anticipada de los debates orales del acusado, además de compartir con lo expresado por su patrocinado, solicita que no está conforme con la pena, debiendo aplicar una pena benigna, por debajo del mínimo legal y disminuir prudencialmente la reparación civil, considerando que su patrocinado es un profesional, con carga familiar, sin antecedentes, y se ha acogido a la conclusión anticipada de los debates orales.

III.IX Aspectos de la reparación civil. Que, en cuanto al delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica, se tiene en cuenta el daño causado en toda su dimensión y se proyecta en cuanto su contenido a lo establecido en el artículo 93 del Código Penal y en aplicación del Principio del Daño Causado para los efectos de fijar el monto de la reparación civil, monto que se fijará en monto global, debiendo fijarse de manera prudencial y razonable, en base al daño causado; empero, también se debe considerar las posibilidades económicas del agente.

III.X Que, de conformidad con lo previsto en los artículos 280, 283 285 del Código de Procedimientos penales, en concordancia con el artículo 5 de la Ley N.º 28122, en aplicación del Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad entre la entidad del injusto y la culpabilidad del agente por el hecho perpetrado; obviadas las conclusiones escritas y cuestiones de hecho respectivamente, con el criterio de conciencia que la Ley faculta, y Administrando Justicia a nombre de la Nación, la Sala Especializada Penal de Huancavelica.

IV. FALLAN:

IV.I CONDENANDO: A -----, como **AUTOR** del delito contra la Administración pública, en la modalidad de **PECULADO DE USO**, previsto en el artículo 388 Primer Párrafo del Código Penal, en agravio de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA.

IV.II IMPUSIERON: Al sentenciado la PENA DE UN (01) AÑO DE PRIVATIVA DE LIBERTAD, SUSPENDIDA CONDICIONALMENTE, bajo REGLAS DE CONDUCTA siguiente: a) Prohibición de frecuentar determinados lugares; b) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside si autorización del Juez; c) Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado Penal, para informar y justificar sus actividades, cada treinta (30) días; d) Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que esté en la imposibilidad de hacerlo; e) Respetar el Patrimonio del Sector Público y Privado, de acuerdo a las normas que regulan sobre la materia, incluido, respecto de las atribuciones y prohibiciones previstas; todo bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento de cualquiera de las reglas establecidas, de aplicarse el artículo 59 del Código Penal; pena que vencerá, el veintisiete (27) de Junio de dos mil doce (2012).

IV.III CONDENARON: A la pena de **inhabilitación** de **UN (01) AÑO** que iniciará a partir del día de la fecha veintiocho (28) de junio del dos mil once (2011), vencerá el veintisiete (27) de Junio de dos mil doce (2012), de conformidad a lo previsto en los incisos 1) y 2) del Artículo 36 del Código Penal, privación para ejercer cargo público; e incapacidad para obtener mandato, cargo, o empleo o comisión de carácter público. **COMUNIQUESE:** A la entidades determinadas por Ley, en mérito al Acuerdo Plenario N.º 10 – 2009 / CJ – 116 emanado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Costa Suprema de Justicia de la República.

IV.IV FIJARON: Por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** la suma de **TRESCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/.300.00)**, que deberá pagar el sentenciado, en favor de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA,** en el modo y forma previsto en la Ley.

IV.V SEÑALARON: EL PERIODO DE PRUEBA de **UN (01) AÑO,** que deberá cumplir el sentenciado, que inicia a partir del día de la fecha veintiocho (28) de junio del dos mil once (2011), vencerá el veintisiete (27) de junio del dos mil doce (2012), de conformidad con el artículo 57 in Fine del Código Penal.

IV.VI DISPUSIERON: Que, la sentencia condenatoria, se inscriba en las entidades determinadas por ley, para su anotación en los Registros correspondientes, una vez quede consentida o ejecutoriada, escoltándose copia certificada de la presente sentencia. **ORDENARON: REMITIR** el presente Expediente al Juzgado Penal competente para la ejecución de las consecuencias jurídicas de la pena conforme a sus atribuciones. Así la Pronunciaron, Mandaron y Firmaron a los veintiocho (28) días del mes de Junio de dos mil once (2011), en la Sala de Audiencias de la Sala Director de Debates señor Bonifaz Mere.

s.s

PAUCAR CUEVA

BONIFAZ MERE

AYALA VALENTÍN.

5. Dictamen Fiscal Superior

Expediente	: N.º 00814-2008-0-1101-JR PE-02
Inculpado	: ---
Delito	: PECULADO
Agraviada	: UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
Dictamen	: N.º 59-2010 .ACUSACION

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA SUPERIOR PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAVELICA:

En el presente proceso ordinario **HAY MERITO PARA PASAR A JUICIO ORAL** contra ---, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica.

HECHOS:

Que, de la investigación preliminar e instruccional se ha determinado lo siguiente:

Que, el imputado ---- en su condición de servidor público (Abogado IV de la Oficina de Asesoría Legal)ha utilizado papel membretado de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, para redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa a quien el imputado patrocina de manera particular y el escrito ha sido presentado al Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica, desprendiéndose por lo tanto, que la elaboración del escrito se ha realizado en los equipos de cómputo e impresión de la Universidad Nacional de Huancavelica, donde el denunciado tiene acceso al papel membretado y a los equipos de cómputo, por lo que, ha utilizado indebidamente los bienes y recursos de la institución; y que el imputado trata de justificar alegando el derecho que tiene de ejercer la defensa legal en sus horas libres.

Hechos que constituyen el delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso.

DILIGENCIAS ACTUADAS.

A folios 1 a 20 obra la investigación preliminar efectuada por el Ministerio Público.

A folios 22 a 25 obra el auto apertorio de instrucción con mandato de comparecencia con restricciones.

A folios 31 a 34 obra el escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa donde se ha utilizado el papel membretado de la Universidad Nacional de Huancavelica.

A folios 46 obra el Certificado Judicial de Antecedentes Penales de ---, quien no registra antecedentes.

A folios 52-53 obra el apersonamiento y constitución de parte civil de Yda Flor Camposano Córdova Rectora de la Universidad Nacional de Huancavelica.

A folios 57 a 60 y folios 123a 125 obra la instructiva y ampliación de ---, quien dijo: que ocupa el cargo de jefe de oficina de cooperación técnica a partir de agosto, dependiente de a la Dirección Universitaria de Planificación y Presupuesto, antes ocupó el cargo de Abogado IV en asesoría jurídica. Que reconoce el escrito que se le pone a la vista y que el presento a favor de dicha persona y reconoce haber utilizado papeles pertenecientes a la universidad donde labora.-y que el asesora particularmente a partir de las cinco de la tarde en su domicilio --- utilizando la computadora de su domicilio y que por error utilizó los cuatro folios de la Universidad al haberse mezclado con las hojas que utiliza normalmente, para la elaboración del escrito de modificación del auto de detención de Jesús Vásquez Ampa y que no se percató y que el documento lo redactó e imprimió en su domicilio y que muchas veces realiza el trabajo de la Universidad en su domicilio, por la recargada labor que existe y que no existe incompatibilidad de ejercer la defensa en forma esporádica y ha sido un error la utilización de los papeles membretados. Que asesoró a Jesús Vásquez Ampa durante el día, pero no recuerda la fecha y que no solicitó autorización para dicha diligencia.

A folios 72 obra el informe N.º 054-2008-OAPRE-DUP/VRADM/UNH donde se indica:

Que el imputado no está autorizado para utilizar los bienes de la Universidad y los equipos de cómputo para labores ajenas al servicio que presta la universidad. Que el día 05 de agosto del 2008 el imputado no estuvo con permiso, porque la papelera de salida consta que estuvo de comisión de servicio oficial desde las 8.38 a.m. hasta las 11.45 a.m.

A folios 75 obra copia fedateada de la papeleta de salida de --- del día 05 de agosto del 2008.

A folios 91-92 obra la preventiva de Yda Flor Camposano Córdova rectora de la UNH quien dijo: Que se ratifica en la denuncia y solicita se cumpla con la ley.

A folios 210 obra la testimonial de Maik Denisse Navarro Zamudio quien dijo: que labora como asesora legal y esa dedicación exclusiva y que desconoce las razones de la afirmación del imputado.

A folios 212 obra al testimonial de Alfredo Fidel Hernández López quien dijo: que no realiza trabajos extra laborales.

A folios 213 obra la testimonial de Jean César Zumaeta Segura, quien dijo: que no realiza trabajos extra laborales.

A folios 217 a 220 obra las copias certificadas de la declaración instructiva del inculpado Jesús Ángel Vásquez Ampa, donde consta que se llevó a cabo el día 05 de agosto del 2008 a las nueve de la mañana. Horas en que debía estar laborando el imputado en la Universidad Nacional de Huancavelica.

A folios 221 a 231 obra la diligencia de Inspección Judicial.

A folios 247-248 obra la testimonial de Jesús Ángel Vásquez Ampa quien dijo: que conoce al imputado porque fue su abogado en el proceso que tuvo contra el Municipio Provincial de Huancavelica el cual fue archivado. Que el imputado le presentó dos escritos en ese proceso y el tercer escrito fue presentado por un tercer abogado porque no tenía tiempo y que lo acompaño para prestar su declaración instructiva en el expediente N.º 2008- 254-0-1101-JR-PE-02; y que se comunicó con el imputado vía telefónica cuando se encontraba en su casa o en la calle. Y que el documento de folios 01 a 04 es el escrito que hizo el imputado a fin de no pagar la caución.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN:

De la glosa de los medios probatorios que se han actuado en su oportunidad y del análisis valorativo jurídico penal de los mismos, se colige que se encuentra acreditada la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica

1. Que, el imputado ocupa el cargo de abogado III en la oficina de Asesoría Jurídica siendo personal nombrado habiendo ingresado el 02 de marzo de 1999 y nombrado mediante al resolución N.º 396-2004-R, actualmente designado en el cargo de Jefe de la Oficina de Cooperación Técnica, esto se acredita con el informe escalafonario corroborado con la instructiva del imputado.

2. Que el imputado ha utilizado papel membretado, que es de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, contraviniendo su función de custodiar dichos bienes y que se le den el uso adecuado para los fines de la Universidad y no para fines particulares, esto se acredita, con la instructiva del imputado corroborado con la testimonia! de Jesús Ángel Vásquez Ampa y con el original del recurso presentado en el Poder Judicial con fecha 04 de junio del 2008 y el informe N.º 054-2008-OAPRE-DUP/VRADM/UNH.
3. Que el imputado ha participado de la instructiva de Jesús Ángel Vásquez Ampa el día 05 de agosto del 2008, a horas 9.00 a.m. en el Segundo Juzgado Penal de Huancavelica y esto se acredita con la papeleta de salida, corroborado con el informe N.º 054-2008-OA-PRE-DUPA/RADM/UNH, el cual puede constituye falta administrativa y no ilícito penal, por lo que se deja a salvo el derecho de la agraviada a proceder con arreglo a ley.
4. Que el delito de peculado por uso está contemplado en el Art. 387 del C:P. Que señala: "El funcionario o servidor público, que se apropia o utiliza en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años" En el presente caso, el imputado ha utilizado bienes (papel membretado) de la Universidad Nacional de Huancavelica y no se descarta la utilización de la computadora e impresora de la institución, que deberá desvirtuarse o corroborarse en el juicio oral con la actuación de los otros medios probatorios.
5. Debe tenerse en cuenta la doctrina y jurisprudencia siguiente: Acuerdo Plenario N.º01-2006/ESV-22 con fecha 13 de octubre del 2006 dispone que la ejecutoria suprema dictada en el Recurso de nulidad N.º 1912-2005 de fecha 06 de setiembre del 2005 "ha señalado los presupuestos materiales de la prueba indiciaría necesarios para enervar la presunción de inocencia, constituyéndose en precedente de obligatorio cumplimiento por los magistrados de

todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad entre ellos podemos citar indicio de móvil delictivo, datos periféricos adicionales, debidamente enlazados, en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo a una actitud sospechosa o conducta posterior y una mala justificación que no han sido acreditadas". "Los indicios deben ser valorados en forma conjunta, no pudiendo ser desvirtuados por los contraindicios o indicios de signo contrario, para ello el juicio de inferencia desarrollado por el Juzgador debe observar razonabilidad, solidez, logicidad y cohesión" ([1]).

ACUSACIÓN PENA, REPARACIÓN CIVIL Y PENA ACCESORIA

Con la facultad conferida por el inciso 4 del artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público - esta Fiscalía Superior, en aplicación del artículo 1,12,28,29,45,92.93, 101, 387 primer párrafo del Código Penal formula Acusación Sustancial en contra de ---, de treinta y siete años de edad, natural del Distrito, Provincia y Departamento de Huancavelica, de estado civil casado, grado de instrucción superior, de ocupación abogado, con domicilio en el Jr. 5 de Agosto N.º 145, barrio "San Cristóbal"-Huancavelica, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica y solicito se le imponga la pena de CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad y al pago de MIL NUEVOS SOLES por concepto de reparación civil en favor de la entidad agraviada, debiendo pagarse con los bienes que sean de propiedad del imputado, e inhabilitación de dos años de conformidad con lo dispuesto por el art. 36 inc. 1. y 2 del C.P.

No he conferenciado con el acusado quien se encuentra con mandato de comparecencia restringida. La instrucción se ha llevado de manera regular cumpliéndose los plazos de ley.

1 Dialogo con la Jurisprudencia - diciembre del 2007 N.º 111 pp 234

Que, se reciba la ampliación de la testimonial de Jesús Ángel Vásquez Ampa quien domicilia en Jr. Manuel A. Segura N.º 113 -Cercado Huancavelica para que absuelva lo siguiente: si los documentos que elaboró el imputado fueron hechos en su domicilio o en la Universidad y en que computadora fueron elaborados los documentos, si el imputado tiene oficina jurídica, si los papeles membretados fueron utilizados porque no había otro papel y era urgente hacerlo o fue un error.

Huancavelica, 12 de julio del 2010

6. Auto de instrucción

EXPEDIENTE	:	2008-00814-0-1101-JR-PE-2
INCULPADO	:	---
DELITO	:	PECULADO DE USO
AGRAVIADO	:	UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
SECRETARIO	:	OSCAR FRANCISCO CARDENAS SANTIAGO
JUZGADO	:	SEGUNDO JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA

AUTO QUE ABRE INSTRUCCIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO UNO

Huancavelica, tres de diciembre año dos mil ocho

AUTOS y VISTOS:

La denuncia formulada por el Señor Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial de Huancavelica y los recaudos que acompaña; y,

CONSIDERANDO:

HECHO IMPUTADO

Primero: Que, se imputa al denunciado que en su condición de servidor público (Abogado Cuatro de la Oficina de Asesoría Legal) haber utilizado en el ejercicio de la defensa de un particular, hojas papel

membretado de propiedad de la Universidad antes indicada fácilmente identificables por el escudo de dicha casa superior de estudios; y siendo que dicho papel está destinado al uso exclusivo tanto interno como externo de los asuntos propios de la universidad; es decir que se encuentra completamente prohibido su utilización en casos personales ajenos a la Universidad; en efecto y conforme fluye del escrito que en copia certificada corre de hojas uno a cuatro esta documento habría sido redactado en las hojas membretadas de la Universidad, las cuales le fueron proporcionadas para el desempeño de sus funciones al servicio de dicha Institución; además el citado escrito ha sido redactado a favor de Jesús Angel Vasquez Ampa a quien el denunciado patrocina de panera particular conforme el mismo lo reconoce en la manifestación que en copia certificada corre a hojas cinco; desprendiéndose por lo tanto que la elaboración del escrito se ha realizado en los equipos de cómputo de la Universidad Nacional de Huancavelica e impreso en las impresoras de la misma; donde el denunciado tiene acceso al papel membretado; indebida utilización de recursos que el imputado trata de justificar alegando el derecho que tiene de ejercer la defensa en sus horas libres.

REQUISITOS PARA ABRIR INSTRUCCIÓN

Segundo.- Que, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales establece que: "Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo 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 acción penal" y así expuestos los hechos se tiene que la conducta que se imputa al denunciado, de haber utilizado los bienes e instrumentos de trabajo pertenecientes a la Universidad Nacional de Huancavelica para fines ajenos a la función que desempeña como servidor público en dicha institución; tiene connotación criminal al encontrarse prevista y sancionada por el primer párrafo del artículo 388 del Código Penal Vigente, como delito de Peculado Por Uso; por

lo cual habiéndose individualizado al presunto autor y considerando que la acción penal no ha prescrito ni pesa sobre ella causal alguna que determine su extinción, corresponde abrir instrucción de conformidad a lo dispuesto por la norma procesal antes invocada.

MEDIDA COERCITIVA A IMPONERSE

Tercero.- Que, respecto de la medida coercitiva a aplicarse es menester indicar en el caso que nos ocupa, que el denunciado tiene domicilio y trabajo conocido, además de autos no existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, ni tampoco existen medios de prueba sobre la habitualidad delictiva del agente, con lo cual y pese a que la prognosis de pena ha imponerse supera el año y, que existe suficientes elementos probatorios de la comisión del delito denunciado que vinculan al imputado como su autor, debe tenerse presente que, **no concurren de manera copulativa** los supuestos previstos por el artículo 135° del Código Procesal Penal vigente a efectos de dictarse mandato de detención, máxime si se atiende al carácter excepcional de dicha medida, siendo suficiente en el presente caso dictar medida de comparecencia con restricciones, conforme lo prevé el último párrafo del artículo 143° del acotado cuerpo de leyes.

Por tales consideraciones, con la facultad conferida en el artículo 2°, numeral 24, literal f) de la Constitución Política del Perú, artículos 12° y 212° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 77° y 94° del Código de Procedimientos Penales vigente;

SE RESUELVE:

ABRIR INSTRUCCIÓN, en VIA ORDINARIA contra:---, por el delito Contra la Administración pública, en la modalidad de Peculado Por Uso, en agravio de la Universidad Nacional de Huancavelica; **DICTÁNDOSE** contra el procesado mandato de **COMPARECENCIA CON RESTRICCIONES**, siendo las siguientes a) No variar el lugar de

domicilio sin autorización del Juzgado; y b) Concurrir puntualmente a las citaciones que realice esta Despacho; todo ello bajo apercibimiento de revocarse el mandato de comparecencia por el de detención; en consecuencia:

1. **RECÍBASE** La declaración instructiva del procesado el día veintidos de diciembre próximo a horas nueve de la mañana, con citación del Señor Representante del Ministerio Público; **NOTIFÍQUESE** con tal fin;
2. **RECÍBASE**: La declaración preventiva de la representante legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, el día veintinueve de diciembre próximo a horas once y treinta de la mañana **NOTIFÍQUESE** con tal fin.-
3. **RECÁBESE**: La declaración testimonial de Jesús Vasquez Ampa el día veintinueve de diciembre proximo a horas dos y treinta de la tarde, **NOTIFÍQUESE** con tal fin;
4. **RECÁBESE:** Los Antecedentes Judiciales y Penales del inculpado;
5. **CÚRSESE** oficio a la Universidad Nacional de Huancavelica a fin de que informen: a) Las oficinas que usan el papel membretado con el escudo de la Universidad, b) En qué tipo de documentación lo usan; c) Si hay control en su uso; d) Si los servidores de dicha institución están autorizados a llevar fuera de la universidad dicho papel; e) Si el procesado Ricardo Alejandro Vera Donaires labora a tiempo completo o le está permitido patrocinar a particulares y por asuntos ajenos a la Universidad dentro y fuera del horario de la Universidad; f) Si a dicho inculpado le está autorizado utilizar los equipos de cómputo para labores ajenas al servicio; y g) El horario laboral del inculpado Ricardo Alejandro y si esta estuvo con permiso el día cinco de agosto del dos mil ocho en horas de la mañana.
6. **RECÁBESE** los originales de las hojas membretadas utilizadas por el procesado, las mismas que obran a hojas doscientos doce a doscientos catorce de la instrucción N.º 2008-254-0-1101-JR-PE-02 **asimismo** copia de la declaración instructiva de Jesús Vasquez Ampa obrante en dicha causa penal.

7. **PRACTÍQUESE** una diligencia de inspección Judicial en las oficinas de Asesoría Jurídica de la entidad agraviada y extraerse impresiones de los equipos de cómputo allí asignados para realizar el cotejo con el original del escrito presentado por el procesado; el día Siete de enero del dos mil nueve a horas nueve de la mañana.
8. **FÓRMESE** el Cuaderno de Embargo a efectos de garantizar el pago de la reparación civil; debiendo el Secretario cursor dar cuenta del trámite del mismo; **PRACTÍQUESE** Las demás diligencias que fueren necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos. **COMUNÍQUESE**: La apertura de la presente instrucción a la respectiva Sala Mixta Superior de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, información que deberá de realizarse en cumplimiento del artículo 88 del Código de Procedimientos Penales, al inicio del proceso y durante su desarrollo; debiendo de contener lo siguiente información según sea el caso: **A)** Respecto al mandato, si es comparencia con restricciones, reglas de conducta y/o caución económica, así como el plazo para su cumplimiento y de no haber cumplido sobre la revocatoria; **B)** Si es mandato de detención se deberá indicar si es con reo en cárcel o no; **C)** Nombres y apellidos de todos los procesados, delitos y agraviados; **D)** Fecha de la resolución de apertura, prórroga o ampliación de la instrucción. Todo ello, bajo responsabilidad del secretario cursor y del técnico judicial de imponerse la medida disciplinaria que corresponda. Al primer otrosí: **CÚRSESE** el oficio solicitado y con la respuesta DESE cuenta en el cuaderno de embargo; Al segundo otrosí: **TENGASE** presente.-

Este libro se terminó de imprimir
en junio del 2016 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú

PRESENTACION

*Nuestra organización académica LIBREJUR, comprometido con la difusión del Derecho y la investigación jurídica, se complace en presentar a la comunidad jurídica y en general el libro: «**PROCESO INMEDIATO EN CASOS DE FLAGRANCIA**»; la obra comprende el desarrollo del Decreto Legislativo Nº 1194, en igual forma es el producto de la recopilación de los valiosos artículos escritos por aplicados investigadores que ante la dación de este importante cuerpo normativo han analizado las principales instituciones que comprende este nuevo sistema procesal.*

El contenido de esta obra expresada en trabajos de alta calidad académica, representa una importante contribución al derecho procesal y muy en especial a la institución del proceso inmediato. Estamos convencidos que los comentarios y reflexiones que se exponen, se convierten no sólo en fuente de consulta por su rigurosidad analítica, sino también en punto de referencia y hasta de controversia en el debate jurídico – procesal.

A través de esta presentación formulamos nuestro reconocimiento especial y felicitamos a los señores: Consuelo Soledad Chacacanta Limachi, Isaías José Ascencio Ortiz, Lucero Jazmin Sanchez Mosombite, Gabriel Chávez-Tafur, Alfredo Araya Vega, Luis Martín Lingán Cabrera, Fabiola Franceza Omonte, Daniel Quispe Meza, Jorge Isaac Torres Manrique, quienes han contribuido con sus mejores artículos para materializar esta obra en provecho y beneficio académico de la comunidad jurídica en general. En ese mismo sentido, no podemos dejar de mencionar y reconocer su valioso asesoramiento al equipo de recopiladores que en forma sistemática han ordenado la ubicación de cada artículo.

LA CASA EDITORIAL