INSTITUTO PACÍFICO

José Luis Castillo Alva

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

INSTITUTO PACÍFICO



EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Autor:
José Luis Castillo Alva

Primera Edición - Febrero 2015

Copyright 2015
© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje: Pacífico Editores S.A.C.
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe
Diego Camasca Borja
Anyela Aranda Rojas

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2015
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 5,360 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 11501051500256

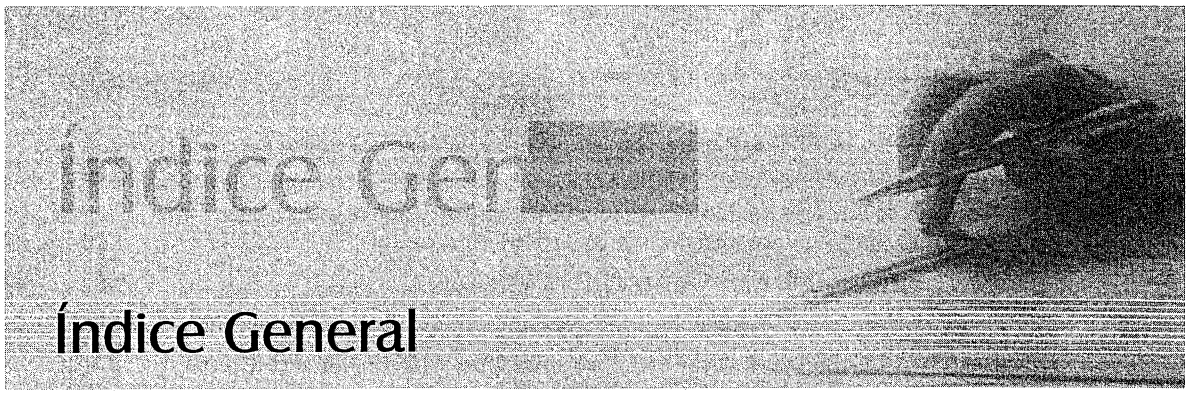
ISBN: 978-612-4265-14-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2015-02594

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.

A don Álvaro Hernández, mi querido suegro,
por compartir las preocupaciones académicas
y la esperanza de un derecho mejor.



Índice General

Presentación 11

CAPÍTULO PRIMERO

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 15

II. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN 22

III. ¿ES NECESARIA UNA DISPOSICIÓN QUE ESTABLEZCA LA PROHIBICIÓN DE QUE EL FUNCIONARIO INTERVENGA INDEBIDAMENTE EN UN CONTRATO ESTATAL? 25

IV. CONFLICTO DE INTERÉS Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE 27

V. ¿SE TRATA DE UN DELITO DE DAÑO O DE PELIGRO? 30

VI. EXCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS MORALES 32

CAPÍTULO SEGUNDO

VII. TIPICIDAD OBJETIVA 35

1. AUTORÍA 35

2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS 39

A) INTERESARSE DIRECTA O INDIRECTAMENTE O POR ACTO SIMULADO 39

a) Delimitación 39

b) La naturaleza y clase del interés prohibido 52

c) El interés "indebido" 55

d) La dirección del interés: el contrato u operación 57

e) La legitimidad del acto (contrato u operación) de la Administración Pública 63

f) Las modalidades típicas del *interesarse* 64

fa) El *interesarse* de manera directa 64

fb) El *interesarse* de manera indirecta 65

fc) El *interesarse* mediante acto simulado 68

g) La posibilidad de la comisión por omisión en el delito de negociación incompatible 69
h) ¿La informalidad en el proceso de contratación estatal puede configurar el delito de negociación incompatible? 76
B) EL INTERESARSE POR RAZÓN DE SU CARGO 83
a) Los miembros del Comité especial 86
b) La exigencia de que el autor pertenezca al mismo sector de la Administración Pública que realiza el proceso de contratación 88
c) La vinculación funcional entendida como competencia formal para intervenir en el proceso de contratación 90
d) La posición personal: el criterio mixto. La necesidad de tomar en cuenta criterios materiales y normativos 98
VIII. TIPO SUBJETIVO 101

CAPÍTULO TERCERO

IX. PARTICIPACIÓN 119
X. CONCURSOS 131
XI. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN 138
XII. LA PRESCRIPCIÓN 142

CAPÍTULO CUARTO

XIII. LA PRUEBA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE 149

JURISPRUDENCIA

I
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, CONCURSOS

§ 1. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.º 2068-2012 (19/04/2013) 169
§ 2. APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO: R. N. Nº 2835-2004 (09/05/2005) 173
§ 3. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. Nº 661-2009 (10/03/2010) 175
§ 4. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.º 2106-2009 (16/06/2010) 179

§ 5. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN: R. N. N.° 5083-2008 (20/01/2010) 186
§ 6. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 1069-2009 (23/02/2010) 194
§ 7. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 4259-2008 (09/04/2010) 196
§ 8. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 1124-2009 (07/06/2010) 199
§ 9. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 613-2009 (15/03/2010) 201
§ 10. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 1328-2011 (09/05/2012) 204
§ 11. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 2196-2011 (18/05/2012) 210
§ 12. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 2641-2011 (10/08/2012) 214
§ 13. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 3584-2011 (28/06/2012) 218
§ 14. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 253-2012 (13/02/2013) 224
§ 15. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 832-2010 (17/05/2010) 231
§ 16. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 2770-2011 (12/09/2012) 235
§ 17. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 4766-2001 (12/03/2003) 242
§ 18. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 443-2010 (19/04/2011) 244
§ 19. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 1024-2013 (23/10/2013) 247
§ 20. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 375-2012 (07/03/2013) 251
§ 21. APROPIACIÓN ILÍCITA: R. N. N.° 3030-2010 (30/01/2012) 254
§ 22. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 1166-2012 (06/11/2012) 257
§ 23. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 722-2013 (01/08/2013) 261
§ 24. APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO: R. N. N.° 2600-2010 (21/09/2011) 266
§ 25. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 3281-2011 (24/01/2013) 273
§ 26. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 578-2011 (29/02/2012) 281
§ 27. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N° 2079-2011 (28/11/2012) 287
§ 28. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.° 3231-2011 (25/04/2012) 292
§ 29. PECULADO Y APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO: R. N. N.° 3974-2011 (01/06/2012) 323

II
SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 30. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: 331
R. N. N.° 117-2012 (11/01/2013) 331

§ 31. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE. 334
R. N. Nº 3001-2011 (15/11/2012) 334
§ 32. PRESCRIPCIÓN. RECURSO DE NULIDAD N.º 130-2012 (25/09/2012) 337
§ 33. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.º 1252-2012 (20/03/2013) 340
§ 34. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: R. N. N.º 404-2010 (16/03/2011) 344

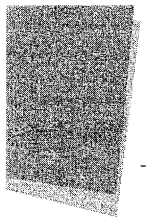
III
DISPOSICIONES DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN ACERCA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 35. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y PATROCINIO ILEGAL: INGRESO N.º 029-2014 (06/05/2014) 351
§ 36. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y PATROCINIO ILEGAL: INVESTIGACIÓN N.º 037-2014 (12/09/2014) 365

IV
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SOBRE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 37. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: EXP. N.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01 (10/06/2013) 391
§ 38. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: EXP. N.º 00066-2011-10-1826-JR-PE-03 (31/01/2013) 414
§ 39. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO: EXP. N.º 00023-2012-5-1826-JR-PE-03 (15/10/2013) 428

BIBLIOGRAFÍA 443



PRESENTACIÓN

El libro que se publica es una pequeña monografía sobre *El delito de negociación incompatible*, que constituye uno de los delitos más frecuentes contra la Administración Pública, no solo en el Perú, sino, en general, en América Latina. Pese a su importancia, esta infracción penal no ha sido objeto de estudio monográfico –hasta donde alcanzamos a ver– por la doctrina penal de nuestra lengua, quien solo le ha dedicado tiempo y espacio en algunos artículos de especial nivel y calidad académica.

En el Perú, el análisis dogmático del delito es abordado dentro de las publicaciones y comentarios referidos a los "delitos contra la Administración Pública". Las meritorias obras que circulan en nuestro medio (v. gr. Rojas Vargas, Abanto Vásquez, Salinas Siccha, Reátegui Sánchez, Peña Cabrera Freyre, entre otros) brindan un estudio general valioso que en este trabajo se trata, en la medida de lo posible, de profundizar y de articular en los aspectos que consideramos problemáticos (v. gr., bien jurídico, la relación funcionarial "por razón del cargo", la dinámica de la comisión del delito, el interés *indebido*, la comisión por omisión, el tipo subjetivo, las formas de participación criminal y los problemas concursales).

Como uno de los aspectos más notorios de la obra –esperamos que el lector encuentre aquí un valor agregado– se ha tratado de dar cuenta, analizar, y tomar partido acerca de la importante producción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Superior de Justicia de Lima en el delito de negociación incompatible, en su mayor parte inédita. Dicha jurisprudencia posee una gran riqueza por la gran variedad de problemas y casos que resuelve. Muchos de los puntos de vista que se sostienen en el libro han sido adoptados sobre la base de la discusión y a partir de los criterios jurisprudenciales que se encuentran, tanto a nivel de las diversas salas de la Corte Suprema como de la Corte Superior.

El trabajo en la recopilación y selección de la jurisprudencia ha sido especialmente arduo y difícil, toda vez que no existe en el Perú un boletín

o una publicación especializada, actual y permanente que dé cuenta acerca de la jurisprudencia en los distintos delitos, amén que se echa de menos una publicación de jurisprudencia sectorial. Queda claro que en nuestra patria es más fácil acceder a los libros de derecho, o de dogmática jurídica, que a la jurisprudencia. Los motores de búsqueda de la jurisprudencia penal en la página web del Poder Judicial son útiles, pero aun así, limitados e insuficientes.

Quien lea y revise el libro se dará rápidamente cuenta de que el mayor diálogo y discusión se lleva a cabo no tanto con algún autor en especial, nacional o extranjero, sino que se emprende un diálogo abierto y respetuoso con la jurisprudencia penal peruana que ha conocido y resuelto casos referidos al delito de negociación incompatible. En muchas ocasiones, se disiente y se critica el razonamiento adoptado o se discrepa de la solución al problema. Espero que haya tolerancia e indulgencia, tanto del lector como de los jueces, frente a la opinión discrepante o el punto de vista disidente. La ciencia en general, y la ciencia jurídica en especial, mejoran cuando se discuten y plantean tanto problemas como posibles soluciones de manera distinta al punto de vista hegemónico o que constituye la doctrina o jurisprudencia dominante.

Uno de los temas nuevos que el libro ofrece al lector –influido tal vez por el vuelco de mis intereses y desvelos académicos de los últimos años– es el introducir un capítulo referido a la prueba del delito de negociación incompatible. Creemos que, salvo que se trate de un trabajo de dogmática pura, es importante introducir y desarrollar en los estudios dogmáticos de la parte especial del Código Penal la problemática de la prueba, ya que ella se dirige a acreditar los elementos objetivos y subjetivos de cada delito en particular. La mayor o menor arbitrariedad del sistema penal no tanto se produce por la defectuosa aplicación de criterios teóricos o dogmáticos (v. gr. problemas de interpretación o de calificación jurídica), sino por la defectuosa actuación o valoración de la prueba.

Lima, 12 de febrero del 2015

José Luis Castillo Alva

CAPÍTULO PRIMERO

Artículo 399°.- NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

"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[1]".

1. En la doctrina comparada esta infracción es conocida también con la denominación de ***delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios***[2] o ***interés particular en acto de oficio***[3].
2. En el derecho latinoamericano y español se ha llegado a sostener que el delito de negociación incompatible carece siempre de utilidad práctica, tanto desde el punto de vista *preventivo general* como desde la perspectiva *preventivo especial*, ya que difícilmente se recuerda o se reconoce un juzgamiento y una sentencia en un caso

1 Texto vigente conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013.

2 Véase LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", en *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 609.

3 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), T. 8, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 314. Toma en cuenta las denominaciones del derecho comparado y que se dio cuenta en un trabajo anterior (véase CASTILLO ALVA, José Luis, "El delito de negociación incompatible", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 565); SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2014, p. 565.

trascendente[4]. Sin embargo, este panorama dista de ser cierto en nuestro país, en donde el Ministerio Público investiga y lleva a juicio diversos casos de negociación incompatible, ya sea como única imputación o como uno de los hechos materia de imputación junto a otros delitos, alcanzando en muchos de los procesos sentencias condenatorias, situación que demuestra que pese a la opacidad y alta cifra negra de este delito hay esfuerzos serios, plausibles y de gran valor para esclarecer determinados hechos en el contexto de la administración pública, que suponen un acto de interesarse indebidamente en un proceso de contratación o en una operación estatal.

3. Pese a que el legislador vigente consideró pertinente ubicar al delito de negociación incompatible dentro del título de los delitos de corrupción de funcionarios, junto a los delitos de tráfico de influencias, cohecho y enriquecimiento ilícito, lo cierto es que la ubicación sistemática correcta debería haber sido el agruparlo dentro de las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio ilegal y otras figuras delictivas que forman parte de la clase de delitos que suponen la afectación de los procesos de contratación estatal, el patrocinio de intereses particulares o el abuso del cargo que supone la exigencia para pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos.

   Una reforma del Código Penal debería entender correctamente el sentido del delito y el núcleo de la prohibición penal y proporcionarle una ubicación sistemática correcta, remitiéndola a figuras afines y preceptos con los que guarda una íntima conexión, pues no se trata de un caso de corrupción gubernamental en sentido estricto, sino de un prevalimento y mal uso del cargo para favorecer intereses de terceros[5].

4 Cfr. MIR PUIG, Santiago, "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función", en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1996, pp. 310 y ss.; SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1986, p. 879.

5 Al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2014, p. 495.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la ***transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos***[6] con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado.

   El delito de negociación incompatible no posee un alcance amplio e ilimitado. Por ejemplo, no comprende a todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. Su alcance, en realidad, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales, de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: al campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que se ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial.

   El bien jurídico en este delito viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades de los participantes en el proceso de contratación[7]. Lo que se busca proteger es la transparencia, la libre competencia entre los postores (cuando los hay) y la elección no arbitraria de los terceros en los procesos de contratación, evitando

6 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 878. Expresamente en contra de este criterio: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 575.

7 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro): "no se trata solo de apreciar si el valor de lo adquirido es menor al precio referencial –rebasarlo sería ilegal en sí mismo–, sino, en estricto Derecho, si el concurso fue transparente, equitativo para todos los postores, y no se favoreció indebidamente a alguno de ellos, en perjuicio del tesoro municipal". Luego se señala que: "En buena cuenta los encausados con su conducta impidieron dolosamente un concurso transparente y favorable al tesoro municipal al contemplar finalmente unos requisitos y criterios que no consignaron en las bases, imposibilitando el principio de igualdad de oportunidades y lesionando las expectativas de una competencia sana y fructífera para la administración municipal".

que determinados funcionarios intervengan –distorsionando, con su poder, funciones y su cargo– el proceso de contratación establecido en el caso concreto. Lo que quiere evitar la norma penal es que los funcionarios, utilizando su posición y cargo, interfieran, manipulen y dirijan arbitrariamente los contratos estatales, imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de los intereses públicos y estatales.

En el delito de negociación incompatible, en la medida que se pune al funcionario público que muestra un interés indebido, lo que se pretende es que los procesos de contratación estatal –desde su preparación, inicio, celebración y ejecución– se desarrollen con objetividad, bajo los principios constitucionales y legales que inspiran los contratos públicos, sin intervención o interferencia ilícita de un funcionario público que, valiéndose de su cargo, o su especial posición en la contratación estatal, pueda dirigir, subvertir e instrumentalizarla a su antojo, al margen de si se afecta o no el patrimonio del Estado o si, luego de la contratación, se puede verificar un perjuicio económico[8].

2. Si bien un sector de la doctrina peruana y comparada[9] considera que el objeto genérico de la tutela penal es garantizar el ***normal funcionamiento de la administración pública***[10], difícilmente se

8 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 117-2012** del 11 de enero de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Neyra Flores): "si bien en autos obran dos peritajes contables –de fojas trescientos sesenta y nueve y cuatrocientos treinta y dos– que no establecen perjuicio patrimonial, tal circunstancia resulta irrelevante para la consumación del delito de aprovechamiento indebido del cargo".

9 Véase MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 316.

10 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., 1.ª reimp. , Grijley, Lima, 2003, p. 585; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 574; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. PE*, 2ª ed., T. V, Idemsa, Lima, 2014, p. 646. Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu): "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. En rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales".

entiende dicha posición desde una perspectiva teleológica habida cuenta de que es posible que el interés particular del funcionario público sea en ocasiones el más compatible con el desarrollo y el normal funcionamiento de la administración pública, de tal manera que bastaría demostrar que la acción del funcionario no entorpeció ni afectó el normal funcionamiento de la administración para que se considere como atípico el comportamiento. Por otro lado, el referido *normal funcionamiento de la administración pública* más que una fórmula que sirva para orientar y delimitar el contenido de las acciones típicas del tipo penal constituye un planteamiento de escasa ayuda en la interpretación del injusto.

Lo mismo ocurre con la afirmación: "*se busca mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos*[11]", dado que se trata de observaciones empíricas[12], a lo mucho de contenido sociológico, más que de una aproximación adecuada al contenido del objeto de protección en este delito. Próximo a este planteamiento se encuentra la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú que ha llegado a sostener que:

> "*(...) si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad- que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como plausible de su comisión*

11 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 585.

12 Por todos, PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. PE*, 9ª ed., vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000, p. 233.

a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo"[13].

3. Asimismo, resulta inexacta la afirmación de que en el delito de negociación incompatible se protege la ***imparcialidad*** del funcionario con la que este debe guiar sus actuaciones[14] o que la infracción tiende a evitar la simple sospecha de parcialidad[15]. Esta parece ser la tesis asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

> *"El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal importa un*

13 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 661-2009** del 10 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Santa María Morillo). También la **Sala de Apelaciones** en la resolución de la sentencia del **Exp. N° 00036-2012-4-1826-JR-PE-01** del 21 de setiembre de 2012 (Ponente: Castañeda Otsu) ha sostenido: "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, en rigor lo que se trata es de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en su actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estales".

14 Así, por ejemplo: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 446; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 497 quien vincula la imparcialidad con la protección del patrimonio estatal; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 647 quien alude a la imparcialidad y la objetividad. En la doctrina argentina: SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., 7ª reimpr., T. V, Tea, Buenos Aires, 1976, p. 189; CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 369; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Mave, Buenos Aires, 2001, p. 289; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. PE*, 2ª ed., T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 315. En la doctrina italiana: GAROFOLI, Roberto, *Manuale di diritto penale. PE*, T. I, Giuffrè, Milano, 2005, p. 186; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 233; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. PE* [a cura de Luigi Conti], 14ª ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 343; FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto penale. PE*, 2ª ed., vol. I, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 237. Con observaciones: SEMINARA, Sergio, *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccala], 4ª ed., Cedam, Padova, 2003, p. 938.

15 Véase CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 369.

adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública"[16].

Asimismo, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de justicia ordinaria ha planteado que:

"[El] bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública; que, en ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública— y en sujeción a los intereses públicos [tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal]; que el tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses; que esto significa que en algunos casos la propia Administración Pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público"[17].

16 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N° N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente San Martín Castro).

17 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 568-2012** del 29 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Lecaros Cornejo); la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1673-2009** del 7 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "el bien jurídico que viene a ser la imparcialidad en la administración pública al anteponer sus intereses –o el de terceros como en el presente caso– a los de la administración estatal"; la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1653-2009** del 4 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Biaggi Gómez): "el objeto de protección penal de dicha norma alcanza solamente a la actuación de los funcionarios o servidores públicos a favor de los intereses de la Administración Pública, es decir no nos encontramos ante un tipo penal de carácter pluriofensivo, sino ante uno que solo sanciona la parcialidad personal y por tanto incompatible con el cargo de los funcionarios al momento de representar los intereses del

La crítica a esta posición se debe a que el funcionario público más que comportarse como árbitro o tercero neutral que en un contrato o en una operación equilibra los intereses particulares y del Estado, debe tomar partido de forma decidida en la defensa de un interés exclusivo: ***el de la administración pública o el interés estatal en el sector correspondiente***[18]. Justamente, el funcionario público que participa o interviene en un contrato o en una operación es –o, por lo menos, debe ser– cualquier cosa menos un funcionario imparcial. Un planteamiento como el que se sustenta tendría que terminar castigando todos los casos en los que el funcionario no es imparcial en los procesos de contratación y trata, por ejemplo, de conjugar los intereses públicos con los privados.

Incluso, puede suceder que el funcionario haya sido imparcial en la contratación u operación, dado que su propuesta o el interés que promueve ha sido la mejor, pero aun así subsistir la conducta delictiva dado que a la ley no le interesa reparar en la calidad del servicio o de la contraprestación, sino más bien en el hecho de si el funcionario se ha interesado indebidamente por el contrato o la operación estatal y con ello cautela el patrimonio estatal[19].

La parcialidad del funcionario no se pune ni es motivo de incriminación en el delito de negociación incompatible, si es que el funcionario no interviene con un *interés personal no estatal*[20]. La parcialidad que castiga la ley es la parcialidad que se traduce en la actuación a modo de parte no estatal. No es necesario, incluso, que el funcionario participe de modo contrario a los intereses estatales. En realidad, la parcialidad estatal o la parcialidad exclusiva a favor de los intereses públicos o estatales es algo que busca la norma.

Estado, independientemente de la afectación o el perjuicio económico que su conducta haya implicado". Luego señala: "del accionar de los encausados no se evidencia parcialidad personal o privada, y por tanto incompatible con el cargo, al momento de representar los intereses del Estado, independientemente de la afectación o el perjuicio económico que su conducta haya implicado; desprendiéndose por el contrario que la intención de los funcionarios procesados fue prevalecer el interés público".

18 Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 586.

19 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 610.

20 Lo reconoce Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 371.

No debe confundirse el hecho de que todo funcionario público en su actuación deba estar vinculado a la Constitución y a la ley, con que su intervención sea de ***absoluta indiferencia*** respecto a los intereses económicos y/o patrimoniales del Estado cuando interviene en contratos u operaciones, que sea irrelevante el obrar a espaldas de los legítimos intereses de la administración o que sea lícito patrocinar los intereses públicos junto a los intereses privados.

4. En el delito de negociación incompatible no se protege –al menos no directamente– el patrimonio fiscal o el patrimonio de la administración pública o de un sector de ella[21], pues el delito existe al margen de si se comprueba una afectación y un perjuicio real al patrimonio estatal[22]. No se pune un fraude patrimonial consumado o tentado[23]. En efecto, no se busca proteger ni asegurar el interés

21 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., pp. 316-317; MILLÁN, Alberto, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970, p. 28; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 370; SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 878 quien considera que: "Solo de modo mediato esta incriminación estaría orientada también a proteger el interés económico de la administración"; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, T. VII, Lerner, Córdoba, 1975, p. 128; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, T. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 296; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 316; MALDONADO, Horacio, *Manual de derecho penal. PE*, 2ª ed., De Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 560; ESTRELLA, Oscar Alberto y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, T. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 432.

22 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 608; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, 1997, p. 206. De manera contradictoria: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 573, quien sostiene, por un lado, que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por los funcionarios públicos, y luego, por otro lado, sostiene que: "se concluye que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo o lesionando deberes específicos que tiene para con la celebración de contratos u operaciones en representación del Estado que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo".

De modo correcto, la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1673-2009** del 7 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "para la configuración del delito basta que se verifique la conducta que constituya el interés privado por parte del funcionario público, que es donde radica la incompatibilidad funcional, no exigiéndose la existencia de provecho económico a favor del sujeto activo ni perjuicio real o potencial para el Estado por tratarse de un delito de peligro".

23 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 370.

económico de la administración pública. Lo que se incrimina es el peligro determinado[24] por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración[25].

II. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

1. El objetivo de la criminalización de la figura negociación incompatible es prohibir que el funcionario se interese indebidamente, ya sea de modo directo o indirecto, ***para sí o para tercero***, por cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo. El funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas de la administración pública. Dicho proceder debe estar guiado por la ***exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales***[26]. La norma busca oponerse y castigar la especulación y patrocinio de los funcionarios públicos tendientes a promover intereses privados[27], el uso del poder para un fin diverso al ejercicio de la función pública[28], así como el desdoblamiento en el actuar –o mejor dicho del interés– del funcionario que interviene representando al Estado pero con un interés personal en el acto administrativo[29].

24 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, "Fraudes y exacciones ilegales", cit., p. 206; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 128.

25 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 323.

26 Cfr. BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 289; MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 28: "Los funcionarios deben proceder con absoluta prescindencia de todo interés que no sea el del servicio".

27 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 316.

28 Cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 186; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 343.

29 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 189; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 370; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 291; MALDONADO, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560; ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 432; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 316. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 568; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 495.

Un funcionario debe velar por el cumplimiento de sus funciones y no buscar un beneficio o siquiera mostrar interés por favorecer a un tercero [persona natural o jurídica]. De allí que pueda afirmarse que el funcionario que participa en base a su cargo en contratos u operaciones ***debe actuar guiado por el principio de la exclusiva protección de los intereses públicos***[30], abandonando cualquier otro interés que no sean los de la propia administración pública. En la infracción se castiga, entonces, la subordinación del interés público al privado[31].

2. No es que la norma sancione la exclusiva tendencia subjetiva del funcionario que se presenta como un querer o una intención de lograr un provecho propio o de terceros. En realidad, lo que prohíbe y castiga el precepto es el *interesarse* en un contrato u operación realizando determinados actos materiales que revelen una especial preocupación de favorecer a terceros o los objetivos particulares del propio funcionario [*ut infra*]. Lo que se busca prevenir es un claro abuso de poder por parte del funcionario[32].

   Por ello, un destacado sector de la doctrina considera que el funcionario en la negociación incompatible realiza un ***acto de desviación de poder***, ya que antes de buscar la consecución de un fin público, respaldado por las normas jurídicas, pretende alcanzar un interés espurio que no es otro que su interés personal o el de terceros[33].

3. El provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales[34]. No es necesario exigir, sin embargo, que los terce-

30 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 886: "Lo constitutivo [en el delito] es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la Administración Pública".

31 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 610.

32 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 606.

33 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., pp. 880 y ss. En la doctrina italiana: PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., pp. 233 y 244; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 343.

34 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

ros favorecidos sean cercanos al funcionario o que se sostenga que no es posible que los funcionarios sean extraños a él[35]. La ley no requiere alguna particularidad en especial respecto a quién puede ser el tercero favorecido (*v. gr.*, familiares, amigos, vecinos, etc.). El hecho de que comúnmente el funcionario tienda en la mayoría de casos a favorecer a conocidos o a personas de su círculo más cercano no quiere decir que este elemento fáctico, o que se obtiene de la realidad, forme parte de la tipicidad o que sea un criterio normativo estricto. De sostenerse la exigencia de que es necesario conocer o tener un trato cualquiera con el proveedor debería conducir a plantear como un caso de atipicidad aquellos supuestos en los que el funcionario no se encuentre vinculado o siquiera conozca de alguna forma al tercero contratista, cuestión, por lo demás, completamente absurda.

Es posible que el tercero favorecido sea una persona, natural o jurídica, completamente ajena, desconocida y sin trato previo con el funcionario y en estas circunstancias darse por probado el injusto penal referido a la negociación incompatible. Por ejemplo, basta pensar en el funcionario que por venganza con el trato o remuneración que recibe de la administración favorece a un desconocido o el caso también del funcionario que promueve la contratación de una mujer bella con la esperanza de poder cortejarla e iniciar una relación luego de que ingrese a trabajar en la dependencia pública.

4. No consideramos que la finalidad de la configuración del delito de negociación incompatible resida en la necesidad de asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en la medida que la adopción de cualquier decisión del funcionario, en especial las que se relacionan con la intervención en los contratos u operaciones, justamente si por algo se caracterizan no es precisamente por el desinterés o por la ausencia de una toma de postura.

35 En sentido distinto: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 571 quien, incorrectamente, impone una exigencia no establecida en la ley. El error se reproduce lamentablemente en nuestra jurisprudencia, véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente**; la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 578-2011** del 29 de febrero de 2012 de la **Sala Penal Permanente**.

La norma parte de un presupuesto y del conocimiento de la realidad y de los objetivos del ordenamiento jurídico. Los funcionarios públicos deben actuar en representación y en interés de la administración a la que pertenecen, velando por el cumplimiento adecuado de los intereses públicos; de tal manera que hablar de un desinterés del funcionario no solo carece de fundamento y sentido, sino que, además, constituye una meta contraria a la finalidad del ordenamiento jurídico administrativo y penal que busca que el funcionario en su actividad y ejercicio de competencias defienda y proteja los intereses de la administración o del sector del que forma parte.

Por tanto, el funcionario público no debe actuar con ***desinterés***, por el contrario, debe actuar con un interés muy marcado: el de proteger los intereses de la administración o, si se quiere, el interés económico administrativo.

III. ¿ES NECESARIA UNA DISPOSICIÓN QUE ESTABLEZCA LA PROHIBICIÓN DE QUE EL FUNCIONARIO INTERVENGA INDEBIDAMENTE EN UN CONTRATO ESTATAL?

1. La prohibición de que los funcionarios promuevan o insten intereses privados en sus actos de servicio constituye un principio (implícito) generalmente aceptado en el derecho público de todo ordenamiento jurídico[36]. No es necesario que haya una declaración expresa en la Constitución, en una ley, en una norma jurídica, en cualquier disposición administrativa o que provenga de fuente escrita[37].

   Basta con la prohibición que deriva de la configuración del delito de negociación incompatible[38]. Si bien una prohibición administrativa o de otro orden aporta mayores cuotas de certeza y de se-

36 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 316.

37 Cfr. ROMANO, Mario, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 265.

38 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 326.

guridad en la determinación del comportamiento prohibido[39], no es necesario que ello ocurra en todas las ocasiones, más aún si la variedad y la pluralidad de supuestos prácticos a los que se enfrenta el operador obligan a convertir la noción de incompatibilidad y del conflicto de intereses que le es propio, en un concepto sumamente flexible capaz de adaptarse a las particularidades del caso concreto.

2. Por ello, hay que criticar severamente la fundamentación de la **Ejecutoria Suprema** recaída en el **R.N. 4766-2001 [PUNO]** que absuelve al alcalde que había nombrado como asesor de la Municipalidad a su hermano por entender que el nombramiento se produjo antes de la vigencia de la ley que regulaba el nepotismo. Se entendió que dicha contratación al no estar prohibida por la ley no era indebida[40]. Creemos que, en este caso, solo debió constatarse que el funcionario [el alcalde] se interesó en la contratación de su hermano –al margen de si obtiene provecho económico para sí o para otro– a través de un acto concreto y determinado para que se entienda consumado el delito.

   La regulación legal que consagra una determinada prohibición de contratar, de realizar un determinado acto jurídico o una operación no debe comprenderse como un requisito indispensable, sin el cual no se puede dictar una sentencia condenatoria. A lo sumo con ello se refuerza la prohibición ya contenida en la norma de la negociación incompatible, o delimita su núcleo de significación, pero allí no nace el contenido del delito ni la fuente de la prohibición.

   Por ejemplo, constituye un acto típico de interesarse el hecho de que el gerente general de una entidad estatal se interesa en contratar a su conviviente e, incluso, promueve algunos ascensos irregulares dentro de la institución en la que labora[41].

3. El orden jurídico le impone al funcionario el deber de abstenerse de promover o interesarse con fines particulares o privados en

39 Véase ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 265.

40 Véase la Ejecutoria citada en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 510 y ss.

41 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

los contratos u operaciones en los que interviene en razón a sus funciones, debiendo solo guiarse por la defensa de los intereses del sector de la administración al que pertenece o del interés público general[42]. Sin embargo, cuando los deberes de abstención se encuentran regulados estos provienen de una norma legal o de otra fuente normativa[43] como las que tienen su origen en el plano disciplinario, o en otra fuente extrapenal[44] que no siempre debe ser r[45], ya que también puede provenir de una orden o instrucción propia del servicio[46]. En ocasiones basta que se infrinja cualquier prescripción jurídica[47] o que se afecte la transparencia del servicio.

IV. CONFLICTO DE INTERÉS Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. La norma penal establece de manera implícita que cuando concurra en el funcionario –dentro del ejercicio de la función pública– un ***conflicto de interés***[48], el agente público siempre debe abstenerse de participar o intervenir o si decide continuar debe preferir la aplicación y vigilancia de los intereses públicos sobre sus intereses personales o de terceros[49].

   El conflicto de intereses debe identificarse desde una perspectiva *ex ante* y de modo anterior a la ejecución del acto del funcionario, pudiéndose determinar dicho factor distorsionador de manera

42 En sentido distinto, criticando el solo deber de abstenerse: SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 886.

43 Cfr. FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 244; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 197; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 245; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 348.

44 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 348; ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 265.

45 Por todos, ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 265.

46 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 343.

47 Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 247.

48 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

49 Véase ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 265; SEMINARA, *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 944.

adecuada[50]. En otras palabras, dicho conflicto de intereses debe estar en capacidad de ser individualizado y reconocido previamente y de manera clara por el funcionario. Por tanto, si no existe o no concurre dicho conflicto de intereses, habiéndolo no es perceptible, ni es posible de manera adecuada individualizarlo, difícilmente se podrá plantear la configuración del delito.

2. Sin embargo, la existencia de un conflicto de intereses o de una situación de incompatibilidad no puede determinar por sí misma, de manera mecánica y automática, la comisión del delito de negociación incompatible[51]. Puede haber, sin mayor problema, conflicto de intereses entre un funcionario público y un tercero que participa de cualquier manera en el proceso de contratación estatal y no por ello producirse la comisión del delito en mención. El conflicto de interés puede suponer la vulneración normas éticas en la conducción de la cosa pública, pero su existencia por sí misma no basta para que pueda cometerse el delito de negociación incompatible. Por ejemplo, puede haber un manifiesto y claro conflicto de interés entre el contratista y un funcionario de la entidad pública, pero puede que el funcionario público, objetiva y subjetivamente, nunca muestre una especial preocupación de beneficiar a un tercero en un determinado proceso de contratación. Es posible, incluso, que el funcionario no se interese de manera clara e inequívoca en el proceso de contratación o que ni siquiera participe de manera relevante en este, *v. gr.*, se decide adquirir determinados productos (equipos de cómputo) de una empresa en la que un trabajador de la municipalidad figura como socio, sin que el trabajador haya participado de alguna forma en el procedimiento de contratación, debido a que la compra fue dirigida por las áreas técnicas competentes (Área de Abastecimiento y Gerencia general)[52].

50 Por todos, ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., pp. 266 y ss.

51 En sentido distinto: REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 511 para el caso de "conflicto de incompatibilidades".

52 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 4259-2008** del 9 de abril de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf): "**Tercero:** Que efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional como durante los periodos de la instrucción y el contradictorio oral ante el Juzgado Penal y la Sala Pe-

El hecho de que una dependencia pública contrate a una empresa relacionada, directa o indirectamente, con un funcionario público –independientemente del rango y nivel que posea– no quiere decir que se cometa por este simple hecho el delito de negociación incompatible. Para que ello ocurra es necesario acreditar que el funcionario se ha interesado de manera indebida en el proceso de contratación de dicha empresa y que ha actuado en provecho propio.

Asimismo, en algunos casos de nepotismo es posible que se haya contratado a un familiar de un funcionario de la entidad pública,

nal Superior respectivamente, no se ha llegado a establecer con la suficiencia que el caso amerita la responsabilidad penal del encausado José Luis Rodríguez López por el delito de negociación incompatible con el cargo, quien alega no haber participado directa ni indirectamente en la adquisición de las computadoras adquiridas por la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, a la Empresa COMPUPLANET S.C.R.L. de la cual reconoce haber sido socio, versión que ha sido corroborada por el Jefe de Abastecimiento Teófilo Abel Zapata Echegaray, quien afirmó que la adquisición de las cuatro computadoras se trató de una adquisición de menor cuantía donde intervinieron el Gerente y el Jefe de Abastecimiento donde el citado encausado no ha tenido participación alguna en la designación de la empresa ganadora de la buena pro para la adquisición de las cuatro computadoras, siendo su persona quien salió a indagar sobre las cotizaciones de las computadoras con las características que había consultado previamente al encausado Rodríguez López, quien se desempeñaba como ingeniero, limitándose este en proporcionarlas mas no tuvo incidencia ni sugirió en la decisión de la empresa ganadora. **Cuarto:** Que de las declaraciones vertidas por Teófilo Abel Zapata Echegaray (quien se desempeña como Jefe de Abastecimiento y fue la persona que se encargó de realizar las cotizaciones e indagaciones de las empresas) y de Erick Robert Vargas Antón, (Gerente Municipal) se evidencia que no le incriminan participación directa o indirecta al encausado en los hechos imputados (ver fojas trescientos veintiuno), aunado a ello se advierte de la proforma generada por la empresa distribuidora COMPUPLANET SCRL. dirigida a los señores de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, de fecha cuatro de mayo de dos mil seis, ha sido firmada por el Gerente de la citada empresa Darwin William Cruz Silva y no por el encausado José Luis Rodríguez López (ver fojas noventa y cuatro) y de los documentos de folios uno a ciento cuatro está acreditado que las diferentes áreas de la Municipalidad, como son Tesorería, Gerencia Municipal, Jefatura de Personal y Logística, han efectuado los requerimientos de computadoras para el uso del sistema integrado financiero (SIAF) sin que vislumbre alguna injerencia o interés por parte del encausado a favor de su empresa. **Quinto:** Que en lo atinente que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el Jefe del Área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador (ver fojas cuarenta y ocho)".

pero que en dicho contrato no haya tenido ninguna intervención, o, incluso, no haya mostrado un interés especial el funcionario de la entidad, pariente del contratado[53]. No se debe partir de que todos los casos de nepotismo en una dependencia pública suponen de manera inmediata la comisión del delito de negociación incompatible, asociando de manera mecánica e inmediata que nepotismo es igual al delito de negociación incompatible. Para que ello ocurra es necesario e indispensable verificar que el funcionario público por razón de su cargo se ha interesado en el proceso de contratación de su familiar.

V. ¿SE TRATA DE UN DELITO DE DAÑO O DE PELIGRO?

El delito de negociación incompatible es un ***delito de peligro***[54] y no de un delito de resultado o de daño[55].

El hecho de que el delito sea un delito de peligro, y no de daño, no quiere decir que siempre y en todos los casos se debe generar un riesgo de lesión, real, inminente y grave para el patrimonio estatal. Por ello, se trata de un

53 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3995-2009** del 13 de agosto de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Biaggi Gómez) que resuelve el caso de la contratación de un sobrino del director de una entidad pública y en donde el director no tuvo ninguna participación. En dicha ejecutoria se razona: "b) fue mediante Resolución Directoral número cero cero quinientos catorce del quince de abril del dos mil cuatro, que Walter Alberto Egoavil Mafaldo fue contratado como contador de la Unidad de Gestión Educativa Local Requena, desde el primero de enero al veintiocho de febrero de dos mil cuatro, conforme se aprecia a fojas treinta y uno, fecha anterior al momento de que el procesado entrara como Director de la UGEL - Requena, el primero de octubre de dos mil cuatro, de obra a fojas treinta, tal como lo ha señalado el procesado Federico Mafaldo a fojas doscientos quince; c) la declaración testimonial de Félix Yong Flores a fojas doscientos veintitrés, quien refirió que dicha contratación no se hizo en la gestión de Francisco Mafaldo, sino por la persona de Nolverto Reátegui Chiquimbalqui, tal como se observa de fojas treinta y uno, siendo que el procesado solo le renovó el contrato por efecto de la disposición transitoria de una ley que incluso está en la parte considerativa de la resolución".

54 Cfr. Etxebarria Zarrabeitia, "Fraudes y exacciones ilegales", cit., p. 206; Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 128; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 512; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 647.

55 Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 37 considera que se trata de un delito de simple actividad. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 610 considera que se trata de un delito de daño.

delito de peligro abstracto y no de un delito de peligro concreto[56]. Incluso, es posible que la administración haya obtenido un determinado beneficio[57] o el servicio brindado haya cumplido holgadamente sus metas, pero aun así subsista el delito de negociación incompatible[58]. No es necesario que haya intereses contrapuestos, reñidos entre sí o que haya un conflicto real o aparente[59]; basta que los intereses sean incompatibles[60].

La jurisprudencia peruana está de acuerdo en considerar que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro y no de resultado. La Corte Suprema ha sostenido que: "*El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública*[61]". En el mismo sentido, se ha señalado que el delito en cuestión es "*un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública*[62]". También se ha sostenido que: "*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*

56 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 655.

57 Cfr. Soler, *Derecho penal argentino*, cit., p. 189; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 567; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 504.

58 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 373; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 567. En contra: Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 591.

59 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 317.

60 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 37.

61 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

62 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3281-2011** del 24 de enero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

intereses económicos: patrimonio, servicios, obras, bienes, entre otros, de la entidad u órgano del aparato estatal[63]".

Sin embargo, dicha posición no siempre es seguida de manera uniforme en el derecho comparado. Una prueba palpable de ello lo representa el caso de la legislación italiana en donde se regula el *delito de abuso d'ufficio* [art. 323], que se configura como delito de daño o de evento que se caracteriza por la producción de una injusta ventaja patrimonial o de un daño injusto[64].

En la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, pese a que no se encuentra un criterio explícito a favor de considerar el delito de negociación incompatible como un delito de resultado, en algunas ocasiones se toma en cuenta para absolver el hecho de que no se haya causado perjuicio de contenido económico al patrimonio de la entidad estatal[65]. Este criterio por ser incompatible con la ley debe criticarse de manera contundente y tajante, toda vez que no es necesario acudir a puntos de vista materiales como el perjuicio o la ausencia de detrimento económico para llegar a una absolución.

Del mismo modo, no interesa aquí cautelar la moderación o la racionalidad de los gastos de los diversos organismos públicos que, dadas las circunstancias, por razones de necesidad es posible que el dispendio se encuentre justificado.

VI. EXCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS MORALES

Tampoco ingresan dentro del ámbito de protección de la norma y del bien jurídico protegido los criterios moralizantes[66] a los que muchos autores aluden como elementos integrantes o contenido del bien jurídico en los delitos de corrupción –y, en general, los delitos contra la administración pú-

63 **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

64 Ampliamente, ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 265; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 236; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 189; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 233; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 348.

65 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 982-2009** del 21 de abril de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Príncipe Trujillo).

66 Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 232.

blica–, como los principios de moralidad, de lealtad[67], fidelidad funcional[68], probidad[69], decoro, el ejemplo de la conducta de los funcionarios públicos o el prestigio de la administración[70].

Menos tiene que ver aquí la finalidad de frenar la codicia de los funcionarios públicos o la labor especuladora que a veces estos imponen en la realización de sus actividades[71]. La codicia o el ánimo de lucro no integran ni la tipicidad objetiva ni la tipicidad subjetiva del delito, por lo que no pueden ser tomados en cuenta en la delimitación de la infracción penal[72].

Los criterios moralizantes son peligrosos y contrarios a la correcta determinación del bien jurídico protegido, fundado en planteamientos constitucionales y materiales, propio de un Estado de Derecho[73]. La separación del derecho y moral es un presupuesto necesario e indispensable que garantiza parámetros de valoración racionales y evita la contaminación de la ley penal con puntos de vista que –si bien pueden ser atendibles en otros contextos– terminan por extender de manera desmedida los alcances de la ley penal. La ética en el ejercicio de la función pública puede fundar ciertos deberes institucionales, pero no está en condiciones de fundamentar de manera legítima el bien jurídico protegido ni el alcance de la norma penal (*ámbito de protección de la norma*).

67 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 296; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 432; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 574.

68 Véase, Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 128.

69 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 574

70 Así, empero, Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 369.

71 Empero, así: Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. PE* [trad. de José Ortega Torres], reimpr. de la 2ª ed., vol. III, Temis, Bogotá, 1985, p. 214; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 28.

72 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 611.

73 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. PG*, [trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros], T. II, Civitas, Madrid, 1997, 2/12, p. 56.

CAPÍTULO SEGUNDO

VII. TIPICIDAD OBJETIVA

La mayor parte de la doctrina reconoce una profunda ambigüedad y una textura abierta en la configuración del delito de negociación incompatible que se extiende a cada uno de sus elementos típicos[74].

1. AUTORÍA

El delito de negociación incompatible es un delito ***especial***[75] que forma parte de los delitos contra la administración pública[76]. Solo puede ser come-

74 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 878.

75 Cfr. DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 325; SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 576; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 500; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 649. La **Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lima** entiende a la negociación incompatible como delito especial al sostener que: "es un delito especial propio, en el cual solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos"; véase, la sentencia del **Exp. N° 00023-2012-5-1826-JR-PE-03** del 15 de octubre de 2013 (Ponente: Lizarraga Rebaza). También: las sentencias de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu); **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu): "solo podrán 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".

76 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2714-2004** del 31 de marzo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria** (Ponente: Ponce de Mier): "al haberse cometido irregularidades

tido por un funcionario público. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha catalogado al delito de negociación incompatible como un ***delito de infracción de deber***[77].

Los particulares que intervienen en los contratos o en las operaciones por más que tengan un aporte esencial en la configuración del hecho llegan a ser únicamente partícipes [instigadores o cómplices], pero nunca autores. Ello a pesar de que, por ejemplo, sean los únicos beneficiados con el contrato o la operación o sean los principales interesados en la ejecución y perfeccionamiento de estos.

Sin embargo, la ley expresamente señala que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor en el delito de negociación incompatible[78]. Es necesario que dicho funcionario cuente, en muchos casos, con las ***facultades y competencias*** para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación[79] (*infra* VII.2.B). De tal

en su manejo entramos a la esfera de los Delitos contra la Administración Pública en sus diversas modalidades, los mismos que por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quien jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismos o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado por ello es menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –*intraneus*– en el ejercicio de sus actividades funcionariales participando en algunas ocasiones con particulares –*extraneus*– que de manera individual o colaborando logran protección de estos últimos actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes".

77 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1024-2013** del 23 de octubre de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo); **R.N. N° 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo): "Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otros o para la realización de instituciones estatales; se trata de deberes de establecer un mundo en común –al menos parcialmente– con un beneficiario. Es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente; esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene[n] un contenido positivo y específico, y como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial; es decir, son titulares de un estatus especial". Véase, también la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

78 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 129.

79 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de

manera, que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario como la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón al cargo. Se trata, por tanto, de un abuso funcional[80], ya que no es suficiente para cometer la infracción el contar con la calidad de funcionario público.

Incluso, en algunas legislaciones del derecho comparado se alude a la necesidad –más clara y específica– que la intervención se produzca en el *desarrollo de la función o del servicio*[81].

Puede tratarse de funcionarios administrativos, nombrados, contratados, que ocupan un cargo de confianza o cargos políticos[82]. No es necesario que se detente puestos de dirección en las más altas instancias de la administración pública[83]. No hay inconveniente para incorporar aquí a los funcionarios dependientes[84], de nivel intermedio, de cualquier poder del Estado[85]. El criterio del dominio del hecho es poco útil en la diferenciación del círculo de autores y partícipes[86].

funciones públicas", cit., p. 31; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 190; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 375; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 297; ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 432. En la doctrina italiana: PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 249. En el Perú: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 576.

80 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 128; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 135. En contra: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 189. En la doctrina italiana: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 343; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 241.

81 Por todos, ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 257; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 244.

82 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604. En la doctrina argentina: BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 292; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 296.

83 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 380.

84 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 34.

85 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 297.

86 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 325.

El hecho de que el funcionario intervenga con motivo o con ocasión del ejercicio de la función pública no basta para la configuración del delito[87]. Es necesario que lo haga de manera directa en ejercicio de la función pública[88].

El interés –directo o indirecto– puede ser detentado por un solo funcionario como también por varios funcionarios, los que pasarán a convertirse en autores si es que su intervención se encuentra respaldada por el cargo que ocupan[89]. En efecto, la diferenciación entre autores y partícipes en el esquema de pluralidad de intervenciones de diversos funcionarios públicos en un contrato o en una operación lo da únicamente la participación dentro del ámbito de competencias del funcionario público. En tal sentido, un sector de la doctrina considera que si un funcionario público interviene directa o indirectamente en un contrato o en una operación, pero no cuenta con la competencia para impulsar eficazmente el interés personal o de un tercero responderá como partícipe y no como autor del delito.

Se acepta la posibilidad de la delegación de competencias[90], siempre que no se oponga al texto expreso de la ley.

El ***pertenecer*** a la administración pública no genera automáticamente responsabilidad penal. En igual sentido no basta con estar adscrito a la administración para ser considerado de modo automático como autor del delito de negociación incompatible. Es necesario que el interés que se promueve, alienta o desarrolla se haga a partir del cargo que ocupa un concreto funcionario en un área específica o un sector de la administración pública[91].

No es de recibo plantear la impunidad del acto en que el funcionario se interesa pero en el que concurre el consentimiento y/o intervención de otros funcionarios o la participación legítima de otros órganos, o sectores, de la administración pública que han actuado de buena fe y en ejercicio de sus respectivos actos funcionales, como si la actuación de otros funcionarios, por error o negligencia, pudiera garantizar su exoneración de responsabilidad.

87 En la moderna doctrina penal italiana: SEMINARA, *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 939; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 187; ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 257.

88 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 129; LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 135.

89 Cfr. ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 432.

90 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 380; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 129.

91 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 375; MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 321.

El funcionario que usurpa funciones no puede cometer el delito de negociación incompatible, dado que su posición proviene de una situación ilícita[92].

2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

A) INTERESARSE DIRECTA O INDIRECTAMENTE O POR ACTO SIMULADO

a) Delimitación

Interesarse significa *tomar interés*[93] que no es otra cosa –según el *Diccionario de la Real Academia Española* – que buscar provecho, utilidad o ganancia o dar parte a uno en un negocio o comercio en que puede lograr un beneficio. También importa tomar parte o empeño en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios. La punición de la conducta no se supedita a que se alcance y se obtenga, de manera efectiva, el interés que se promueve[94].

El interesarse forma parte del injusto penal, en concreto del tipo objetivo, que se revela a través de uno o más actos. Un sector cualificado de la doctrina considera, sin embargo, que el interesarse pertenece al tipo subjetivo y, en concreto, actúa como ***especial elemento subjetivo del injusto***[95].

En el *interesarse*, tal como se presenta en el delito de negociación incompatible, hay una ***pretensión de parte*** que excede lo estrictamente administrativo y funcional[96], propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular

92 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 380. Con matices: Pagliaro, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 248; Seminara, *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 943.

93 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604. En la doctrina argentina: Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 293.

94 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 611.

95 Cfr. Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 881.

96 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 371 lo llama un interés de parte no administrativa; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 318; Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 293; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 567; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por*

de favorecimiento y patrocinio de fines que no son los de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como *si fuera parte*. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte formal del contrato u operación para que el delito se entienda consumado[97].

El *interés* que castiga la ley es un interés ajeno al que debe representar, velar o cuidar el funcionario[98]. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido por interés:

> *"El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término* ***"interesar"****, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo[99]; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros[100]".*

El verbo típico *interés* (indebido) debe ser probado de manera estricta, recayendo dicha obligación en el representante del Ministerio Público. El interés privado que promueve y patrocina el funcionario público constituye el núcleo del injusto del delito de negociación incompatible[101].

---

funcionarios públicos en contra de la administración pública, cit., p. 503; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 650.

97 En contra: ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 432; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 292.

98 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 317.

99 En este punto la jurisprudencia suprema sigue a: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 566.

100 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

101 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 443-2010** del 19 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "del análisis de la hipótesis fáctica contenida en la acusación, referente al tipo delictivo bajo estudio, se advierte que si bien se indica que el procesado en mención ordenó el pago de dos mil ochocientos nuevos soles a favor de su coencausado Emiliano Burga Silva, no se ha sustentado ni se ha probado en autos la existencia de un interés particular; es decir, no se atribuye a Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, en su calidad de alcalde de la Municipalidad Provincial de Rioja, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de este, que es lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el delito que nos ocupa".

Los actos que revelan un interés funcional[102], un celo profesional o una diligencia adecuada en el ejercicio de las atribuciones y que constituyen acciones que son una manifestación de las competencias ordinarias del funcionario no ingresan a la tipicidad objetiva del delito. Dentro de ellas cabe comprender la especial atención, diligencia, la mayor preocupación según la gravedad o el contexto que rodea el caso, la necesidad de cubrir en forma rápida un determinado servicio o de buscar la eficiencia y eficacia del acto que se pretende desarrollar.

El determinar la acción de **interesarse** –y los actos que lo acreditan– permite establecer en este momento la consumación del delito, siendo irrelevante los actos posteriores que ya sea por acción propia o de terceros [incluida las agencias gubernamentales de control] pueden llegar a ser neutralizados, tal como ocurre cuando el funcionario cesa[103], cae enfermo, se anula, se revoca su decisión, o luego de ser descubierto o advertido termina actuando o resolviendo de manera distinta al interés particular que promovía inicialmente[104]. Lo mismo ocurre cuando se interviene o se interesa como particular y luego recibe la designación de funcionario público y se sigue interviniendo en el acto, pero con menor intensidad; no inhibiéndose en su actuar[105].

La intensidad o el modo cómo se ejerce el interés indebido no posee mayor relevancia en la delimitación del injusto penal.

Desde el punto de vista del proceso de contratación estatal, puede haber un interés estatal desde el momento de la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de contratación[106].

El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ejemplo, desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación hasta que se han cumplido totalmente las cláusulas del

102 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604.

103 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 35.

104 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 606.

105 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 35.

106 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

contrato u operación, pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado puntaje[107]. Incluso, algunos autores extienden la posibilidad de comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados[108], etc. El delito de negociación incompatible no puede cometerse cuando el contrato estatal se ha extinguido o se ha cumplido completamente[109].

Por ello, el ***interés*** que se revela a través de actos objetivos puede darse, ya sea:

i) En la etapa de la ***negociación del contrato o la operación***[110] [*v. gr.*, solicitando que se acepte la propuesta del postor[111], se le brinde información privilegiada[112], se rechace la propuesta de los demás participantes, recibir los requerimientos, elaborar la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba y dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos[113]]. En estos casos el autor interviene en

107 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 566.

108 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31.

109 Cfr. Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 506.

110 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376; Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 318; Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604.

111 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31.

112 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 609.

113 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante): "Está acreditado que la sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien recibía los requerimientos de refrigerios, solicitando para ello a los proveedores las respectivas cotizaciones, siendo su función servir de primer filtro o tamiz con relación a los pedidos formulados por diversas áreas usuarias, encargándose de evaluar la mejor propuesta económica, situación que no se dio en las cuatro órdenes de servicios materia de imputación (N° 2609, N° 2838, N° 2852 y N° 2975), pues eligió a un proveedor que no se encontraba inscrito como tal ante el Ministerio Público, conforme lo han declarado los testigos Antony Terri Eduardo Jara Acevedo y Justina Acevedo Capani".

las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración[114].

ii) Durante la ***suscripción del contrato o de la operación*** [agilizando poderosamente los trámites, dando indicaciones a los funcionarios, etc.][115].

iii) En la ***ejecución del contrato u operación***[116] [*v. gr.*, ampliando los plazos de cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad a los acordados].

iv) En la ***liquidación*** de los mismos [*v. gr.*, pago adicional por servicios, pedir que no se consignen omisiones o se formulen observaciones a la obra][117].

Este criterio amplio ha sido asumido, correctamente, por la **Sala de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lima** al sostener en el delito de negociación incompatible:

> *"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. esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución. 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*[118]*".*

En el campo de ejecución contractual, por ejemplo, puede haber negociación incompatible cuando se emite un informe favorable para la proce-

114 Cfr. Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 880.

115 Cfr. Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 506.

116 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376; Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888; Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 587; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 567; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 650.

117 Cfr. Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., 587; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 567; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 650.

118 Véase, **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

dencia de la modificación de un contrato ya suscrito en el que se recomienda autorizar la sustitución de un producto por otro. En un caso, el subgerente de Logística de una municipalidad brindó una opinión favorable, pese a que días antes había emitido un informe desfavorable, no aceptando el cambio del producto. Dicho cambio de opinión se produjo con la sola presentación de la carta de la empresa contratista, argumentando que el motivo principal del cambio de producto se debe a que en el mercado se presentaba una ausencia de la marca indicada, sin que se hubieran adjuntado documentos que avalen de manera objetiva dicho cambio de opinión[119].

119 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1166-2012** del 6 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "[Si] bien el informe de fojas ciento cuarenta y dos, emitido por Edgar Tananta Pinchi, de fecha veintisiete de febrero de dos mil ocho, dirigido al Gerente de Administración de la Municipalidad agraviada, estableció que se debe aceptar al proveedor el cambio de producto y la entrega de la leche evaporada de marca "Pura Vida" para el mes de febrero y de marca "Bonlé" a partir del mes de marzo de dos mil ocho, para lo cual debería suscribir una addenda al contrato original; sin embargo, se debe tener en cuenta que dicho funcionario días antes había emitido un informe desfavorable, esto es, no aceptando el cambio del producto –véase fojas ciento veintiocho–, y pese a ello con la sola presentación de la carta de fojas ciento treinta y uno –en la que el Consorcio precisó que el motivo principal del cambio de producto es porque en el mercado se presenta ausencia de la marca "Gloria" para programas sociales– y sin la presentación de documentos que avalen dicha posición, se emitió el citado informe favorable, lo que originó que en Asamblea Extraordinaria del Comité del Programa de Vaso de Leche, de fecha veintisiete de febrero de dos mil ocho, se acepte el cambio del producto, pero se dejó establecido que "el Comité de Administración deberá prescribir en el acta que el proveedor se compromete a presentar la certificación oficial sobre los valores nutricionales mínimos del nuevo producto, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Ministerial número setecientos once" –véase fojas ciento cuarenta y siete–; en base a todo este procedimiento se firmó la addenda al contrato principal con la finalidad de cambiar la entrega del producto que el proveedor inicialmente se había comprometido –véase tojas ciento once–, esto es, se cambió la leche evaporada marca "Gloria", por las marcas "Pura Vida" para el mes de febrero y "Bonlé" a partir demarzo de dos mil ocho".
Pese a que se trata de un caso relevante en la Ejecutoria suprema se echa de menos un desarrollo argumentativo tendiente a acreditar y justificar por qué se considera que ***un cambio de opinión no sustentado en hechos o pruebas objetivas*** puede entenderse y equivale a un acto de interesarse indebidamente en un proceso de contratación estatal específico. No se analizan otros factores ni otros elementos contextuales que, a modo de indicadores objetivos, pueden terminar consolidando la tesis incriminatoria del Ministerio Público (visitas del proveedor estatal, el criterio seguido en otros casos similares, la objetividad o no de la información, levantamiento del secreto de las comunicaciones, etc.) o puede llevar a desechar dicha hipótesis. Por otro lado, no solo resulta discutible que todo cambio de opinión no sustentada se entienda como un acto inequívoco de interesarse, sino que, además, resulta preocupante que un cambio de opinión se considere como portador de un comportamiento doloso cuando es posible que se deba también a una mera conducta negligente o descuidada.

No hay inconveniente para que el acto pueda ser definitivo, preparatorio, revocable o irrevocable, pues como dice MANZINI: "*el delito no existe en el acto, sino en el interés particular*[120]".

Si se acepta que el delito de negociación incompatible puede cometerse en la fase de negociación, preparación, suscripción, ejecución y liquidación de los contratos estatales no es posible estar de acuerdo con una ejecutoria suprema que considera que el delito de negociación incompatible solo puede cometerse y consumarse hasta el momento de la celebración del contrato como también se sostiene que el proceso de contratación concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro; de tal manera que se desecha la posibilidad de participación del delito en los casos de ejecución y recepción de la obra[121].

De igual forma, debe criticarse la **Ejecutoria Suprema** recaída en el **R.N. 4832-2001** [Arequipa] en la que se absuelve, revocando la sentencia de instancia, al procesado, quien en su condición de médico especialista en Oftalmología del Hospital Nacional del Sur, actuaba a su vez como gerente de la empresa "*Centro Quirúrgico Oftalmológico*", que llegó a suscribir dos convenios con el referido hospital para la prestación de exámenes, al entender equivocadamente que (a) en la suscripción de ambos convenios el

120 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 322.

121 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 661-2009** del 10 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Santa María Morillo): "Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado".

procesado no intervino; y (b) la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él[122].

El error reside, como se ha visto, en considerar que para que se configure el delito de negociación incompatible se requiere que en la suscripción [firma] de ambos convenios el procesado intervenga cuando en realidad no es necesario, pues su actuación puede haberse dado en momentos previos, *v. gr.*, participación en la preparación del contrato, aceptación de la propuesta, la determinación para que se contrate a dicha empresa[123], etc. Asimismo, el delito de negociación incompatible no requiere que la decisión de suscribir el convenio dependa de la competencia del funcionario, habida cuenta de que lo único que la ley exige es que se obre en razón al cargo y no que la aceptación y decisión final de la propuesta dependa del funcionario[124].

El caso indiscutible de negociación incompatible es aquel en el cual el funcionario contrata con la administración, ya sea a través de una empresa de su propiedad, en donde ejerce la administración o se contrata a sí mismo[125]; o el caso del funcionario que contrata o vota por la contratación de

122 Véase la Ejecutoria citada en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., pp. 513 y ss.

123 Comparten por completo el tenor de esta ejecutoria: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 574; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 510; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 652.

124 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 496; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 651. Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante): "Que si bien la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme lo ha referido en audiencia no era quién tomaba la decisión final para elegir al proveedor, si lo seleccionaba para el requerimiento respectivo, debe tenerse en cuenta que para la configuración del interés indebido no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial, que en el caso vendría a ser la elección del proveedor Jara Acevedo para prestar el servicio de refrigerios". También, la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00023-2012-5-1826-JR-PE-03** del 15 de octubre de 2013 (Ponente: Lizarraga Rebaza): "No es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. 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".

125 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 879.

una empresa en donde es accionista –u ocupa cualquier cargo– o forma parte de una firma consultora[126], *v. gr.*, estudio contable, estudio de abogados, sociedad de auditoría, *marketing*, o cualquier otra empresa de servicios.

Sin embargo, los supuestos más graves son aquellos en los que el funcionario se interesa por la adjudicación de las contrataciones a grandes empresas o consorcios con quien le une acuerdos no demostrables[127]; o aquellos otros supuestos en los que el funcionario luego de cesar en la administración pública aparece desempeñando cargos en empresas privadas que mantenían intereses patrimoniales en pugna con la institución pública donde trabajaba[128] y el funcionario siempre promovía la protección de dichos intereses, a través de los procesos de contratación en los que intervenía de manera especial y por razón de su cargo.

No es necesario que el acto desde su formación obedezca al exclusivo propósito de beneficiar a terceros o que haya sido creado, urdido o impulsado desde su origen por el funcionario público. La ley no castiga la creación o configuración interesada del acto (contrato u operación), sino la sola intervención interesada en el acto. Por tanto, es posible que el acto administrativo obedezca a razones de conveniencia y necesidad estrictamente administrativa, derivada de las exigencias propias del servicio y en el camino –incluso sin alterar su esencia– se haya manifestado la intervención del funcionario, interesándose en su desarrollo, concreción o resultado.

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito de negociación incompatible no solo se configuran resolviendo, individual y colectivamente[129], la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorable[130], *v. gr.*, participar de la votación de aprobación del contrato o intervenir en el cronograma de pagos[131]. También se configura con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o

126 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 190.

127 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 879.

128 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 35.

129 Véase, FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299.

130 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 605.

131 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31.

anulación[132], etc. No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento[133]. La forma como puede aparecer y revelarse el interés del funcionario público es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, recepción de una dieta, incluso, en una orden del día[134].

Si bien el núcleo de la prohibición penal descansa en castigar los casos en que el funcionario muestra un exclusivo interés particular en el ejercicio del cargo, cae también dentro de los alcances del tipo penal aquellos supuestos en donde hay un interés tanto en cumplir los mandatos y fines de la administración como en satisfacer un interés personal[135]. Por tanto, también se sanciona los casos en donde el funcionario tiene un ***interés compartido o un doble interés***[136]. De allí que en este ámbito tenga valor la afirmación de que el funcionario público que participa en base a su cargo en contratos u operaciones ***debe actuar guiado por el principio de la exclusiva protección de los intereses públicos.***

El interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o a una operación concreta. ***No se pune el interés indeterminado o genérico.*** Quedan excluidos del ámbito de protección de la norma los intereses futuros, los intereses hipotéticos[137] y los que todavía no son objeto de tratamiento por la administración.

La estructura típica del delito de negociación incompatible responde a la de un ***delito de consumación anticipada.*** Aquí no interesa que el funcionario de manera efectiva y real logre conseguir algún tipo de beneficio o ventaja económica personal[138]. No se castiga la obtención efectiva del inte-

132 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 317.

133 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 606.

134 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 318.

135 Cfr. DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 317; MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 29.

136 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 317; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 317.

137 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 587.

138 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 606.

rés, sino más bien la mera intervención en un acto con miras a un interés futuro no administrativo[139].

La fijación del momento consumativo incide directamente en la mayor o menor amplitud y complejidad de la actividad probatoria. Si se estima que el delito se consuma con la obtención del beneficio, se tendría que acreditar de manera suficiente la relación de imputación objetiva entre el beneficio del autor y el acto que refleja el interés del funcionario. En cambio, si se considera –tal como lo hacemos aquí– que solo basta con demostrar el acto en el que se revela el interés económico del funcionario, el problema se limita a comprobar la tendencia de beneficio del funcionario[140]. Por tal razón, interesarse no equivale a obtener o lograr una utilidad concreta, sino en interesarse por el acto o en el acto en el que interviene una unidad estatal[141].

Debe diferenciarse nítidamente los casos de atipicidad manifiesta del comportamiento de aquellos supuestos en los que no se llega a probar, o la prueba es insuficiente, el acto externo concreto y específico por el cual el funcionario se interesa en el contrato o la operación.

Las motivaciones e impulsos que promueven el interés pueden ser variados[142]. Es posible que se trate de una motivación afectiva (ayudar al hijo, a la esposa, al amante), amical, ambición, de compadrazgo, etc.[143].

No interesa que el interés del funcionario sea legítimo desde una perspectiva moral, que sea justo o que no afecte a la hacienda pública[144]. El interés siempre será indebido en la medida que sea incompatible con los fines e intereses de la administración o de un sector de ella.

Si el acto de interesarse no logra acreditarse de manera idónea, es posible que concurra en su lugar, si hay irregularidades administrativas graves, el delito de omisión de actos funcionales que sin problema puede subsumir la

139 Cfr. Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 880.

140 Cfr. Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 880.

141 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 317.

142 Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 350; Manzini, Vincenzo; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública* T. 8, p. 329.

143 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 29; Antolisei, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 350.

144 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 318.

conducta ilícita realizada por el funcionario público. Tal como se plantea, el delito de negociación incompatible no puede cometerse mediante comisión por omisión, o simplemente por un dejar hacer o dejar pasar pese a que el funcionario tiene una posición de garante o la obligación de intervenir en el proceso de contratación. En estos casos en los que el funcionario no se interesa, pero omite cumplir con determinados deberes o actos funcionales posiblemente incurre en el delito[145] (art. 377). Por ejemplo, si el funcionario público (*v. gr.*, alcalde) realiza determinado contrato (*v. gr.*, contrato de permuta), sin contar previamente con la autorización del pleno del Concejo Municipal no por ello incurre en la comisión del delito de negociación incompatible[146]. La conducta omisiva puede dar lugar a la perpetración del delito de omisión de deberes funcionales, o de una infracción administrativa grave, pero bajo ninguna forma supondrá la comisión del delito en estudio.

De igual manera, si en el pago de un adelanto de obra se requiere un Informe favorable del Ingeniero Inspector y/o Supervisor, lo cual no se efectuó, dicha omisión no puede constituir ni un indicio ni un hecho suficiente

145 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 5083-2008** del 20 de enero de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo): "El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, requiere para su configuración que el funcionario público se interese en forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene. Estos elementos del tipo penal no concurren en el presente caso, pues la conducta realizada por los encausados Manrique Villalobos y Walde Salazar fue la de incumplir con sus deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para realizar una filmación en la ciudadela de Machu Picchu, lo que a la postre ocasionó el fatal resultado. Lo que no se evidencia es que haya existido un interés por parte de estos de obtener un provecho para sí o para otro, por lo que la absolución dictada se encuentra conforme a lo actuado".

146 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2196-2011** del 18 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Prado Saldarriaga): "se aprecia que en el comportamiento desplegado por el encausado Díaz Mundaca no confluyen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, porque si bien está acreditado que como alcalde de la Municipalidad Distrital de Chongoyape celebró con el representante legal de la empresa Negociación Agrícola "El Almendral y Tabacal Sociedad de Responsabilidad Limitada" los actos jurídicos del cinco de febrero de dos mil cuatro y del veinticinco de julio de dos mil cinco, sin contar con autorización del Concejo Municipal, los mismos no tuvieron interés indebido, como lo aseguró en su declaración -fojas sesenta y siete, trescientos uno y quinientos ochenta y uno, tomo I- uniforme y constante que prestó en el transcurso del proceso, ya que los mismos se originaron a consecuencia de la deuda tributaria que dicha empresa tenía con la institución agraviada y en la necesidad que esta tenía de adquirir un predio para la ejecución del proyecto de la laguna de estabilización del alcantarillado de Ramón Castilla; constituyendo la omisión de autorización un acto que no encuadra en el delito atribuido, por lo que, la absolución dispuesta en tal extremo se encuentra conforme a derecho".

para entender que el funcionario se ha interesado en determinado proceso de contratación y que, por ende, se ha cometido el delito de negociación incompatible[147]. No toda omisión de un acto o el incurrir en una falla administrativa supone la comisión del delito en estudio. Con razón, se afirma que la conducta del agente debe poseer una orientación dirigida a interesarse indebidamente y no basta una simple irregularidad o anomalía administrativa[148].

En algunos otros casos, el interés no se muestra a través de irregularidades administrativas, en la modalidad de omisión de actos funcionales, sino que el funcionario, o el comité especial, a los requisitos planteados en la convocatoria pública del proceso de contratación estatal, añaden y suman algunas exigencias y requerimientos no planteados inicialmente[149]. Por ejemplo, el comité especial exige un "análisis de laboratorio de ensayo de

147 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein): "cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe favorable del Supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis. Debiendo tener presente, además, que los peritos contadores Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, señalaron que los adelantos efectuados con garantía de fiel cumplimiento (pólizas de caución) se realizaron de acuerdo al contrato suscrito y a la normativa legal aplicable en esa fecha. En consecuencia, con respecto a esta imputación no existen elementos suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste al encausado Rojas Granados".

148 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein).

149 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 117-2012** del 11 de enero de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Neyra Flores): "lo que se cuestiona y no se ha dado respuesta en la sentencia impugnada es el hecho referido a que los encausados en su calidad de miembros del Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Satipo encargado de realizar el proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos - dos mil cuatro / MPS referido a la compra de materiales de agregados de río y madera para la Obra "Construcción Centro Cívico - Primera Etapa", hayan incorporado en la etapa de calificación de propuestas factores de evaluación que no estaban consignados en las Bases del proceso y excluido otras, hecho que modificó los puntajes máximos de algunos factores subsistentes, tal como se dejó establecido en el Informe Especial número cero diecinueve - dos mil siete - CG / ORHU, realizado a la Municipalidad Provincial de Satipo por la Contraloría General de la República, que originó se declare como ganadora de la buena pro a la Empresa EMMASA -que pertenece a la citada Municipalidad-, cuya junta de accionistas está conformada por los Regidores de dicha comuna, tal como así lo reconoció el Presidente del Comité Especial, Víctor Vicente Cahuana Pérez. Tampoco se compulsó que dos de los tres encausados -Víctor Vicente Cahuana Pérez y Edgardo Felimon Chipana Aujapiña- reconocieron haber sido Gerentes de la Empresa EMMASA, lo que obviamente deja en entredicho la fiabilidad y transparencia del concurso".

materiales" y una garantía de diez años de duración de los materiales, requisito que solo pudo cumplir la empresa ganadora y que no estaban previstos en las bases ni en la convocatoria a concurso[150]. En este caso el Comité optó, incluso, por la propuesta económica más onerosa, pese a que en el puntaje técnico la empresa ganadora se encontraba empatada con otra. Al establecer unos requisitos y criterios que no se consignaron en las bases, se imposibilitó la realización del principio de igualdad de oportunidades y se lesionó las expectativas de una competencia sana y fructífera para la administración pública[151].

b) La naturaleza y clase del interés prohibido

Uno de los problemas más importantes y delicados de resolver en el delito de negociación incompatible consiste en desentrañar la naturaleza y el alcance del tipo de interés que pretende prohibir la norma, situación de capital importancia en la medida que de ello depende la mayor o menor cobertura de la infracción.

Una primera posición acogida en el derecho comparado establece que basta cualquier interés, independientemente de su contenido, para la realización del tipo penal en comentario[152]. Puede tratarse de un interés económico, de un interés social, político[153] o de cualquier otro orden[154]. Basta que sea incompatible e inconciliable con el correcto ejercicio de sus funciones. No hay limitación al interés económico o financiero[155], pues no

150 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

151 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

152 En el derecho italiano: MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 322. En el derecho español: MIR PUIG, "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función", cit., p. 315. En la jurisprudencia argentina, véase el fallo citado por RUBIANES, Carlos, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 1327; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 653.

153 Véase, SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 882.

154 Véase: MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 29.

155 Expresamente: MILLÁN, ALBERTO, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 33.

se protege directamente o de manera inmediata los intereses de la hacienda pública o el patrimonio del Estado.

Incluso, si se lleva esta tesis hasta sus últimas consecuencias no debería haber problema para asumir que en aquellos casos judiciales en donde hay incompatibilidad o un conflicto de intereses, manifiesto o no, entre el juez y una de las partes [*v. gr.*, parentesco, amistad, calidad de deudor o acreedor, etc.] y este no se aparta desde el principio, no se inhibe de su conocimiento o no acepta la recusación planteada, podrá dar lugar, sin mayor problema, a la configuración del delito de negociación incompatible, máxime si no es necesario que se discuta en el concreto proceso judicial intereses económicos o patrimoniales.

La segunda posición estima que el único interés prohibido por la norma penal es el interés que se revela como ventaja o provecho de naturaleza ***económica***, ya sea para sí o para un tercero[156]. La conducta consiste en intentar obtener un beneficio de carácter patrimonial[157]. El funcionario cuando se interesa por un determinado acto u operación puede contar con diversos intereses opuestos o, por lo menos incompatibles, con la administración pública; sin embargo, el único interés que se reprime y sanciona es el ***interés económico o de carácter patrimonial***. En la doctrina penal peruana este último punto de vista es el prevaleciente[158].

La afiliación a esta perspectiva posee una fundamentación diversa. En primer lugar, destaca el hecho de que el legislador busca comprender y castigar los comportamientos más graves y disvaliosos, situación que se cumple con la naturaleza económica del interés (*argumento del mayor injusto*). La norma castiga el interesarse en los *contratos* –y no en otra clase de actos jurídicos–, situación que lleva a sostener desde un punto de vista ***teleológico-***

156 Ampliamente, Soler, *Derecho penal argentino*, cit., p. 190; Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 372; Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 299; Maldonado, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 430; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136.

157 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604.

158 Cfr. Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 588; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 497.

sistemático la exclusiva punición de un interés de orden económico y patrimonial[159], descartando los intereses de otro orden[160] (*argumento teleológico*).

Desde la perspectiva filológica también la negociación incompatible no es otra cosa que un ***interés en el negocio***[161]. Se sostiene que si la ley comprendiera los intereses distintos a los de naturaleza económica patrimonial debería precisarlo expresamente, sin la generación de alguna duda. Por otro lado, desde la perspectiva criminológica el interés económico patrimonial encierra una mayor gravedad y disvaliosidad del acto respecto a otros intereses concurrentes[162].

Asimismo, la posibilidad de que haya otros intereses distintos al económico no quiere decir que no afecten el bien jurídico. Sin embargo, de la mano del principio de intervención mínima o *extrema ratio* del Derecho penal solo debe criminalizarse aquellas formas de afectación del bien jurídico más intensas y reprochables, dejando a otros sectores del ordenamiento jurídico la cobertura y reacción de las demás formas de ataque. Se debe evitar la configuración del proceso penal para perseguir comportamientos que pueden ser abarcados por el procedimiento administrativo disciplinario y que por su misma característica posee una modesta carga ofensiva o sencillamente no son portadores de un mismo grado de afectación del objeto de protección.

Debe diferenciarse nítidamente el interés patrimonial o económico que promueve el funcionario público en el acto en el que participa o influye de la motivación que impulsa y alienta su intervención que puede tener el más diverso cariz y que pueden ser políticas, afectivas, ideológicas e, incluso, éticas[163]. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido que:

159 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 190; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299; ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 430.

160 Este argumento se replica [véase: SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 881] sosteniendo que "el hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que el interés perseguido deba tener la misma naturaleza. También en un contrato se puede actuar por un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico".

161 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 604. En la doctrina argentina: CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373.

162 Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 241. También: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 348.

163 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373.

> *"dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.)*[164]".

Por otro lado, puede tratarse de un interés, ya sea propio o de un tercero[165]. Se encuentran también dentro del ámbito de protección de la norma los contratos u operaciones que se relacionan directamente con actos legislativos o jurisdiccionales[166]. Por tanto, debe erradicarse la idea de que la única cobertura de la infracción son los actos administrativos puros. El bien jurídico protegido no cambia de modo alguno en su afectación, si es que el interés perseguido es del propio funcionario o de un tercero[167], siempre que se trate de un contrato o una operación.

El objeto del contrato o la operación puede recaer sobre bienes muebles, inmuebles, subastas, licitaciones, la suscripción y ejecución de contratos, las actividades financieras, entre otras[168].

c) El interés "*indebido*"

El fundamento que sustenta esta restricción del delito de negociación incompatible se debe al hecho de que actuar en ejercicio de un cargo o dentro de un marco concreto de funciones configura un mayor riesgo y abre sustancialmente probabilidades de éxito de que el ***interés no público que impulsa dicho funcionario*** llegue a concretarse, defraudando así las expectativas de la administración, contraviniendo sus objetivos legítimos. El fun-

164 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein).

165 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 883.

166 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 322. En la moderna ciencia penal italiana: GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 187; ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 257.

167 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 885.

168 Véase, MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 322.

cionario instrumentaliza tanto su empleo y su competencia para promover un interés privado, ya sea propio o de un tercero[169].

Es necesario plantear la necesidad de aplicar las reglas de la imputación objetiva[170] verificando que el acto externo del funcionario público que se interesa por el contrato u operación no solo se produzca en el marco y dentro del ejercicio funcional (cargo y competencia) sino que dicho riesgo creado incida directamente en la formación, suscripción o ejecución del contrato o la operación.

El funcionario que actúa dentro de una delegación de competencias y se ciñe al cumplimiento del manual de organización de funciones o del reglamento sectorial, participando en las negociaciones, en la medida que no actúa con un interés especial, directo o indirecto, no realizará el tipo objetivo del delito de negociación incompatible[171]. Por el contrario, habrá cumplido con el rol encomendado por el ordenamiento jurídico y actuará dentro de los límites del riesgo permitido, por lo que su comportamiento será atípico[172]. Si el acto por el cual se interesa el funcionario forma parte de su competencia legal, reglamentaria o administrativa general no habrá negociación incompatible por más que no sea frecuente ni haya costumbre de incurrir en dicha práctica[173], *v. gr.*, el alcalde que toma las riendas de una empresa municipal y participa en todos sus actos[174].

No integra la tipicidad del delito el interés que se demuestra y que forma parte del ejercicio funcional responsable[175], diligente y que supone el cumplimiento de una actuación administrativa normal. El interés que se reprime es el interés personal no el interés funcional eficiente. Dentro de ello cabe mencionar, por lo menos en el marco del riesgo permitido, el solicitar que el contrato u operación se resuelva con rapidez, el preguntar sobre el

169 Cfr. Seminara, *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 938; Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 316.

170 Cfr. Romano, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 257.

171 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1124-2009** del 7 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

172 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 654.

173 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 380.

174 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 323.

175 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 320; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 29; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136.

estado del mismo, el adoptar una atención preferente en las condiciones de un negocio jurídico[176]. Justamente, por esta razón la ley se refiere a la existencia de un *acto* ***indebido***. La realización de los actos debidos deja de tener cobertura legal.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

> *"en cuanto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, atendiendo a que el verbo rector está constituido por el "interés", el mismo no se observa en el caso submateria, toda vez, que no se advierte voluntad por nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes, por el contrario, su intención estuvo dirigida a tratar de cumplir sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público, desvirtuándose así una afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, esto es, el normal funcionamiento de la administración pública[177]".*

En el mismo sentido, si el funcionario se limita a formar parte o preparar el contrato o la operación, sin intervenir o tener injerencia en los actos anteriores o posteriores no cometerá bajo ningún extremo el delito de negociación incompatible[178].

d) La dirección del interés: *el contrato u operación*

El interés –tal como lo indica la ley– debe estar dirigido hacia cualquier contrato u operación. No se castiga la realización del contrato o la operación, sino ***el abuso y el interés privado*** que promueve el funcionario[179].

El interés que castiga la norma debe ser concreto y específico con relación a una operación o contrato. No basta un interés general como, por ejemplo, ocurre con la expedición de una norma general, *v. gr.*, decreto o reglamento[180] que no se relaciona con un contrato específico.

176 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299.

177 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3030-2010** del 31 de enero de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

178 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 323.

179 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 130.

180 Cfr. Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 319.

La noción de ***contrato*** debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el derecho privado[181] y el derecho público[182]. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad[183], tiempo de duración, sujetos intervinientes[184]. Tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo. Solo debe tratarse de un contrato de derecho público o un contrato estatal[185].

Sin embargo, debe tratarse de contratos en donde, por lo menos, una de las partes es una entidad pública, situación que difiere –y no se comprende en el contexto de tutela del bien jurídico– de los casos en donde lo único que hay es un interés público, pero en el que no se verifica que una de las partes sea el Estado, *v. gr.*, contrato entre particulares. El interés público en un contrato no es condición suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible. Resulta esencial que de algún modo intervenga la administración y sobre esta base el funcionario se interese.

Los contratos que la entidad pública promueve o suscribe pueden orientarse para beneficiar a una persona natural o a una persona jurídica[186], *v. gr.*, sociedades mercantiles[187]; ya sea de derecho privado o de derecho público, se encuentren o no inscritas regularmente. Es irrelevante si el contrato se firma con una entidad nacional o del extranjero. La Sala de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lima ha señalado que:

> *"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*

181 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374; Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 295; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 434; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 322; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 571; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 506.

182 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 571; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 506.

183 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 300.

184 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 30; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 571; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 506.

185 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 649.

186 Cfr. Romano, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 270.

187 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374.

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 en las subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, contratación de administración de servicios - CAS, entre otros; y como persona pública[188]".

Por otro lado, puede que el objeto del contrato verse sobre bienes muebles o bienes inmuebles, se refiera a locación de servicios, arrendamientos, préstamos, compraventa, abarque subastas, licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas, etc. No basta que el funcionario con su intervención posea una expectativa de lucro. Es necesario que el contrato o la operación posean un carácter económico[189].

Como ejemplos de contratos sobre los que puede recaer el delito de negociación incompatible se citan: la contratación de consultores[190], un contrato de permuta de terreno[191], la adquisición de medicinas para un hospital[192], un contrato de locación de servicios profesionales[193] (*v. gr.*, contratación de dos médicos gastroenterólogos en un hospital[194]), un contrato de suministro[195], la contratación de servicios de fotocopiado[196], la adjudicación para la fabricación y colocación de un escudo y logo hecho en cobre dentro del proyecto de "mejoramiento y mantenimiento de fachada municipal[197]", con-

188 Véase, **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

189 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 571.

190 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

191 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2196-2011** del 18 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Prado Saldarriaga), aunque dicha sentencia culminó en una absolución.

192 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1909-2011** del 5 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla).

193 Véase las Ejecutorias Supremas del **R.N. N° 3911-2009** del 3 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf); **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

194 Véase la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

195 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

196 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3156-2011** del 11 de julio de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores).

197 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 442-2010** del 1 de marzo de 2011 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

trato de bienes y servicios para la adquisición de insumos para el programa de vaso de leche[198], contrato del servicio de refrigerio[199].

Junto a la referencia al contrato, la ley alude también a ***cualquier operación***. Con ello se busca ampliar de manera adecuada las posibles áreas punibles en las que puede desplegar su actividad el funcionario público[200], habida cuenta de que su intervención e interés no se limita necesariamente a los contratos, sino a otra serie de actos jurídicos de innegable valor e importancia. En efecto, hay casos en los que resulta sumamente discutible que se haya contratado, *v. gr.*, expropiación, secuestro, embargo, incautación de bienes, decomiso, etc.

La diferencia entre el contrato y la operación es que en esta última hay por lo general una voluntad unilateral del Estado[201] y no un acuerdo de voluntades como en el contrato. La Corte Suprema ha entendido por operación como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico[202].

No es necesario que el contrato u operación llegue a producirse, que se ejecute, que cause perjuicio al Estado o que, incluso, haya tratativas de los terceros con la administración[203]. Basta que el funcionario se interese y promueva un interés particular.

Por la vigencia irrestricta del principio de legalidad solo es posible cometer el delito de negociación incompatible si es que el interés indebido se manifiesta en un **contrato u operación**. Cualquier otro acto administrativo o decisión en la que se interesa el funcionario público cae fuera del ámbito

198 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1166-2012** del 6 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

199 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante).

200 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 30; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 322.

201 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 434; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 572.

202 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 578-2011** del 29 de febrero de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

203 Cfr. Etxebarria Zarrabeitia, "Fraudes y exacciones ilegales", cit., p. 206.

de dominio de la infracción penal[204]. En pocas palabras: los actos administrativos o toda clase de actos estatales que no son ni contratos ni operaciones no pueden ser considerados como objeto de acción del delito de negociación incompatible, *v. gr.*, resoluciones de alcaldía, proyectos de ley, etc. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado que:

> *"la conducta imputada al encausado Mendoza Castro, según la fundamentación fáctica de la acusación fiscal, se refiere a un supuesto interés en expedir una Resolución de Alcaldía –la signada con el número cero tres guión dos mil tres guión MPCH, del nueve de octubre de dos mil tres– en cuya virtud la Municipalidad de la cual era alcalde otorgó licencia de construcción a la empresa TIM PERÚ sobre un terreno de propiedad de su conviviente Mabel Margot Cabrejos Soto. Que, expuestos así los hechos, no se advierte que la licencia otorgada por la comuna que dirigió el acusado se relacionara con algún "contrato u operación" en el que estuviese participando en razón de su cargo, pues según la tesis incriminatoria los hechos juzgados se refieren a la expedición de un acto administrativo de otorgamiento de licencia de construcción, lo que en sí mismo resulta un supuesto ajeno al previsto en la descripción típica del ilícito ya mencionado; que si bien en tales hechos se hace referencia a un contrato de compraventa celebrado entre la conviviente del acusado, Mabel Margot Cabrejos Soto, y la agraviada Primitiva Ortega de Villegas, así como un contrato de arriendo celebrado por la primera de las nombradas con la empresa TIM PERÚ Sociedad Anónima Cerrada, es de anotar que en ninguno de dichos contratos participó el acusado, por lo que estas contingencias tampoco resultan utilizables para la configuración del tipo penal imputado[205]".*

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

> *"[Respecto] al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el*

204 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 570. Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo); **R.N. N° 578-2011** del 29 de febrero de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

205 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 613-2009** del 15 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza (sic) en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del Juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado; por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado[206]".

Finalmente, la Corte Suprema ha excluido otros actos del marco típico del injusto penal de la negociación incompatible al señalar que:

"la conducta incriminada al encausado Julio César Mungi Núñez, consistente en el hecho de haber convocado a un cabildo abierto a las principales autoridades de los anexos caseríos, centros poblados del distrito de Monobamba y a los funcionarios de la empresa minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima - SIMSA con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto al pago de la deuda tributaria que tenía la mencionada empresa a favor de la Municipalidad de Monobamba; no se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, toda vez que el cabildo convocado no tenía como sustento la existencia o celebración de contrato alguno, menos aún la realización de determinada operación económica; sino que tal convocatoria tuvo como finalidad negociar la deuda tributaria que la empresa minera mantenía como la municipalidad; obligación tributaria –entendida como el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria y es exigido coactivamente– que nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación –conforme a los términos descritos en el artículo dos del Código Tributario–; en consecuencia se trata de actos administrativos distintos a los contratos u operaciones que se habrían realizado con la

206 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 832-2010** del 17 de mayo de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein).

finalidad de exigir el pago de la deuda que la empresa minera mantenía con la entidad edil que representaba[207]".

e) La legitimidad del acto (contrato u operación) de la administración pública

En la doctrina comparada se discute si es necesario que el acto que compromete a la administración –contrato u operación– debe ser legítimo o no.

La opinión mayoritaria se inclina por exigir que el acto sea ***formalmente legítimo***[208]. Si el acto es ilegítimo no se estaría ente un acto de la administración pública[209], por lo que es irrelevante si está conexo con otro acto simultáneo y legítimo de la misma administración. Se anota que si el contrato u operación no es legítimo el funcionario responderá por otros delitos[210]. Ello ocurre con la venta oculta de bienes públicos, el desvío de fondos públicos para cumplir con intereses distintos a los inicialmente programados. La incompatibilidad de las funciones presupone que la actividad administrativa sea lícita, *v. gr.*, no comete delito quien se interesa por un contrato que viola, por ejemplo, la ley del presupuesto. La jurisprudencia argentina ha señalado que el delito en comentario no busca sancionar los negocios prohibidos, sino los negocios incompatibles con la administración pública[211].

En este ámbito debe distinguirse entre la legitimidad del acto funcional con la ilegitimidad del interés privado[212]. Asimismo, la configuración de la negociación incompatible no quiere decir ni equivale a que el negocio que se

207 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 578-2011** del 29 de febrero de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

208 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 130; Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32; Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 295; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 434; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 322.

209 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 321.

210 Cfr. Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 296.

211 Cfr. Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., p. 1327; Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 434.

212 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

realiza (contrato u operación) se encuentre prohibido o se trate de un acto absolutamente ilegal.

No es necesario que el contrato o la operación sea un acto administrativo nulo desde la perspectiva del derecho administrativo[213] ni que dicho contrato sea declarado como tal por el sector correspondiente de la administración o que ella haya iniciado las acciones correspondientes con ese fin, para declarar su ineficacia o que se inicien determinadas acciones civiles para obtener el resarcimiento o la reparación civil. En sentido contrario, la nulidad del acto administrativo o el inicio de las acciones legales respectivas no implican que se haya cometido el delito de negociación incompatible.

El delito de negociación incompatible no consiste en la apropiación de bienes públicos, ni la obtención de ventajas mediante pactos venales, que podrían dar lugar al delito de peculado, sino más bien reside en el aprovechamiento de la condición de funcionario para promover un interés propio o particular (de un tercero) distinto al de la propia administración pública[214].

f) Las modalidades típicas del *interesarse*

fa) El *interesarse* de manera *directa*

Implica que el funcionario de manera personal manifiesta sus pretensiones o los intereses que promueve a través de actos externos y objetivos[215], ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ejecución o liquidación del contrato[216]. Solo puede cometerse mediante una conducta activa. La omisión no prospera en este ámbito[217].

213 Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 244.

214 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 316.

215 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373; ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código Penal. PE*, cit., p. 432. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 568; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 654.

216 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 589; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 569; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 505. También: la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 578-2011** del 29 de febrero de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

217 En contra: MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 318.

La jurisprudencia de la Corte Suprema entiende por interés directo cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal[218]. De igual forma, la jurisprudencia ha entendido 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[219]".

fb) El *interesarse* de manera *indirecta*

Se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares[220]. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. La jurisprudencia de la Corte Suprema entiende por interés indirecto el hecho de que el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos[221].

La manera como el autor del hecho se interesa a través de un tercero no es relevante para la tipicidad del comportamiento. Asimismo, no es relevante el modo como convence, influye o logra que el tercero (funcionario o no) intervenga de algún modo en el contrato u operación[222], ya sea a nivel de la negociación, suscripción, ejecución o liquidación del contrato. Puede

218 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2641-2011** del 10 de agosto de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado); **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein); **R.N. N° 443-2010** del 19 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

219 **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

220 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 130; MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., pp. 315 y 319; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 569; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 505; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 655.

221 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2641-2011** del 10 de agosto de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado); **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein); **R.N. N° 443-2010** del 19 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

222 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 569.

lograrse a través de un dádiva, un ofrecimiento (legal o ilegal, moral o inmoral), por amistad o por simple influjo psíquico.

Dichos intermediarios –en especial, los particulares– poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto[223].

En el Perú no se castiga de manera expresa e inequívoca el interesarse por persona interpuesta en el contrato u operación, como sucede y ocurre en otras legislaciones[224]. Dicha forma reprochable del comportamiento que integra el injusto típico se encuentra subsumido en la modalidad de interesarse de manera indirecta.

El disvalor del acto se mantiene tanto cuando el funcionario se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona[225]. Incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción reviste mayor gravedad del injusto, en la medida que intervienen una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no comprometerse y obtener la impunidad.

El *interés* que se lleva a cabo a través de un tercero no necesariamente implica una hipótesis de testaferrato, o de obligatoria participación criminal, o que se obre con un mismo interés[226]. Incluso, no es necesario que el tercero tenga una existencia física real. Puede tratarse de persona con nombre simulado o inexistente[227].

Sin embargo, debe distinguirse el hecho de que el funcionario "coloque" a un tercero en un proceso de contratación, por ejemplo, como proveedor o contratista y otra cosa muy distinta es que el tercero (o el funcionario) se interese de manera indebida en el proceso de contratación. El hecho de que

223 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 607.

224 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 319.

225 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 371; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

226 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 319.

227 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

el funcionario logre que una empresa o cualquier persona natural o jurídica se presente a un determinado proceso de contratación no quiere decir, sin más y automáticamente, que se ha cometido el delito de negociación incompatible. El funcionario puede recomendar, convencer o influir que una persona, jurídica o privada (*v. gr.*, postor cumple determinados requisitos y condiciones, etc.), se presente para intentar contratar con el Estado, pero ello no significa que se ha cometido el delito de negociación incompatible si es que se logra (o no) sellar el pacto contractual entre el Estado y el tercero. El delito no se consuma ni se comete cuando el funcionario busca que determinada persona se presente o participe en el proceso de contratación estatal concreto, situación que no tiene mayor relevancia penal siempre que se someta a un proceso de contratación transparente, público y con todas las garantías. La ley penal lo que quiere evitar con el delito de negociación incompatible es que el funcionario intervenga, se interese indebidamente o pretenda "torcer" la voluntad estatal en un proceso de contratación para favorecer a un tercero.

En la doctrina comparada la discusión para determinar el interés indirecto se refiere, según algunos, a si el interés beneficia a las personas íntimamente ligadas al funcionario como parientes próximos, *v. gr.*, mujer, hijos, hermanos, etc.; mientras que otros consideran que la alusión al interés directo es siempre el interés personal del funcionario que hace valer por persona interpuesta[228].

Si bien es indiscutiblemente un indicio de la negociación incompatible el favorecer objetivamente en un contrato u operación a un familiar, pariente o amigo, hecho que amerita la apertura de instrucción y el inicio de un proceso penal, cosa muy distinta es que esta sea una condición suficiente y baste por sí sola para condenar[229]. Un indicio aislado, sin conexión causal que no concurra ni converja con otros indicios que ofrezcan contundencia no puede fundar una sentencia condenatoria. Necesariamente deben concurrir otras pruebas o indicios idóneos que desvirtúen la presunción de inocencia.

En el caso de la intervención de funcionarios públicos que solicitan una determinada conducta a otro funcionario promoviendo un interés particular, más que hablar de una conducta de participación nos enfrentamos a una situación de coautoría, siempre que se obre también en razón al cargo.

228 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 607.

229 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 319.

En caso de que el funcionario utilice –mediante error o coacción– a otro funcionario estaremos ante una hipótesis de autoría mediata.

fc) El *interesarse* mediante *acto simulado*

La ley no castiga en esta modalidad típica la *simulación in personam*, sino más bien la *simulación in actum*[230]. No se castiga aquí a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada[231].

El acto simulado es aquel que se caracteriza por una voluntad discrepante de la voluntad real[232], expresada objetivamente y que tiene como fin producir la sola apariencia de un negocio jurídico u ocultar mediante un acto el hecho que verdaderamente existe o se quiere[233].

La simulación puede ser absoluta o relativa[234]. La primera se da cuando hay apariencia total del negocio, y la segunda cuando el negocio simulado sirve para ocultar el verdadero. No interesa que la simulación verse sobre un negocio público o un negocio privado, siempre que sea el medio idóneo para la ejecución o consumación del delito.

Se comprende en esta variante típica los actos realizados directa o indirectamente por el funcionario pero que aparentan una determinada realidad o cierta situación. Se busca que el acto tenga una apariencia o una virtualidad distinta a lo que a primera vista parece, *v. gr.*, se hace participar de un concurso público a una persona jurídica inexistente[235] y, además, se interesa en el contrato que puede favorecerla.

No es necesario que el acto simulado sea de carácter administrativo o vinculado a cualquiera rama del derecho, *v. gr.*, cursar un oficio donde se

230 Por todos: Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 130; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 135. En la doctrina nacional: Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 570.

231 En contra: Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

232 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 297; Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 295; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 322.

233 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 320.

234 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373; Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

235 Cfr. Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 294; Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal. PE*, cit., p. 434.

informa al presidente del comité de adjudicaciones de un ascenso luego del resultado de la licitación. Puede tratarse también de actos que se revelan con una finalidad particular, pero que esconden una intención firme, *v. gr.*, invitación inédita a un viaje al extranjero, etc.

La simulación puede incidir en aspectos esenciales del acto o en sus aspectos circunstanciales, pero que dadas las circunstancias reflejan una gravitación decisiva. La jurisprudencia de la Corte Suprema entiende por interés simulado el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares[236]. También se considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales[237].

Hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas[238].

g) La posibilidad de la comisión por omisión en el delito de negociación incompatible

1. Un extendido criterio doctrinal estima que el delito de negociación incompatible si bien es un delito cuya modalidad comisiva se produce mediante la realización de actos positivos, también puede cometerse por omisión impropia[239], como cuando el funcionario no hace nada –o mejor dicho, no impide– que, por ejemplo, una de sus empresas sea beneficiada por una licitación, concurso público,

236 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2641-2011** del 10 de agosto de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado); **R.N. N° 443-2010** del 19 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

237 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein).

238 En sentido semejante: Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 374; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 570.

239 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 378; Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., pp. 318 y 327.

adjudicación directa o préstamo[240]; ello pese a no haber participado de la votación o haberse abstenido de la misma en la que se otorga, por ejemplo, la buena pro a una empresa.

Un sector de la jurisprudencia peruana también parece considerar la posibilidad de que el delito de negociación incompatible se pueda cometer por comisión impropia (omisión impropia). En un caso, se condenó a un regidor por haber firmado contratos y convenios, en su condición de supuesto arquitecto, con algunas dependencias públicas, pese a la expresa prohibición legal del artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades[241]. La Corte Suprema razonó que el regidor debía abstenerse de la suscripción de los contratos[242]. Creemos, que pese a la referencia a que el regidor debió abstenerse de intervenir en dichos contratos, se trata, en realidad, de un delito de negociación incompatible cometido por una conducta activa debido a que dicho funcionario suscribió de manera directa el contrato.

En otro caso, la Sala de Apelaciones del subsistema anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la condena de un funcionario que como miembro del comité de selección (compuesto por tres miembros) encargado de las contrataciones de personal a través de los contratos de administración de servicios, terminó

240 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 32.

241 **Artículo 63.- Restricciones de contratación**
"El alcalde, los regidores, los servidores, empleados y funcionarios municipales no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir directamente o por interpósita persona sus bienes. Se exceptúa de la presente disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia.
Los contratos, escrituras o resoluciones que contravengan lo dispuesto en este artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiese lugar, inclusive la vacancia en el cargo municipal y la destitución en la función pública".

242 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3635-2013** del 1 de agosto de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo): "con relación al delito de aprovechamiento indebido del cargo, si bien el encausado no ha aceptado los cargos imputados, estos están debidamente probados, ya que en su condición de regidor de la Municipalidad Provincial de Oxapampa, en el periodo del uno de enero de dos mil siete al treinta y uno de diciembre de dos mil diez, de acuerdo con lo previsto en el artículo sesenta y tres de la Ley Orgánica de Municipalidades, por lo que tenía el deber de abstenerse a intervenir en la celebración de contratos, más aún si existía un convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito entre la Municipalidad de Oxapampa y las instituciones agraviadas, al ser la referida Municipalidad quien aportaba el cincuenta por ciento de los aportes; por lo tanto, sí se aprovechó indebidamente del cargo".

adjudicando a un tercero una plaza de las tres convocadas. El tercero ganador de la plaza, a quien se le renovaba el contrato y había laborado en la modalidad de servicios no personales, resultó ser yerno de uno de los integrantes del comité de selección, quien finalmente fue condenado por delito de negociación incompatible; además, el yerno en dicho proceso de selección presentó una declaración jurada con contenido falso en la que consignó que no tenía vínculo de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con los funcionarios que ejercen cargos ejecutivos y/o de dirección, habiendo sido condenado como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de falsa declaración en proceso administrativo. En la sentencia condenatoria del miembro del comité especial razonó que:

> *"En relación a la responsabilidad penal, en este caso el sentenciado Olmos Cuello en condición de miembro de la Convocatoria Pública Nº 013-2009-INICTEL-UNI, por su rol funcionarial que desempeñó tenía el deber de verificar la documentación presentada por todos los postores a las tres plazas. Asimismo, tenía el deber de abstenerse de intervenir en todos los actos administrativos dentro del marco de la contratación (convocatoria, selección y contratación personal) conforme el artículo 88.3 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*[243] *y sin embargo no lo hizo. En efecto, conforme hemos señalado en la fundamentación jurídica, 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.*
>
> *De este modo, el sentenciado Olmos Cuello vulneró los principios y deberes de probidad, neutralidad, imparcialidad, establecidos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, los que se sustentan en los principios que derivan de los*

243 "La autoridad que tenga facultad resolutiva o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos: [...] 3. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquel".

artículos 38 y 39 de la Constitución[244]*. Por tanto, consideramos que en su accionar tuvo conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal de Negociación incompatible*[245]".

Las observaciones críticas que plantea la sentencia mencionada son diversas.

En primer lugar, tal como lo hemos sostenido en otro lugar[246], toda sentencia condenatoria para que sea constitucionalmente válida y legítima debe cumplir con acreditar y justificar ***todos y cada uno de los elementos del injusto penal***, ya sea los elementos del tipo objetivo, tipo subjetivo, ausencia de causas de justificación y culpabilidad. No puede soslayarse ni se debe pasar por alto la prueba rigurosa, más allá de la duda razonable, de todos los elementos del injusto del delito negociación incompatible –sea que se emplee la prueba directa o la prueba indiciaria– tales como el acto de interesarse en un proceso de contratación estatal, que ese interés ha sido indebido, que se actúa en provecho propio o en provecho ajeno. Si es que no se prueba y justifica cada uno de los elementos del injusto penal no es posible sostener que la sentencia se ha motivado de modo suficiente y completo.

Lamentablemente, no se puede encontrar en la *ratio decidendi* del fallo comentado una referencia a cómo y de qué manera se entiende probado el verbo típico "*interesarse*" y que ese interés ha sido "*indebido*", que es el núcleo del delito materia de pronunciamiento. No se da cuenta, por ejemplo, de los testimonios de los otros dos miembros del comité de selección que pueden ayudar a determinar de manera adecuada y concluyente acerca de si hubo efectiva y realmente un acto, o un conjunto de conductas, que revelara un interés indebido del suegro con la finalidad de ayudar a su yerno en el proceso de contratación. No se conoce, al no fijarse el contenido

244 El artículo 39 dispone que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. Lo que implica que dada su condición de ciudadanos, están obligados por el mandato del artículo 38, que prescribe: "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".

245 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013.

246 Castillo Alva, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Grijley, Lima, 2013, pp. 192 y ss.

probatorio de las dos declaraciones de los miembros del comité de selección o de otros eventuales testigos en qué consistió y de qué manera apareció dicho interés indebido. Asimismo, no se da cuenta de otra clase de pruebas, por ejemplo, las de carácter documental que puedan permitir comprobar un especial interés del funcionario a fin de contratar (o renovar el contrato) a su yerno, *v. gr.*, esconder u ocultar la declaración jurada a los dos miembros del comité especial en la que consta la ausencia de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con los funcionarios que ejercen cargos ejecutivos y/o de dirección.

En segundo lugar, la inferencia concluyente, cerrada y definitiva, respetuosa del principio lógico de razón suficiente[247], de que se ha incurrido en el acto de interesarse no puede obtenerse de manera válida de la mera infracción –por más grave e intensa que fuera dicha violación– de ciertos deberes legales de carácter administrativo: deber de verificar y deber de abstenerse (deberes institucionales); o de la violación de los principios y deberes de probidad, neutralidad, imparcialidad, establecidos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública. El hecho de que se haya violado determinados deberes jurídicos o principios (constitucionales, legales, reglamentarios) no quiere decir que el funcionario –o cualquiera persona en su lugar– haya cometido determinada clase de conducta, descrita de manera precisa y clara en la ley.

Bajo la lógica descrita, cada vez que el funcionario viole, de manera aislada o de modo conjunto, dichos deberes deberá ser hecho responsable, sin más, de la comisión de un delito no solo de negociación incompatible, sino de cualquier otro delito contra la administración pública. En un Estado constitucional la infracción de deberes (institucionales) no puede llevar y conducir irremediablemente a la declaración de culpabilidad y la expedición de una sentencia condenatoria, si es que previamente no se demuestra, razona y justifica cada uno de los elementos del injusto penal, en especial, la realización de la conducta típica. Un planteamiento de signo distinto, no solo erosiona las garantías básicas, liberales e históricas del Derecho penal, sino que supone una clara violación al **princi-**

247 Castillo Alva, José Luis, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima, Grijley, 2013, pp. 94 y ss.

pio de legalidad, de rango constitucional y convencional, que es una garantía y límite a la actividad de los órganos de persecución del delito y, en general, de la actividad estatal, el cual reclama que para condenar a una persona se debe probar primero como requisito los elementos de cada la ley penal y las específicas circunstancias configuradoras del injusto.

En tercer lugar, un planteamiento como el descrito no es compatible con la garantía constitucional de la ***presunción de inocencia*** (art. 2,24,e de la Const.; art. 8, 2 de la CADH) en su manifestación de la titularidad de la carga de la prueba como deber constitucional (art. 159.4 de la Const.) y legal (art. 14 de la LOMP) que exige que el Ministerio Público debe acreditar, de manera suficiente, todos y cada uno de los elementos (objetivos y subjetivos) del delito. En la investigación penal y en el proceso penal el Ministerio tiene como misión el preocuparse de acreditar conductas que generan riesgos no permitidos y que se conectan, de ser el caso, con determinados resultados (de daño o de peligro), como también otros elementos del delito (nivel de intervención, grado de ejecución del delito, concursos, etc.). No es correcto, dentro de la perspectiva del respeto al principio de presunción de inocencia, que el Ministerio Público en lugar de probar conductas legalmente descritas solo se preocupe de precisar la infracción de ciertos deberes jurídicos o extrajurídicos, sean de carácter institucional o no; o que el órgano jurisdiccional abdique la necesidad de acreditar cada una de las conductas descritas en la ley y contenidas en la acusación. Aquí no solo se terminada violando el principio de la presunción de inocencia, sino el *principio constitucional del acto*[248], por el cual en un sistema penal democrático, sometido a la Constitución (art. 146.1 de la Const.), solo se puede castigar acciones y conductas prohibidas; no la infracción de puros deberes. No hay responsabilidad penal por el cargo, por el estatus funcionarial o por ocupar ciertos puestos en la administración pública. Solo hay responsabilidad por el hecho propio, debidamente acreditado.

En cuarto lugar, la sentencia alude a que el funcionario tenía el ***deber de verificar*** la documentación presentada por todos los pos-

248 MANTOVANI, Ferrando, *Los principios del derecho penal*, Ediciones Legales, Lima, 2004, pp. 111 y ss.

tores a las tres plazas. Asimismo, tenía el ***deber de abstenerse*** de intervenir en todos los actos administrativos dentro del marco de la contratación (convocatoria, selección y contratación personal). Como se puede verificar, el núcleo del razonamiento de la condena es que el funcionario ni había verificado la documentación presentada ni se había abstenido de participar en los actos administrativos que se generaban dentro del proceso de contratación estatal de su yerno. Creemos, que la infracción de dichos deberes, mediante una conducta que nunca se realizó ni se llevó a cabo (omisión), no puede ser equivalente ni se corresponde, tanto fáctica como jurídicamente, con la conducta descrita en la ley como epicentro de la prohibición penal: el ***interesarse*** de manera indebida en el proceso de selección. Consideramos que no solo no hay posibilidad de equiparación entre la infracción de los deberes de verificación y de abstenerse con el verbo típico, propio del delito de negociación incompatible, el *interesarse indebidamente*, sino que no se da cuenta cuáles son los criterios materiales y/o normativos que permiten sostener dicha equiparación.

Por otro lado, creemos que la violación a los deberes de verificación y al deber de abstención bien puede cumplir con la tipicidad del delito de omisión de funciones o deberes funcionales (art. 377 del CP), pero difícilmente dicha omisión puede realizar la tipicidad objetiva del delito de negociación incompatible.

2. Frente a este criterio doctrinal, la jurisprudencia peruana considera que no es de recibo la posibilidad de comisión por omisión o la omisión impropia el delito de negociación incompatible. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> *"Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser res-*

ponsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible[249]".

Pese a que un trabajo anterior suscribimos la posibilidad de la omisión impropia en el delito de negociación incompatible, luego de una reflexión más detenida creemos que debe rechazarse dicho criterio, en la medida que el verbo "**interesarse**" requiere una conducta material, activa y de dirección especial de la conducta. Quien omite un comportamiento no se interesa. No es posible interesarse omitiendo. Una cosa es dejar pasar, omitir y otra muy distinta el interesarse. Un funcionario, por ejemplo, puede interesarse indebidamente en el proceso de contratación (*v. gr.*, en la etapa de negociación), pero no hacer nada (omitir) en la concesión final de la buena pro a una empresa. En dicho supuesto la conducta relevante es el haberse interesado en la etapa de negociación del contrato, no el haber omitido posteriormente. El comportamiento punible es el primero, no el segundo.

La autoría directa por comisión por omisión en el delito de negociación incompatible no es posible desde el punto de vista dogmático. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de complicidad en la forma de omisión impropia en el delito en comentario, la que habrá de determinarse tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

h) ¿La informalidad en el proceso de contratación estatal puede configurar el delito de negociación incompatible?

Uno de los temas más interesantes abordados por la jurisprudencia penal de la Corte Suprema del Perú en los últimos tiempos, en el ámbito del delito de negociación incompatible, lo representa el tratamiento y la relevancia penal de los casos de las adquisiciones y locación de servicios que se llevan a cabo de manera ***informal***, en la que no se cumplen con los estándares mínimos fijados en la leyes del sector (Ley General de Contratación del Estado, Ley del Presupuesto, etc.), los reglamentos (generales y específicos), las directivas de los órganos técnicos (OSCE, Ministerio de Economía), entre otras normas. Esta práctica deviene en muchos casos, y en no pocas en-

249 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 661-2009** del 10 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Santa María Morillo).

tidades públicas, en una actividad muy frecuente que se repite y traslada a los procesos de contratación estatal, sobre todo en la contratación estatal de menor cuantía y que se produce a través de los mecanismos de adjudicación directa (artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1017) y adjudicación de menor cuantía (artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1017).

En la sentencia emitida por la **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema** en el **R.N. Nº 3281-2011** del 24 de enero de 2013 (Ponente: **Salas Arenas**) se confirma –técnicamente se declara no haber nulidad– una sentencia condenatoria, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, contra un **subgerente de Logística** de la Municipalidad de Tarma por haber conducido y llevado a cabo un conjunto de contratos estatales, de manera completamente informal e irregular, como se da cuenta en los siguientes casos:

i) El proveedor "Electro Tarma" fue favorecido con la compra de materiales de instalaciones eléctricas, mediante compra directa y cotización simulada. La pericia revela que se encontró una proforma simple de un supuesto proveedor con razón social CELSI SAC, que no registra RUC ni figura en los registros de la SUNAT;

ii) En la contratación del servicio de enchapado con *grass* del parque Miraflores, se determinó documentalmente que dicho trabajo se realizó el mismo día de la cotización de los participantes, el trece de julio de dos mil seis y la conformidad data del día siguiente. Se observó que los participantes doña Carmen Camarena Olivera, quien registra como giro de negocio "lavado, limpieza y tejido de tela", y don Rubén Tito Huaranga Surichaqui, de profesión técnico electricista, no cuentan con el perfil para realizar el enchapado de *grass*. Asimismo, los postores no estaban registrados en el Registro Nacional de Proveedores de Servicios de CONSUCODE;

iii) Norma Porfiria Martínez Córdova indicó que proveía a la Municipalidad de los pedidos que le formulaban; era requerida a veces por los técnicos a cargo de la obra, o por los encargados de logística o abastecimiento;

iv) Luis Ángel Suero Orihuela refiere haber participado solo por invitación;

v) Brando Elmer Jorge indicó no recordar quién fue la persona que le formuló el pedido de servicios, refiriendo que lo buscó un trabajador de la Municipalidad y le pidió una proforma;

vi) Julio Vicente Cortés Núñez manifestó que no le pidieron ninguna cotización, ni hicieron licitación, sino directamente le dijeron que haga el trabajo en el salón consistorial de la Municipalidad, refiriendo además no recordar haber elaborado un presupuesto;

vii) El ingeniero civil don Bladimir Leo Arce Recuay relató que para realizar el estudio de prefactibilidad se enteró de dicho trabajo debido a que personal de la Municipalidad de Tarma, cuyo nombre desconoce, lo llamó a su oficina ubicada en la ciudad de Huancayo diciéndole que necesitaba un perfilista o proyectista, añadió que luego que le pidieron una cotización, la presentó, informándole que había ganado. De ello se advierte que no se le solicitó ninguna otra documentación complementaria, ni siquiera su currículum; añade también que las comunicaciones que sostuvo con el Municipio solo fueron por teléfono y que para la elaboración de la prefactibilidad no fue necesario entrevistarse con ninguna persona del Concejo;

viii) Alzira Luisa Rodríguez, en el plenario, manifestó que participó como proveedora del Municipio; que su empresa o negocio a la fecha se encuentra suspendida y que no se encuentra inscrita en la lista de proveedores; que llegó al municipio para hacer alguna relación comercial y de "pasadita" le invitaron para que dé su cotización y por teléfono le dijeron que había ganado la buena pro, y emitieron la orden de compra;

ix) María Tapia Garay, proveedora, refiere que no se encontraba registrada en la comuna, y para realizar las cotizaciones iban unos jovencitos desconocidos a su establecimiento.

El fallo de la Corte Suprema se apoya en al Informe Especial número trece-dos mil ocho-OCI/MPJ –de fojas diecisiete o cuarenta y uno– y sus anexos, proveniente del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Tarma del veintinueve de octubre de dos mil ocho relacionado al Examen Especial a las Adquisiciones de Bienes y Servicios correspondiente al Año Fiscal Dos Mil Seis, es decir, al periodo comprendido del primero de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, habiéndose examinado los documentos del área de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la comuna agraviada, en donde se destaca que:

> *"las adquisiciones de bienes realizadas en el periodo dos mil seis no cuentan con los procedimientos de cotización y/o documentos de cotización, así como con el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento*

de la Buena Pro, así también no cuentan con las fechas en las cuales se realizó, observándose además que no registran ingreso de almacén y carecen de otras formalidades, según se detalla en el cuadro número uno denominado "Adquisiciones de Bienes sin Cumplir los Requisitos y Formalidades" de los folios veintiuno a veintidós; del mismo modo se advierte en dicho informe que las contrataciones de servicios realizadas en el periodo dos mil seis no cuentan con los procedimientos de cotización y/o los documentos de cotización, el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento no cuentan con las fechas en las cuales se realizó, asimismo se observa que no registran conformidad de servicio y carecen de otras formalidades, conforme se detalla en el cuadro número dos denominado "Contratación de Servicios sin Cumplir los Requisitos y Formalidades" del folio veinticinco".

La sentencia de la Corte Suprema razona que: "las invitaciones para participar en la presentación de dichas propuestas económicas no eran públicas, sino direccionadas a determinadas personas. En la contratación de los bienes y servicios, se eligió a personas específicas con quienes se comunicaban directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma pública, sino que la entidad contratante elegía a la persona natural o jurídica de su preferencia, descartándose la invitación a otros proveedores, concediéndosele de esta forma, la prestación de servicios a un reducido número de personas". Asimismo, se enfatiza que el dictamen pericial describe ampliamente situaciones similares que se registraron en la contratación de otros servicios, donde los postores no registran RUC, o no está vigente o el giro de sus negocios es distinto al que es materia del requerimiento o carecen de autorización para proveer determinado bien.

La sentencia glosada nos merece los siguientes comentarios:

En primer lugar, parece claro que un proceso de contratación estatal concreto, que se lleva con la más abierta violación a las diversas normas de contratación estatal, ya sea general o sectorial, puede ser considerado, luego del análisis cuidadoso de cada caso en particular, como un acto de interesarse indebidamente en dicho contrato estatal. El delito de negociación incompatible no requiere como un elemento del injusto penal que el funcionario tenga alguna relación personal, empresarial o de cualquier otro tipo con el proveedor, sea este una persona jurídica o una persona natural. No es necesario, incluso, que haya un trato previo, una comunicación, clandestina o privada, entre el proveedor de bienes y servicios y el funcionario público encargado del proceso de contratación.

Se ha de destacar que la simple informalidad no basta para considerar que se ha cometido el delito de negociación incompatible, como tampoco los casos de mediana gravedad. Es necesario tomar en cuenta los casos más graves y extremos, luego del análisis individual y caso por caso, sumamente cuidadoso.

En el caso descrito, el acto de interesarse se produce cuando de manera ***deliberada y arbitraria*** se elige a una determinada persona natural o empresa para contratar, sin respetar los principios y reglas que rigen un proceso de contratación. El hecho de elegir a dedo, sin un criterio razonable que se pueda identificar, o sin respetar alguna norma que rige el proceso de contratación, importa interesarse indebidamente en un contrato estatal.

Pese a que, como luego se expondrá, es necesario distinguir las irregularidades administrativas y las violaciones de la ley de contrataciones estatal con la infracción de la ley penal y la comisión del delito de negociación incompatible (*ut infra* XIII), puede ocurrir que en determinados casos frente a la gravedad de dichas infracciones y el más abierto desparpajo para respetar la normativa administrativa, sea posible considerar que los hechos encajan en la realización del injusto típico de delito de negociación incompatible, en particular en el verbo típico: *interesarse indebidamente*. Se debe atender aquí a la dinámica comisiva, a la forma como se llevó el proceso de contratación específico y las distintas y reiteradas violaciones a la normativa estatal en este ámbito.

En segundo lugar, si bien parece que muchos casos de los contratos de bienes y servicios, descritos en la sentencia, pueden encajar dentro de la modalidad típica de la negociación incompatible referida al "*acto simulado*"; de la descripción y valoración que se realiza en el fallo supremo no parece que hay un acto contractual ficticio (*v. gr.*, personal o actos irreales, etc.), no hay una absoluta falta de incumplimiento en la contraprestación por parte del proveedor de bienes y servicios o no hay de por medio algún fingimiento, puesta en escena y alteración de la realidad. Puede que en el caso concreto haya ocurrido un acto simulado, pero la sentencia no da acabada cuenta de ello; de tal manera que sobre la base de lo verbalizado en ella, nos movemos en el plano de la ***informalidad*** y el más abierto incumplimiento de las normas de contratación estatal, tanto de carácter legal como reglamentario.

En tercer lugar, el provecho propio, como elemento típico del delito, no es necesario que concurra en la configuración y dinámica comisiva del delito de negociación incompatible, siempre, por supuesto, que se cumpla con el otro elemento de tendencia trascedente como es el actuar en ***provecho***

de tercero. En el caso del provecho de un tercero no se requiere que haya contubernio, acuerdo clandestino, expreso o implícito –que de haber daría lugar al delito de colusión–, sino basta que se favorezca al contratista o a otra persona, sin importar las causas, las razones o los motivos, *v. gr.*, puede que el funcionario público actúe de esta forma, por venganza con sus jefes, disgustado por el trato que recibe, escaso sueldo, ausencia de ascensos o mejoras, promociones injustas de sus compañeros a mejores puestos, entre otros aspectos. Tampoco es necesario que el tercero beneficiado sea consciente de que recibe el beneficio, el trato especial, el favor del funcionario o que, incluso, obtenga una utilidad importante. Basta que el funcionario estatal actúe con un interés indebido en el proceso de contratación, al margen de sus motivaciones, inclinaciones o su actitud con el contratista o un tercero, directa o indirectamente beneficiado. Tanto el provecho propio o provecho de un tercero debe ser probado suficientemente en el juicio[250], más allá de toda duda razonable.

En cuarto lugar, los casos de absoluta informalidad en los procesos de contratación, al margen de si la entidad pública se perjudica o sufre un menoscabo en sus ingresos, nos lleva a sostener, como se verá más adelante, la posibilidad de que el delito en estudio pueda cometerse a título de dolo eventual; y no solo por dolo directo. El hecho de que una persona sea consciente de que con su conducta pone en peligro un bien jurídico penalmente relevante, en este caso a través de un proceso de contratación con absoluto desprecio a la normativa administrativa que lo regula, nos lleva a plantear la viabilidad de que se pueda cometer el delito de negociación incompatible, sin ningún tipo de problema.

Justamente, el hecho de que el funcionario público sea consciente del desvalor de su conducta y de que de manera reiterada y diversa infrinja las normas que rigen la contratación estatal, hacen ver que actúa *indebidamente* en el marco de su actividad funcionarial. Aquí debe tomarse en cuenta la experiencia, los conocimientos, la profesión, la capacidad del funcionario como sus antecedentes.

250 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00023-2012-5-1826-JR-PE-03** del 15 de octubre de 2013 (Ponente: Lizarraga Rebaza): "no se ha probado en el transcurso del presente proceso penal que este interés de la imputada en la suscripción del contrato antes mencionado haya sido en provecho de esta o de tercero; significándose, que el titular de la acción penal, ni el actor civil han demostrado que Paredes Córdova se haya visto beneficiada con el tantas veces referido contrato, ni mucho menos un tercero".

En quinto lugar, como uno de los aspectos críticos del fallo de la Corte Suprema, se constata que pese al esfuerzo argumentativo desplegado no se evalúa de manera detallada cada proceso de contratación específico en el que participa e interviene el subgerente de Logística de la Municipalidad de Tarma y que constituye el marco de imputación plural (diversos contratos estatales suscritos con distintos proveedores) del delito de negociación incompatible. Si bien se hace referencia a algunos de ellos, dicha alusión parece que se realiza a título ejemplificativo, sin ingresar a analizar críticamente cada uno de los procesos de contratación, los hechos en los que descansan y la diversa prueba en la que se apoya. La motivación adecuada de la sentencia penal supone no solo una descripción somera del *factum*, o el enunciado descriptivo que alude a un suceso histórico, sino un análisis minucioso del mismo, de la prueba que lo respalda o que refuta su existencia. Solo a través de la motivación adecuada y suficiente de los hechos y pruebas es posible alcanzar una decisión justa[251].

En sexto lugar, pese a la referencia en la sentencia a nueve (09) procesos de contratación estatal de distinto rubro, proveedor y valores económicos involucrados, no se alude ni se analiza la posibilidad de que se ha incurrido en un concurso real o ideal de delitos, o se pondera la eventualidad de considerar que se ha cometido un delito continuado de negociación incompatible. En pocas palabras, no hay un análisis de la posible situación concursal que media en el caso concreto[252].

En séptimo lugar, se echa de menos en la sentencia una valoración pormenorizada y detallada acerca de cómo y de qué manera ocurrió y se desarrolló la intervención (comisiva u omisiva) del subgerente de Logística de la Municipalidad de Tarma en cada uno de los procesos de contratación estatal descritos. No se conoce –lamentablemente la sentencia no lo indica– si dicho subgerente suscribió las órdenes de servicio, firmó algún contrato estatal, dio órdenes e instrucciones a los funcionarios de menor rango de la entidad y sometidos a su esfera de competencia y funciones. Ningún funcionario público puede responder *objetivamente* por determinados actos funcionales de la dependencia que dirige, si es que previamente no se acredita su nivel de intervención y no se determina su grado de actuación.

251 Ampliamente, Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, cit., pp. 122 y ss.

252 Véase, sin embargo, la Casación **N° 226-2011** del 5 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas) en donde se toma en cuenta un eventual concurso de delitos.

Por supuesto, que nadie duda de que el funcionario aludido tuvo un nivel de injerencia en los procesos de contratación, pero estos no se describen y precisan en la Ejecutoria Suprema.

B) EL INTERESARSE POR RAZÓN DE SU CARGO

1. Uno de los temas más interesantes en el análisis dogmático del delito de negociación incompatible es la atribución de significado y la determinación de lo que debe entenderse por "*razón de su cargo*".
2. A la ley penal no le importa castigar únicamente al funcionario público que se interesa en un proceso de contratación pública, de manera concreta y específica. En este ámbito la cobertura de la ley penal no se extiende a cualquier acto de *interesarse* ni supone que cualquier funcionario público está en condiciones de incorporarse como posible autor de la infracción. Por el contrario, el legislador ha querido fijar un marco de restricción determinado al señalar que, solo y exclusivamente, puede ser autor del delito aquel funcionario que se interesa en el contrato u operación en razón a su cargo. La Corte Suprema de Justicia, correctamente, ha entendido que:

> *"[No] es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo*[253]*"*.

De igual forma, la Corte Suprema ha sostenido:

> *"[El] sujeto activo debe ser definitivamente un funcionario público, pero no cualquiera, sino solamente aquel que tiene legítimamente a su cargo el contrato o la operación para la administración pública, y en el cual tenga la posibilidad de beneficiar*

253 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

a la empresa o tercero con el que tenga comprometido intereses personales de cualquier tipo[254]".

En sentido semejante, la Fiscalía de la Nación ha señalado que:

"*[Para] poder imputar el delito de Negociación Incompatible materia de investigación, no basta con que tenga el estatus de funcionario público, y, por tanto, se encuentre impedido, al igual que la generalidad de los funcionarios públicos, de contratar con el Estado, sino que es necesario que posea adicionalmente una competencia específica para intervenir en un contrato u operación vinculado a la administración pública, esto es, que pueda desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto*[255]".

3. Al respecto, pueden ensayarse algunos planteamientos si se quiere dar un mayor alcance o si es que se busca reducir drásticamente la posibilidad de aplicar la ley penal.

Un primer planteamiento sugiere que la expresión "por razón de su cargo" debe entenderse en un sentido material, como si se refiriera a una capacidad y ejercicio de poder en el que se debe comprobar que el funcionario por su nivel y capacidad de influencia puede intervenir o interesarse en determinado procedimiento de contratación. No interesa aquí su capacidad jurídica y la facultad normativa; de si funcionalmente puede o no intervenir en un contrato u operación. Se repara en el poder y el nivel funcionarial que puede tener una influencia decisiva al interior de la administración, más que en un haz de competencias formales y estrictas.

A este punto de vista se le critica y objeta que de ser esta postura la asumida por la legislación peruana no se entiende por qué se ha empleado una oración evidentemente restrictiva y limitada en su alcance como la referencia a interesarse por razón de su cargo. Si dicha opción hubiera sido la intención del legislador bastaría, simple y llanamente, castigar el acto de interesarse sin imponer y establecer un acto adicional; ni establecer que la intervención se

254 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

255 Véase la disposición fiscal de la Fiscalía de la Nación en la **Investigación N° 037-2014** del 12 de septiembre de 2014.

produzca en "*razón a su cargo*". Pese a que se adopte un programa político-criminal de lucha frontal y de persecución firme contra la corrupción queda claro que no es posible dejar de reparar en el hecho de que la legislación peruana ha colocado y puesto filtros al momento de exigir la consumación del delito de negociación incompatible, reclamando que la persona por el marco normativo de sus funciones y dentro de su cargo pueda jurídicamente interesarse de cualquier forma en un proceso de contratación. Una tesis como la que aquí se critica, solo vinculada a criterios materiales, profundamente amplia en sus alcances tanto dogmáticos como político-criminales, más que interpretar la ley niega su sentido y desconoce la clara vocación restrictiva al limitar la punición a los casos de que el funcionario pueda intervenir o interesarse por razón al cargo.

La condición del autor en el delito de negociación incompatible no guarda relación con el poder de decisión o influencia real que posea materialmente un funcionario en el manejo o la conducción de la cosa pública[256]. La ley exige no un poder real o una influencia fáctica, sino más bien que el funcionario obre en razón del cargo o según el marco de sus competencias. El tipo penal se construye sobre criterios normativos[257] y no sobre bases ontológicas o fácticas.

Sin embargo, ello no quiere decir que la incompetencia o falta de relación funcional que posea el funcionario interesado en la conducción o promoción de las negociaciones lleve en todos los casos a una situación de impunidad, pese al ejercicio del poder real que ostenta. Habrá aquí que considerar su conducta, según las circunstancias, como cómplice o instigador de la negociación incompatible dejando abierta la posibilidad de que se le imponga una pena proporcional y adecuada al ejercicio del poder real que detenta en la fase de la determinación judicial de la pena.

Debe diferenciarse el poder de decisión, que alude a un poder fáctico, de la razón al cargo que se refiere al marco de posibles compe-

256 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31.

257 En contra, expresamente: SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 887 para quien la adecuación al tipo penal queda cumplida "si el acto puede ser imputado a la administración desde el punto de vista externo, con absoluta prescindencia de las reglas internas de la *competencia*".

tencias y atribuciones que tiene el funcionario dentro de la estructura normativa.

4. Por ello, luego de desecharse este planteamiento, por ser contrario al texto de la ley, es posible proponer otras variantes interpretativas.

   Al respecto, tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú es posible sostener otros posibles criterios hermenéuticos, respecto al posible círculo de autores del delito de negociación incompatible.

   a) Los miembros del comité especial

   La jurisprudencia peruana ha entendido que la expresión por "*razón al cargo*" puede entenderse como referida a aquellos funcionarios que han sido "*designados como **miembros de un comité especial** de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro*"[258].

   En los casos en que los miembros del comité especial se interesan indebidamente por un contrato estatal se consideran coautores del delito de negociación incompatible[259].

   Creemos, que pese a la vocación abiertamente restrictiva de esta posición, no es de recibo en atención a que la ley penal no ha

258 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 661-2009** del 10 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Santa María Morillo): "Que si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo –principio de taxatividad– que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como plausible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro".

259 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

buscado limitar la punición de los comportamientos a los casos en que el funcionario participa de manera directa e inmediata en el proceso de contratación a través, por ejemplo, del comité especial que es el encargado de llevar adelante las bases administrativas, la convocatoria, abrir los sobres y declarar la buena pro del procedimiento de contratación.

La ley penal no ha empleado el término "*los encargados del proceso de contratación*"; o siquiera ha hecho referencia al "*comité especial*", terminología que hubiera dado lugar a interpretar de modo tajantemente restrictivo el círculo de posibles autores del delito. No es que aquí se excluya la posibilidad de que los miembros del comité especial puedan ser considerados como autores del delito de la negociación incompatible. Lo que se plantea es la inconveniencia e incorrección de limitar la aplicación de la infracción a los casos de los miembros del comité especial. Sin duda el acto de interesarse indebidamente en un concreto y específico proceso de contratación constituye el núcleo de significación y el supuesto más común de aparición del delito, pero una cosa es la determinación de los casos más frecuentes y otra muy distinta es que dichos supuestos agoten el marco de la prohibición penal. A nuestro criterio, los miembros del comité especial no pueden ser considerados como los únicos posibles autores del delito de negociación incompatible.

Por otro lado, si se acepta esta tesis debería concluirse que el delito solo podría cometerse hasta el momento que el comité especial otorga la buena pro al proveedor ganador[260]; de tal manera que no se podría extender a otro momento posterior, quedando fuera de castigo, por ejemplo, los actos de interés indebido que se producen en la etapa de ejecución del contrato o en la etapa de liquidación.

260 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 627-2009** del 7 de julio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwof).

b) La exigencia de que el autor pertenezca al mismo sector de la administración pública que realiza el proceso de contratación

La Corte Suprema de Justicia, tomando en cuenta los criterios glosados por el Tribunal de Contrataciones del Estado, respecto a un caso de impedimento de una empresa, formada por familiares directos de un congresista de la República, ha estimado respecto a los límites funcionales del delito de negociación incompatible que:

> *"[La] restricción para ser postor está relacionado con el ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenece las funciones del congresista –el Gobierno Regional del Callao no está supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso–. En tal virtud, vista la decisión del órgano administrativo competente para su calificación, es de concluir que los cargos derivados de esos hechos: negociación incompatible y falsificación de documentos, carecen de relevancia penal*[261]*".*

Si se adopta este punto de vista solo serían punibles los casos en que el funcionario que se interesa indebidamente en un proceso de contratación pertenece al sector o la "*jurisdicción*" correspondiente en el que se lleva a cabo el mismo. Si hay un funcionario que se interesa indebidamente en el proceso de contratación, pero es ajeno al sector de la administración, simplemente se descarta la posibilidad de que pueda ser considerado como autor. La única manera de que se pueda castigar su participación en el evento es a través de las formas de participación tradicional, tal como la instigación o la complicidad.

Uno de los problemas que trae aparejado este criterio es responder y precisar los casos en que debe entenderse que determinado funcionario pertenece a un concreto sector de la administración pública. Por ejemplo, nadie duda de que algunos de los miembros del Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de confianza, etc.) no están facultados para intervenir en los proceso de contratación del Congreso de la República; o que los miembros del

261 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2106-2009** del 16 de junio de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: San Martín Castro).

Poder Judicial no pueden intervenir, al no estar facultados, en los procesos de contratación de los organismos constitucionalmente autónomos, *v. gr.*, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General de la República, etc. Sin embargo, el problema se presenta cuando se trata de determinar si los miembros del Poder Ejecutivo pueden interesarse indebidamente en un proceso de contratación de otro sector o dependencia, al que no pertenecen, pero que formalmente integran el mismo Poder Ejecutivo, *v. gr.*, un alto funcionario del Ministerio de Economía se interesa por un contrato estatal del Ministerio de Defensa, el funcionario del Ministerio de Educación se interesa por un contrato de Ministerio de Agricultura. En estos casos tanto el funcionario que se interesa como el contrato estatal forman parte de manera general de un sector estatal amplio y general: el Poder Ejecutivo.

De igual manera, se puede plantear la problemática de un funcionario del Ministerio del Interior que se interesa en un proceso de contratación que se lleva a cabo, por ejemplo, en una circunscripción territorial determinada (*v. gr.*, la región policial norte), pero en el que no tiene alguna competencia formal o injerencia, *v. gr.*, un coronel de la Policía Nacional destacado en La Libertad se interesa en un proceso de contratación que se lleva a cabo por la región policial sur.

Aquí se presenta el inconveniente de determinar qué debe entenderse por pertenecer al mismo sector de la administración pública: si debe partirse de una interpretación abierta y general, sin mayor límite formal, de tal manera que comprende, por ejemplo, un Poder del Estado y todas sus dependencias; o solo debe comprenderse a una dependencia pública y los concretos contratos estatales que pueda llevar a cabo, al margen de su pertenencia jerárquica o funcional a otro sector de la administración. La ampliación o límites respecto a lo que debe entenderse como "sector de la administración" cobran pleno sentido y eficacia. De la mayor o menor cobertura que se brinde a este término dependerá los alcances del ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible.

c) La vinculación funcional entendida como competencia formal para intervenir en el proceso de contratación

Otro criterio interpretativo considera que debe haber una relación funcional de tipo normativo entre el funcionario público y el contrato estatal[262]. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que **intervenir por razón del cargo supone una vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, lo cual supone que: **i)** es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo[263].

Aquí se establecen dos requisitos concurrentes al momento de fijar la vinculación funcional. Por un lado, está el intervenir por ley, reglamento, directivas[264] o mandato legítimo (presupuesto normativo) y, por otro, está el ser parte del contrato u operación dentro del ámbito propio de su competencia funcional. No basta ser autorizado por ley, reglamento o mandato. Es necesario que, además, se tenga una competencia funcional específica en el contrato u operación.

Se destaca que la intervención del funcionario público en la negociación, contrato u operación, como es lógico, debe darse al interior de la administración pública al que ***pertenece y no fuera de ella***; de allí que sea atípica la actuación del funcionario que participa directa o indirectamente en contratos con

262 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 576: "Si no se verifica que el funcionario o servidor público y en tal condición, debe tener dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado, el hecho jurídico en hermenéutica jurídica no se perfecciona"; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 507; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 649 quien alude a que el funcionario deberá contar con un rol funcional en el decurso del contrato o la operación administrativa.

263 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein).

264 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 573; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 507.

el Estado, pero al margen de sus obligaciones y competencias funcionales[265].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene entendiendo por el delito de negociación incompatible y su relación con el marco de atribuciones que:

> *"El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término "interesar", que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que* ***lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo***[266]*". (Las negritas son nuestras).*

265 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 373; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 572.

266 Véase la Ejecutoria Suprema de la **Sala Penal Permanente** recaída en el **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 (Ponente: Salas Arenas). En sentido semejante, la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante): "El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de la competencia del agente, así como los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. 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".

En sentido similar la Fiscalía de la Nación ha sostenido que:

"111. La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos, ello con el objeto de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen tales entidades, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.

112. El artículo 15 de la Ley menciona los tipos de procesos de selección para realizar las contrataciones estatales, a saber: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujetos a las modalidades de selección de Subasta inversa o Convenio marco, y, asimismo, establece quiénes conducirán cada uno de dichos procesos: un Comité Especial designado por la Entidad en las licitaciones públicas, Comités Especiales Permanentes o un Comité Especial ad hoc para las adjudicaciones directas, mientras que los procesos de adjudicación de menor cuantía estarán a cargo del órgano encargado de las contrataciones, aun cuando, de considerarlo conveniente, el titular de la entidad podrá designar un Comité Especial ad hoc o permanente.

113. En la medida que los procesos de contratación del Estado involucran la participación de diversos funcionarios de las entidades públicas contratantes, en ámbitos temporales determinados, cuyas responsabilidades y niveles de decisión varían de acuerdo a la naturaleza de cada proceso, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, identifica expresamente a los funcionarios y órganos encargados de las contrataciones. Ellos son: ***1)*** *El titular de la entidad, que aprueba, autoriza y supervisa los procesos de contrataciones,* ***2)*** *El área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación,* ***3)*** *El órgano encargado de las contrataciones, que es el que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de*

una entidad, y 4) El Comité Especial como órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridas por el área usuaria a través de una determinada contratación. Estos son los funcionarios, servidores y órganos competentes para intervenir en dichos procesos de contratación[267]".

En otro caso, la Corte Suprema ha exigido que el imputado haya tenido alguna injerencia en el proceso de contratación estatal concreto y específico. Se entiende que dicha injerencia se debe producir dentro del ámbito de sus competencias y funciones. La injerencia no debe interpretarse en términos materiales o fácticos, sino en clave estrictamente normativa, *v. gr.*, el

267 Véase la disposición fiscal de la Fiscalía de la Nación en la **Investigación N° 037-2014** del 12 de septiembre de 2014: "114. En el presente caso, de la información remitida por el OSCE se tiene conocimiento que la empresa Copy Depot S.A., a través de sus agentes de ventas –incluidos en su mayoría en las planillas de Digital Copier Solution E.I.R.L.–, celebró entre los años 2011 y 2014, 214 contratos con diversas entidades estatales, a través de las modalidades de Adjudicación de Menor Cuantía, Adjudicación Directa Selectiva, Adjudicación Directa Pública y Licitación Pública; de manera que los funcionarios competentes que intervinieron por razón de su cargo en los referidos procesos son los titulares de las entidades estatales contratantes, quienes aprobaron y autorizaron los procesos de contratación; asimismo, los funcionarios y servidores de las áreas usuarias, que formularon los requerimientos de bienes; los funcionarios y servidores de los órganos encargados de las contrataciones, generalmente dependientes de las Oficinas de Administración, y los integrantes de los Comités Especiales Permanentes o ad hoc, que declararon a Copy Depot S.A. como ganadora de la buena pro en cada caso. 115. Ahora bien, de la información acopiada en la investigación se ha establecido que el investigado **Gagó Pérez** desarrolla en el Congreso actividades que se ciñen a su investidura parlamentaria, esto es, tiene los derechos funcionales previstos en el artículo 22 del Reglamento del Congreso, más no existen datos objetivos que lo vinculen con las contrataciones de dicho Poder del Estado, ni con otra entidad estatal, en la que sea titular de una competencia específica para intervenir en los contratos y operaciones. 116. Ello se desprende también de lo declarado ante este Despacho por los funcionarios y servidores públicos que llevaron a cabo los procesos de selección ganados por Copy Depot S.A., quienes señalan de manera coincidente que su designación como miembros de los Comités se debe necesariamente al vínculo laboral con las entidades contratantes, lo que desvirtúa la intervención de alguna persona que no tenga dicha relación laboral, como sería el caso del congresista **Gagó Pérez**, quien en el ámbito estatal solo tiene vínculo laboral con el Congreso de la República. 117. Estando a lo expuesto, habiéndose acreditado que el congresista **Gagó Pérez** no es competente para intervenir de alguna manera en las contrataciones de las entidades estatales que celebraron contratos con la empresa Copy Depot S.A., no concurre en su caso la condición de obligado especial que exige el artículo 399 del Código Penal, por lo que la denuncia en su contra por el delito de Negociación Incompatible debe ser desestimada por falta de subsunción típica".

imputado debe tener injerencia en la ejecución de la licitación y en el otorgamiento de la buena pro, de no ser así no puede ser responsable del delito de negociación incompatible. Si el funcionario o servidor público solo interviene recomendando ciertas especificaciones técnicas de los bienes a comprar, pero sin tener alguna participación en el proceso de contratación como en la determinación de las empresas postoras, la elección de la empresa ganadora y el otorgamiento de la buena pro, no puede ser considerado como autor del delito de negociación incompatible[268].

La Corte Suprema de Justicia absolvió a un regidor municipal, que era el encargado del Área de Educación, Cultura y Deporte, debido a que no participó en un contrato de cesión de uso de un terreno a favor del proyecto de "Forestación y Reforestación" y que estaba a cargo del área de recursos humanos. Se estimó que: "resulta imposible que dicho imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado Convenio[269]".

268 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 4259-2008** del 9 de abril de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

269 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3231-2011** del 25 de abril de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla): "Que, finalmente, en relación al delito de negociación incompatible, por el hecho de haberse beneficiado cuando suscribió el Convenio de cesión en uso de fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, de un terreno de diez mil metros cuadrados ubicado en el Caserío "Agua Blanca" con la finalidad de destinarlo al proyecto de "Forestación y Reforestación del distrito de Namora - dos mil cinco", el mismo que fue celebrado por la Municipalidad agraviada con Laura Rabanal Aliaga, hermana del encausado, el que es copropietario del terreno de acuerdo a una sentencia de sucesión intestada de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; así, se desembolsó la suma de veinticinco mil nuevos soles en su beneficio; empero, de los actuados se verifica que el encausado se desempeñaba en la Municipalidad Distrital como Regidor en el área de educación, cultura y deporte, por lo que resulta imposible que dicho imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado Convenio, tanto más si el Proyecto de Forestación y Reforestación con árboles y frutales nativos estaba a cargo del área de recursos naturales, lo cual se verifica del Informe Técnico de Verificación, más aun si el encausado Leandro Pérez Ocas en su declaración plenaria señaló que el responsable del Proyecto era el señor Víctor Hugo Cuenca Cerna, el mismo que en conjunto con los técnicos forestales determinaron que el terreno en mención era el más apropiado para poner en operatividad el indicado proyecto, por lo que, siendo así la conducta del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga no se encuentra en el tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, deviniendo en inexorable su absolución por ausencia de

Según nuestra jurisprudencia los funcionarios que pueden, por razón de su cargo, cometer el delito de negociación incompatible, a título ejemplificativo son: un regidor municipal[270], el Gerente General[271], Sub Gerente de Logística de una Municipalidad Provincial[272], Gerente Municipal, Gerente de Administración[273], Subgerente de Abastecimiento[274], Gerente de Recursos Humanos, operadora de la Gerencia de Servicios Generales que pertenece a la Gerencia Central de Logística[275], Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica[276], Jefe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de una Universidad Pública[277], Jefe de la Oficina de Personal, el Jefe del Servicio de Gastroenterología[278].

Este criterio es el punto de vista más extendido por parte de nuestros Tribunales de justicia que consideran la necesidad de interpretar la frase legal "*por razón de su cargo*" como referido al marco de competencias y funciones fijadas en la ley. No solo se

tipicidad, debiendo integrarse la sentencia materia de grado en este extremo en aplicación de lo previsto por el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales".

270 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3635-2013** del 1 de agosto de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

271 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

272 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1166-2012** del 6 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado); **R.N. N° 3281-2011** del 24 de enero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

273 Véase la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

274 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

275 Véase la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante).

276 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

277 Véase la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

278 Véase la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

trata de postular una posible interpretación, sino de remarcar la necesidad de que el funcionario público se encuentre investido y premunido de las facultades y competencias para intervenir en el contrato u operación.

La adopción de este planteamiento supone la comprobación previa –tanto por el Ministerio Público como por el Poder Judicial- de que el funcionario de manera efectiva goza de una habilitación legal (competencia y facultad) para intervenir en un contrato u operación estatal. Para ello solo es necesario remitirse a la ley del sector, al Reglamento que desarrolla la ley, al Reglamento de organización de funciones (*v. gr.*, ROF o MOF) o cualquier otra previsión normativa de carácter general. Si es que ni la ley, ni el Reglamento ni otra regulación normativa conceden al funcionario la competencia y facultad para participar en dicho contrato u operación simplemente el acto deviene en atípico e irrelevante penalmente respecto al delito de negociación incompatible.

La ventaja que ofrece esta postura es que define con un mejor y mayor grado de certeza el marco de actuación del funcionario público y su posible repercusión penal de las conductas que puede cometer. En buena cuenta, permite alcanzar un mayor grado de previsibilidad de la ley penal, tanto al propio funcionario, a la administración pública como a la ciudadanía, delimitando las posibles conductas penalmente prohibidas.

Sin embargo, las críticas al criterio glosado no se hacen esperar, entre las que se destacan:

En primer lugar, un planteamiento semejante reduce drásticamente los alcances y límites del delito de negociación incompatible, asumiendo un criterio eminentemente formalista que toma en cuenta solo la habilitación legal en sentido amplio, por encima de que otros criterios más plausibles. En la práctica, supone asumir un punto de vista sino idéntico, claramente cercano, al que considera que solo pueden cometer el delito los miembros del comité especial; de allí que le sean aplicables las críticas que se le dirigen a dicha postura.

En segundo lugar, se pasa por alto que la ley prevé el castigo de los actos de interesarse "*en razón a su cargo*" y no el acto de

interesarse cometido "*en el marco de sus competencias legales o funcionales*". Ambas frases y referencias legales si bien pueden contar con un denominador común que le es propio, poseen un marco de actuación distinto y que es posible separar. No es lo mismo actuar en razón de su cargo que obrar en el marco de sus competencias o facultades legales. Es posible predicar un mayor alcance de la expresión de interesarse en "razón de su cargo". Si bien no se nos escapa que todo cargo público posee un conjunto de competencias y funciones que le son propias, muchas veces el poder jurídico y fáctico del cargo, trasciende las competencias estrictamente formales o legales.

El tercer lugar, la interpretación más amplia que se formula de la expresión "*por razón de su cargo*", no es ajena ni se aleja de lo que coloquialmente de entiende por cargo. Incluso el *Diccionario de la Real Academia Española* entiende por cargo, en uno de sus sentidos, la "*Dignidad, empleo, oficio*". Por ello, consideramos que el núcleo de la infracción debe comprenderse como el que se interesa en un contrato u operación en razón de su empleo o puesto en un concreto sector de la administración pública.

En cuarto lugar, una interpretación como la que se adopta por un sector mayoritario de la jurisprudencia peruana importa dejar de lado importantes criterios político-criminales que destacan la amplitud y variada modalidad comisiva de muchos delitos contra la administración pública, entre los que se cuenta el delito de negociación incompatible. Se estaría limitando la potencial aplicación del delito en estudio. Por ejemplo, se estaría dejando sin castigo a un funcionario público (*v. gr.*, regidor, consejero regional, asesor de la alta dirección), que sin tener competencia legal para interesarse en un contrato u operación, puede de facto y dentro de sus atribuciones legales generales (*v. gr.*, facultad de fiscalización) contar con una influencia decisiva en la configuración y direccionamiento del mismo.

d) La posición personal: el criterio mixto. La necesidad de tomar en cuenta criterios materiales y normativos

A nuestro criterio la interpretación correcta que se debe brindar a la expresión "*por razón de su cargo*" debe tomar en cuenta criterios materiales que, sin desbordar el sentido literal posible,

le permita alcanzar una serie de conductas que muchas veces quedarían impunes si es que se optan por otras interpretaciones más restrictivas y limitadas en su alcance.

La referencia "*por razón de su cargo*" por supuesto que comprende a los casos del mal uso de las competencias y atribuciones legales o reglamentarias en la intervención de un proceso concreto de participación estatal. Sin embargo, su ventaja principal es que va más allá del campo estrictamente formal, hasta abarcar los casos en que el funcionario, sin ostentar facultad o competencia para participar en el contrato u operación, por el cargo o empleo que detenta puede influir de manera directa y decisiva en el contrato estatal. El criterio decisivo no es formal, legalista o reglamentario. Se trata más bien de tomar en cuenta un criterio material que, partiendo del respeto a la letra de la ley, permita comprobar si determinado funcionario está utilizando o manipulando su cargo para interesarse, dirigir u orientar determinado proceso de contratación estatal, justamente valiéndose del poder (fáctico y jurídico) que le da ocupar determinado puesto en cierto sector de la administración pública.

Las competencias fijadas y las funciones asignadas por la ley y el reglamento son un criterio e indicador útil para determinar la posibilidad de intervención en el proceso de contratación. Sin embargo, ni se trata del único criterio ni del aspecto central a la hora de determinar si el funcionario se interesa indebidamente. Para ello es indispensable determinar si existe o media una manipulación o un prevalimento del cargo en beneficio propio o de tercero, interesándose en un proceso de contratación estatal.

Pese a partir de un criterio material, que respeta el sentido literal posible del texto, consideramos que se debe plantear un límite normativo al momento de fijar el posible círculo de autores en el delito de negociación incompatible. Dicho límite viene dado por la exigencia de que el ***funcionario pertenezca al sector de la administración pública*** en que se desenvuelve, gesta y desarrolla, el contrato estatal. No basta una relación o vinculación material. Es necesaria una relación interna con el área o sector concreto de la administración pública a fin de mantener dentro de límites razonables los riesgos o peligros que puede crear determinado

funcionario público en el ejercicio del cargo. Con ello, se evita incorporar criterios puramente factuales en los que bastaría que cualquier funcionario público se interese en un proceso de contratación, independientemente de si pertenece al sector correspondiente, para entender que se satisface la tipicidad, propia del injusto penal de negociación incompatible.

De este modo, no se renuncia ni se deja de lado los aspectos normativos que se relacionan con la expresión "por razón a su cargo", evitando que se abran de manera indiscriminada las compuertas de la persecución penal como autor de este delito. Si este criterio no se utiliza ni se aplica, prácticamente se estaría derogando la expresión "*por razón de su cargo*", ya que estaría incorporándose dentro del delito toda actuación de cualquier funcionario público, al margen del cargo o la posición que detente, sin que sea necesario exigir la pertenencia a un sector de la administración pública. Ya no se castigaría al funcionario público que se interesa "por razón de su cargo", sino se sancionaría a todo funcionario público por el solo hecho de ocupar un cargo, situación que no se encuentra ni en la letra ni en el espíritu de la ley.

Se parte de un criterio material pero al mismo tiempo se utiliza un punto de vista normativo, a fin de evitar que se pueda acoger cualquier interpretación de la ley que desnaturaliza su sentido y finalidad político-criminal. Al mismo tiempo se debe descartar que sea posible extender la punición de cualquier funcionario público, al margen de si se encuentra vinculado o pertenece a un sector de la administración en el que se contrata, pacta y ejecuta.

Para la tesis que se propone no es necesario que el funcionario tenga poderes de decisión, ya sea general o específica, para la concreción del contrato o la operación. Solo basta que intervenga en razón al cargo[279], como, por ejemplo, ejerciendo una función consultiva[280], de colaboración, de asesoría, de instrucción o, incluso, de control[281].

279 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 380.

280 Cfr. Garofoli, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 188.

281 Cfr. Seminara, *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 939.

De lo dicho deriva que representa un injusto típico el caso del funcionario público (*v. gr.*, alcalde) que cuenta con el poder real y la capacidad de decisión y, además, posee la competencia para intervenir en razón al cargo en el contrato o en una operación estatal[282]. En sentido distinto, debe excluirse de responsabilidad al funcionario que no tiene competencia ni poder de decisión alguno e, incluso por razón de su cargo, no puede influir en los contratos u operaciones de la administración pública[283].

En cualquier caso y supuesto de autoría es indispensable que el funcionario haya ejercido de manera efectiva y real funciones públicas al momento que se le imputa haber mostrado interés en un proceso de contratación específico. Asimismo, tiene que haber intervenido, interesándose, de cualquier modo en el proceso de contratación. No hay responsabilidad penal por el simple ejercicio del cargo ni por determinada posición que se exhibe dentro de la organización de la administración pública[284]. En el CP se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, principio que es aplicable en los delitos contra la administración pública.

282 Cfr. Luzón Peña, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", cit., p. 606.

283 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 31.

284 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2714-2004** del 31 de marzo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria** (Ponente: Ponce de Mier): "Que en cuanto al procesado Rubén Mafaldo Rodríguez condenado a cuatro años de pena privativa de la libertad por el delito de Negociación Incompatible, si bien es cierto se ha demostrado en autos que fue miembro de la Comisión de Evaluación y Adjudicación de la buena pro de la supervisión de la construcción de la carretera Iquitos Nauta, y que dio como ganador a SERCONSULT representado por el procesado Núñez Herrera, también es cierto que de la revisión de las actas de su propósito, y que anteceden a la presente, el procesado no aparece interviniendo, ya sea con su presencia o conformidad, lo que desvirtúa no solo el cargo de la acusación fiscal sino también el fundamento de la sentencia condenatoria".

VIII. TIPO SUBJETIVO

1. El funcionario debe actuar con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo[285], interviniendo a través de cualquier acto que revele un interés especial en un contrato o en una operación. Se trata de un delito eminentemente doloso[286]. No basta el comportamiento imprudente[287], o que el funcionario pueda y deba conocer el interés indebido[288]. Se debe distinguir los casos en los que media un comportamiento doloso de aquellos en los que hay negligencia inexcusable o, incluso, incompetencia funcional[289].

   El dolo no se presume, sino que debe probarse en cada caso concreto con los diversos medios de prueba. En la prueba del dolo rige también el principio de presunción de inocencia, en especial las reglas de la titularidad de la carga de la prueba. Es incorrecto inferir el dolo de la simple infracción de los deberes de verificación, los

285 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 656.

286 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191; MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 36; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 300; MALDONADO, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560; LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 324. En el Perú: SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 577.

287 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 577; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 511.

288 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu): "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"; **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

289 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo): "frente a las irregularidades subsistentes a ese análisis –presentación de documentación posterior a la adjudicación de la buena pro– evidencia que las infracciones al trámite –sin dirección exclusiva– obedecieron antes que a un interés privado por parte del procesado Inmenso Gonzales, a la incompetencia de los servidores encargados del trámite eminentemente administrativo y la ausencia de control debido por parte del encausado".

deberes de abstención o de la violación de ciertos principios administrativos[290].

La discusión sobre el dolo, independientemente de la perspectiva que se asuma, pasa necesaria e ineludiblemente en el terreno procesal por una adecuada prueba y motivación en la resolución judicial, ya sea cuando se lo afirma y sostiene o cuando se lo niega[291] (*v. gr.*, concurrencia del error de tipo). El juez debe explicar de modo necesario el tipo subjetivo, esto es, debe dar razones de por qué considera una conducta como dolosa[292], analizando de manera rigurosa la actividad probatoria a fin de determinar su estructura y eventual presencia en el caso concreto[293]. Ello se debe a que el dolo es un elemento constitutivo del tipo penal[294] que tiene un peso igual a cualquier otro elemento del delito, y, en particular, del tipo penal.

El dolo debe fundamentarse tanto en la acusación como en la sentencia condenatoria.

Respecto a la acusación, el dolo no representa un elemento de inferior importancia en orden a su acreditación procesal[295]. Incluso,

290 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013: "De este modo, el sentenciado Olmos Cuello vulneró los principios y deberes de probidad, neutralidad, imparcialidad, establecidos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, los que se sustentan en los principios que derivan de los artículos 38 y 39 de la Constitución. Por tanto, consideramos que en su accionar tuvo conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal de Negociación incompatible".

291 Véase la Ejecutoria Suprema recaída en el **R.N. N°666-2003 del 4 de mayo del 2004** que declara la nulidad de la resolución superior por no haber razonado sobre el sustento fáctico y probatorio del dolo y la culpa.

292 Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, "Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuridicidad", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 273; Moner Muñoz, Eduardo, "El dolo y su control en el recurso de casación", en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 146; Díez Ripollés, José Luis / Gracia Martín, Luis / Laurenzo Copello, Patricia, *Comentarios al Código Penal. PE*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 69. En la doctrina peruana: Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., T. I, p. 75.

293 Cfr. Zugaldía Espinar, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", en *Anuario de Derecho Penal*, T. 39, fasc. 2, Madrid, 1986, p. 405; Gracia Martín, *Comentarios al Código Penal. PE*, cit., p. 69.

294 Cfr. Fiandaca / Musco, *Diritto penale. PE*, cit., p. 313; Ramos Tapia, María Inmaculada, *Derecho penal. PG* (Director: José M. Zugaldía Espinar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 512.

295 Cfr. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. PG*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2001, p. 334.

se llega a sostener que tratándose del criterio principal y más severo de imputación subjetiva, las exigencias de justicia material reclaman que una correcta política de derecho (en especial, la judicial) obliga a la acusación –y por tanto, en aras del convencimiento del juez– a su acreditación del modo más riguroso posible[296]. Su prueba o no en el proceso, y en particular en la sentencia, entronca con la vigencia del principio constitucional de culpabilidad y el respeto a la dignidad de la persona humana. Con ello, se cumple con la exigencia de que todos los presupuestos de punibilidad –entre los que se encuentra el dolo– deben obligatoriamente probarse[297], pues de otro modo la sentencia carecería de validez y las leyes penales cumplirían meramente una función simbólica.

Tan importante como la prueba y motivación del aspecto objetivo del hecho (*v. gr.*, acción, resultado e imputación objetiva) es la demostración y fundamentación con base en pruebas (confesión, indicios, etc.) de la concurrencia o no del elemento subjetivo; de tal manera que cuando dicho elemento no se recoge en la sentencia, esta misma deviene en nula por infracción al principio de presunción de inocencia y al principio de culpabilidad.

Asimismo, la valoración ***arbitraria e irracional*** de las máximas de la experiencia y de la prueba de indicios respecto al dolo vulnera las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*[298]. La mejor doctrina viene reclamando que la acreditación del elemento subjetivo, en especial del dolo, debe no solo ser objeto de prueba suficiente, sino que debe estar probado más allá de una duda razonable[299]. Con ello, se enfatiza que no

296 Por todos, ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 2ª ed., T. I, Giuffrè, Milano, 1995 art. 43/41, T. I, p. 448.

297 Cfr. VOLK, Klaus, "Concepto y prueba de los elementos subjetivos", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Grijley–Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002, p. 423.

298 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 197; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, p. 217: "al ser parte de la *quastio facti*, todo lo relacionado con la prueba de tal clase de hechos cae bajo el radio de acción de la presunción de inocencia, como regla de juicio"; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal", en *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005, p. 150.

299 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 217.

basta cualquier nivel de prueba, ni es suficiente cualquier estándar probatorio (*v. gr.*, probabilidad prevaleciente). Es necesario que como cualquier elemento del injusto penal haya una convicción que despeje cualquier duda esencial o razonable.

La acreditación del dolo pasa por el siguiente camino: a) el juez debe probar los hechos o indicadores objetivos de los que se infiere el comportamiento intencional o doloso (conocimiento del peligro concreto]); b) se debe demostrar por qué los indicios más que ser meras conjeturas o sospechas, permiten inferencias absolutamente racionales o compatibles con las máximas de la experiencia que prueban el dolo y descartan la culpa; c) se debe motivar o explicitar el proceso racional que lleva a mostrar cómo el juez entiende que se ha probado este elemento subjetivo[300].

La prueba del dolo no solo debe producirse en los casos límite y fronterizos cuando se plantea la diferencia entre dolo y culpa, sino también cuando se trata de catalogar la clase del dolo concurrente en el caso concreto, *v. gr.*, si se trata de dolo directo o de dolo eventual.

No constituye motivación suficiente en la prueba del dolo, o de cualquier elemento subjetivo, el afirmar que el conocimiento se infiere claramente, o de manera inequívoca, de la diversas circunstancias del hecho. El órgano judicial debe dar acabada cuenta y explicitar en qué consisten efectivamente dichas circunstancias. Ello, incluso, en los casos aparentemente más obvios. No se acepta tampoco, por tanto, la motivación implícita o la motivación por remisión, ya sea que el juez se remita a la acusación o a la resolución incidental que resuelve, por ejemplo, la excepción de naturaleza de acción en donde justamente se alega la falta del elemento subjetivo.

2. En el dolo, propio de la negociación incompatible, es necesario el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación estatal de manera directa o indirecta, ya sea en provecho propio o de un tercero[301] y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario público[302], pues si, por ejemplo, este interviene en el con-

300 Cfr. Zugaldía Espinar, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 407.

301 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 381.

302 Cfr. Pagliaro, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 261.

trato u operación cuando se encontraba suspendido o inhabilitado por la razón que fuere para ejercer el cargo, difícilmente concurre el dolo (conocimiento) referido al actuar en razón al cargo.

El comportamiento se convierte en prohibido cuando el funcionario obra movido por un interés no administrativo o no estatal. En este caso actúa en una desviación de poder[303]. No es necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administración[304], ni la intención especial que se está obteniendo una determinada ventaja o beneficio[305] o que se está actuando con ánimo de lucro[306]. Tampoco se castiga una especial o determinada forma de interés[307], *v. gr.*, el patrimonial[308].

El delito no se comete cuando el funcionario, por ejemplo, conoce de la relación parental (*v. gr.*, hermanos) entre un alto funcionario de la entidad estatal y el contratista. El hecho de que una persona conozca o pueda conocer una situación de probable nepotismo no supone que automáticamente comete el delito de negociación incompatible. Es necesario que el funcionario obre y, por tanto, tenga conocimiento e influencia en el proceso de contratación específico del interés indebido del autor. Aquí el elemento decisivo más que el conocimiento de alguna irregularidad administrativa es el actuar premunido de un interés no debido[309] o el conocimiento que el autor lo tiene y pese a ello se le presta ayuda.

303 Cfr. Sancinetti, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888. En la doctrina italiana: Fiandaca / Musco, *Diritto penale. PE*, cit., p. 241.

304 Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 300; Soler, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136.

305 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136; Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 324.

306 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131; Maldonado, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560.

307 Cfr. Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 296.

308 De otro parecer: Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 300.

309 De modo semejante: la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 375-2012** del 7 de marzo de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Prado Saldarriaga): "no se evidencia que el procesado se haya interesado en forma directa ni indirecta en la contratación de Fortunato Cano Ccoa, pues, únicamente indicó que tenía conocimiento que eran hermanos, pero aseveró que al momento de firmar los contratos no tenía a la vista la documentación, ya que las otras oficinas debían realizar la verificación previa".

3. Se discute si en el delito de negociación incompatible se pueden presentar las tres modalidades de dolo.

El ***dolo directo de primer grado*** implica que el autor persigue la acción típica, el resultado o ambos a la vez[310]. El factor predominante es el factor *volitivo* sobre el cognitivo[311]. Aquí cobra relevancia lo que el sujeto persigue[312], la meta o fines que pretende alcanzar[313]. Hay una relación directa del autor con las consecuencias principales[314].

310 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, Lima, 2014, vol. I, pp. 437 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 259; MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. PG*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 307; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de derecho penal. PG*, Grijley, Lima, 2005, n.m. 786, p. 369.

311 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 100; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. I, p. 438; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 328; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. PG*, Universitas, Madrid, 1996, p. 413; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Dolo y dolo eventual: reflexiones", en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, Manuales de formación continuada Nº 4, Madrid, 1999, p. 123; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "En el límite entre el dolo e imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de Octubre de 1983)", en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo* (Director: Santiago Mir Puig), Bosch, Barcelona, 1992, p. 48; VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de derecho penal. PG*, cit., p. 369.

312 Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, cit., 12/2, p. 415; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. PG*, trad. de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 67. En la doctrina italiana: PULITANÒ, Domenico, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccala), 4ª ed., Cedam, Padova, 2003, p. 185; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 328; HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. PG*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, I, n.m. 1199, p. 458.

313 Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. PG*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2005, I, 8/102, p. 190; ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los arts. 15 y 16 del Código Penal alemán*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, n. 67, p. 80; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal. PG*, T. I, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Coimbra, 2012, p. 350; MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 187; CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, T. II, Madrid, Tecnos, 2001, p. 146; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. PG*, Lima, Ara, 2004, p. 313; ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 396; HUERTA TOCILDO, Susana y Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. PG*, Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986, p. 128.

314 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. PG*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, 8/15, p. 321.

Existe intencionalidad cuando el autor persigue un resultado que trasciende el tipo objetivo. La finalidad que gobierna su conducta va más allá de la mera realización del delito, aun cuando el objetivo no se alcance efectivamente. El autor traza una meta y ajusta su comportamiento a su consecución.

En el ***dolo directo de segundo grado*** el autor sabe con seguridad que su conducta (activa u omisiva) realiza los elementos objetivos del tipo[315]. Hay una previsión cierta del resultado típico. Predomina aquí el elemento cognoscitivo. El autor prevé las consecuencias que pese a no perseguirlas –no quererlas o desearlas– seguramente se producirán[316], o que son ciertas o necesarias a la acción emprendida[317]. Las consecuencias secundarias son el contenido del conocimiento y se perciben como dependientes de la voluntad[318], aun cuando no se deseen[319] o el autor obre en contra de sus intereses[320]. No es necesario, por tanto, que el autor vea con buenos ojos el ad-

315 En contra: Marcelo SANCINETTI (*Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 147), quien señala que esta forma de dolo también participa de la *inseguridad en la realización del tipo* y "se caracteriza solo porque si el autor alcanza la meta perseguida entonces, el resultado lesivo se producirá también necesariamente. La seguridad del dolo de consecuencias necesarias, por lo tanto, depende de la condición de que se realice el curso causal deseado, que como tal es inseguro. En este sentido, es un dolo tan condicionado como el dolo eventual, solo que, en este, la consecuencia colateral sigue siendo dudosa *aunque se realice el curso causal que está en el centro del deseo del autor*". También: VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de derecho penal. PG*, cit., p. 370.

316 Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, 12/2, p. 415; JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 8/18, p. 324; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. I, p. 441; STRATENWERTH, *Derecho penal. PG*, 8/107, cit., p. 191; WESSELS, *Derecho penal. PG*, cit., p. 68; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. PG*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 99; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. PG*, cit., p. 415; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 10/84, p. 259; CORCOY BIDASOLO, "En el límite entre el dolo e imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983)"; cit., p. 48.

317 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, art. 43/19, cit., p. 441; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG*, cit., p. 351.

318 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 8/7, p. 315; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 328.

319 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, cit., p. 147; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. PG*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 657; LUZÓN PEÑA, "Dolo y dolo eventual: reflexiones", cit., p. 126; ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 396.

320 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. PG*, cit., p. 657.

venimiento del resultado, es posible que en su interior quiera que mejor no se produzca el desenlace[321].

En el ***dolo eventual*** no es necesaria la intención o el propósito deliberado de lesionar el bien jurídico (dolo directo de primer grado). El sujeto no quiere cometer el delito[322], pues de otro modo habrá obrado con intención. Tampoco se cuenta con un conocimiento seguro de que la lesión se producirá de manera irremediable (dolo directo de segundo grado), sino más bien existe un conocimiento de la capacidad o la aptitud lesiva de la conducta respecto al bien jurídico, sin que se filtre algún elemento emocional o de certeza. Se habla de una decisión por la posible lesión del bien jurídico[323].

El elemento característico del dolo eventual es que el resultado no se representa como seguro[324]. Hay aquí un actuar con inseguridad que muchos consideran como el caso típico o normal de conducta[325]. No se sabe si el resultado será la consecuencia inevitable y segura de la conducta realizada. Siempre hay un margen de incertidumbre y de duda. Sin embargo, es posible que se cuente con un conocimiento adecuado de la acción y el riesgo no permitido que se crea.

321 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 243; MIR PUIG, Santiago, "Conocimiento y voluntad en el dolo", en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Madrid, 1994, p. 20.

322 Cfr. SCHÜNEMANN, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", cit., pp. 100 y ss.; STRATENWERTH, *Derecho penal. PG*, 8/110, cit., p. 192; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. PG*, cit., p. 658; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. PG*, cit., p. 418; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 329; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 10/87, p. 260.

323 Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, cit., 12/22, p. 425.

324 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. I, p. 441; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los art. 15 y 16 del Código Penal alemán*, n. 71, p. 83; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, art. 43/21, cit., p. 441; MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo. Elementos subjetivos de los tipos penales*, cit., p. 23; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, cit., p. 148.

325 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los art. 15 y 16 del Código Penal alemán*, n. 71, cit., p. 83: "Solo una ingenua ceguera a la realidad o una desmedida sobrestimación podrían conducir a tal *previsión segura*; el caso *normal es actuar con inseguridad*, como consecuencia de una incompleta información y de un dominio incierto de la causalidad".

Un sector de la doctrina[326] y la jurisprudencia penal[327] sostiene que la única forma de dolo admitida en la negociación incompatible es el ***dolo directo***. Sin embargo, la formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo, por dolo eventual[328]. No hay razón dogmática válida y político-criminal atendible que restrinja y limite la posibilidad de comisión a título de dolo eventual del delito de negociación incompatible. Si bien el acto de interesarse indebidamente es normalmente un acto querido e intencional, no es extraño que el funcionario se represente o considere seriamente la capacidad lesiva de su conducta.

Nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho italiano no alude especial y expresamente a la ***intencionalidad*** del funcionario público, forma subjetiva que excluye el dolo eventual[329]. Por ello, cualquiera de las tres formas de dolo puede estar presente en la comisión del delito de negociación incompatible.

4. El ***error de tipo*** puede concurrir tanto en el autor o partícipe del delito de negociación incompatible[330].

   No existe dolo cuando hay un error en uno o en todos los elementos del tipo objetivo, situación que genera una falsa o errónea representación en el autor[331]. El error de tipo constituye una equivocada percepción de la realidad o la divergencia entre el suceso real y lo que se ha representado el interviniente que excluye el momento

326 Cfr. Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 324; Buompadre, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 297; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 577.

327 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein): "lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública".

328 Cfr. Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 511; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 657; En contra, y sin mayor fundamentación, y discusión argumental: Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 577-578.

329 Cfr. Fiandaca / Musco, *Diritto penale. PE*, cit., p. 237; Garofoli, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 198; Romano, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 274; Pagliaro, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 261; Antolisei, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 348.

330 Lo reconoce: Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 656.

331 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito penal. PG*, cit., p. 340; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, cit., p. 133.

cognoscitivo del dolo[332]. En estos casos se decide ejecutar el comportamiento, pero no se conoce que se está realizando el tipo penal o uno de los elementos del tipo. De allí que se exija como regla de que el autor conozca las circunstancias concretas del hecho que se corresponde con la descripción del tipo penal[333].

El error de tipo es un error sobre las circunstancias fácticas del hecho o el desconocimiento de un factor que condiciona la relevancia típica de la conducta[334]. Nuestro ordenamiento jurídico no valora de igual forma la decisión que tiene como presupuesto un conocimiento suficiente e información adecuada; de aquella decisión que no alcanza niveles mínimos de procesamiento de la realidad[335].

El error de tipo en la negociación incompatible se presenta cuando el funcionario ignora o desconoce uno o todos los elementos del tipo objetivo[336]. Por ejemplo, puede desconocer que ha sido designado funcionario público y antes de dicho acto muestra su interés en un contrato o en una operación[337].

Si el funcionario cree o considera que su intervención no es indebida, como establece la ley, sino que su interés es debido estaremos frente a casos de error de tipo y no frente a un error de prohibición[338].

La jurisprudencia peruana recoge como un caso de ausencia de falta de dolo en el delito de negociación incompatible la conducta de un funcionario público que en su calidad de jefe de personal de un proyecto especial elaboró un contrato de servicios específicos, a favor de una persona que era hermano de la directora ejecutiva del dicho proyecto especial. La razón de la contratación irregular se

332 Cfr. Marinucci /Dolcini, *Manuale di diritto penale. PG*, cit., p. 186.

333 Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *CPC*, Nº 65, p. 278.

334 Cfr. Zielinski, *Dolo e imprudencia. Comentario a los art. 15 y 16 del Código Penal alemán*, n. 19, p. 34.

335 Cfr. Feijoo Sánchez, "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", p. 304.

336 Cfr. Donna, *Derecho penal. PE*, cit., p. 324; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 300.

337 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 383.

338 De manera semejante: Romano, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 274.

debió a que la directora ejecutiva le ordenó elaborar el documento de contratación y como prueba de que desconocía que la persona contratada era el hermano de esta funcionaria aportó un memorándum en el que se consignaba la contratación de su familiar con otro nombre. Al respecto, se razonó que: "es necesario atender a que si bien la ineficiente y negligente conducta funcional del procesado Correa Vásquez permitió la contratación de una persona distinta a la realmente captada, lo cierto es que esta negligencia no puede ser considerada *per se* como acreditación del dolo en el agente (sic), respecto a los delitos cuya comisión se le imputan[339]".

La absolución por falta de dolo solo se debe producir luego que se verifique la concurrencia de los elementos de tipo penal objetivo (*v. gr.*, interesarse, contrato estatal, por razón del cargo, etc.). No basta acudir, sin más, al sencillo expediente de absolver invocando la ausencia de dolo, pese a que en el caso concreto no concurra alguno de los elementos del tipo penal de negociación incompatible. Es lamentable que la vieja práctica de nuestra jurisprudencia penal de exonerar de responsabilidad penal a una persona sobre la base de la ausencia de dolo se preserve y mantenga, de manera acrítica y mecánica, sin que previamente se razone de manera adecuada acerca de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo[340].

339 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2835-2004** del 9 de mayo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria**. En dicho fallo también se señaló que: "en este sentido se desprende de autos que en cuanto al delito de *aprovechamiento indebido de cargo*, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal; de la conducta desarrollada por el procesado y de los elementos probatorios obrantes en autos no aprecia que este "se haya interesado" especialmente por la contratación de Ñaupari Cancho, ni que haya obviado exprofesamente el procedimiento de control cotidiano con el único fin de favorecerlo; razón por la cual la conducta desarrollada por el procesado respecto a este delito, es atípica, y la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley".
Como puede verse, es lamentable que la Corte Suprema haya sostenido, por un lado, la ausencia de dolo (error de tipo) y luego, por otro lado, en la misma sentencia considere que no concurre la comisión del verbo típico *interesarse* que es una cuestión de ausencia de un elemento típico objetivo, esencial en la configuración del injusto penal objetivo. Creemos, que la consideración de la falta de tipicidad objetiva hace innecesario pronunciarse acerca de si concurre o no un comportamiento doloso en el supuesto autor del hecho.
En el caso resuelto por nuestro más alto Tribunal más que un caso de error de tipo se está ante un caso de conducta neutral que excluye la posibilidad de la concurrencia de la tipicidad objetiva.

340 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 982-2009** del 21 de abril de 2010 de la **Sala Penal Permanente; el R.N. N° 2835-2004** del 9 de mayo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria.**

Por otro lado, no es correcto rechazar la alegación de error de tipo (vencible o invencible) refiriendo que el condenado "*tuvo pleno conocimiento de su proceder, más aún si le asiste el deber de lealtad que como funcionario público lo obliga a realizar contratos dentro del marco de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*[341]". El conocimiento (dolo) debe ser producto de la acreditación rigurosa en el proceso penal y el referido error de tipo debe estimarse o desestimarse expresamente, sobre la base de la evidencia actuada en el proceso y empleando las inferencias adecuadas que lo justifiquen. El deber de lealtad con la administración pública no está en condiciones de sustentar la conducta dolosa de manera automática e inmediata. Un razonamiento semejante vulnera el principio de presunción de inocencia. De igual modo, el incumplimiento de la ley de contrataciones del Estado es posible que sea un indicador acerca de la existencia del dolo, pero de ninguna manera, por sí mismo y de manera autónoma, puede fundar la acreditación del elemento subjetivo del tipo más grave como el dolo. Es más: el desconocimiento de la ley de contrataciones del Estado puede fundar bajo determinadas circunstancias la existencia de un error de prohibición vencible o invencible.

Asimismo, el hecho de que se contraten los servicios de una tercera empresa consultora, como consecuencia del no cumplimiento de la ley de contrataciones del Estado, generando con ello, un perjuicio a la entidad edil agraviada al realizarse un gasto innecesario[342], no puede tampoco fundar el conocimiento de la capacidad concreta lesiva de la conducta, dado que el incumplimiento del contrato efectuado por el primer contratista, y que determina la nueva contratación, puede ser imprevisible para el funcionario.

En otro caso, la Corte Suprema desestimó el agravio en el que se invocaba el haber incurrido en un ***error de tipo vencible*** por un exalcalde que había otorgado la buena pro a terceros, en un proceso de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía para las obras programadas, luego de nombrar a un primer comité especial per-

341 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente.**

342 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente.**

manente, sin designar, en el mismo acto ni después, a los suplentes, y que frente a la información del presidente de dicho Comité de la inasistencia de dos de sus miembros el día de la apertura de los sobres alegando enfermedad –lo cual se constató que era falso, ya que luego se verificó que asistieron a trabajar normalmente a su centro de labores– procedió a designar a dos nuevos miembros del comité especial, en su reemplazo. El nuevo comité especial después de aprobar un nuevo calendario o cronograma del proceso de selección no público ni registró dicho calendario en el Sistema Informático del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado como tampoco en la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - Prompyme. El exalcalde alegó en su recurso que se le condenó por el solo hecho de haber firmado una Resolución de Alcaldía que removió a dos miembros del comité especial, a pesar de contar con la opinión favorable del asesor legal y con un Informe sobre la imposibilidad de contar con el *quorum* respectivo para la apertura de sobres.

En la ejecutoria suprema se puede advertir como núcleo de su razonamiento por el cual se confirma la condena que:

> *"[El exalcalde] en la fundamentación de su recurso de nulidad expresó como agravio que actuó bajo el error de tipo vencible, pues emitió las resoluciones en mérito al principio de confianza dado a la existencia de un informe de asesoría legal en el que no se indicó observación alguna, empero, como ya se ha expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, el citado encausado en su condición de alcalde tuvo razones para apreciar la antijuricidad de las decisiones que adoptó e incluso estuvo en la posibilidad de esclarecer tal situación, no obstante omitió designar miembros suplentes del primer Comité Especial y no verificó que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes, lo cual era obligatorio, de lo que se colige que ello fue con el claro propósito de favorecer a los postores a quienes se les cursó invitación para el proceso de selección; que, además, tal conducta la realizó conjuntamente con sus demás coencausados en su condición de miembros del Comité Especial Permanente, conducta ilegal que también fue advertida en el dictamen pericial contable de fojas mil doscientos dos, debidamente ratificado en el plenario, puesto que*

concluyó en afirmar la existencia de irregularidades: que, de otro lado, aun cuando los testigos que declararon en el plenario coincidieron en afirmar que no apreciaron en el proceso de selección irregularidad alguna, debe señalarse que éstos en su mayoría fueron beneficiados y favorecidos con la buena pro, por lo que su testimonio resulta parcializado; que, asimismo, si bien también el Asesor Legal y el Jefe de Control Interno de la Comuna agraviada aseveraron no haber advertido la presencia de irregularidades, es de precisar que su testimonio es parcializado dado al vínculo contractual con la Comuna y con el encausado José Siany Rujel Criollo en su condición de alcalde; que, por lo demás, si bien los encausados miembros del Comité Especial Permanente no suscribieron ni firmaron las Resoluciones de Alcaldía ni eran los encargados de la publicación de la nueva convocatoria y fueron designados por el Titular del pliego (alcalde), ello en nada enerva su responsabilidad penal, en tanto conocían perfectamente sus obligaciones legales previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como su Reglamento, por ende, sabedores de las omisiones deliberadas que se han dejado expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes, no efectuaron observación alguna, por ello, es de inferir que se interesaron en favorecer a los postores de la nueva convocatoria, apartándose de sus deberes funcionales de imparcialidad y probidad que les confiere el cargo que desempeñaban, acreditándose así su culpabilidad[343]".

En la Ejecutoria suprema se echa de menos un mínimo o siquiera elemental razonamiento y justificación acerca de cómo se acredita el acto de ***interesarse de manera indebida***, que es el núcleo del injusto penal, por parte del exalcalde en el proceso de contratación específico.

Si bien en el recurso interpuesto se alega error de tipo por existir un Informe de asesoría legal previo en el que se no se formula observación alguna a la posterior remoción de dos miembros del comité especial, pese a que lo correcto es plantear la ausencia de tipicidad

343 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

objetiva por concurrir el principio de confianza[344], la sentencia de la Corte suprema en ningún momento desarrolla y refuta la alegada existencia del error de tipo y menos toma en cuenta de oficio la posible concurrencia del principio de confianza. Hay aquí una manifiesta incongruencia recursiva ex-silencio. No estamos frente a un caso de motivación insuficiente o de motivación diminuta, sino de falta completa de motivación en este extremo.

En la Ejecutoria se afirma que: "*el citado encausado en su condición de alcalde tuvo razones para apreciar la antijuridicidad de las decisiones que adoptó e incluso estuvo en la posibilidad de esclarecer tal situación*", sin indicar de manera elemental cuáles son las razones para apreciar la "antijuridicidad" de dichas decisiones o qué hechos acreditan su comportamiento ilegal como doloso. La referencia a la "antijuridicidad de las decisiones" es una expresión desafortunada, salvo que se entienda que se adopta una teoría del delito causalista. La condición de alcalde y la experiencia en el cargo no bastan por sí mismo para sustentar una condena, ni para desechar el valor del principio de confianza en el informe emitido por asesoría legal respecto a que no encuentra alguna irregularidad en la decisión que luego se toma: remoción de dos miembros del comité especial. En todo caso, se tendría que haber sostenido y probado que el informe de asesoría legal es un informe fraudulento, falso o por lo menos

344 La Corte Suprema de Justicia entiende por principio de confianza, aplicado a los delitos contra la administración pública, y en concreto en el delito de negociación incompatible que: "el principio de confianza, filtro de la imputación objetiva, que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, exige como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de los transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos". Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2770-2011** del 12 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein). En otro caso se tuvo en cuenta al momento de absolver del delito de negociación incompatible la existencia de informes de otras áreas competentes: "en principio la resolución se emitió luego de contar con las visaciones de la oficina de administración de personal y las áreas de administración y gestión institucional de la unidad de gestión educativa local de Requena conforme obra en el cuarto considerando de la Resolución Directoral número cero cero quinientos catorce"; véase, la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3995-2009** del 13 de agosto de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Biaggi Gómez).

analizar su consistencia jurídica, el objeto de su análisis y el grave y manifiesto error de sus premisas y conclusiones. Un Informe jurídico especializado, elaborado por el área competente de una entidad pública no puede desecharse sin un análisis minucioso, más aún si para la defensa constituye la principal prueba de descargo y el argumento central para invocar la exoneración de responsabilidad penal. La referencia a que el exalcalde "*incluso estuvo en la posibilidad de esclarecer tal situación*" alude más a un comportamiento negligente, culposo que a la conducta dolosa que se le atribuye y por la que se condena, ya que contar con la posibilidad de esclarecer la situación supone tener la ocasión y desaprovecharla, sin haber actuado diligentemente.

El centro de la argumentación que sustenta la condena del exalcalde es que "*omitió designar miembros suplentes del primer Comité Especial y no verificó que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes, lo cual era obligatorio, de lo que se colige que ello fue con el claro propósito de favorecer a los postores a quienes se les cursó invitación para el proceso de selección*". Como se ha sostenido líneas atrás (VII, 2, A, a) el omitir el cumplimiento de determinados actos funcionales puede dar lugar a la configuración del delito de omisión de deberes (art. 377 del CP) pero no al delito de negociación incompatible. La infracción de deberes del cargo genera responsabilidad disciplinaria administrativa, o en el peor de los casos, responsabilidad penal por omisión de funciones, pero de ningún modo el dejar de realizar determinados actos puede dar pie al delito de negociación incompatible. De igual manera, se rechaza la posibilidad de cometer la infracción por comisión por omisión[345] (VII, 2, A, g).

La referencia a que el exalcalde no verificó que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes alude a: i) una simple y clara infracción administrativa; ii) no se precisa, como era de esperarse, si dicha publicación era una competencia del alcalde, y cuál es la base normativa de dicha obligación; iii) el hecho de no verificar la publicación alude la infracción de unos deberes de vigilancia y de supervisión, más cercanos al comporta-

345 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 661-2009** del 10 de marzo de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Santa María Morillo).

miento imprudente que al doloso. Si por no verificar la publicación de una información en un registro electrónico se condena a una persona, en la práctica nos quedaríamos sin funcionarios públicos y, en especial, sin muchos alcaldes, presidentes de Gobierno regional, y otras autoridades, que omiten dicho acto en todo proceso de contratación estatal.

Sin embargo, la mayor crítica que se dirige al fallo comentado es el grave y defectuoso razonamiento probatorio en el que incurre ya que de las premisas: i) omitir designar miembros suplentes del primer comité especial; ii) *no verificar que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes,* concluye sin mayor argumentación fáctica y probatoria que ello fue con el claro propósito de favorecer a los postores. No es razonable sostener que un funcionario tuviera un claro propósito de favorecer a los postores debido a que se omite nombrar a los miembros suplentes del comité especial –nótese que ni siquiera se hace referencia al nombramiento de dos nuevos miembros del comité especial– o que se llegue a la conclusión porque no se verificó una publicación electrónica que es competencia de otra área de la entidad pública. Los hechos que sustentan la premisa no permiten inferir de manera inmediata, plausible, y menos de manera contundente, la premisa de que el funcionario actuó para interesarse indebidamente en el proceso de contratación estatal específico.

Los errores de la ejecutoria suprema son, incluso, más graves y reprochables cuando se confirma la condena, como coautores del delito de negociación incompatible, a los miembros del comité especial, ya que no solo se repiten los mismos defectos antes anotados, tanto de derecho sustantivo como del razonamiento probatorio, sino que, además, no se cumple con el principio *tantum apellatun, tantun devolutum*, toda vez que no se da respuesta a cada uno de los agravios formulados en el recurso de nulidad planteado.

CAPÍTULO TERCERO

IX. PARTICIPACIÓN

1. En el delito de negociación incompatible pueden concurrir cualquiera de las modalidades de la participación criminal, llámese ***complicidad*** (primaria o secundaria) o ***instigación***.

2. La **complicidad** constituye una forma de participación reconocida en el Derecho penal peruano. Su regulación se encuentra inscrita en el artículo 25 del CP cuando prescribe: *"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. A los que de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena"*.

   La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico[346]. Los comportamientos dolosos que connotan complicidad, en su faz objetiva, "deben tratarse de conductas que aumentan las probabilidades de comisión del delito por el autor, o de culminación con éxito de la empresa delictiva, es decir, conductas cuya peligrosidad estriba no en la probabilidad de causación directa de una lesión al bien –constitutiva de autoría–, sino en la creación de una serie de condiciones aptas para que la lesión al bien jurídico por el autor sea más fácil, más segura, más rápida, o más intensa"[347].

346 Cfr. ROXIN, Claus, "¿Qué es la complicidad?", en *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 403.

347 LÓPEZ PEREGRÍN, MARÍA CARMEN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 238.

Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro[348] o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro[349] que se consuma, o al menos queda en la fase de la tentativa. Según reconoce la doctrina, la complicidad, como un modo de prestar ayuda en el delito, puede ser fáctica o espiritual[350]. La primera es llamada también *complicidad técnica* o *de hechos* y la segunda *complicidad intelectual* o *psíquica*; aun cuando esta última no sea aceptada por algún autor[351].

La complicidad técnica o fáctica se manifiesta, por ejemplo, en la entrega de un arma, en el dar un instrumento, en el actuar de campana, el señalar donde se encuentra la víctima, el indicar la dirección donde se realizan abortos, etc. Su característica principal es consistir en aportaciones materiales que básicamente se reducen a "dar o hacer algo". La complicidad psíquica está dada por los "consejos", mediante los cuales el autor refuerza la decisión criminal o recibe ideas que facilitan o posibilitan el hecho. Ese es el caso de cuando se explica cómo abrir una caja fuerte, cómo cometer una estafa o, en general, cuando se describe cómo llegar a una ejecución más segura, eficiente y rápida del hecho o la serie de datos que refieren cómo obtener la mayor ventaja posible (asesoría técnica o profesional). El problema de la complicidad psíquica no es su admisibilidad, sino su dificultad probatoria, que influye como es obvio en su punibilidad[352].

En nuestra legislación resulta impune la ***tentativa de complicidad.*** Asimismo, es inadmisible tanto la complicidad culposa como la complicidad dolosa en un hecho punible culposo. De igual for-

348 Véase JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. II, p. 1033; MAURACH, Reinhart y Heinz GOSSEL, *Derecho penal. PG*, T. I, trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 2004, 52/1, p. 452; WESSELS, *Derecho penal. PG*, cit., p. 169.

349 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. PG*, cit., p. 170.

350 Cfr. MAURACH / GOSSEL, *Derecho Penal. PG*, 52/2, p. 452; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. II, p. 1033; JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 22/36, p. 813; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 15/76, p. 406; RODRÍGIUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 879.

351 Así: ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. PG*, Madrid, Akal, 1986, p. 473

352 Cfr. ROXIN, "¿Qué es la complicidad?", cit., p. 411.

ma, la complicidad no puede fundarse en el solo conocimiento del hecho criminal, salvo que se posea una posición de garante y una obligación específica de actuar. El funcionario público no puede responder por toda irregularidad que conoce y no actúa para neutralizarla o corregirla[353].

En materia de negociación incompatible, esto es, en el marco de contrataciones parcializadas, pueden constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, los actos de los intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses[354].

En la negociación incompatible es ***cómplice primario*** la persona que actúa como intermediario interesándose, o conociendo el interés de otro, en el contrato u operación[355], salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos. También es posible la complicidad por coacción, siempre que esta no revista gravedad[356]. La parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice[357].

Al respecto, la jurisprudencia peruana condenó como cómplice primario al residente de obra que posibilitó que un vehículo de su propiedad (*v. gr.*, volquete) sea contratado por la municipalidad en la que prestaba servicios a través de un tercero. El conocimiento y la conducta dolosa se estimó probada desde el momento que en la firma del contrato de alquiler del vehículo entre el residente de

353 En sentido distinto: véase, la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2714-2004** del 31 de marzo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria** (Ponente: Ponce de Mier).

354 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1909-2011** del 5 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla).

355 Cfr. MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 36; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 132; CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 381; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 294; MALDONADO, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 325.

356 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888.

357 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 381.

obra y el tercero se omitió intencionalmente consignar los datos de la tarjeta de propiedad del volquete en la que aparecía de manera clara como propietario el mencionado residente de obra[358].

358 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 300-2014** del 21 de mayo de 2014 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores): "La responsabilidad penal de los encausados Roberto Augusto Farfán Ríos y Jorge Isaac Acurio Ttito en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca, se encuentra acreditada en autos, debido a que el primero de los mencionados, suscribió con Nicolás Alejandro Rivera Quispe, representante de la empresa Comercial Industria Delta Sociedad Anónima, el contrato de alquiler del camión volquete de placa de rodaje número WZ-cuatro mil cuatrocientos veintiocho, del doce de enero de dos mil seis, para efectos de realizar trabajos de eliminación de desmonte y traslado de material agregado, unidad vehicular que en realidad era de propiedad del propio Residente de la Obra, Acurio Ttito, de lo cual tenía conocimiento el encausado Farfán Ríos, debido a que en el año dos mil cinco, le alquiló dicho camión volquete a su coencausado. Precisándose que esta conducta ilícita se pone de manifiesto además de lo mencionado, debido a que al momento de faccionar el contrato respectivo, necesariamente debía consignarse los datos de la tarjeta de propiedad del camión volquete, donde aparece el nombre del Residente de Obra, Acurio Ttito, lo cual obviaron intencionalmente; más aún, sí se tiene en cuenta la declaración en acto oral del testigo Nicolás Alejandro Rivera Quispe, quien refiere que al momento del alquiler del camión volquete en cuestión para la obra de construcción del Coliseo Cerrado de Calca, tenía conocimiento que el encausado Acurio Ttito (propietario del vehículo) era el Residente de la mencionada obra, y si bien agregó que este recién se enteró cuando llevaron el volquete a la obra, ello debe tomarse con la reserva del caso, porque está destinado a tratar de favorecerlo. Sin perjuicio de indicar, que el Informe Pericial Contable, de fojas mil quinientos cuarenta y dos, concluyó, que se comprobó que el contrato de servicios del volquete de placa de rodaje número WZ cuatro mil cuatrocientos veintiocho, suscrito entre el acusado Farfán Ríos y Rivera Quispe es irregular, porque el referido vehículo es de propiedad del Residente de Obra, Acurio Ttito, habiéndose pagado la factura número treinta y cuatro, del dieciséis de octubre de dos mil seis, por el importe de nueve mil ciento veinticuatro nuevos soles con cincuenta céntimos, sin descontar los mil doscientos treinta y un nuevos soles con setenta céntimos, del costo de ciento nueve galones de combustible entregado como préstamo para la maquinaría del proveedor, agregando que hay responsabilidad económica del contratista y el residente. Debiéndose acotar que la responsabilidad penal del acusado Acurio Tuto es a título de cómplice primario de la conducta imputada a su coacusado Farfán Ríos, debido a que aquel no tiene la condición de sujeto activo especial propio que exige el tipo penal; sin embargo, coadyuvó a su realización, debido a que a un tercero se le otorgó la bueno pro respecto al alquiler del volquete de su propiedad, para la utilización de la construcción de una obra de la cual era Residente; sin perjuicio de indicar, que este hecho tiene correspondencia con la concertación ilícita acreditada en autos entre el encausado Farfán Ríos y Acurio Ttito, para efectos de la contratación irregular de este último como Residente de la Obra Construcción del Coliseo Cerrado de Calca".

No es necesario que el cómplice sea funcionario público[359]. Puede tratarse de un particular[360] (*v. gr.*, proveedor[361]). Por tanto, no es necesario que el cómplice haya tenido una relación contractual con la administración pública o que haya sido funcionario público. Sin embargo, distinto es el caso en el que se imputa a un funcionario público el haber favorecido (cómplice) a una empresa en un concreto proceso de contratación, durante el tiempo que ejerció el cargo (secretario técnico) y en el que luego se demuestra que el funcionario en dicha época no laboraba en la entidad pública[362].

Los actos de colaboración pueden ser de naturaleza material o psíquica. En caso el acto de participación provenga de un funcionario público no es necesario que pertenezca al mismo sector de la administración en el que se desarrolla el acto o la operación.

No puede permitirse la calificación de partícipe automático al tercero cuyo nombre se invoca falsamente[363], ni al particular que contrata con la entidad estatal, dado que pueden mantenerse al margen de la negociación incompatible[364]. Asimismo, carece de esta calificación el acto por el cual el funcionario interviene como autenticador, homologador o protocolizando un determinado acto[365].

No es necesario que haya un acuerdo de voluntades entre el contratista (o el operador) y el funcionario que interviene en razón a su cargo. La ley no exige en absoluto para el perfeccionamiento de la infracción que medie un convenio previo entre el funcionario y los beneficiarios directos con los contratos y/o operaciones.

359 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 132.

360 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 381.

361 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1166-2012** del 6 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

362 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1024-2013** del 23 de octubre de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

363 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 319.

364 Cfr. Millán, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 36. Con matices: Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 132; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 297 quien exige el comportamiento doloso.

365 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 323.

Será cómplice aquel que presta su apoyo o colaboración al funcionario que se interesa indebidamente en la contratación conociendo que existe un interés económico del funcionario público, aun cuando no se posea un elemento subjetivo especial como es el *interesarse*[366]. El interesarse es una exigencia típica propia del autor, dicho elemento no requiere que concurra en el cómplice, quien puede o no tener interés en el proceso de contratación.

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que ese interés, es además, indebido. No basta con verificar de manera objetiva un aporte causal del supuesto cómplice y que con su conducta ha facilitado o ayudado a la comisión del delito de negociación incompatible o de cualquier otro delito. Resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente. Se habla aquí la necesidad de verificar un ***doble dolo*** en el cómplice. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> *"desde la imputación subjetiva, la colusión requiere de una conducta dolosa del autor. Este ha de conocer los alcances de los elementos objetivos de la norma penal, de la aptitud lesiva o del riesgo prohibido que acarrea su conducta. Tratándose del cómplice se requiere un doble dolo. Primero, dolo respecto de la naturaleza de su propia intervención o aporte. Segundo, dolo referido al comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. En el presente caso los ministros acusados han debido conocer la concertación de los autores con la parte interesada con la consiguiente afectación del bien jurídico que protege la norma jurídico penal que castiga la colusión, así como han de conocer que su aporte contribuiría a la comisión del delito por los autores*[367]*" (FJ 43).*

Por ejemplo, creemos que no basta afirmar la complicidad en el delito de negociación incompatible por el hecho de haber presentado una carta a la entidad estatal solicitando, en la etapa de ejecución

366 Cfr. SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", cit., p. 888.

367 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 248-2013** del 13 de mayo de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

de contrato, el cambio de un producto por otro y que se modifique, por tanto, los términos del contrato estatal, solicitud que es atendida por la agencia estatal[368]. Una petición formal, un escrito ingresado regularmente a una dependencia del Estado, no puede por sí solo y de manera autónoma, dar pie a considerar que se trata de un acto de ayuda, colaboración y apoyo en la comisión posterior del delito de negociación incompatible, si es que no viene acompañado de otros parámetros de valoración contextual y de evidente signo incriminatorio, pues bajo dicha lógica y razonamiento todo acto causal de los contratistas privados o de los proveedores en la dinámica de un proceso de contratación puede entenderse en todos los casos como portador y relevador de un injusto penal de complicidad en este delito. En el Derecho penal contemporáneo para sustentar la complicidad no es suficiente acreditar determinado aporte causal de la conducta del cómplice, sino que es indispensable, además, exigir que supere el umbral del riesgo permitido (incremento del riesgo) y que el comportamiento del cómplice sea *doloso*.

En la complicidad del delito de negociación incompatible no es suficiente con comprobar que una persona (*v. gr.*, funcionario de la entidad) ha visado, o da su conformidad, al contrato estatal por el cual se suscribe una locación de servicios con terceros, incumpliendo la ley de contrataciones estatales (*v. gr.*, falta de licitación pública, fraccionamiento de los montos), peor aun cuando solo se trata de un órgano de apoyo técnico en la ejecución de las obras, *v. gr.*, subgerente de Obras y Desarrollo Urbano de la Municipalidad[369].

368 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1166-2012** del 6 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "la valoración integral de las pruebas permiten llegar a una convicción absoluta acerca de la responsabilidad atribuida al encausado Aguilar Isuiza, quien aportó causalmente, esto es, ayudó, colaboró y apoyó a Tananta Pinchi para que emitiera el informe favorable para determinar el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente porque la Municipalidad agraviada siguió cancelando el mismo precio, pese a que se determinó que la leche evaporada de las marcas "Pura Vida" y "Bonlé" eran de menor calidad que la de "Gloria", hecho que se acreditó con el cuadro de pagos efectuados por la entidad edil de fojas ciento cincuenta y doscientos uno, en el que se verifica que se pagó el mismo precio que cuando se recibía la leche evaporada de la marca "Gloria"; en consecuencia, lo actuado resulta suficiente para enervar la presunciónde inocencia que constitucionalmente lo ampara".

369 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente**: "se tiene acreditada la responsabilidad del encausado Hugo Bernardino Mamani Mayta, en su condición de Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la Mu-

Aquí debe distinguirse el funcionario que, por su rol, posición y competencia posee un dominio técnico-especializado, dentro de la entidad, que se encarga, por ejemplo, de elaborar los contratos estatales o su finalidad es realizar informes sobre la legalidad de la contratación que fácilmente pueden advertir o no la compatibilidad del procedimiento con la ley de contrataciones del Estado, de los funcionarios de apoyo que no poseen ni la experiencia del dominio de las exigencias legales de la contratación estatal. Los órganos técnicos ajenos al procedimiento específico de contratación y que se encuentran formado, por ejemplo, por ingenieros, arquitectos u otros funcionarios no tienen obligatoriamente por qué conocer acerca de los requisitos que debe cumplir determinado contrato estatal o si se ha cumplido con los preceptos de la Ley de Contrataciones del Estado. No es correcto partir, desde el punto de vista del principio de la presunción de inocencia, de que estas personas actúan con dolo.

Con todo, el hecho de que los funcionarios estatales especializados en procesos de contratación estatal visen o brinden su conformidad en un contrato u operación específico, no les hace automáticamente responsable del grado de complicidad en el delito de negociación incompatible, pues requiere que se acredite y justifique de manera adecuada que: i) hayan actuado con interés indebido; o que ii) conocían que el autor del hecho actúa con un interés indebido, pese a que en ellos no concurre algún interés.

Por otro lado, el hecho de que un tercero busque y haga tratativas para que la institución privada que representa suscriba un contrato

nicipalidad Provincial de Azángaro, por cuanto visó los cuestionados Contratos y subscribió el Informe número treinta y siete guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, de fojas quinientos setenta y uno, por medio del cual se puso en conocimiento del alcalde que el Expediente Técnico cumplía con todos los requerimientos solicitados, motivando que su co encausado Choque Ramos emita la Resolución de Alcaldía número ciento dos guión dos mil cinco diagonal A guión MPA diagonal P, de fojas quinientos sesenta y cinco. Asimismo, en el mencionado Informe se deja constancia la encargatura de la ejecución de la obra a la Sub Gerencia de Obra y Desarrollo Urbano, la cual se encuentra a su cargo, lo que pone en evidencia las facultades expresas con las que contaba para visar contratos en cumplimiento del deber de lealtad en el desempeño de su cargo, conducta que no realizó al haber visado los cuestionados Contratos noventa y dos y noventa y tres, que por el monto total pagado, correspondía realizar una convocatoria del proceso de adjudicación directa selectiva y no de menor cuantía y sin licitación como sucedió en el caso sub examine".

con una entidad estatal no constituye acto alguno de favorecimiento o de complicidad en el delito de negociación incompatible si es que este hecho es aprovechado por funcionarios públicos para promover determinadas compras y justificar ciertos procedimientos de contratación por adelantado[370].

La jurisprudencia peruana ha considerado como cómplices del delito de negociación incompatible tanto al Gerente de Recursos Humanos y al Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica que intervinieron en el proceso de contratación de la conviviente del Gerente General de una entidad pública que fue dispuesta por este, a través de un memorando dirigido al Gerente de Recursos Humanos. Se considera que el mencionado memorando no exime de responsabilidad penal a los intervinientes, en razón de que la emisión y contenido

370 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1909-2011** del 5 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla): "del estudio y revisión de autos no trasciende que el recurrente haya contribuido de alguna forma en el favorecimiento a la empresa Farmaindustria S.A. ni del lado del sentenciado Angel Augusto Pinchi Pinchi, ni del lado de dicha persona jurídica, advirtiéndose que si bien existió una gestión del recurrente para la celebración del Convenio entre la ONG Misión Iberoamericana de Desarrollo para los Pueblos, a la que representaba y el Hospital Regional de Pucallpa, conforme trasciende de la solicitud de cita con el Director de esta entidad y el proyecto del referido Convenio que obran en autos –véase fojas cuarenta y ocho, y cuarenta y nueve–, cierto es que de aquella se valió el condenado Ángel Augusto Pinchi Pinchi para pretender minimizar su responsabilidad esgrimiendo que el pago de las medicinas en cuestión contaba como fuente de financiamiento la donación de dinero que haría la precitada ONG al mencionado Hospital, y que por ello él solo se adelantó a adquirirlas –véase su declaración preliminar con presencia de Fiscal a fojas veintitrés– empero, no se aprecia en base a qué dato contextual podría inferirse que dicha gestión del acusado Hugo Palacios Villar habría posibilitado, favorecido u ocultado la contratación concretada por el primero de los mencionados, tanto más, si en los actuados corren elementos documentales que dan cuenta que la ONG Misión Iberoamericana de Desarrollo para los Pueblos lejos de haber intervenido para algún fin *ex profeso* o *ad hoc*, su constitución data de julio de dos mil uno –véase fojas cincuenta y tres–, existiendo antecedentes de convenios similares –véase fojas sesenta y dos–, de requerimientos formulados a esta última por parte de entidades de salud de la zona y de otra índole –véase fojas setenta y uno, setenta y cinco, setenta y siete y ochenta y seis–, y de comunicaciones sobre donaciones entregadas por aquella –véase fojas sesenta y seis, sesenta y ocho, sesenta y nueve, setenta y tres, y setenta y cuatro–; a lo que se suma que el propio condenado Ángel Augusto Pinchi Pinchi no hace referencia alguna a que el recurrente haya tenido algún tipo de participación dolosa en el evento que a este último se le reprocha; todo lo cual torna en verosímil la versión del procesado Hugo Palacios Villar de que no tuvo relación alguna en el abastecimiento de dicha medicina, precisando que, en su segunda visita, servidores del referido Hospital le dijeron que 'habían adelantado en hacer cotizaciones' (sic) –véase fojas quinientos cincuenta y nueve–".

de los documentos de contratación, y posteriores ascensos, eran manifiestamente irregulares y, además, no contaban con el Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas, conforme lo establece el Reglamento Interno de Trabajo. En la condena como cómplice del Jefe de asesoría jurídica se razona que pese a que no suscribió la segunda resolución de ascenso de la persona contratada, dicha funcionaria pasó a formar parte de la oficina dirigida por él, lo que le permitía conocer la ilegalidad de la contratación, máxime si el Reglamento Interno de Trabajo de la entidad le obliga a evaluar previamente el perfil de la trabajadora en coordinación con la Subgerencia de Recursos Humanos[371]. La sentencia lamentablemente no se pronuncia si tanto el Gerente de Recursos Humanos y el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica conocían de que la persona contratada era efectivamente la conviviente del Gerente General.

Si bien es posible que el proceso penal se instaure y se siga únicamente contra un cómplice y que su condena no dependa de la persecución, procesamiento y sanción del autor, las cosas cambian cuando en un proceso penal se absuelve a los presuntos autores del hecho, obteniendo dicha decisión definitiva la calidad de cosa juzgada. Aquí al haberse descartado la existencia y punibilidad de un autor, la posibilidad de complicidad decae por completo, debiéndose dictar, por tanto, una sentencia absolutoria, *v. gr.*, en el caso del delito de negociación incompatible se absuelve a los autores por no haberse acreditado el interés indebido en el proceso de contratación estatal[372].

371 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo): "es de concluir que existen una serie de pruebas e indicios plurales, concomitantes, e interrelacionados, de modo que se refuerzan entre sí, y gozan de fuerza acreditativa suficiente, que permiten inferir razonablemente que los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica avalaron la irregular e injustificada contratación y ascensos de Sintia Lorena Yarlequé Rivera realizada por el condenado David Alfonso Bocanegra Baffigo –véase sentencia de fojas mil seiscientos noventa y cinco–; y con dicha conducta coadyuvaron de manera directa en el actuar ilícito de este último; que, en consecuencia, el juicio de condena realizado en la sentencia impugnada, se ajusta a la ley".

372 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1024-2013** del 23 de octubre de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo): "al circunscribir nuestro análisis en lo referente al delito contra la Administración Publica-negociación incompatible, en lo con-

3. El artículo 24 de nuestro CP vigente consagra la inducción, cuando prescribe: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponda al autor". El instigador toma parte accesoriamente en un acto ajeno y no posee, ni detenta, el dominio del hecho, el cual es ejercido, según el caso, por el autor, coautor o autor mediato. De no existir una disposición como el artículo 24, la instigación a un delito sería impune.

   Instigar es determinar[373] o motivar[374] dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso. Por tanto, instigador es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión dolosa de un ilícito penal[375]. La doctrina, de manera unánime, reconoce en la instigación la necesidad de una influencia espiritual[376], psicológica, o meramente psíquica, sobre el instigado (autor), como mecanismo generador de la decisión criminal, siempre que el autor no haya adoptado la decisión de cometer el hecho.

   En un sentido literal, determinar supone ejercer influencia psíquica sobre la dirección del comportamiento de otra persona[377], con el objeto que su conducta, a raíz del influjo previo, se dirija a la lesión típica de un bien jurídico. En sentido jurídico penal, determinar significa haber dado lugar o crear en el autor la decisión de cometer el hecho. Sin embargo, la delimitación conceptual deja de ser sen-

cerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles sub examine, se advierte que como antecedente, conforme con la sentencia del once de diciembre de dos mil doce, obrante a fojas cuatro mil trescientos cincuenta, los demás imputados comprendidos en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor, máxime si esta absolución se remite a que no se ha acreditado de manera indubitable el interés, de manera directa o indirecta, de los encausados absueltos, dentro del contrato u operación con el contratista, con el consecuente beneficio indebido a su favor o de tercero".

373 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., p. 957; WELZEL, *Derecho penal alemán. PG*, cit., p. 166.

374 Cfr. MAURACH / GOSSEL, *Derecho Penal. PG*, 51/1, p. 435.

375 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. PG*, cit., p. 170, p. 166.

376 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., p. 957; MAURACH / GOSSEL, *Derecho Penal. PG*, 51/7, p. 437; WELZEL, *Derecho penal alemán. PG*, cit., p. 166, quien hace una referencia a la influencia espiritual del pensamiento.

377 Cfr. MAURACH / GOSSEL, *Derecho Penal. PG*, 51/7, p. 437.

cilla, tornándose difícil y polémica cuando, como apunta Jakobs[378], se contempla que el cómplice necesario "determina" en un sentido amplio al hecho, como también quien crea una oportunidad a cuya tentación sucumbe otro sujeto. De allí que se requiera, según este autor, junto a la influencia espiritual exigida por la doctrina dominante una eficacia en el sentido que ha de llevarse a cabo el hecho. El influjo, entonces, no solo tiene que realizarse sino que, además, debe surtir efecto. La esencia de la instigación residiría, según Jakobs, no en la comunicación de todas las acciones que uno puede realizar, sino en la comunicación acerca de las acciones que uno debe realizar surtiendo el respectivo efecto en el inducido[379].

En el delito de negociación incompatible puede ser considerado ***instigador*** el tercero [empresario o agente público] que determina o hace surgir la decisión criminal de interesarse en el funcionario, ya sea a través de actos de persuasión, presión o entrega de dádivas, supuesto último que dará lugar a la configuración del delito de cohecho.

Si esta tercera persona solo ha colaborado reforzando la decisión criminal, ya tomada, de interesarse en el contrato u operación, estaremos ante un caso de complicidad psíquica.

En el delito de negociación incompatible es conveniente tomar en cuenta que el acto de interesarse muchas veces viene precedido de actos que normalmente son formas típicas de la instigación (*v. gr.*, órdenes, directivas, etc.) y que las realiza el funcionario público jefe de la institución o aquel funcionario que tiene competencias y el marco de funciones habilitado para dar órdenes e instrucciones a los subalternos. Dichas órdenes, instrucciones o directivas deben entenderse no tanto como formas de instigación, sino como actos reveladores del interesarse en el concreto proceso de contratación.

Sin embargo, el punto neurálgico en este ámbito lo representa el hecho de determinar si las órdenes e instrucciones que brinda el superior lo hace dentro del ejercicio funcional regular o porque está interesado de manera indebida en el resultado del proceso de

378 JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 22/21, p. 804.

379 JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 22/21, p. 805.

contratación. Solo este último suceso puede ser considerado como delito.

X. CONCURSOS

1. Si el funcionario no se limita a promover o a interesarse en los contratos u operaciones en los que participa la administración o la entidad estatal a la que pertenece, sino que obtiene determinadas ventajas patrimoniales apropiándose de dinero del Estado cometerá el delito de peculado[380].

   La jurisprudencia peruana acepta la posibilidad de concurso entre el delito de peculado y el delito de negociación incompatible[381]. Sin embargo, para que ello ocurra debe distinguirse de manera adecuada los elementos fácticos y jurídicos de cada una de las infracciones, acreditando la realización de los verbos rectores como de todos los elementos del injusto penal. No basta ni es suficiente que se haga referencia a un genérico concurso de delitos y no se individualice tanto fáctica, probatoria y jurídicamente cada una de las infracciones penales materia de acusación. Es incorrecto fundamentar la sentencia condenatoria por el delito de peculado doloso y no justificar de manera autónoma y pormenorizada la condena por negociación incompatible. Por ejemplo, resulta criticable la condena por negociación incompatible que no desarrolla ni fáctica ni jurídicamente cómo y de qué manera se entiende que se ha realizado la conducta propia del "*interesarse*" en un concreto acto de contratación estatal[382].

   De manera semejante, se debe criticar el criterio asumido por un amplio sector de la jurisprudencia penal peruana de que en los casos de concurso real de delitos, procede a nulificar el fallo impugnado sin justificar de manera autónoma e independiente en cada uno de los delitos imputados (*v. gr.*, peculado y negociación incom-

380 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 318.

381 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3974-2011** del 1 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente Prado Saldarriaga).

382 Véase, de manera notable las deficiencias de la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 439-2010** del 20 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria.**

patible) las graves fallas procesales o sustantivas que sustentan dicha decisión[383]. No creemos que basta para adoptar dicho criterio –y muchas decisiones ni siquiera lo toman en cuenta– el respeto al principio de la unidad del juzgamiento, ya que aquí no solo hay variables de carácter legal involucradas, sino también aspectos de índole constitucional y convencional como es el respeto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio de taxatividad y última ratio de las nulidades[384], la presunción de inocencia en su manifestación del cumplimiento oportuno de la titularidad de la carga de la prueba por parte del Ministerio Público[385], como el de-

383 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 439-2010** del 20 de abril de 2011 de la **Sala Penal Transitoria.**

384 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1170-2011** del 26 de abril de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Pariona Pastrana): "si bien la resolución recurrida deviene en nula en tanto que respecto del encausado Aliaga Arteaga así como de sus coencausados los fundamentos por los cuales se declaró extinguida la acción penal por sustracción de la materia no se encuentra debidamente sustentada en derecho ni están dentro de los supuestos establecidos en la norma correspondiente; también lo es que no lo declara en atención a los principios de economía, celeridad procesal y plazo razonable, por lo que considerando que la nulidad es definida como el estado de anormalidad de un acto procesal debido a la ausencia o presencia defectuosa de requisitos que condicionan su existencia regular, determinando la posibilidad de su declaración judicial; cuya finalidad es asegurar la garantía de la defensa en el proceso, pudiendo configurarse únicamente en relación con los actos procesales susceptibles de producir efectos jurídicos autónomos, como los actos emanados de un órgano judicial; en tal sentido, solo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Cabe precisar que "la misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines de ellas confiados por la ley" (Casación número ciento cincuenta y siete guión dos mil guión Santa, *El Peruano* primero de octubre de dos mil dos, página ocho mil ochocientos ocho). Se debe considerar que el remedio de la nulidad procesal es de última ratio; pues no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone supuestos excepcionales y su aplicación se sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan; siendo así, es menester señalar que la normativa procesal contempla el principio de trascendencia de las nulidades, según el cual solo deben declararse y sancionarse la nulidad en caso de duda sobre los defectos o vicios que se alegan, salvo que se haya afectado el derecho de una de las partes; principio recogido del derecho francés, que establece *'pas de nulité sans grief'* (no hay nulidad sin perjuicio), esto es, la nulidad de los actos procesales no puede ser declarada por la nulidad misma, sino por el contario, únicamente se invalidarán los actuados cuando en el proceso se haya causado perjuicio real al impugnante; asimismo, este principio se conecta con el principio de finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que el agravio a la forma, que la finalidad del acto se cumpla; si esta se concreta, no hay nulidad".

385 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3956-2013** del 2 de junio de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro): "El Estado solo tiene una oportunidad para

ber de motivar las decisiones judiciales sobre todo en los casos en que se termina afectando a otros derechos de relevancia constitucional.

Cuando el funcionario interviene en las diversas etapas de un mismo contrato u operación no se incurre en concurso real de delitos[386], sino estamos ante una misma decisión criminal que se fracciona en todas las etapas del acto administrativo u operación en la que se participa.

2. Asimismo, si el funcionario cuando se interesa en la promoción de un interés particular, propio o ajeno, ofrece o acepta luego alguna ventaja o dádiva habrá incurrido en el delito de corrupción de funcionarios[387]. Si las acciones de interesarse y de aceptar o recibir una

imputar y lograr la condena de una persona, y si la fiscalía no aprovecha la oportunidad que le brinda la ley de modificar la acusación –en el modo y oportunidad permitido por la Ley de Rito– no es posible que en vía recursal tal situación pueda realizarse de oficio porque se convertiría al Juez en fiscal". En la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 114-2013** del 15 de mayo de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro) se ha sostenido que: "Que uno de los principios fundantes de la instrucción es el principio de investigación integral, de suerte que a los órganos de investigación –que en el sistema del Código de Procedimientos Penales son la policía, el fiscal y el juez, instructor o penal– le corresponde indagar el hecho desde todos los puntos de vista posibles. La investigación judicial se inició el nueve de septiembre de dos mil nueve, la acusación se emitió el veinte de enero de dos mil doce, el auto de enjuiciamiento se dictó el veintiuno de mayo de dos mil doce, y la sentencia de instancia se profirió el veintiuno de noviembre de dos mil doce [véase fojas quinientos setenta y dos, ochocientos cincuenta, ochocientos noventa y ocho y mil ciento setenta y ocho], de modo que han transcurrido tres años –sin constar el tiempo de duración de las diligencias preliminares–. En consecuencia, la garantía específica de un proceso célere –o sin dilaciones indebidas– y el hecho de que el Estado, en virtud del principio del *ne bis in ídem* solo tiene una oportunidad para lograr el esclarecimiento y. en su caso, la condena del acusado, no hace posible una anulación, como plantea la fiscalía Suprema, para subsanar los vacíos que enuncia por una omisión o defecto no imputables al acusado –se entiende 'vacíos' por una falta de impulso del acusador y no limitaciones a la actividad acusatoria por denegaciones irrazonables del órgano jurisdiccional–. En ambos casos la garantía genérica del debido proceso impide esa opción anulatoria". Asimismo, en la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3035-2013** del 5 de mayo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro) se ha sostenido: "La Fiscalía Suprema no ha justificado por qué es necesario ese examen de la perito y resultaría, además, inútil, la declaración de la denunciante si ya se retractó de los cargos. Otro tema trascendente en materia de oportunidad probatoria es que la prueba solo se ofrece, por las partes, en la estación procesal oportuna, no en sede de recurso de nulidad. El Estado –léase: Ministerio Público–, por lo demás, solo tiene una oportunidad para sustentar sus cargos".

386 En contra: Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 378.

387 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 649.

dádiva se encuentran separadas espacialmente y no suponen una misma acción deberá plantearse la calificación del concurso real de delitos.

Si el funcionario público se interesa de modo simultáneo o en un diverso periodo por varios contratos u operaciones incurrirá en concurso real de delitos, descartándose la aplicación de un simple concurso aparente. La jurisprudencia penal admite de manera pacífica la posibilidad de que el delito de negociación incompatible se pueda cometer a través de un delito continuado en el que se exige una pluralidad de acciones delictivas y una única decisión criminal de lesión al bien jurídico[388].

3. Es posible el concurso ideal entre el delito de negociación incompatible y el delito de omisión de actos funcionales[389], siempre que haya una unidad de acción entendida en términos jurídico-normativos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el funcionario público se interesa de manera indebida en el contrato estatal y para ello, tal como ocurre normalmente, incumple la normativa administrativa que impone velar por el cumplimiento de ciertas obligaciones y deberes en la realización de ciertos actos, *v. gr.*, licitación pública.

   Sin embargo, debe distinguirse de manera nítida lo que es el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible, con cada uno de sus elementos típicos (*v. gr.*, interesarse, provecho propio o de tercero, cualquier contrato u operación, intervención por razón de su cargo), de lo que constituye el ámbito de aplicación del delito de omisión de funciones (art. 377) en el que se castiga al funcionario que omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo. Tal como se ha indicado anteriormente no puede estimarse como regla general que la omisión de actos funcionales supone un hecho o un indicador, fiable, seguro y definitivo de que se ha cometido el delito de negociación incompatible. La acreditación de un delito no quiere decir que se acredite automáticamente la perpetración del otro.

   Puede haber un delito de negociación incompatible, sin que se haya infringido alguna normativa administrativa o se omita cum-

388 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 46-2010** del 1 de junio de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Príncipe Trujillo).

389 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3911-2009** del 3 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

plir con determinados actos funcionales. Es posible que el acto de interesarse de manera indebida de un funcionario en un concreto y específico proceso de contratación se produzca sin que se haya vulnerado alguna norma que rige el proceso de contratación, general o especial, o sin que se haya omitido algún deber propio del cargo. Puede cometerse un delito de negociación incompatible en un procedimiento de contratación estatal, que se lleva de manera inmaculada, completamente válido y que jurídicamente no registra ninguna irregularidad, desde el punto de vista administrativo. Asimismo, es posible que se omita un acto funcional y que dicha omisión, ya sea imprudente e incluso, dolosa, nada tenga que ver con el procedimiento de contratación concreto y peor aún con el delito de negociación incompatible. Aquí el delito de omisión de funciones posee un campo de acción mucho más amplio, en atención de que su dinámica comisiva puede darse más allá del proceso de contratación estatal, al incumplirse de manera consciente con un deber funcional, derivado del cargo. El delito de omisión de funciones puede cometerse más allá de un proceso de contratación.

4. El delito de negociación incompatible y el delito de colusión son figuras penales que se distinguen entre sí y a la vez poseen relaciones estrechas.

   Es posible que se configure el delito de negociación incompatible, por ejemplo, a partir del mero hecho de interesarse, sin que ello implique la realización de un acto de concertación con los interesados en el contrato estatal[390]. El que se interesa indebidamente no necesariamente lo hace porque está concertando o porque posee un acuerdo clandestino con el proveedor o contratista. El interesarse, al menos así se deriva del tenor del verbo típico, es un *acto unilateral, propio y autónomo* del funcionario público, que no requiere algún acto convergente de un tercero[391]. No se trata de un delito de participación necesaria, pues se ha adelantado en este delito las barreras de protección del Derecho penal[392]. Ni siquiera es necesa-

390 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 565; Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 504; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 646.

391 Cfr. Reátegui Sánchez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 508.

392 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. PE*, cit., p. 647.

rio que el tercero conozca el acto de interés desplegado por el funcionario público. Incluso, es posible que el contratista o proveedor se encuentre al margen del acto que refleja el interés indebido que promueve el funcionario público. Por ello, el delito de negociación incompatible es un delito independiente y distinto al delito de colusión.

Mientras en el delito de negociación incompatible hay una sola voluntad –la del funcionario público que se interesa indebidamente en un contrato u operación– en el delito de colusión hay, por lo menos, dos voluntades: la del funcionario público y el tercero llegan y coinciden en un acuerdo irregular. Por ello, cuando solo se imputa el delito de negociación incompatible queda claro que se descarta –al menos de manera provisional– un acuerdo clandestino, propio del delito de colusión.

El problema que se plantea en este ámbito es resolver si todo acto de colusión supone previamente, explícita o implícitamente, y de manera necesaria un acto de interés indebido en el contrato u operación. De la respuesta que se brinde a este punto dependerá en buena medida el hecho de si es posible plantear un concurso de delitos (ideal o real) o un simple concurso de leyes. En la jurisprudencia peruana se reconoce la posibilidad de establecer una relación concursal entre el delito de negociación incompatible con el delito de colusión[393], sin que se haya especificado de qué tipo de relación concursal se está hablando. En la medida que el verbo típico "*interesar*" se distingue del verbo típico "*coludir*" es posible también, de igual modo, distinguir la modalidad comisiva al mismo tiempo que se puede plantear una relación concursal, la que debe dilucidarse puntualmente.

Creemos que, por lo general, un acto de colusión supone un previo interés indebido en el contrato estatal u operación, pues lo lógico es que si hay un acuerdo ilícito este acuerdo presupone que el funcionario se ha interesado indebidamente en el contrato estatal. Nos

393 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1092-2011** del 18 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo); **R.N. N° 1149-2011** del 18 de abril de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Neyra Flores) quien establece la existencia de un concurso real; **R.N. N° 2714-2004** del 31 de marzo del 2005 de la **Segunda Sala Penal Transitoria** (Ponente: Ponce de Mier).

es difícil imaginar un acuerdo ilícito que no suponga por parte del funcionario un interesarse previamente, de manera indebida, en el contrato estatal. Normalmente la colusión se consuma cuando el funcionario ha mostrado, antes, un interés indebido en el contrato u operación. Excepcionalmente puede presentarse un caso de colusión, sin necesidad de que se presente la negociación incompatible, cuando, por ejemplo, un miembro del comité especial conoce de antemano el resultado de un proceso de contratación y se colude con el tercero, pero en ningún momento se interesa de manera indebida en el proceso de contratación estatal específico.

Pese a que puede concurrir, con una notable diferencia de tiempo y espacio, una nítida separación del acto de interesarse del acto de colusión –*v. gr.*, primero el funcionario público averigua los detalles del proceso de contratación para luego recién coludirse con el contratista o proveedor estatal– creemos que, por lo general, un acto de colusión en cuanto supone un acto de interesarse indebidamente en el contrato u operación consume, a manera y dentro de un concurso aparente de leyes, al delito de negociación incompatible. Ocurre aquí lo mismo que el hurto o robo en casa habitada y la relación de consunción que opera con el delito de allanamiento de morada[394], cuyo injusto se ve comprendido por el hurto o robo en casa habitada. En el caso de la consunción el marco penal más grave (colusión) ya tiene en cuenta el injusto menor (negociación incompatible); de allí que quede excluida la aplicación de otra norma[395]. El principio de consunción toma en cuenta no una relación lógica, sino una cercana relación criminológica entre las figuras penales involucradas y los marcos penales que media entre ellos[396].

Así como los actos preparatorios autónomamente punibles, o como la tentativa, que se dirige a un determinado resultado, están ya reprochados y castigados por la punibilidad del delito consumado, aun cuando ellos no sean perpetrados por la misma acción[397], se

394 Ampliamente, Roxin, *Derecho penal. PG*, cit., 33/213, p. 1011; Stratenwerth, *Derecho penal. PG*, 18/10, cit., p. 543; Jescheck / Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. II, pp. 1101-1102; Frister, Helmut, *Derecho Penal. PG*, (trad. de Marcelo Sancinetti), I, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 31/17, pp. 686 y ss.

395 Cfr. Stratenwerth, *Derecho penal. PG*, 18/10, cit., p. 543.

396 Cfr. Jescheck / Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., vol. II, pp. 1101-1102.

397 Frister, Helmut, *Derecho Penal. PG*, cit., 31/20, pp. 687.

puede entender que el delito de negociación incompatible es un acto previo respecto al delito de colusión, que dado el sentido del injusto y la gravedad de la pena de la colusión, queda claro que consume o absorbe plenamente el injusto de la negociación incompatible.

XI. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

1. La consumación del delito se perpetra en el mismo ***momento y lugar*** en el que el funcionario público ha exteriorizado a través de cualquier ***acto*** su interés privado en el contrato u operación, ya sea suyo o de un tercero[398], al margen si se llega a suscribir o no[399].

   El hecho de que en la infracción se sancione el interesarse de manera indebida en un contrato u operación no quiere decir que sea necesario, desde el punto de vista del principio de legalidad, que el contrato se suscriba, o llegue a buen término, de manera obligatoria. Es posible que el contrato u operación nunca llegue a concretarse de manera definitiva y el núcleo del injusto se entienda cometido de manera acabada y suficiente. Por ello, es incorrecto el criterio de nuestra jurisprudencia penal que considera que a efectos de computar el plazo de prescripción del delito en estudio toma en cuenta la firma del último contrato o la suscripción de la última addenda al contrato[400].

398 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 578.

399 Cfr. LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136.

400 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1610-2011** del 6 de junio de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores): "de la revisión de los actuados, se advierte que los hechos suscitados se habrían producido hasta el catorce de marzo de dos mil, fecha en que se suscribió la última addenda, en beneficio de la empresa aludida, conforme se observa a fojas cuatrocientos treinta y cuatro; por ello, es de referir que este delito imputado y vigente al momento de los hechos (artículo trescientos noventa y siete, ver considerando tercero), establece una sanción penal de no mayor de cinco años; y, conforme a los artículos ochenta y ochenta y tres parte *in fine* del Código Penal, que instituye la vigencia de la ley penal, se tiene que el término del plazo ordinario es de cinco años y el extraordinario es de siete años y seis meses, para el delito contra la Administración Pública en su modalidad de negociación incompatible imputado a los encausados en el presente caso, ha sobrepasado en exceso el plazo de prescripción, habiendo a la fecha transcurrido doce años y tres meses, situación por la cual la sentencia recurrida no debe sufrir variación alguna, debiendo desestimarse la pretensión del recurrente".

No basta solo tener un interés o portar la decisión[401]. No es punible la mera subjetividad. Es necesario algo más: debe haber un acto concreto y objetivo que demuestre de manera inequívoca la revelación de un interés prohibido sancionado por la ley. De igual forma, no es necesario que el funcionario haya reiterado en una nueva oportunidad su interés, ya sea al mismo funcionario o a otro similar; o que haya revelado su propósito a todos los miembros del órgano colegiado o a los demás funcionarios que participan en el contrato u operación. Basta que el agente público haya mostrado, en un primer acto, la promoción o impulso de un interés privado[402].

La negociación incompatible constituye un delito de simple actividad[403], por lo que carece de importancia el hecho de si la conducta permanece o continúa en el tiempo[404]. En todo caso cuando se repite, insiste o reitera el interés de promover la pretensión privada a uno o varios funcionarios dentro de un contrato u operación habrá una mayor energía criminal que debe valorarse en la fase de determinación judicial de la pena.

Tal como se ha señalado, no importa ni forma parte de la infracción el hecho de que se haya producido una afectación al patrimonio de la administración pública[405], que se haya distorsionado un servicio, que se lo haya convertido en ineficiente o que el funcionario haya obtenido una ventaja económica.

401 Cfr. Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 377.

402 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 327; Soler, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191.

403 Cfr. Soler, *Derecho penal argentino*, cit., p. 190; Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 377; Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 299; Maldonado, *Manual de derecho penal. PE*, cit., p. 560; Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 579.

404 En contra: Manzini, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 328; Creus, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 377.

405 Cfr. Núñez, *Derecho penal argentino*, cit., p. 131. Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu): "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, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación Pública"; **Exp. N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02** del 8 de febrero de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

2. El acto por el cual se refleja el interés del funcionario debe producirse necesariamente dentro un ***ámbito estrictamente temporal***[406], mientras se encuentra vigente el acto o la operación, ya sea preparándose o ejecutándose; de tal forma que cuando hay interés en un acto inexistente o en un acto que ya culminó, cerró o se canceló, no puede haber ni tentativa ni delito consumado de negociación incompatible[407].

   Debe criticarse el criterio jurisprudencial que para computar el plazo de la prescripción no toma en cuenta el tiempo en que el funcionario se interesa en el concreto proceso de contratación (*momento consumativo*), sino utiliza un criterio completamente extraño y equivocado como es el momento en el que el funcionario cesa en sus funciones o deja de trabajar para la entidad estatal[408], como si este hecho fuera el momento en el que el delito de consuma. Un punto de vista semejante es equivocado tanto desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal como también desde la perspectiva de la vigencia del principio de legalidad que delimita el tiempo jurídicamente relevante de la consumación del delito.

   La intervención en el contrato o en la operación debe producirse cuando el funcionario interviene o coparticipa[409] por razón de su cargo dentro de la administración pública[410]. Ello quiere decir que si la intervención se produce cuando este ya no es funcionario o cuando perteneciendo a la administración pública ya no cuenta con las competencias que le pueden hacer influir o intervenir, el hecho será atípico.

406 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 296; DONNA, *Derecho penal. PE*, cit., p. 322.
En la doctrina italiana: ROMANO, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, cit., p. 257.

407 En sentido similar: MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 323; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 191.

408 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2555-2011** del 8 de agosto de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla).

409 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 128.

410 Cfr. BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 296.

Si al momento que la persona se interesó en el contrato o en la operación ya no tenía la condición de funcionario público no se podrá configurar el delito de negociación incompatible[411], salvo que haya dejado indicaciones expresas o actos administrativos o de otra índole enderezados a tal fin.

3. Pese a que una anterior oportunidad llegamos a sostener que en este delito[412] es posible la tentativa en la medida que la intervención del funcionario en el acto no puede llegar (necesariamente) a producirse por razones independientes a la voluntad del agente público[413]; asimismo, recordamos que un sector de la doctrina considera como un caso de tentativa el supuesto en el que determinada operación requiere cumplir previamente un procedimiento administrativo fijado por la ley, el cual está compuesto por una serie de actos orientados hacia una misma finalidad[414]; hoy en día estimamos que en el delito de negociación incompatible no es admisible la tentativa[415].

   No es tentativa el caso en que el funcionario interviene mediante un acto objetivo, pero el contrato u operación no se llega a concretar por múltiples razones, *v. gr.*, intervención del órgano de control, desistimiento de las partes, etc. Por el contrario, se trata ya de un delito consumado.

   El ámbito temporal típico del delito se configura a partir de ciertas actividades administrativas precontractuales, de naturaleza administrativa o que constituyen los pasos previos a las operaciones, *v. gr.*, estudios, proyectos[416], etc. No obstante, en todos estos casos el

411 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 315.

412 Cfr. CASTILLO ALVA, "El delito de negociación incompatible", cit., pp. 197 y ss.

413 Con dudas: CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 379. En sentido afirmativo: FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. PE*, cit., p. 246; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., p. 132; BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 298. En contra: LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 136.

414 Cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 188; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PE*, cit., p. 349.

415 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 579; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, cit., p. 657. Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

416 Cfr. CREUS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 376.

acto administrativo (contrato) o la operación deben empezar de manera inminente e inmediata a ejecutarse.

Por tanto, el interés tiene que haberse concretado durante la formación o preparación del acto, en su realización o cuando se encuentra ejecutándose[417].

XII. LA PRESCRIPCIÓN

1. 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 puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma[418].

   La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir, de aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado[419]. El *ius puniendi* estatal frente a los comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico-penales[420]. Se trata de un instituto liberador de acuerdo con el cual, el Estado, relevando el transcurso del tiempo, faculta a poner término al ejercicio de la pretensión punitiva. Este

417 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, cit., p. 325.

418 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2144-2011** del 9 de mayo de 2012 la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

419 Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 126.

420 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3001-2011** del 15 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Tello Gilardi).

mecanismo debido a las consecuencias de su aplicación, se encuentra sometido a reglas y términos precisos, previamente establecidos en la norma penal[421].

2. La prescripción desde una perspectiva procesal, sea que se declare de oficio o a petición de parte, se dilucida desde la propia imputación y en función al tipo legal perseguido[422]. Dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre en la determinación de la prescripción, y en la suspensión e interrupción de la misma, debe tomarse en cuenta la acusación fiscal, la denuncia formalizada del fiscal provincial o el auto de apertura de instrucción que calificó el marco temporal de los hechos como delito de negociación incompatible[423].

   En el nuevo modelo procesal penal debe analizarse la fecha de comisión del delito fijada en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

   Si se toma como referencia el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena lijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad conforme al artículo 83 *in fine* del Código Penal.

3. El artículo 80 *in fine* del Código Penal, según el texto de la Ley Número veintiocho mil ciento diecisiete, del diez de diciembre de dos mil tres prescribe que: "[e]*n casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica*".

   Conforme al Acuerdo Plenario N° 01-2010-CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. Sin embargo, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para pro-

421 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3911-2009** del 3 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

422 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente San Martín Castro).

423 Véase la Ejecutoria Suprema **del R.N. N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente San Martín Castro).

longar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. Como ha recordado la Corte Suprema de Justicia:

> *"El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública*[424]*".*

Con razón, se ha sostenido que el delito de negociación incompatible por su propia configuración e incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80, parte in fine, del Código Penal[425]. Dicha posición se ha reiterado por la Corte Suprema en diversos fallos. Por ejemplo, se ha señalado:

> *"Que, teniendo en cuenta que los hechos delictivos descritos en el acápite a) del segundo considerando de esta resolución e imputados a los indicados encausados y calificados como delito de negociación incompatible con el cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal –vigente al momento de los hechos, esto es, antes de su modificación por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro–, sucedieron desde el año de mil novecientos noventa y siete hasta enero de dos mil dos, conforme se aprecia del contenido del Informe Especial número doscientos noventa y cinco - dos mil tres CG/ORGU de fojas trescientos diez a trescientos catorce –que obra aparte del expediente principal–, constituyendo un*

424 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente San Martín Castro).

425 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2068-2012** del 19 de abril de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente San Martín Castro); **R.N. N° 3911-2009** del 3 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf); **R.N. N° 568-2012** del 29 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Lecaros Cornejo).

delito continuado porque los agentes activos de manera repetida desarrollaron la misma resolución criminal; y advirtiéndose que el indicado delito en su extremo máximo se encontraba conminado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años, haciendo el cómputo correspondiente hasta la fecha de expedida la recurrida, ha transcurrido en exceso el plazo extraordinario de prescripción establecido en el artículo ochenta y tres del aludido cuerpo legal –figura penal apreciada por haberse interrumpido el plazo ordinario de prescripción debido a la intervención de la autoridad competente–; no resultando aplicable la duplicidad dispuesta en el parágrafo in fine del artículo ochenta del indicado Código y en el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado, al no ser exigible para la consumación de esta clase de delitos que se "... produzca un resultado material o un perjuicio patrimonial', pues no busca tutelar directamente la buena administración del patrimonio estatal, como ocurre con los delitos de peculado, malversación de fondos, entre otros, sino que el objeto de la tutela penal es garantizar "el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública, en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública'; por tanto, ha operado la extinción de la acción penal del indicado delito[426]".

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido:

"pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo, pues conforme a lo señalado en el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez - CJ - ciento dieciséis,

426 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 46-2010** del 1 de junio de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Príncipe Trujillo); **R.N. N° 31-2011** del 26 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo); **R.N. N° 117-2012** del 11 de enero de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Neyra Flores); **R.N. N° 2144-2011** del 9 de mayo de 2012 la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo); **R.N. N° 1252-2012** del 20 de marzo de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Villa Stein) **R.N. N° 635-2010** del 29 de abril de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo); **R.N. N° 2742-2011** del 20 de abril de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo); **R.N. N° 2674-2011** del 30 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

del dieciséis de noviembre del dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho; máxime, si en su descripción no se incluye como elemento del tipo la relación funcionarial entre el intraneus y el objeto material del delito, cuya presencia resulta esencial para la aplicación de la duplicidad del plazo prescriptorio, esto es en función a la vinculación con el patrimonio estatal[427]".

4. Ha de valorarse que según el Acuerdo Plenario N° 02- 2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, al ***extraneus*** del delito no se le extiende el término del plazo de prescripción previsto para los autores, pues no infringen ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal.
5. En caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, o de exasperación del marco de punibilidad, debe aplicarse siempre la ley más favorable al imputado, de la mano del principio de favorabilidad (art. 139 inc. 11 de la Const.); de tal manera que en el cómputo de la prescripción ha de prevalecer la pena más favorable, ya sea en cuanto a su clase o marco abstracto[428]. Las razones de lucha contra

427 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3001-2011** del 15 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Tello Gilardi); **R.N. N° 2144-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Lecaros Cornejo); **R.N. N° 1012-2011** del 14 de marzo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla); **R.N. N° 130-2012** del 25 de septiembre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Prado Saldarriaga): "Que, por lo demás, a los impugnantes no se les puede aplicar la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal, prevista en el último párrafo del artículo ochenta del citado Código, porque en su condición de *extraneus* –postores– no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor, en aplicación del criterio jurisprudencial establecido en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil once / CJ - ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once [Nuevos alcances de la Prescripción]"; **R.N. N° 1404-2012** del 18 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Lecaros Cornejo): "Que el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal prescribe que cuando los delitos son cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado el plazo de prescripción se duplica, no obstante, en el caso concreto el delito de Aprovechamiento indebido del cargo –donde no existe una preeminencia de la protección del patrimonio del Estado– no se afecta el patrimonio público: caudales o efectos y solo se lesiona esencialmente el interés del Estado, en relación a la correcta designación de la empresa que ganó la buena pro".

428 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 31-2011** del 26 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo): "se aprecia que los hechos materia de la tesis

la corrupción o de política criminal no pueden socavar la vigencia de los derechos fundamentales y menos los alcances del principio de legalidad en materia penal, en especial, en la determinación de la prescripción de la acción penal.

acusatoria se realizaron en el año dos mil dos, los que jurídicamente fueron calificados como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, ilícito que en dicho momento se encontraba tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal con una pena máxima de cinco años de privación de la libertad, no siendo aplicable la modificatoria introducida por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro, que trasladó el tipo referido al artículo trescientos noventa y nueve del acotado Código con una pena máxima de seis años de privación de la libertad, pues implicaría una agravación cuantitativa y no beneficiosa al encausado; que, en este orden, haciendo el cómputo correspondiente hasta la fecha ha transcurrido en exceso el plazo extraordinario de prescripción establecido en el artículo ochenta y tres del Código sustantivo –figura penal apreciada por haberse interrumpido el plazo ordinario de prescripción debido a la intervención de la autoridad competente–, esto es, siete años y seis meses".

CAPÍTULO CUARTO

XIII. LA PRUEBA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. Es indispensable que el ***interesarse***, verbo rector del delito de negociación incompatible, se acredite de manera escrupulosa mediante prueba idónea y suficiente en el proceso penal. No basta la sola referencia al acto administrativo en la que participa o interviene un determinado funcionario o a las inobservancias de la ley de contrataciones del Estado, o la afirmación de que se ha incurrido en algunas infracciones administrativas o de otro orden[429]. Todos los elementos del injusto penal y la culpabilidad del agente deben ser objeto de comprobación rigurosa y de fundamentación adecuada tanto a nivel de la acusación y en especial al momento de la sentencia; de allí que la acción de *interesarse* debe ocupar un papel predominante y especial en la actividad probatoria y en la justificación del fallo. Si es que la conducta concreta de interesarse no se llega a probar y a fundamentar de manera adecuada la sentencia adolece de un vicio de ilegitimidad que le priva de cualquier validez constitucional y legal.

   Como consecuencia del principio de **presunción de inocencia**, la titularidad de la carga de la prueba y la acreditación del interés indebido recae en el representante del Ministerio Público[430] (art. 159,

429 Sin embargo, de este modo el **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente**.

430 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 998-2011** del 19 de abril de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores): "no se ha logrado recabar material probatorio

4 y el art. 14 de la LOMP); de tal manera que corresponde a este organismo constitucional autónomo y a sus funcionarios acreditar cada uno de los elementos del tipo objetivo o subjetivo. Si el funcionario imputado señala que el acto concreto que realizó no lo hizo con el fin de promover determinado interés particular[431], corresponde al fiscal demostrar afirmativamente y de manera suficiente que actuó con un interés, y además, dicho interés fue indebido o contrario al orden jurídico. Se afecta la presunción de inocencia, y la obligación constitucional y legal de la titularidad de la carga de la prueba si es que se exige al funcionario que demuestre que no actuó interesado en un proceso de contratación o que dicho interés no fue el debido. El hecho de que haya indicios para abrir investigación, o para generar un proceso penal por negociación incompa-

de cargo que pueda desvanecer el principio de presunción de inocencia, regulado en el parágrafo 'e', inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, siendo irrelevante cualquier tipo de contradicción en las declaraciones de los encausados –como lo ha dejado entrever el Fiscal Supremo en su respectivo dictamen–, pues resulta ser el representante del Ministerio Público, quien como titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, el que deba introducir al proceso el material de prueba de cargo idóneo y suficiente que sirva para sustentar una decisión de condena, en tal sentido, al no haberse verificado dicho caudal probatorio en el presente caso –pues incluso ni siquiera se ha llevado a cabo el dictamen pericial contable respectivo, hecho que incluso por el transcurso del tiempo (más de siete años), en la actualidad sería ineficaz–, debe mantenerse lo resuelto por el Colegiado Superior por insuficiencia probatoria". De igual manera, la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2079-2011** del 28 de noviembre de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Pariona Pastrana) ha señalado: "el señor Fiscal Superior, como titular de la carga de la prueba –véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público– no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas setecientos treinta y seis, además, el Fiscal Supremo, autoridad de máxima jerarquía en dicha institución –Ministerio Público– opinó se declare No Haber Nulidad en la sentencia recurrida, por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa '...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...', en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que '...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...'; finalmente, en virtud al principio 'carga de la prueba' quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculpado, deberá procederse con la absolución".

431 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2196-2011** del 18 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Prado Saldarriaga).

tible, no quiere decir que de manera irremediable dichos indicios deban sustentar una sentencia condenatoria[432].

La prueba en la negociación incompatible debe dirigirse a acreditar, de manera esencial y relevante, el interés indebido que tiene el funcionario en el proceso de contratación[433]. La actividad probatoria no puede encauzarse a recoger, de manera simple y básica, las irregularidades administrativas cometidas en el proceso de contratación. Debe recordarse que los fines de un proceso penal son distintos a los de un proceso administrativo: en el primero se trata de probar rigurosamente la comisión de un delito, con todos sus elementos configuradores, objetivos y subjetivos, mientras que en el proceso administrativo, disciplinario o sancionador, lo que se prueba es la comisión de un ilícito administrativo. En muchas ocasiones las violaciones a la ley administrativa, o a la normativa de las contrataciones públicas, no sirve, o sencillamente no son suficientes, para acreditar el injusto penal.

En un caso la Corte Suprema declaró fundada una excepción de naturaleza de acción en el delito de negociación incompatible debido a que el representante del Ministerio Público solo hizo referencia a las irregularidades administrativas cometidas en el proceso de contratación, pero en ningún momento se preocupó por detallar las conductas que supuestamente podían considerarse como un acto, o conjunto de actos, que revelaban un interés indebido en un contrato estatal[434].

---

432 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00023-2012-5-1826-JR-PE-03** del 15 de octubre de 2013 (Ponente: Lizarraga Rebaza): "si bien existieron en primer término indicios de la presunta comisión del ilícito penal por parte de la precitada imputada que mereció el inicio de un proceso investigatorio y juzgamiento, estos no resultan ser suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que consagra a favor de toda persona el artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, parágrafo "e" de la Constitución Política del Estado, tanto más, si en el decurso del proceso no se ha probado el actuar doloso de esta".

433 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo): "la prueba no ha estado firmemente dirigida a desentrañar la existencia de algún interés contrapuesto por los funcionarios procesados y la empresa ganadora del contrato, no siendo posible identificar ello a partir de las irregularidades administrativas residuales e inequívocas".

434 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3137-2009** del 15 de setiembre de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Neyra Flores): "la incriminación fáctica del Ministerio Público no corresponde con la descripción típica del delito de negociación incompatible

2. Desde el punto de vista probatorio en el delito de negociación incompatible se utilizan una serie de criterios, tanto de prueba directa como de prueba indiciaria, para fundar la responsabilidad penal del funcionario público, entre los que se puede contar:

   i. Las irregularidades administrativas como la infracción de la Ley de Contrataciones del Estado, la festinación de algunos trámites obligatorios, entre otros aspectos.

   ii. Uno de los indicadores que acreditan la comisión del delito de negociación incompatible es, por ejemplo, efectuar la contratación directa y sin licitación previa de ciertos funcionarios, *v. gr.*, consultores en la ejecución de la obra[435].

   iii. También el infringir lo establecido en el artículo 19[436] de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo

que se les atribuía a título de coautores, pues dicha imputación no podía sostenerse únicamente sobre la base de la existencia de irregularidades relacionadas con el contrato de arrendamiento del edificio ubicado en la avenida República de Panamá número tres mil seiscientos cuarenta y siete - tres mil seiscientos cincuenta y uno, que se celebró con su propietario –Banco Financiero del Perú–; por cuanto, imputar el mencionado delito sin fundamentar el interés particular de los denunciados –siendo este el elemento central de la fórmula criminalizadora del delito de negociación incompatible–, es extender los alcances del tipo penal más allá de los límites descritos en la norma penal; y que si bien se ha señalado en la denuncia la existencia de un interés directo por parte del encausado César Augusto Díaz Hayashida, en contubernio con sus co encausados, la fundamentación jurídica de la denuncia no puede agotarse con mencionar el verbo rector y la modalidad del delito que se imputa, sino debe verificarse que el comportamiento atribuido a los denunciados refleje que se ha asumido un interés particular al intervenir en un contrato estatal específico, lo que no ocurre en el presente caso".

435 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

436 Artículo 19.- *Prohibición de fraccionamiento*. Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública. No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las microempresas y de las pequeñas empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva.
El Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión favorable del Ministerio de la Producción y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece mediante Decreto Supremo los sectores que son materia de interés del Estado para promover la participación de la microempresa y de la pequeña empresa.

Nº 1017) al permitir el fraccionamiento de un contrato[437].

iv. Iniciar el proceso de contratación estatal sin el conocimiento y autorización del jefe de la entidad pública o de los órganos competentes de la entidad[438].

v. El nombrar el Comité Permanente especial para los Procedimientos de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía, no habiéndose designado miembros suplentes de conformidad con lo previsto por el artículo cuarenta y uno del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[439].

vi. El Presidente del comité especial comunica a la autoridad máxima de la entidad estatal la imposibilidad que el citado Comité se reúna por falta de *quorum*, debido a que dos de sus miembros no pueden concurrir por enfermedad, por lo que solicita la cancelación de los cuatro procesos de selección que se encontraban publicados en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE, , desconociendo en forma dolosa que tal circunstancia no constituía fuerza mayor ni caso fortuito, únicas causales previstas en el artículo cuarenta y siete del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para nombrar un nuevo Comité[440].

vii. La enfermedad sobreviniente de los dos miembros del comité especial y la imposibilidad de concurrir a la apertura de sobres acreditada mediante certificados médicos emitidos por un Centro de Salud que registran una fecha posterior a la reunión fijada por el comité especial se desecha ya que, pese

---

La prohibición se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar. El órgano encargado de las contrataciones en cada Entidad es responsable en caso de incumplimiento de la prohibición a que se refiere el presente artículo".

437 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 1328-2011** del 9 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Rodríguez Tineo).

438 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 1909-2011** del 5 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla).

439 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

440 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

a la supuesta enfermedad que padecían, concurrieron a laborar en forma normal a su centro de trabajo según se aprecia de sus respectivas tarjetas de control de asistencia[441].

viii. La cancelación de los procesos de selección por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal mediante un acto administrativo (*v. gr.*, Resolución de Alcaldía)[442].

ix. La designación de un nuevo Comité Especial Permanente por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal en la que se ordena que tal acto administrativo se publique en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE; sin embargo, la nueva convocatoria y sus bases no se publicaron en el registro electrónico del indicado Sistema, ni en el de la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - Prompyme. Dicha omisión intencional limitó a que los postores a quienes se les dirigió las invitaciones resultaran los adjudicados con la buena pro, esto es, la deliberada omisión perjudicó a otros posibles ofertantes que no tuvieron conocimiento de la nueva convocatoria[443].

x. Al no efectuar la publicación electrónica los miembros del segundo comité especial no efectuaron observación alguna ni dejaron constancia de ello, por el contrario, pese a conocer que se trataba de un requisito legal prosiguieron con el proceso de selección en clara contravención con lo previsto por la Directiva número 001-004/CONSUCODE/PRE, modificada por la Resolución número cero 159-2004 / CONSUCODE-PRE, vigente desde el 1 de julio de 2004, cuya legalidad también se aprecia del artículo cincuenta y nueve del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de manera que su inobservancia acarrea vicio que impide la suscripción del contrato[444];

441 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

442 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

443 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

444 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3584-2011** del 28 de junio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado).

xi. Realizar un proceso de contratación vulnerando las normas de austeridad presupuestal, no contar con un Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas. En este caso la persona no contaba con capacitación técnica relacionada al área, al cargo o experiencia[445].

xii. Se produce un ascenso en el trabajo sin contar con Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con conocimiento de las áreas involucradas, como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas internas de trabajo; tampoco se tomó en cuenta el cuadro de perfiles del cargo por nivel ocupacional, el funcionario no contaba con capacitación técnica relacionada al área, tampoco con título el Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo, ni con experiencia de dos años[446].

xiii. Se realiza el nombramiento en el área de asesoría jurídica a la conviviente del gerente general de la entidad pública sin que reúna el perfil del cargo, cuente con estudios universitarios, especialización en temas jurídicos o en asuntos asesoría jurídica, tampoco tenía experiencia en cargos profesionales similares-; también se inobservó el plazo mínimo de un año que debía transcurrir entre cada ascenso y no se tuvo en cuenta que el ascenso no debía superar más de cuatro categorías[447].

xiv. El no realizar alguna solicitud de cotización, ya que más bien se aparentó la participación de otros postores. Luego se verificó que estos no presentaron sus cotizaciones en el proceso de adjudicación[448].

445 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

446 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

447 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

448 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1092 -2011** del 18 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

xv. Cuando se eligió a un tercero como proveedor, este no era proveedor formal de la entidad pública, al no figurar ni estar inscrito como proveedor[449].

xvi. Se generaron órdenes de servicios subsiguientes dirigidas al mismo proveedor que mantenían un orden correlativo[450].

xvii. El funcionario tenía entre sus atribuciones el de "*realizar verificaciones específicas sobre información que los encargados han ingresado al módulo informático y al registro de procesos de selección*", y al haber cumplido con su labor podía haber corregido a tiempo la deficiencia[451].

xviii. Se presentó documentación falsa en las cotizaciones, órdenes de compra y facturas, las que se verificó que contenían deficiencias en cuanto al rubro de la Empresa, domicilio, entre otros factores[452].

xix. Las empresas que supuestamente enviaron sus cotizaciones no estaban registradas en la base de datos de contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria[453].

xx. El hecho de que se hayan falsificado firmas y sellos de otro funcionario de la entidad para lograr concretar y culminar el proceso de contratación[454].

xxi. El haber permitido el cambio de postor, considerando irregularmente como ganadora a una persona que no participó en

449 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante).

450 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante).

451 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03** del 31 de enero de 2013 (Ponente: Quezada Muñante).

452 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1092 -2011** del 18 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

453 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1092 -2011** del 18 de enero de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

454 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1909-2011** del 5 de octubre de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Villa Bonilla).

el proceso de contratación; así como, haber suscrito el contrato después de seis meses del proceso de adjudicación[455].

xxii. En dos procesos de adjudicación directa se otorga la buena pro a dos empresas que se encontraban en sexto lugar y tercer respectivamente, sin que se haya respetado el orden de prelación. Se incumple, así, el procedimiento establecido mediante D. S. Nº 00-2004/MINDES, que señala: "*[...] transcurrida la fecha fijada para la suscripción del contrato sin la concurrencia de los postores ganadores, se dejará sin efecto el otorgamiento de la buena pro, lo que se notificará al postor. La entidad comunicará a los postores que ocuparon los siguientes lugares en el orden de prelación*"; y la Ley de Contrataciones del Estado. En un caso, la resolución de un contrato no se comunicó a Consucode el supuesto incumplimiento del proveedor y se celebró contrato con otra empresa[456].

xxiii. Los imputados adelantaron la recepción de los sobres que contenían las propuestas técnica y económica para el día dieciséis de julio de dos mil siete, pese a que según el cronograma de las bases y el registro publicado por el Servicio Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) debía realizarse el diecisiete de julio de dos mil siete. Incluso la empresa ganadora ese mismo día realizó la entrega oficial de evaluación de las propuestas de los demás postores y envió la primera entrega, correspondiente al ítem ocho de las bases que aún estaban en proceso[457].

xxiv. El comité especial evaluó la propuesta técnica y no la económica; además, dejó de lado al postor que alcanzó el mismo puntaje en la evaluación técnica y cuya propuesta económica era menor en seis mil trescientos dieciocho nuevos soles[458].

455 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 3911-2009** del 3 de junio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

456 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

457 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

458 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. Nº 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

xxv. El comité especial permitió la participación en el acto de evaluación de un tercero, quien opinó a favor de la empresa favorecida. La evaluación supuestamente técnica de un funcionario municipal –que no debió estar presente– solo se efectuó en base al documento de laboratorio presentado por la empresa ganadora, no a un análisis independiente, imposible de ser comparado con otros de las demás empresas postoras, precisamente porque no se exigió como requisito[459].

xxvi. Otras infracciones administrativas comunes son el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores[460].

En ocasiones se afirma, de manera general, que los hechos demuestran que la irregularidad administrativa y la omisión del cumplimiento de las disposiciones legales, muestran un claro interés de consumar la contratación, elementos que acreditan la configuración del delito de negociación incompatible[461].

Las irregularidades administrativas es posible que sean detectadas a nivel de la investigación fiscal y pueden derivarse de un proceso disciplinario o administrativo sancionador como también pueden constarse en un Informe Especial de Auditoría realizado, por ejemplo, bien por la Oficina General de Auditoría Interna[462] o por la Contraloría General de la República[463]. Se debe destacar que no es una condición para la validez del proceso penal, ni constituye una cuestión prejudicial de carácter administrativo, el hecho de que exista previamente un Informe Especial, un Informe de verificación de denuncia o un examen de control específico emanada por las autoridades administrativas.

459 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1674-2013** del 12 de marzo de 2014 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: San Martín Castro).

460 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

461 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Rodríguez Tineo).

462 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 600-2010** del 21 de septiembre de 2011 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Calderón Castillo).

463 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 627-2009** del 7 de julio de 2010 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barandiarán Dempwof).

3. Sin embargo, se reconoce por parte de nuestra jurisprudencia suprema que no siempre la comisión de ilícitos administrativos o la inobservancia de la ley de contratación estatal pueden dar lugar a la comisión del delito en cuestión. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que:

> *"[Si] bien habrían existido algunas omisiones en su tramitación conforme a los procedimientos técnicos contemplados en el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ello en modo alguno puede constituir una infracción de deber configurativo del delito imputado, si no que resulta solo un quebrantamiento legal de índole administrativo, en consecuencia, es correcta la absolución de los indicados encausados[464]".*

De igual manera, la Corte Suprema sostiene:

> *"[Si] bien es de reconocer que no se cumplieron con rigurosidad los procedimientos para el otorgamiento de la buena pro, lo que conllevó a que existiera demora en la expedición de algunos documentos, que harían suponer que se simuló el proceso de selección, sin embargo, tal situación a criterio de este Supremo Tribunal no tendría connotación penal, sino que ello debió dilucidarse en su oportunidad en la vía administrativa, pues solo le compete al derecho penal intervenir como ultima ratio[465]".*

4. La valoración de las irregularidades administrativas no solo debe llevar a tomar en cuenta las violaciones a la normativa sectorial que rigen el procedimiento de contratación estatal (Ley y Reglamento de Contratación del Estado, las directivas de los órganos de contratación del Estado, las normas que rigen la actividad de control gubernamental), sino que también debe analizarse los concretos actos administrativos que suponen el cumplimiento y respeto a dicha normativa[466]. En pocas palabras, no solo debe valorarse los indicios incriminatorios, sino los indicios que favorecen la posición del imputado, ya sea que signifiquen la inocencia de los cargos o la ate-

464 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 982-2009** del 21 de abril de 2010 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Príncipe Trujillo).

465 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 1730-2011** del 09 de mayo de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores).

466 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

nuación de la responsabilidad. Una correcta y adecuada valoración de la prueba supone ponderar tanto los ***indicios incriminatorios*** **como los** ***contraindicios***[467].

No basta sumar ni considerar la cantidad de irregularidades administrativas que hay en un determinado proceso de contratación. No basta con exigir, si se trata de irregularidades administrativas, que dichos indicios sean plurales, variados y unívocos[468]. Es necesario que los mismos se conecten de manera directa con cada uno de los elementos de injusto penal, ya sea el delito de negociación incompatible u otro delito contra la función pública. La prueba indiciaria, como la prueba en general, no es un problema de suma o de matemática de los indicios, sino un problema ***cualitativo*** que debe ser analizado con sumo cuidado y atención a fin de respetar el estándar probatorio penal, las garantías del debido proceso como la valoración y motivación racional de las pruebas.

5. Se incurre en una valoración y motivación arbitraria de la prueba si es que solo se toma en cuenta los indicios incriminatorios y no se analiza ni se refuta cada uno de los contraindicios[469]. Tiene sentido aquí el llamado ***control de no refutación de la hipótesis alternativa*** y el ***control de no refutación de la prueba de cargo***, que se aplica también por extensión a la prueba indiciaria.

   Desde el punto de vista epistemológico, para que una hipótesis quede confirmada debe ser sometida al requisito de la no refutación de la hipótesis con el fin de garantizar su credibilidad[470]. Si es que no se somete la hipótesis a la refutación o al intento de falsación de la

467 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu).

468 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo): "aun cuando las irregularidades administrativas tienen entidad para informar de una conducta parcializada de un funcionario interviniente, es necesario que a tal fin estas –en su función de indicios– además de ser plurales, deben ser unívocas en su conjunto y de intensidad relevante para acreditar el núcleo de la imputación, de modo que no admita contraindicios relevantes que las debiliten."

469 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2099-2010** del 22 de julio de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Príncipe Trujillo).

470 Cfr. González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria", en *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima, 2005, p. 88; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Marcial Pons, 2010, p. 196.

misma, su valor será escaso y la garantía que ofrece será provisional, generando una baja confianza sobre sus resultados[471]. Por ello, es común la posición que remarca que el nivel de corroboración de una hipótesis será mayor mientras más sean los controles y desafíos de refutación que se realizaron[472]. Como señala Taruffo: "*para afirmar que una hipótesis ha sido confirmada por pruebas adecuadas es necesario explicar también por qué razones no deben considerarse atendibles las pruebas que contrastan o divergen respecto de ellas*[473]".

La valoración de la prueba y el resultado al que arribe ofrecerán una mayor confianza si es que se toman en cuenta y refutan las pruebas contrarias o que promueven un resultado distinto. También la motivación de los hechos y las pruebas admiten un lugar para el llamado "***experimento de falsación***"[474].

La hipótesis acusatoria debe verificarse y someterse a la posibilidad de refutación de tal modo que su legitimidad reside en el hecho de que se encuentran apoyadas en pruebas y que a la vez estas no sean refutadas por contrapruebas[475]. El que el juez haya considerado fiable y se incline por dar credibilidad al testimonio de Juan no establece aún ninguna justificación de por qué no se da valor probatorio alguno al testimonio de Pedro[476]. El test de no refutación debe llevar a justificar por qué no se toma en cuenta y no se valora el testimonio de Pedro. La defensa del imputado y el mismo juez deben someter a la hipótesis acusatoria a los controles que se

471 Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), Temis, Bogotá, 2008, p. 232: "la falibilidad es un motivo más para intensificar los controles empíricos, no un pretexto para bajar el nivel probatorio idóneo para fundar la condena".

472 Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 86.

473 TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 272.

474 Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009, p. 164.

475 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 37.

476 Cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 272: "el silencio acerca de las pruebas que no han sido tenidas en cuenta deja abierta la duda sobre el real fundamento de la reconstrucción de los hechos que ha sido acogido como verdadero. Por consiguiente, todas las pruebas de las que se disponía para la decisión deben ser consideradas expresamente, y su valoración también debe ser adecuadamente justificada".

estime necesario para comprobar su objetividad y valor[477]. En la realidad del proceso puede ocurrir que coexistan no solo dos versiones paralelas de los hechos, sino que estas dos versiones cuenten con un caudal probatorio que lo respalde o lo avale; de tal manera que existe coherencia y acreditación de cada una de las afirmaciones, tanto de la acusación como de la defensa. En estos casos, en la medida que ninguna de las hipótesis antagonistas es falseada del todo, un sector de la doctrina considera que debe tomarse en cuenta y preferirse a la tesis que resulta más coherente[478]. Sin embargo, se destaca que si bien en estos casos el criterio de coherencia puede ser útil su valor es netamente marginal y que solo en determinados casos excepcionales puede ser decisivo en la medida que se trate de historias equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos[479].

6. En muchas ocasiones la existencia de irregularidades administrativas no acredita ni prueba la existencia de un interés particular e indebido en el funcionario público, o el conjunto de funcionarios públicos que se encuentran imputados por el delito de negociación incompatible. Es necesario acudir a otra clase de pruebas (testimoniales, documentales, o de otro orden) o tomar en cuenta otros indicadores materiales que pueden sustentar de manera suficiente, y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal de los funcionarios o terceros en la comisión del delito en comento. Por ejemplo, el hecho de que un miembro del comité especial conozca a un participante en el concurso público, que hayan trabajado juntos o, incluso, que haya expedido

477 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 87.

478 Cfr. Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, 2ª ed., trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2004, p. 113; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 315: "el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos"; Andrés Ibáñez, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa*, Nº 12, Alicante, 1992, p. 284.

479 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 315: "Sólo la narración que relata hechos verdaderos puede ser valorada por su coherencia y únicamente en ese caso la coherencia de la narración es un criterio preferencial de elección".

una constancia de trabajo no quiere decir que se ha cometido, sin más, el delito de negociación incompatible[480].

El hecho de que la acusación se base única y exclusivamente en la violación a la Ley de Contrataciones del Estado no obliga a que la sentencia prosiga el mismo sendero y asuma el mismo modelo de razonamiento. La pluralidad de irregularidades administrativas lo que prueba, en todo caso y de manera inobjetable, es la responsabilidad disciplinaria, grave o leve, de los funcionarios públicos y la necesidad de sanción, proporcional y adecuada, por parte de la administración pública en el sector correspondiente[481] y a lo mucho, de ser el caso, la responsabilidad por omisión de actos funcionales,

480 Véase la sentencia de la **Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima** en el **Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01** del 10 de junio de 2013 (Ponente: Castañeda Otsu): "en relación al **indicio a)** referido a que Moreno Chacón conocía a la postulante Acorde Sifuentes, en autos se encuentra acreditado que este le otorgó una constancia de haber realizado una pasantía, en el Servicio de Gastroenterología, la que ha sido cuestionada por el Director General del HNAL, al no existir documento que acredite que ella mantuvo vínculo laboral con la institución y que no registra ninguna solicitud de asistente libre ni como pasante en la misma. Tal proceder evidencia que la conoce, otorgándole una constancia que no era de su competencia, sin embargo, este indicio único no tiene la fuerza acreditativa que sustente la responsabilidad penal de un acusado".

481 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 2641-2011** del 10 de agosto de 2012 de la **Sala Penal Transitoria** (Ponente: Barrios Alvarado): "sin embargo, tales circunstancias por sí solas no denotan la existencia de un interés particular de parte de los procesados, pues las irregularidades administrativas que pudieran haberse presentado en la tramitación de dichos procedimientos solo pueden tomarse en cuenta como indicios a efectos de determinar la responsabilidad penal en el delito que nos ocupa si se encuentran acompañadas de otros elementos probatorios que incidan en la determinación del interés que caracteriza al delito de negociación incompatible; siendo esto así, no se puede atribuir a los procesados, en su calidad de funcionarios públicos, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de este, lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el citado delito; además resulta necesario recalcar que, la forma en que se cumple un contrato celebrado de forma lícita, así como su incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual, resultan de competencia jurisdiccional extrapenal, siendo del caso señalar que la Ley número veintinueve mil seiscientos veintidós, publicada el siete de diciembre de dos mil diez, que modifica la Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), amplió las facultades del Órgano de Control para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, catalogándose como conductas infractoras las irregularidades descritas en el Informe Especial que originó la presente causa, circunstancia que evidencia, más aún, la trascendencia administrativa y no penal de los hechos materia de imputación; por lo que, la sentencia absolutoria impugnada se encuentra arreglada a ley".

pero difícilmente puede sustentar de manera autónoma y significativa la responsabilidad penal por negociación incompatible.

Creemos, que los hechos que denotan, incluso, una irregularidad administrativa tan grave como pagos realizados con anterioridad a la autorización administrativa correspondiente[482] no debe llevar a considerar que se ha cometido el delito de negociación incompatible, pues debe averiguarse, por ejemplo, el fundamento y explicación real o el sustento administrativo de su producción, *v. gr.*, los pagos pueden haberse efectuado como consecuencia del servicio realmente prestado y que es anterior al procedimiento administrativo.

De igual forma, algunos hechos reveladores de un interés indebido, como las visitas del funcionario a la casa, centro de operaciones o a las oficinas comerciales del proveedor estatal, no debe llevar, sin más, a sostener que se ha cometido el delito de negociación incompatible[483]. El hecho de visitar al contratista, como también la situación inversa en el que el contratista visita al funcionario, no quiere decir que ese hecho revela por sí solo un interés indebido en el proceso de contratación, ya en dicha reunión es posible hablar de cosas distintas al proceso de contratación. Igual ocurre si median llamadas telefónicas entre el contratista y el funcionario público. Aquí opera en toda su magnitud la presunción de inocencia que demanda atender la explicación que brinde el funcionario como exige tomar en cuenta otros hechos e indicios relevantes en la solución del caso.

7. Los jueces han de efectuar un severo y estricto control del ***razonamiento probatorio***, en especial en el campo inferencial, a fin de acreditar de manera adecuada, idónea y suficiente de qué hechos o pruebas (*v. gr.*, irregularidades administrativas) se derivan de manera decisiva, determinadas conclusiones, como por ejemplo, el acto de interesarse indebidamente[484]. Con ello, debe quedar claro

482 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 3156-2011** del 11 de julio de 2012 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Neyra Flores).

483 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, cit., p. 509.

484 Ampliamente: CASTILLO ALVA, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, cit., pp. 316 y 321.

que los jueces no están impedidos de analizar y tomar en cuenta las irregularidades administrativas detectadas, sino que deben preocuparse de exhibir y explicitar el razonamiento probatorio suficiente que conecta dichas violaciones a la ley administrativa con la prueba de cada uno de los elementos del tipo, *v. gr.*, acto de interesarse. Si ello no se produce y el razonamiento probatorio se efectúa de manera defectuosa o pobre, en sede de la impugnación debe efectuarse un severo control a dicho razonamiento a fin de cumplir la obligación de que la motivación cumpla con un estándar de logicidad adecuado, en especial, respetar el principio de razón suficiente.

Por ejemplo, no basta con señalar, como si fuera prueba plena y de carácter absoluto, de la responsabilidad penal de los funcionarios el hecho de que en el otorgamiento de la buena pro a una empresa no se ha respetado el orden de prelación fijada en la ley en caso no se cumpla en la fecha fijada para la suscripción del contrato, dado que los postores ganadores no concurrieron[485]. No es correcto sostener, desde el plano dogmático y desde la perspectiva probatoria, que dicha irregularidad administrativa por sí sola basta para entender que se han dado todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito de negociación incompatible. El Derecho penal no debe ser utilizado para castigar y sancionar meros ilícitos administrativos por más graves e intensos que estos sean. En todo momento, debe tratarse de respetar el principio de legalidad penal, garantizando que se acredite y pruebe, por ejemplo, el elemento típico *interesarse*. En ese sentido, no es una conclusión lógicamente contundente y plausible sostener que se ha cometido el delito de negociación incompatible del hecho de que se haya preterido y postergado a las demás empresas participantes en el proceso de adjudicación directa. Es de lamentar que en la sentencia comentada no se señale ni se analice, por ejemplo, si existe una hipótesis alternativa planteada por los imputados, si hay otros elementos contextuales que refuerzan la hipótesis incriminatoria (*v. gr.*, relación personal o empresarial entre las empresas ganadoras y los funcionarios, etc.). Solo se toma en cuenta un hecho afirmado en un Informe administrativo que debe ser materia de comprobación y análisis riguroso por parte

485 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 722-2013** del 1 de agosto de 2013 de la **Sala Penal Transitoria**.

del órgano jurisdiccional a nivel del proceso penal y, en especial, en el juicio penal. El fallo que dicta la justicia penal no puede repetir las conclusiones del Informe administrativo de manera mecánica, sin valorarlo críticamente y sobre todo garantizando que se acredite cada uno de los elementos del injusto culpable.

Las irregularidades administrativas por más evidentes y claras no pueden, a falta de otra prueba de mayor trascendencia y peso, enervar los alcances de la presunción de inocencia y dar por cumplida la necesidad de probar todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal. Aquí el ámbito de acción del Derecho administrativo sancionador, en especial del derecho disciplinario, no debe confundirse con las exigencias típicas más severas y rigurosas del Derecho penal.

La garantía del principio de legalidad y de taxatividad de la ley penal obliga a tomar en cuenta la necesidad de probar los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal, sin excepción alguna. Ningún planteamiento político-criminal, de conveniencia práctica o de carácter político puede socavar, de manera constitucionalmente válida, los alcances del principio de legalidad y la vigencia irrestricta del principio de presunción de inocencia.

8. En ocasiones el incumplimiento de las normas administrativas generales en el proceso de contratación debe colocarse en el contexto situacional fáctico más amplio, *v. gr.*, situación de necesidad y urgencia. Asimismo, debe tomarse en cuenta la normativa especial que muchas veces regula una situación de urgencia o un estado de emergencia como el abastecimiento en condiciones de desastre natural, ya sea nacional o local[486], *v. gr.*, por inundación, terremoto, etc.

486 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas): "**2.3.** De los hechos y las pruebas, se puede concluir que tanto la comisión del ilícito y la responsabilidad penal de los encausados no se han acreditado, dado que se advierte que mediante Decreto Supremo número 008-2003-PCM de dieciséis de enero de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y cuatro, se declaró en estado de emergencia entre otros, al departamento de Piura, ante la eventual ocurrencia del "fenómeno del niño", para lo cual se formuló el "Plan Nacional de Contingencia", mediante Decreto Supremo número 029-2003-PCM de dieciocho de marzo de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y dos, se incluyó al "Programa del Vaso de Leche" dentro de dicho plan nacional, además, el referido programa se amplió por treinta días adicionales. **2.4.** Aunado a ello, el Concejo Municipal de la entidad agraviada, en

La mencionada situación de emergencia permite, por lo general, la adquisición, a través de la modalidad de adjudicación directa selectiva, de la compra de diversos productos y la contratación de servicios. Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que:

> *"cabe señalar que no se advierte el interés particular[487], así como el exceso de los cargos o funciones de los procesados Timaná Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca (integrantes de la Comisión Especial Permanente) orientado a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes, obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario, toda vez que la presencia de lluvias en la zona perjudicarían la adquisición del producto alimenticio y la respectiva distribución, situación que en todo caso corresponderían ser ventiladas en la vía administrativa[488]".*

sesión de audiencia de once de marzo de dos mil tres –donde no intervinieron los encausados Timaná Silva Corcovo Cordova y Cordova Alberca– que corre de los folios ciento veinticinco a ciento veintiocho y en el Acuerdo Municipal número 004-2003-MDY/M de doce de marzo de dos mil tres de los folios ciento diecisiete y ciento dieciocho, da cuenta de la declaratoria de emergencia del departamento de Piura y la realización de medidas para el abastecimiento del "Programa del Vaso I de Leche", encargando al área de administración (dirigida por el encausado Chávez Sandoval) la adquisición, a través de la modalidad de adjudicación directa selectiva, de la compra de producto (soya en grano) para el referido programa, pruebas que desvirtúa lo alegado por el recurrente, al sostener la falta de sustento legal para la ejecución del proceso de selección anotado".

487 Constituye el verbo rector de tal ilícito el "**interesarse**", esto es, poner de manifiesto sus pretensiones particulares en el contrato u operación al real marco de injerencia, excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales.

488 Véase la Ejecutoria Suprema del **R.N. N° 253-2012** del 13 de febrero de 2013 de la **Sala Penal Permanente** (Ponente: Salas Arenas).

I

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, CONCURSOS

§ 1. Negociación incompatible: R.N. N.º 2068-2012 (19/04/2013)

a. Respecto de los extraneus, a ellos no se extiende el término del plazo de prescripción previsto para los autores, pues no infringen ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. *Que, siendo así, como es obvio, no puede existir discusión respecto de los extraneus. Según el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil once diagonal CJ guión ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, a ellos no se extiende el término del plazo de prescripción previsto para los autores, pues no infringen ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. [...] En consecuencia, la acción penal para los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, como cómplices primarios, ya prescribió pues han transcurrido más de siete años y medio.*

b. No todos los delitos contra la administración pública tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado. *Que, conforme al Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez guión CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II. Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido*

para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.

Siendo así, por su propia configuración e incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80° parte in fine del Código Penal.

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2068-2012

LIMA

Lima, diecinueve de abril de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor PROCURADOR PÚBLICO ADJUNTO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN contra el auto superior de fojas dos mil ciento cuarenta y uno del cuatro de mayo de dos mil doce, que, de oficio, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila (autores), Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez (cómplices primarios) por delito de negociación incompatible en agravio del Estado Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima CORPAC.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

CONSIDERANDO:

Primero. Que el señor Procurador Público Adjunto en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento cincuenta y nueve alega que el delito de negociación incompatible afecta el patrimonio del Estado, por lo que debe aplicarse la duplica del plazo de prescripción. Aduce que el Acuerdo Plenario Número uno guión dos mil diez diagonal CJ guión ciento dieciséis, invocado por el Tribunal Superior, es limitante y no recoge las verdaderas razones de orden político criminal para la protección del listado contra la corrupción.

Segundo. Que la acusación fiscal de Tojas dos mil sesenta y siete, del veintiocho de noviembre de dos mil once, atribuye a los acusados Guillermo Rengifo Sandoval, ex gerente de logística de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima en ade-

lante. CORPAC-, v Luis Alberto Battistini Del Águila, ex jefe del área de Adquisiciones y Bienes y Servicios de CORPAC y presidente del Comité Especial Permanente de Adquisiciones, haber favorecido los intereses de la empresa V&M Servicios Generales, constituida por los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Mugo Hernández Ramírez, para que se beneficien en diversas adquisiciones de menor cuantía realizada por CORPAC entre los meses de marzo a septiembre de tíos mil cuatro. En efecto -según la acusación- se interesaron indebidamente en ocho adquisiciones de menor cuantía números ciento cuarenta y cuatro guión dos mil cuatro, ciento ochenta y cuatro guión dos mil cuatro, ciento ochenta y ocho guión dos mil cuatro, trescientos diecisietes guión dos mil cuatro, ciento noventa y dos guión dos mil cuatro, quinientos veintiuno guión dos mil cuatro, seiscientos tres guión dos mil cuatro, y setecientos cuarenta y siete guión dos mil cuatro para favorecer a la empresa V&M Servicios Generales por un monto total de diez mil sesenta y ocho dólares con setenta y cinco centavos de dólar. Con ese objetivo, los imputados Rengifo Sandoval y Battistini Del Águila inscribieron a la aludida empresa en el Registro Principal de Proveedores de CORPAC pese a que nunca contrató con el Estado, omitieron comunicar las contrataciones efectuadas con la institución al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. CONSUCODE y a la Comisión para la Promoción de la Pequeña y Micro Empresa. PROMPYME no ejercieron el control posterior de las adquisiciones realizadas y autorizaron diversas órdenes de compra para la adquisición de repuestos de cómputo sin cumplir los procedimientos legalmente establecidos para la adquisición de bienes de menor cuantía. La citada acusación fiscal de fojas dos mil sesenta y siete estimó que estos hechos tipificaban el delito de negociación incompatible así figuraba incluso en la denuncia fiscal formalizada de fojas mil setecientos treinta y cuatro, del once de marzo de dos mil diez, sobre la base del Atestado Número sesenta y cuatro guión dos mil seis guión PNP guión DIRCOCOR diagonal DIVAMP guión E dos, de fojas cuarenta y tres y el atestado ampliatorio de fojas mil cuatrocientos ochenta y tres, y en el auto de apertura de instrucción de fojas mil setecientos cincuenta y nueve, del cuatro de junio de dos mil diez-. La acusación de fojas dos mil sesenta y siete citó como norma aplicable el artículo 399° del Código Penal, mediante acusación aclaratoria de fojas dos mil ciento treinta y ocho indicó que el artículo aplicable era el artículo 397° del Código Penal conforme a la modificatoria dispuesta por la ley número veintisiete mil setenta y cuatro, del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Tercero. Que, por su propia naturaleza y alcances, la excepción de prescripción desde una perspectiva procesal se dilucida desde la propia imputación y en función al tipo legal perseguido. En el presente caso, la acusación fiscal -en coherencia con la denuncia formalizada del fiscal Provincial y el auto de apertura de instrucción calificó los hechos como delito de negociación incompatible. Por consiguiente, es de analizar si teniendo en cuenta la fecha de su comisión en los términos de la acusación fiscal, el delito ya prescribió.

El delito de negociación incompatible se cometió entre marzo y septiembre de dos mil cuatro, por lo que es aplicable el artículo 397° del Código Penal, según el texto fijado por la Ley número veintisiete mil setenta y cuatro, del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, que sanciona el hecho con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Si se toma como referencia el primer párrafo del artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena lijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal.

Cuarto. Que, siendo así, como es obvio, no puede existir discusión respecto de los *extraneus*. Según el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil once diagonal CJ guión ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, a ellos no se extiende el término del plazo de prescripción previsto para los autores, pues no infringen ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal.

En consecuencia, la acción penal para los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, como cómplices primarios, ya prescribió pues han transcurrido más de siete años y medio.

Quinto. Que el artículo 80° *in fine* del Código Penal, según el texto de la Ley Número veintiocho mil ciento diecisiete, del diez, de diciembre de dos mil tres prescribe que "[e]*n casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica*". De ser aplicable esta norma, el plazo de prescripción extraordinaria sería de quince años y, por ende, a la fecha la acción penal no estaría prescrita.

Sexto. Que, conforme al Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez guión CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II. Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.

Siendo así, por su propia configuración e incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80° parte in fine del Código Penal.

El recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen de la señora fiscal Adjunta Suprema en lo Penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto recurrido de fojas dos mil ciento cuarenta y uno, del cuatro de mayo de dos mil doce que de oficio, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila -autores-, Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, -cómplices primarios por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – CORPAC; con lo demás que contiene. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTIN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRIGUEZ TINEO
NEYRA FLORES

§ 2. Aprovechamiento indebido del cargo: R. N. Nº 2835-2004 (09/05/2005)

a. *Absolución por atipicidad de conducta.* *Es necesario atender a que si bien la ineficiente y negligente conducta funcional del procesado Correa Vásquez permitió la contratación de una persona distinta a la realmente captada, lo cierto es que esta negligencia no puede ser considerada per se como acreditación del dolo en el agente, respecto a los delitos cuya comisión se le imputan. Que, en este sentido se desprende de autos que en cuanto al delito de aprovechamiento indebido de cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal; de la conducta desarrollada por el procesado y de los elementos probatorios obrantes en autos no aprecia que Este "se haya interesado" especialmente por la contratación de Ñaupari Cancho, ni que haya obviado exprofesamente el procedimiento de control cotidiano con el único fin de favorecerlo; razón por la cual la conducta desarrollada por el procesado respecto a este delito, es atípica, y la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2835-2004

PECULADO

JUNIN

Lima, nueve de mayo del dos mil cinco.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Raúl Valdez Roca; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en el dictamen de fecha diez de noviembre del dos mil cuatro; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, es materia de grado el recurso de nulidad interpuesto por la parle civil, Proyecto Especial Pichis Palcazú, contra la sentencia que absuelve a Felipe Santiago

Correa Vásquez de la acusación fiscal por los delitos contra la administración pública - aprovechamiento ilícito de cargo público y contra la fe pública - falsedad ideológica - en agravio del Estado - Proyecto Especial Pichis Palcazú, y declara prescrita la acción penal respecto al delito contra la administración pública - peculado culposo -, en agravio del Estado Proyecto Especial Pichis Palcazú. **Segundo:** Que, la imputación criminal en contra del procesado Felipe Santiago Correa Vásquez, surge del hecho concreto de haber elaborado (en su calidad de Jefe de la Unidad de Personal de Proyecto Especial Pichis Palcazú) el contrato *de servicios específicos*, de fecha quince de julio de mil novecientos noventicuatro, a favor de Hugo Huancho Camacho siendo su verdadera identidad Hugo Alfredo Ñaupari Cancho (hermano de la Directora Ejecutiva del citado proyecto, Sara Ñaupari Cancho); no desprendiéndose de los actuados otro elemento que pudiera acreditar que el procesado actuó con conciencia y voluntad tendente a un favorecimiento irregular en beneficio del citado procesado. **Tercero:** Que, en este sentido además de la versión exculpatoria brindada por Correa Vásquez a lo largo del proceso (instructiva de fojas quinientos cincuenta y cuatro y juicio oral) señalando haber elaborado dicho documento por disposición de Sara Ñaupari Cancho (Directora Ejecutiva del Proyecto), y que desconocía que el contratado Hugo Huancho Camacho (Hugo Ñaupari Cancho) era hermano de ésta, obra en autos el memorándum número resentidos - noventicuatro - INADE / seis mil doscientos uno, de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas treinta y nueve, por el cual corroborando su dicho la citada funcionaria dispone la contratación del supuesto Huancho Camacho. **Cuarto:** Que, asimismo obra en autos el Oficio número noventa y cinco -noventa y cinco- DRA - RAAC (fojas setecientos veinte) mediante, el cual el ingeniero Pedro Humberto Ginez Arroyo, informa al órgano de control interno de la Dirección Regional Agraria de la Región Andrés Avelino Cáceres, que la persona de Hugo Alfredo Ñaupari Cancho prestó servicios en dicha dependencia desde el nueve de abril de mil novecientos noventicuatro hasta el nueve de julio del mismo año, utilizando el nombre de Hugo Bonilla, periodo en el cual Sara Ñaupari Cancho, también fungió de funcionaria en dicha dependencia, lo cual evidencia una constante en la conducta de esta funcionaria, abusando de su cargo y en perjuicio del Estado, beneficiaba a su familia (hecho éste que ha sido debidamente acreditado en autos y que motivó la sentencia condenatoria en contra de Sara Ñaupari Cancho y Hugo Alfredo Naupari Cancho, el catorce de enero de mil novecientos noventinueve, que obra a fojas setecientos sesentidós, la misma que quedó consentida mediante resolución de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventinueve, de fojas setecientos setenta y ocho del acompañado. **Quinto:** Que, por otro lado es necesario atender a que si bien la ineficiente y negligente conducta funcional del procesado Correa Vásquez permitió la contratación de una persona distinta a la realmente captada, lo cierto es que esta negligencia no puede ser considerada per se cómo acreditación del dolo en el agente, respecto a los delitos cuya comisión se le imputan. **Sexto:** Que, en este sentido se desprende de autos que en cuanto al delito de *aprovechamiento indebido de cargo*, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal; de la conducta desarrollada por el procesado y de los elementos probatorios obrantes en autos no aprecia que éste "se haya interesado" especialmente por la contratación de Ñaupari Cancho, ni que haya obviado exprofesamente el procedimiento de control cotidiano con el único fin de favorecerlo; razón por la cual la conducta desarrollada por el procesado respecto a este delito, es atípica, y la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley. **Sétimo**: Que, respecto a delito de falsedad ideológica, corresponde señalar que no se ha acreditado en autos que el procesado, a sabiendas, hubiera contratado a una persona cuya verdadera identidad era otra, con el sólo fin de beneficiarlo y causar el consecuente perjuicio al Estado; ni menos se ha acreditado que la consignación en el contrato de información distinta a la real hubiese respondido a una conducta consciente y

voluntaria tendente a la simulación o alteración de la verdad, razón por la cual este extremo absolutorio venido en grado se encuentra arreglado a ley. **Octavo:** Que, en cuanto al extremo que declara extinguida la acción penal por prescripción por el delito. de peculado culposo, vale afirmar que dada la fecha de comisión del hecho materia de juzgamiento (quince de julio de mil novecientos noventicuatro) a la fecha, ha vencido el plazo extraordinario de prescripción cual es de tres años, razón por la cual la prescripción declarada se ajusta a derecho; por estos fundamentos Declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha once de junio del dos mil cuatro, de fojas setecientos cuarenta, que **absuelve a FELIPE SANTIAGO CORREA VASQUEZ** de la acusación fiscal por los delitos contra la administración pública - aprovechamiento ilícito de cargo público - y contra la fe pública - falsedad ideológica -, en agravio del Estado - Proyecto Especial Pichis Palcazú; y declara prescrita la acción penal respecto al delito contra la administración pública - peculado culposo -, en agravio del Estado - Proyecto Especial Pichis Palcazú; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN

VALDEZ ROCA

PONCE DE MIER

QUINTANILLA QUISPE

PRADO SALDARRIAGA

§ 3. Negociación incompatible: R. N. Nº 661-2009 (10/03/2010)

a. Negociación incompatible. Bien jurídico protegido. Calidad especial del autor del delito. *Que si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad- que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como plausible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por*

cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro.

b. Ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible. No comprende conductas omisivas. *Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.*

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. Nº 661-2009

LIMA

Lima, diez de marzo de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de San Isidro contra la sentencia de fojas mil setecientos siete del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo

Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Procurador Público de la Municipalidad de San Isidro en su recurso formalizado de fojas mil setecientos dieciséis sostiene que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no exige como elemento constitutivo la concurrencia de concierto en la conducta del agente, sino la existencia de interés por parte del funcionario o servidor público, directo o indirecto, en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que tampoco requiere la existencia de un perjuicio patrimonial, y se diferencia del delito de colusión por no existir la concertación. **Segundo:** Que, conforme a la acusación fiscal de fojas mil doscientos cincuenta y nueve, el Informe Especial número doscientos treinta y siete guión dos mil cinco elaborado por la Contraloría General de la República respecto de las obras ejecutadas por la Municipalidad de San Isidro durante los años mil novecientos noventa y siete, dos mil y dos mil uno concluyó lo siguiente: los encausados Bendezú Bendezú -ex miembro del Comité de Recepción de Obras- y Tiburcio Morón -ex Director de Obras Públicas e inspector de Obras- aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las obras de "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre", sin contar con solicitud y autorización de trabajos habituales; que se recepcionó la obra con participación del residente de obras sin constatar el metraje realmente ejecutado, con lo que se favoreció a los contratistas quienes se vieron beneficiados con el pago por metrados no ejecutados ascendente a la suma de doce mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con noventa y un céntimos, contando para ello con la participación del encausado Hans Jurgen Fidel Busse León; que los imputados Tagle Pizarro -ex Director de Desarrollo Urbano y ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- y Vásquez Solís -ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- favorecieron, directa e indirectamente, a la empresa Constructora Tres Sociedad Anónima contratada por la Municipalidad de San Isidro para la ejecución de la obra "Refuerzo y Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada y Alberto del Campo", para lo cual recepcionaron la misma con la participación del residente de obra en representación del contratista, sin constatar el metraje realmente ejecutado y señalaron que la misma se realizó de conformidad con el expediente técnico y el contrato de ejecución de obra, lo que benefició a la aludida empresa con el pago de metrajes no ejecutados, no obstante que la recepción se efectuó quince meses después de su culminación; que el encausado Vivar Espinoza, en su calidad de ex miembro del Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada (cuadras diez y once) y Alberto del Campo (cuadras uno y dos)", con participación del residente de obra en representación del contratista, recibió la misma sin constatar el metraje realmente ejecutado y señaló que se ejecutó de conformidad con el expediente técnico respectivo y el contrato de ejecución de obra, sin formular ninguna observación técnica, pese a que la recepción se efectuó quince meses posteriores a su culminación; que los encausados Becerra Verástegui -ex Directora de Desarrollo Urbano- y Arias Torres -ex Jefe de la División de Obras Municipales-, quienes también integraron el Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico y Señalización Horizontal en la avenida Canaval y la calle Moreyra [sic] y calle Ricardo Ángulo Ramírez (ex calle uno)", aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recibieron las mismas con la participación del residente de obra, sin constatar el metraje realmente ejecutado y ocasionando un perjuicio a la entidad edil ascendente a cincuenta y cinco mil

ciento treinta nuevos soles con veinticuatro céntimos; que el encausado Dejo Almeida -ex Jefe de la División de Proyectos-, quien también se desempeñó como Inspector, Asesor y Miembro del Comité de Recepción de las obras "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre, y la calle Ricardo Ángulo Ramírez" y "Refuerzo Asfáltico, Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquezada (cuadras diez y once), Alberto del Campo (cuadras uno y dos) y Enrique Canaval y Moreyra", aprobó las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras, sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recepcionó las obras con participación del residente de obra sin constatar el metraje realmente ejecutado, de suerte que favoreció a los contratistas, quienes se vieron beneficiados con el pago de metrajes no ejecutados; que del informe de la Contraloría se evidencia que en algunas de estas obras se consignaron liquidaciones mayores a los metrados considerados en el expediente técnico, lo que ocasionó a la entidad edil un perjuicio económico de setenta y dos mil trescientos veinticuatro nuevos soles por pago de metrados no ejecutados; que estos hechos se calificaron como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, vigente al tiempo de la comisión del hecho punible (actualmente previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código acotado). **Tercero:** Que si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad- que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como plausible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. **Cuarto:** Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. **Quinto:** Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de estable-

cer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos siete, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

§ 4. Negociación incompatible: R. N. N.º 2106-2009 (16/06/2010)

a. Negociación incompatible. Absolución: a la fecha de celebración de los contratos, congresista no era accionista de empresa. Restricción para ser postor está relacionada con el ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenecen las funciones del congresista. *Que, en cuanto a los hechos tercero y cuatro –literales C) y D) del fundamento jurídico segundo–, cuyo núcleo es el presunto impedimento legal para que la empresa Inversiones Magda Sociedad Anónima participe en los procesos de contratación pública, el Tribunal de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado en cuatro decisiones, expedidas en diciembre de dos mil cinco y enero de dos mil seis, y recaídas en los procesos de contratación públicas objeto del presente proceso penal, declaró que a la fecha de celebración de los contratos el Congresista Cruz Loyola no era accionista de esa empresa —él transfirió sus acciones a sus hijas el veintisiete de marzo de dos mil dos— y, además, la restricción para ser postor está relacionado con el*

ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenecen las funciones del congresista —el Gobierno Regional del Callao no está supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso—.

En tal virtud, vista la decisión del órgano administrativo competente para su calificación, es de concluir que los cargos derivados de esos hechos: negociación incompatible y falsificación de documentos, carecen de relevancia penal.

La absolución está arreglada a Ley. La impugnación de la parte civil debe desestimarse.

b. Colusión desleal. Absolución: no se acredita pacto colusorio por ausencia de peritajes que determinen que se pagaron precios por encima del mercado. *Que como el aspecto esencial de lo que, de cara a las exigencias típicas, debe probarse en autos es la existencia del pacto colusorio a partir de la determinación de precios por encima del mercado en el año dos mil cuatro, es evidente que un simple análisis de comparación externa de diversos procesos de contratación pública resulta insuficiente, en la medida en que se requiere de informes de tasación que revelen inconcusamente, comparando precios de los mismos productos y en las mismas condiciones, una sobrevaloración inexplicable y lesiva al interés estatal. Tales constataciones no se han realizado.*

La investigación policial reflejada en el Atestado Policial número ciento diez — dos mil cinco — DIRCOCOR PNP DNPACGR/E2, no agregó nuevos datos. Las declaraciones de los funcionarios imputados y de otros funcionarios del Gobierno Regional del Callao prestadas en sede preliminar, sumarial y plenarial, así como del Gerente General de Honda del Perú Sociedad Anónima -declaración plenarial- insisten en la corrección administrativa de su conducta y en que no negociaron o pactaron precios artificialmente elevados para perjudicar la hacienda pública y beneficiarse a expensas de ella. No existe prueba en contrario.

La pericia número treinta y cinco — dos mil cinco —DIRCOCOR—PNP/ DIVAMPDICE de fojas tres mil seiscientos cuarenta y cinco precisó lo siguiente:

A. Respecto del primer cargo, anotó que no existe documentación suficiente para efectuar una comparación de precios ofertados por las firmas MAGENSA, Maderera Mariscal Castilla y otras empresas al Ministerio de Educación e INFES. Por ende, queda descartada por la propia instancia administrativa-policial la referida imputación.

B. En lo atinente al segundo cargo, apuntó que se promedió indebidamente las cotizaciones de motocicletas para todo terreno y de ciudad obtenidas de las empresas Honda del Perú Sociedad Anónima y Yamaha Motor del Perú Sociedad Anónima, que correspondían a bienes de distinta calidad y soporte técnico, incrementándose el valor referencial en ciento cincuenta y ocho mil cien nuevos soles y, consecuentemente, la existencia de una presunta sobrevaloración ascendente a doscientos treinta y dos mil nuevos soles con relación al precio ofertado y pactado a la empresa Desert Sport Racing Sociedad Anónima Cerrada, ganadora de la Buena Pro. Sin embargo, como se ha enfatizado en el primer párrafo de este fundamento jurídico, y lo resalta el señor Fiscal Supremo en lo Penal, esas inferencias no parten de una premisa fáctica consolidada pericialmente, por tanto, no tienen entidad para fundar un juicio condenatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 2106-2009
CALLAO

Lima, dieciséis de junio de dos mil diez

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO ANTICORRUPCIÓN DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALLAO contra la sentencia de fojas seis mil doscientos setenta, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, que absolvió a: **1.** Yván Palomino Rojas, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Freddy Hernández Tejada, Guillermo Jacinto Cisneros Tarmeño, Rosendo Juan Reyes Cañari, Margarita Angélica Benites Chacón, Santos Rafael Miranda Bueno y Zoila Ruth Vásquez Reyes de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión ilegal en agravio del Gobierno Regional del Callao. **2.** Yván Palomino Rojas, Rosendo Juan Reyes Cañari, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Oscar Paredes Paredes y Carlos Fernando Llanos Guiño de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Gobierno Regional del Callao. **3.** Rebeca Noemí Escobedo Santos de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de falsificación de documentos en agravio del Gobierno Regional del Callao.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el Procurador Público Anticorrupción del. Distrito Judicial del Callao en su recurso formalizado de fojas seis mil trescientos trece alega que los encausados defraudaron al Estado porque los costos y egresos ` que realizó el Gobierno Regional del Callao acreditan el acuerdo con los interesados, alejado de los intereses públicos. Que la sobrevaloración en las licitaciones públicas está probada con el Informe de la Contraloría General de la República número cero tres - dos mil cinco —CG - dos mil cinco. Que el dictamen pericial realizado por la Dirección de Policía contra la Corrupción número treinta y cinco — dos mil cinco afirmó que al promediarse indebidamente las cotizaciones de las motos Honda y Yamaha, que corresponden a bienes de distinta calidad y soporte técnico, se incrementó el valor referencial, de suerte que la sobrevaloración ascendió a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Que la sobrevaloración del mobiliario escolar tuvo lugar cuando el postor MAGENSA propuso como costo de adquisición importantes diferencias para el Gobierno Regional, que distan de propuestas idénticas realizadas a otros organismos públicos, por consiguiente, la sobrevaloración asciende a cuarenta y siete mil ochocientos veinticuatro nuevos soles con cincuenta y seis céntimos. Que en el caso de Maderera Castilla, por la adquisición de los módulos tres y seis, la sobrevaloración alcanzó la suma de ciento treinta y nueve mil doscientos treinta y ocho nuevos soles con cuarenta céntimos. Que, comparativamente, los contratos realizados por el Ministerio de Educación e INFES presentaron propuestas menores que a las empresas que se concedieron la. Buena Pro. Que la sobrevaloración de las motos ascendió a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Que la encausada Escobedo Santos, representante legal de MAGDA, está incursa en el delito de falsificación de documentos porque era esposa de un Congresista y pese a ello declaró no tener incompatibilidad alguna para intervenir en las licitaciones.

Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas cinco mil doscientos noventa, son los hechos penalmente relevantes. Así:

A. Los miembros del Comité Especial de la Licitación Pública Nacional número cero cero siete — dos mil tres —REGIÓN CALLAO, Palomino Rojas, Dávila Arenaza y Hernández Tejada, aprobaron la buena pro a las empresas MAGENSA Sociedad Anónima Cerrada y Diseño Línea Uno Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, para la adquisición de mobiliario escolar (Módulos para Inicial, Educación Especial, Primaria, Secundaria y Profesores). El contrato con la primera empresa se suscribió el siete de mayo de dos mil cuatro por un monto de doscientos veinticinco mil uno nuevos soles con treinta y nueve céntimos, y el contrato con la empresa Mariscal Castilla Sociedad Anónima Cerrada, que se firmó con esta última firma porque la empresa ganadora no se presentó a la suscripción del contrato, se suscribió el veintiocho de mayo de dos mil cuatro por la suma de un millón seiscientos cincuenta y dos mil setecientos ochenta nuevos soles. Según el Informe de Verificación de Denuncias de la Contraloría General de la Republica, efectuada una revisión a las prestaciones similares contenidas en las propuestas técnicas de la mencionada licitación, la sobrevaloración alcanza el monto de ciento ochenta y siete mil sesenta y dos nuevos soles con noventa y seis céntimos.

B. Los miembros del Comité Especial de la Licitación Pública Internacional número cero cero cinco — dos mil cuatro — REGIÓN CALLAO, "Proyecto Mejoramiento de la seguridad Ciudadana en la Provincia Constitucional del Callao", Palomino Rojas, Hernández Tejada y Dávila Arenaza, aprobaron la buena pro a la empresa Desert Sport Racing Sociedad Anónima Cerrada para la adquisición de ochenta motocicletas para ciudad y veinte motocicletas para todo terreno por un monto de un millón doscientos treinta y dos mil cien nuevos soles con treinta céntimos. Esa cantidad no guarda relación con los precios de mercado para el ejercicio dos mil cuatro, y según la Contraloría General de la República la sobrevaloración asciende a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Aparte de la responsabilidad de los miembros del Comité Especial, también son responsables los funcionarios Benites Chacón —de la Oficina de Construcción—, Miranda Bueno —de la Oficina de Construcción—, Vázquez Reyes —Gerente Regional de Infraestructura—, Cisneros Tarmeño —Jefe de Contabilidad— y Reyes Cañari —Jefe de Tesorería-, por haber dejado de observar sus funciones debido al cargo que cada uno ostentaba, defraudando de este modo al Gobierno Regional del Callao

C. Los encausados Palomino Rojas —Gerente Administrativo—, Dávila Arenaza —Jefe de Logística—, Reyes Cañari —Jefe de Tesorería-- [miembros del Comité Especial encargado de los procesos de Licitación Pública y Concurso Público de Bienes y Servicios, así como de los procesos de Adjudicación Directa Publica, Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación Directa de Menor Cuantía de Bienes y Servicios: Resolución Ejecutiva Regional número cero cincuenta y ocho - dos mil cuatro —REGIÓN CALLAO-PR, del doce de febrero de dos mil cuatro], Paredes Paredes —Jefe encargado de la Unidad de Menor Cuantía— y Llanos Guiño —Jefe encargado de la Unidad de Menor Cuantía—, pese a conocer que la empresa "Inversiones Magda Sociedad Anónima", de propiedad de la encausada Escobedo Santos, cónyuge del Congresista Alberto Atenagros Cruz Loyola, no podía ser postor ni contratar con el Estado por impedirlo el artículo nueve, literales a), c) y d) del Texto Único Ordenado de la Ley de Contratación y Adjudicaciones del Estado, se interesaron en que dicha empresa participe como postor y gane la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero trece - dos mil cuatro -REGIÓN CALLAO y las Adquisiciones de Menor Cuantía número dos mil ciento cincuenta y cuatro - dos mil cuatro y dos mil cuatrocientos treinta y ocho - dos mil cuatro - REGIÓN CALLAO, destinadas a la adquisición de lubricantes y grasas, aceite hidráulico y baterías de diversas placas para el Proyecto Piloto "El Mirador",

respectivamente, a consecuencia de lo cual obtuvo un beneficio global de doscientos veinte mil novecientos uno nuevos soles con cincuenta y dos céntimos.

D. La encausada Escobedo Santos, Gerente General de Inversiones Magda Sociedad Anónima, participó a través de dicha empresa en los procesos de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero trece - dos mil cuatro — REGIÓN CALLAO y las Adquisiciones de menor cuantía número dos mil ciento cincuenta y cuatro - dos mil cuatro y dos mil cuatrocientos treinta y ocho — dos mil cuatro - REGIÓN CALLAO, a cuyo efecto presentó una declaración jurada que expresaba que no tenía ningún impedimento para participar en el proceso de selección —véase fojas quinientos noventa y tres, quinientos noventa y cuatro y quinientos noventa y seis—, pese a su condición de cónyuge del congresista Cruz Loyola, lo que le impedía intervenir en esas contrataciones públicas.

Tercero: Que el señor Fiscal estimó que ocho encausados: Palomino Rojas, Dávila Atenaza, Hernández Tejada, Cisneros Tarmeño, Reyes Cañari, Benites, Chacón, Miranda Bueno y Vásquez Reyes, incurrieron en la comisión del delito de colusión ilegal; cinco encausados: Palomino Rojas, Reyes Cañari, Dávila Arenaza, Paredes Paredes y Llanos Guiño, cometieron el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; y una encausada: Escobedo Santos perpetró el delito de falsificación de documentos.

Cuarto: Que, en cuanto a los hechos tercero y cuatro -literales C) y D) del fundamento jurídico segundo—, cuyo núcleo es el presunto impedimento legal para que la empresa Inversiones Magda Sociedad Anónima participe en los procesos de contratación pública, el Tribunal de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado en cuatro decisiones, expedidas en diciembre de dos mil cinco y enero de dos mil seis, y recaídas en los procesos de contratación públicas objeto del presente proceso penal (fojas cuatro mil trescientos cincuenta y tres a cuatro mil trescientos sesenta y siete), declaró que a la fecha de celebración de los contratos el Congresista Cruz Loyola no era accionista de esa empresa —él transfirió sus acciones a sus hijas el veintisiete de marzo de dos mil dos— y, además, la restricción para ser postor está relacionado con el ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenece las funciones del congresista —el Gobierno Regional del Callao no está supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso—.

En tal virtud, vista la decisión del órgano administrativo competente para su calificación, es de concluir que los cargos derivados de esos hechos: negociación incompatible y falsificación de documentos, carecen de relevancia penal.

La absolución está arreglada a Ley. La impugnación de la parte civil debe desestimarse.

Quinto: Que, respecto de los cargos por delito de colusión, materia de los hechos primero y segundo —literales A) y B) del fundamento jurídico segundo, es de resaltar, dos datos trascendentes de carácter preliminar.

A. El delito de colusión requiere que el funcionario público, en el ejercicio abusivo de su cargo -lesionando deberes del cargo que desempeña—, defrauda al Estado —asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado concertándose con los interesados —la conducta defraudatoria se expresa en la celebración o ejecución de un contrato público acordando con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de la que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación-. Ello implica, como es obvio, que el particular participa del injusto típico como partícipe necesario --se trata de un delito de encuentro— y, por ende, debe ser objeto de imputación, pues sin ellos, en tanto en cuanto realicen un aporte al hecho común, seria impracticable la tipicidad del delito. Si se

tiene en cuenta que se atribuye una sobrevaloración de los bienes vendidos al Gobierno Regional del Callao, el hecho de no imputarse cargos a los titulares identificados de las empresas que ganaron la buena pro, resta fuerza a la acusación y no permite, de inicio, estimar maniobras conjuntas de concertación defraudatoria en perjuicio de la hacienda pública.

B. La base de la incriminación está en el "Informe de Verificación de Denuncias número cero tres — dos mil cinco CG/GDPC", de fojas noventa y tres a trescientos cuarenta y cinco. Según su texto, los bienes adquiridos en las cantidades cuestionadas no guardan relación con los precios de mercado para el ejercicio dos mil cuatro. Sin embargo, ese Informe no es una auditoria gubernamental completa o acabada, solo es producto de una acción de control denominada "acción rápida", regulada por la Directiva número cero once — dos mil cuatro — CG/GTDPC, que requiere para su confirmación de una investigación ampliatoria —que ha de ser realizada por la correspondiente Unidad Técnica Especializada de la Policía Nacional—. Según los auditores que lo elaboraron se trató de un informe en base a documentos, en el que se compararon precios de adquisiciones similares, pero no es un informe acabado —declaraciones plenariales de fojas seis mil ciento cuarenta y seis mil ciento cuarenta y tres—.

Sexto: Que como el aspecto esencial de lo que, de cara a las exigencias típicas, debe probarse en autos es la existencia del pacto colusorio a partir de la determinación de precios por encima del mercado en el año dos mil cuatro, es evidente que un simple análisis de comparación externa de diversos procesos de contratación pública resulta insuficiente, en la medida en que se requiere de informes de tasación que revelen inconcusamente, comparando precios de los mismos productos y en las mismas condiciones, una sobrevaloración inexplicable y lesiva al interés estatal. Tales constataciones no se han realizado.

La investigación policial reflejada en el Atestado Policial número ciento diez — dos mil cinco — DIRCOCOR PNP DNPACGR/E2, de fojas dos a noventa y uno, no agregó nuevos datos. Las declaraciones de los funcionarios imputados y de otros funcionarios del Gobierno Regional del Callao prestadas en sede preliminar, sumarial y plenarial, así como del Gerente General de Honda del Perú Sociedad Anónima —declaración plenarial de fojas seis mil ciento treinta y nueve— insisten en la corrección administrativa de su conducta y en que no negociaron o pactaron precios artificialmente elevados para perjudicar la hacienda pública y beneficiarse a expensas de ella. No existe prueba en contrario.

La pericia número treinta y cinco — dos mil cinco —DIRCOCOR—PNP/DIVAMPDICE de fojas tres mil seiscientos cuarenta y cinco precisó lo siguiente:

A. Respecto del primer cargo, anotó que no existe documentación suficiente para efectuar una comparación de precios ofertados por las firmas MAGENSA, Maderera Mariscal Castilla y otras empresas al Ministerio de Educación e INFES. Por ende, queda descartada por la propia instancia administrativa-policial la referida imputación.

B. En lo atinente al segundo cargo, apuntó que se promedió indebidamente las cotizaciones de motocicletas para todo terreno y de ciudad obtenidas de las empresas Honda del Perú Sociedad Anónima y Yamaha Motor del Perú Sociedad Anónima, que correspondían a bienes de distinta calidad y soporte técnico, incrementándose el valor referencial en ciento cincuenta y ocho mil cien nuevos soles y, consecuentemente, la existencia de una presunta sobrevaloración ascendente a doscientos treinta y dos mil nuevos soles con relación al precio ofertado y pactado a la empresa Desert Sport Racing Sociedad Anónima Cerrada, ganadora de la Buena Pro. Sin embargo, como se ha enfatizado en el primer párrafo de

este fundamento jurídico, y lo resalta el señor Fiscal Supremo en lo Penal, esas inferencias no parten de una premisa fáctica consolidada pericialmente, por tanto, no tienen entidad para fundar un juicio condenatorio.

Séptimo: Que, en consecuencia, la prueba de cargo no cumple con el requisito de suficiencia, en tanto regla de juicio, para enervar la presunción constitucional de inocencia de los acusados. No se ha probado, más allá de toda duda razonable, que los imputados se concertaron con los titulares de las empresas privadas que ganaron la buena pro, y que en connivencia con estos últimos sobrevaloraron los precios de los bienes adquiridos por el Gobierno Regional del Callao perjudicando la hacienda pública.

La absolución esta arreglada a derecho. El recurso acusatorio debe rechazarse.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seis mil doscientos setenta, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, que absolvió a: **1.** Yván Palomino Rojas, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Freddy Hernández Tejada, Guillermo Jacinto Cisneros Tarmeño, Rosendo Juan Reyes Cañari, Margarita Angélica Benites Chacón, Santos Rafael Miranda Bueno y Zoila Ruth Vásquez Reyes de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión ilegal en agravio del Gobierno Regional del Callao; **2.** Yván Palomino Rojas, Rosendo Juan Reyes Cañari, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Oscar Paredes Paredes y Carlos Fernando Llanos Guiño de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Gobierno Regional del Callao; **3.** Rebeca Noemí Escobedo Santos de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de falsificación de documentos en agravio del Gobierno Regional del Callao; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.—

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

§ 5. Delito contra el Patrimonio Cultural de la Nación: R. N. N.º 5083-2008 (20/01/2010)

a. Delito contra el patrimonio cultural de la Nación. Exigencia de dolo en el agente. Diferencia entre dolo eventual y dolo directo. *Que, en el aspecto subjetivo, el delito juzgado requiere que el agente actúe con dolo, es decir con el conocimiento de la realización del tipo penal y que su conducta se dirija hacia la prosecución de una finalidad considerada inaceptable por la normativa penal, ya sea que infrinja una prohibición o no se acate un mandato imperativo. Según la tesis incriminatoria los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel actuaron con dolo eventual.*

Se conoce en la doctrina como dolo eventual, aquella clase de dolo en la que el autor se representa como posible la concreción del resultado y pese a ello no se abstiene de actuar, por el contrario, se conforma con ello -teoría de la representación o de la probabilidad-. El agente sabe que el riesgo de su comportamiento es elevado, pero acepta la probable realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente persigue, al decidirse actuar, alcanzar el fin propuesto, en el dolo eventual no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable ante el riesgo que importa su conducta.

Que está acreditado el conocimiento por parte de los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel del peligro que representaba la instalación de una pesada grúa en un lugar inapropiado, para lo cual tuvo que utilizarse durmientes de madera sobre los cuales apoyarse, y a pesar que uno de ellos se encontraba cediendo, decidieron continuar con el rodaje el spot publicitario, de suerte que asumieron el riesgo que ello importaba, pues lejos de rechazarlo aceptaron como probable la causación de un resultado como el producido, lo cual evidencia que actuaron con dolo eventual, en los términos que se tiene expuesto, lo que descarta la tesis de un accidente. Por tanto, sus conductas merecen el reproche social y una sanción penal.

b. Delito de omisión de deberes funcionales. Requisitos para su configuración. *Que, en cuanto al delito de omisión de deberes de funcionario público, previsto en el artículo doscientos veintinueve del Código Penal, cabe indicar que este tipo penal requiere para su configuración que el agente, de manera dolosa, omita los deberes de su cargo, como en el presente caso, para facilitar la destrucción del monumento histórico. Estos elementos típicos que no se han logrado acreditar en el presente caso, pues si bien* ***(i)*** *el encausado Manrique Villalobos como Director Departamental del INC - Cusco emitió una autorización sin que la solicitante cumpla con los requisitos exigidos en la guía de servicios;* ***(ii)*** *esta autorización se expidió de manera irregular -un día en horas de la noche, fuera del horario normal de trabajo y en la puerta de una iglesia,*

a la salida de una misa-; y ***(iii)*** *era muy genérica, todo ello evidencia una grave negligencia en el desempeño de sus funciones, pero de ninguna manera puede ser reputada como dolosa al no guardar relación con los hechos producidos. En todo caso, se trataría de un delito culposo, previsto en el segundo párrafo del citado artículo, sin embargo por el tiempo transcurrido la acción penal habría prescrito. Por consiguiente debe absolvérsele al citado encausado de los cargos formulados en su contra, de conformidad con el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, y así deberá declararse.*

c. Negociación incompatible. Absolución. Hechos no se subsumen en tipo penal. *Que, en relación al extremo absolutorio, la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, requiere para su configuración que el funcionario público se interese en forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene. Estos elementos del tipo penal no concurren en el presente caso, pues la conducta realizada por los encausados Manrique Villalobos y Walde Salazar fue la de incumplir con sus deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para realizar una filmación en la ciudadela de Machu Picchu, lo que a la postre ocasionó el fatal resultado. Lo que no se evidencia es que haya existido un interés por parte de estos de obtener un provecho para sí o para otro, por lo que la absolución dictada se encuentra conforme a lo actuado.*

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 5083-2008

CUSCO

Lima, veinte de enero de dos mil diez.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, los encausados Eddy Oscar Romero Pascua, Cecilia Carolina Castillo Pretell y Gustavo Alfredo Manrique Villalobos, así como el tercero civil responsable contra la sentencia de fojas dos mil setecientos cincuenta y tres, del uno de octubre de dos mil ocho, en los extremos que (i) absolvió al citado Manrique Villalobos y Héctor Augusto Walde Salazar de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - negociación incompatible en agravio del Estado; **(ii)** y condenó a Eddy Oscar Romero Pascua y Cecilia Carolina Castillo Pretel como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra el Patrimonio Cultural - destrucción y alteración de bienes del patrimonio cultural prehispánico y a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos como autor del delito contra el Patrimonio Cultural - omisión de deberes de funcionario público, todos ellos en agravio del Santuario Histórico de Macchu Picchu y del Estado.

Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco en la sentencia de fojas dos mil setecientos cincuenta y tres, del uno de octubre de dos mil ocho, decidió lo siguiente:

A. Absolvió a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos y Héctor Augusto Walde Salazar de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - negociación incompatible en agravio del Estado.

B. Condenó a Eddy Oscar Romero Pascua como autor del delito contra el Patrimonio Cultural - destrucción y alteración de bienes del patrimonio cultural prehispánico en agravio del Santuario Histórico de Machu Picchu y del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y ciento ochenta días multa.

C. Condenó a Cecilia Carolina Castillo Pretel como cómplice del delito contra el Patrimonio Cultural - destrucción y alteración de bienes del patrimonio cultural prehispánico en agravio del Santuario Histórico de Machu Picchu y del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y ciento ochenta días multa.

D. Condenó a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos como autor del delito contra el patrimonio cultural - omisión de deberes de funcionario público en agravio del Santuario Histórico de Machu Picchu y del Estado a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de dos años.

E. Declaró infundada la petición de exclusión como tercero civil responsable de la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston.

Segundo: Que el Fiscal Superior interpuso recurso de nulidad respecto del extremo absolutorio, así como de la pena impuesta a los condenados.

En su recurso formalizado de fojas dos mil ochocientos doce, en lo que concierne a los condenados, alega que la pena impuesta no corresponde a la naturaleza del hecho cometido, pues resulta excesivamente benigna en consideración al daño causado al tratarse de un patrimonio cultural de la humanidad. Agrega, en relación al extremo absolutorio, que la recurrida no contiene una adecuada valoración de las pruebas actuadas; que no se pronunció respecto al pedido que realizara de remitir copias a la fiscalía de turno en relación a la actuación de la persona de Juana Rosa Lianaje Bocangel.

Tercero: Que los encausados Manrique Villalobos, Romero Pascua y Castillo Pretel rechazan el extremo condenatorio.

A. En su recurso formalizado de fojas dos mil setecientos ochenta y cuatro, el encausado Manrique Villalobos sostiene que la condena impuesta tiene fundamento en la presión pública que se ejerció sobre los magistrados, quienes lo han condenado por un hecho que no cometió; que la atribución de haber actuado con dolo eventual no tiene asidero; que la autorización que firmó en su condición de funcionario público, se refería a una filmación sobre la salida del sol en el parque arqueológico de Macchu Picchu y si bien se hizo referencia al uso del Intihuatana el motivo era darle realce al producto y en ella nunca se consideró la posibilidad de ingresar una grúa; que los hechos son el resultado de un accidente y por ende no pueden ser atribuidos a título de dolo o culpa.

B. El procesado Romero Pascua en su recurso formalizado de fojas dos mil setecientos noventa y cuatro sostiene que si bien estuvo a cargo de la dirección artística del spot publicitario que se filmó en Macchu Picchu, no puede responsabilizársele por el manejo de la grúa o las cámaras con las que se estaban realizando la filmación y peor aún atribuirle a su comportamiento un dolo eventual, dado que para su configuración requiere la intención de causar daño.

C. En su recurso formalizado de fojas dos mil ochocientos seis la encausada Castillo Pretel acota que fue subcontratada para llevar a cabo el comercial; que su labor fue la de productora de campo y en tal condición se encargó de realizar todos los trámites e ingresar con todo el equipo, entre los que se encontraba la grúa y el personal, a la zona de filmación; que se procedió al retiro del cordón de seguridad del Intihuatana con conocimiento del director del parque histórico; que en circunstancias que se efectuaba una prueba se quebró uno de los durmientes de la grúa, que al caer ocasionó el desprendimiento de la arista sur de la piedra, enfatizando que en ningún momento le pusieron en conocimiento esta situación.

Cuarto: Que la defensa del tercero civil responsable en su recurso de fojas dos mil setecientos noventa y nueve alega que al haberse desistido la parte civil de su pretensión resarcitoria, al señalar que era interés del Estado recurrir a la vía civil a fin de obtener una indemnización acorde con el daño causado, la relación jurídico procesal indemnizatoria del proceso penal se extinguió, por lo que el órgano jurisdiccional está imposibilitado de efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

Quinto: Que, según la acusación fiscal de fojas dos mil doscientos ochenta y siete, los hechos penalmente relevantes son los siguientes:

1. El encausado Gustavo Augusto Manrique Villalobos con fecha seis de septiembre de dos mil, en su calidad de Director departamental del Instituto Nacional de Cultura INC-Cusco, sin que la productora Cecilia Castillo Pretel cumpla con todos los requisitos exigidos por la guía de servicios vigente a esa fecha, autorizó a dicha productora el ingreso a la ciudadela inca de Machu Picchu para la producción del spot publicitario del producto Cerveza Cusqueña en el sector del Intihuatana, previo pago de la tasa respectiva de setecientos cincuenta nuevos soles, con el resultado final del daño irreversible de la estructura lítica.

2. La procesada Cecilia Carolina Castillo Pretel, en su condición de representante legal de la persona jurídica denominada "Productora Cecilia Castillo Pretel", y Eddy Oscar Romero Pascua, director del comercial, utilizaron la autorización genérica otorgada por su coprocesado Manrique Villalobos e ingresaron a la ciudadela de Macchu Picchu, siendo aproximadamente las cinco de la mañana del día ocho del citado mes y año, portando un equipo de filmación pesado de setecientos ochenta y siete kilos (grúa de filmación Dolly). A estos efectos retiraron los cordones de seguridad y resguardo de la piedra lítica del Intihuatana e instalaron los equipos de filmación, para luego proceder a realizar su trabajo, colocando inclusive botellas de cerveza así como vasos de cristal sobre el reloj solar, pese a estar prohibido.

3. El encausado Héctor Augusto Walde Salazar, en su condición de Director del Santuario Histórico de Macchu Picchu, recomendó a los vigilantes de la citada ciudadela que otorguen todas las facilidades del caso para que sus coprocesados Romero Pascua y Castillo Pretel realicen la filmación, comunicando vía telefónica y a través de radio que ellos retirarían los medios de protección del Intihuatana. No se hizo nada para impedir o paralizar esos trabajos, hasta que a promediar las doce horas y cuarenta minutos de la tarde se produjo

la ruptura de la arista sur de la piedra lítica del Intihuatana debido a la caída de la grúa de filmación.

Sexto: Que el artículo doscientos veintiocho del Código Penal sanciona a aquél que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida. Al respecto cabe destacar que la piedra lítica, parcialmente destruida, denominada "Intihuatana" -que etimológicamente significa *"donde se amarra el sol"*- forma parte del Santuario Inca de Machu Picchu -así declarado mediante Decreto Supremo número cero cero uno guión ochenta y uno guión AA, de enero de mil novecientos ochenta y uno-, y como tal pertenece al patrimonio cultural prehispánico de la Nación. Es una escultura tallada *in situ*, en forma de prisma de base cuadrangular, esculpida en piedra maciza, que forma parte de una afloración rocosa de granito. Se encuentra ubicada al lado sur-occidental de la plaza mayor de la ciudadela inca, en la parte más alta de una colina y sobre una elevación, a la que se asciende por escalones finamente labrados en pie. Era una pieza que cumplía funciones de medición y cálculo de fechas importantes del calendario solar inca, a través de las sombras que arroja en los solsticios y equinoccios.

El impacto de la grúa de filmación causó la fractura de la arista superior del lado sur del elemento central y vertical del "Reloj Solar" y el desprendimiento de un trozo de forma piramidal. Tales hechos debidamente acreditados -que por lo demás no han sido objeto de cuestionamiento-, configuran el elemento objetivo del tipo penal bajo comento.

Los encausados han sostenido que la rotura de la arista sur de la piedra lítica fue un accidente, por lo que no pueden responder por lo ocurrido. En tal sentido, el presente recurso se circunscribe a determinar si la conducta desplegada por los encausados debe responder a título de dolo eventual -tal como se sostiene en la tesis incriminatoria formulada en la acusación fiscal- o si, por el contrario, se trata de un simple accidente.

Séptimo: Que los encausados Romero Pascua -director del spot publicitario-y Castillo Pretel -productora de campo- han sostenido como versión exculpatoria que todo se debió a un accidente; que su comportamiento carece de dolo, pues no tuvieron la intención de causar daño alguno al monumento histórico; que en todo caso el responsable es el camarógrafo.

Sin embargo, existen evidencias que acreditan **(i)** que los citados encausados a pesar de tener conocimiento que el lugar no era apropiado para instalar una grúa tan pesada; **(ii)** que los durmientes sobre los que se instaló se encontraban cediendo; **(iii)** que hicieron caso omiso a tales advertencias y decidieron continuar con la filmación del comercial. Al respecto se tiene la declaración instructiva de Walter Leónidas Espinoza Zárate, de fojas mil setecientos sesenta y seis - quien era el camarógrafo de la filmación y por los mismos hechos fue condenado mediante sentencia del tres de noviembre de dos mil cinco, de fojas mil ochocientos sesenta y cinco, confirmada mediante sentencia de vista del trece de enero de dos mil seis, de fojas dos mil treinta y ocho-. Expresó el citado encausado que inicialmente se negó a armar la grúa a causa del desnivel de la superficie y la existencia de la soguilla de seguridad en torno al Intihuatana; que los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel se enojaron y luego de comunicarse con el director del parque, el encausado Walde Salazar -este último se constituyó al lugar e hizo retirar la soguilla de seguridad y recomendó a su personal que brinde todas las facilidades para la filmación-, le ordenaron que continúe con la instalación de la grúa; que utilizó durmientes a fin de nivelar la superficie; que en pleno rodaje comunicó al encausado Romero Pascua de la fractura de uno de los durmientes que soportaban el peso de la grúa pero dicho imputado ordenó que se prosiga con la filmación, lo que a la postre ocasionó el daño sobre el monumento histórico.

Octavo: Que, en el aspecto subjetivo, el delito juzgado requiere que el agente actúe con dolo, es decir con el conocimiento de la realización del tipo penal y que su conducta se dirija hacia la prosecución de una finalidad considerada inaceptable por la normativa penal, ya sea que infrinja una prohibición o no se acate un mandato imperativo. Según la tesis incriminatoria los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel actuaron con dolo eventual.

Se conoce en la doctrina como dolo eventual, aquella clase de dolo en la que el autor se representa como posible la concreción del resultado y pese a ello no se abstiene de actuar, por el contrario, se conforma con ello -teoría de la representación o de la probabilidad-. El agente sabe que el riesgo de su comportamiento es elevado, pero acepta la probable realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente persigue, al decidirse actuar, alcanzar el fin propuesto, en el dolo eventual no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable ante el riesgo que importa su conducta.

Noveno: Que está acreditado el conocimiento por parte de los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel del peligro que representaba la instalación de una pesada grúa en un lugar inapropiado, para lo cual tuvo que utilizarse durmientes de madera sobre los cuales apoyarse, y a pesar que uno de ellos se encontraba cediendo, decidieron continuar con el rodaje el spot publicitario, de suerte que asumieron el riesgo que ello importaba, pues lejos de rechazarlo aceptaron como probable la causación de un resultado como el producido, lo cual evidencia que actuaron con dolo eventual, en los términos que se tiene expuesto, lo que descarta la tesis de un accidente. Por tanto, sus conductas merecen el reproche social y una sanción penal.

Décimo: Que, ahora bien, el señor Fiscal Superior impugna el quantum de la pena impuesta [a los acusados Romero Pascua y Castillo Pretel se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de tres años], en tanto en cuanto la sanción punitiva ha de responder a las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad jurídica que imponen la naturaleza y gravedad del hecho imputado. En el presente caso es pertinente fortalecer el efecto preventivo general de la pena ante un delito que atenta contra el patrimonio cultural prehispánico de la Nación, por lo que en el caso *sub judice* no cabe aplicar la suspensión de la ejecución de la pena [que en puridad sólo implica un régimen de reglas de conducta y la obligación de no delinquir durante un determinado periodo de prueba, fijado en atención a un criterio de pronóstico favorable de conducta futura de quien ha delinquido]. No obstante, la extensión de la pena privativa de libertad impuesta hace aplicable la medida alternativa y subsidiaria de conversión de la pena. En tal sentido, la pena privativa de libertad que se imponga con carácter efectiva debe ser reemplazada por una pena limitativa de derechos de prestación de servicios a la comunidad, a cuyo efecto se ha de utilizar las reglas de conversión que establece el artículo cincuenta y dos del Código Penal.

Décimo Primero: Que, en cuanto al delito de omisión de deberes de funcionario público, previsto en el artículo doscientos veintinueve del Código Penal, cabe indicar que este tipo penal requiere para su configuración que el agente, de manera dolosa, omita los deberes de su cargo, como en el presente caso, para facilitar la destrucción del monumento histórico. Estos elementos típicos que no se han logrado acreditar en el presente caso, pues si bien **(i)** el encausado Manrique Villalobos como Director Departamental del INC - Cusco emitió una autorización sin que la solicitante cumpla con los requisitos exigidos en la guía de servicios; **(ii)** esta autorización se expidió de manera irregular -un día en horas de la noche, fuera del horario normal de trabajo y en la puerta de una iglesia, a la salida de una misa-; y **(iii)** era muy genérica, todo ello evidencia una grave negligencia en el desempeño de sus funciones, pero de ninguna manera puede ser reputada como dolosa al no guardar relación con los hechos

producidos. En todo caso, se trataría de un delito culposo, previsto en el segundo párrafo del citado artículo, sin embargo por el tiempo transcurrido la acción penal habría prescrito. Por consiguiente debe absolvérsele al citado encausado de los cargos formulados en su contra, de conformidad con el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, y así deberá declararse.

Décimo Segundo: Que, en relación al extremo absolutorio, la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, requiere para su configuración que el funcionario público se interese en forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene. Estos elementos del tipo penal no concurren en el presente caso, pues la conducta realizada por los encausados Manrique Villalobos y Walde Salazar fue la de incumplir con sus deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para realizar una filmación en la ciudadela de Machu Picchu, lo que a la postre ocasionó el fatal resultado. Lo que no se evidencia es que haya existido un interés por parte de estos de obtener un provecho para sí o para otro, por lo que la absolución dictada se encuentra conforme a lo actuado.

Décimo Tercero: Que la reparación civil importa el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima. Sólo en tal sentido se entiende la figura del tercero civil responsable, que es aquel que, si bien no es el autor del delito, se encuentra obligado junto a este, de manera solidaria -por criterios de imputación o factores de atribución objetivos o indirectos-, a responder por los danos ocasionados por el hecho delictivo, de conformidad con el artículo noventa y cinco del Código Penal.

En el presenta caso, el Procurador P6blico -parte civil en el presente proceso- mediante escrito de fojas mil quinientos setenta y cinco, se desiste de su pretensión indemnizatoria, alegando que hará valer su derecho en la vía civil correspondiente ante el grave daño causado, lo cual es aceptado por el Juez de la causa, conforme es de verse de la resolución de fojas mil quinientos setenta y siete, del cinco de octubre de dos mil cuatro; desistimiento que ha quedado debidamente consentido, en mérito de lo cual el señor Fiscal Superior al momento de formular su acusación fiscal tampoco introdujo pretensión indemnizatoria alguna.

En tal sentido, al haberse extinguido la relación jurídico procesal indemnizatoria al interior del presente proceso penal no puede mantenerse vigente la situación jurídica del tercero civil responsable - Unión de Cervecerías Backus y Johnston-, pues ello sólo tiene sentido en caso que éste *vaya* a responder de una eventual reparación civil, lo cual en el caso de autos no podrá suceder por el desistimiento formulado por la propia parte civil.

Los agravios expuestos en este extremo deben ser amparados.

Décimo Cuarto: Que, en cuanto a la petición del Fiscal Superior de remitir copias certificadas de lo actuado a la Fiscalía de turno a efecto que se pronuncie sobre la actuación de la persona de Juana Rosa Lianaje Bocangel, de autos se advierte que la Sala Juzgadora omitió pronunciarse al respecto, razón por la cual resulta necesario disponer las acciones necesarias para que el Ministerio Público como titular de la acción penal se pronuncie sobre este particular conforme a sus atribuciones.

Décimo Quinto: Que, por último, resulta amparable lo solicitado por el señor Fiscal Supremo en el único otrosí de su dictamen porque en la tramitación del presente proceso no sólo se produjo una demora excesiva que afecta el derecho at plazo razonable, imputable a los ma-

gistrados, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público que conocieron del presente proceso penal, sino que, y esto es lo más grave, se incurrió en serias irregularidades en la aplicación de las normas de carácter procesal, lo que amerita que sean investigadas por los órganos de control interno de ambas instituciones.

DECISIÓN

Por estos fundamentos. De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil setecientos cincuenta y tres, del uno de octubre de dos mil ocho, en cuanto absolvió a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos y Héctor Augusto Walde Salazar de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - negociación incompatible en agravio del Estado.

II. Declararon **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que condenó a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos como autor del delito contra el Patrimonio Cultural - omisión de deberes de funcionario público en agravio del Santuario Histórico de Machu Picchu y del Estado a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de dos años; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito e indicados agraviados; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes penales y policiales que se hubieren podido generar a raíz del presente proceso, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve.

III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia en la parte que condenó a Eddy Oscar Romero Pascua como autor, y a Cecilia Carolina Castillo Pretel como cómplice, del delito contra el Patrimonio Cultural - destrucción y alteración de bienes del patrimonio cultural prehispánico en agravio del Santuario Histórico de Machu Picchu y del Estado.

IV. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que impone a los encausados Eddy Oscar Romero Pascua y Cecilia Carolina Castillo Pretel cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años; reformándola: les **IMPUSIERON** cuatro años de pena privativa de libertad con carácter efectiva pero que se convierte en doscientos ocho jornadas semanales de prestación de servicios a la comunidad, según la equivalencia regulada en el artículo cincuenta y dos del Código Penal, debiendo procederse para su ejecución conforme a ley.

V. Declararon **HABER NULIDAD** en la anotada sentencia en cuanto declara infundada la solicitud de exclusión como tercero civil responsable de la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston; reformándola: declararon **FUNDADA** dicha petición; en consecuencia: **EXCLUYERON** del presente proceso a la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle en la acción civil que se le sigue por los daños derivados de estos hechos.

VI. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso.

VII. DISPUSIERON se remitan copias certificadas de los actuados pertinentes a la Fiscalía Provincial de Turno del Cusco a fin de que se pronuncie conforme a sus atribuciones en relación a la actuación de Juana Rosa Lianaje Bocangel, conforme a lo solicitado por el señor Fiscal Superior.

VIII. MANDARON se remitan copias certificadas de los actuados pertinentes a los órganos de Control Interno, tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, a fin de que investiguen las actuaciones de todos los magistrados que intervinieron en el presente proceso, conforme a lo expuesto en el décimo cuarto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema y en el único otrosí del Dictamen del señor Fiscal Supremo; y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

§ 6. Negociación incompatible: R. N. N.º 1069-2009 (23/02/2010)

Negociación incompatible. Absolución. Hechos no calificaban como ilícitos al momento de su comisión. *Que, por otro lado, en el extremo que recae sobre la conducta del encausado calificada como negociación incompatible, de autos se desprende que los hechos imputados se dieron en fecha anterior -diciembre de dos mil tres y enero de dos mil cuatro- a la entrada en vigencia de la figura típica que criminaliza la conducta supuestamente vulnerada por el encausado y que se desprende del artículo trescientos treinta y nueve del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro; que, por tanto, en aplicación del principio de legalidad, procede su absolución [...].*

SALA PENAL PERMANENTE R.N. Nº 1069-2009

HUAURA

Lima, veintitrés de febrero de dos mil diez

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y la Procuraduría Pública Anticorrupción contra la sentencia de fojas ochocientos once, del treinta de diciembre de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ochocientos treinta y dos sostiene que la Sala Superior no valoró adecuadamente los alcances del dictamen contable que arrojó que el encausado Ezequiel Mandamiento Grados se apropió de los stickers que tenía bajo su administración y que los negoció; que el faltante de seis mil doscientos stickers que contaban con un valor económico para el municipio obedece a una conducta sistemática del encausado destinada a beneficiarse personalmente en perjuicio de la comuna agraviada; que el encausado exprofesamente dejó espacios en blanco en los libros de control a efecto de utilizarlos para justificar la apropiación indebida; que la pericia ordenada detalló la cantidad de los stickers faltantes y el perjuicio económico al municipio.

Segundo: Que la Procuraduría Pública Anticorrupción en su recurso formalizado de fojas ochocientos cuarenta y cinco alega que no se ha valorado debidamente la pericia que obra en autos y que determinó la falta de stickers y la duplicidad de los mismos, todo cuanto demuestra que dichos valores han sido ilícitamente negociados; que no se ha producido simples irregularidades administrativas que podrían atribuirse a una conducta culposa; que tampoco se ha observado que el propio encausado ha declarado que en el libro de registro de stickers del año dos mil dos registra indebidamente lo faltante y correspondiente al año dos mil tres y dos mil cuatro, con lo que agrava su situación jurídica.

Tercero: Que según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos noventa y seis, durante los años dos mil tres a dos mil cuatro el encausado Mandamiento Grados ostenta el cargo de Jefe de la Oficina de Tránsito y Transporte Público de la Municipalidad Provincial de Huaura - Huacho y como tal adquiría de manera directa catorce placas para motocicletas al proveedor Geremías Valdivia Sánchez cuando este tipo de adquisiciones se realizaban por intermedio de la Oficina de Logística de la comuna agraviada; que, asimismo, durante se gestión se advirtió la perdida y duplicidad de los stickers que la municipalidad agraviada otorgaba a los vehículos de transporte de su localidad previo pago de los respectivos derechos.

Cuarto: Que la sentencia recurrida, en el extremo que recae sobre la conducta del encausado calificada como peculado, no ha efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación ni ha compulsado adecuadamente la prueba actuada para establecer con certeza su grado de responsabilidad o irresponsabilidad; que el peritaje contable de fojas quinientos ochenta y uno y setecientos setenta no reúne las condiciones mínimas necesarias para otorgarle la fiabilidad del caso, por cuanto si bien encontró la falta de los stickers y ello importaba un derecho que deja de percibir el municipio, no se confronta la información de las "pecosas" ni los cuadernos de cargos que contienen los datos sobre la cantidad exacta y real de los stickers que ingresaron al área que dirigía el encausado; que además no se tiene certeza sobre la numeración de los mismos, es decir si respetaron la correlación en la numeración; que ante estos elementos que no fueron acabadamente dilucidados no se puede aprobar la sentencia impugnada si antes no se recaba la documentación que se menciona; que además resulta imperativo citar al plenario al autor del informe interinstitucional -fojas uno- a fin de que explique cómo logró extraer la cantidad de stickers faltantes, pues este informe sirvió de base para la elaboración del peritaje contable; que, en consecuencia, se deberá convocar a un nuevo juicio oral en el que se traten los puntos detallados.

Quinto: Que, por otro lado, en el extremo que recae sobre la conducta del encausado calificada como negociación incompatible, de autos se desprende que los hechos imputados se dieron en fecha anterior -diciembre de dos mil tres y enero de dos mil cuatro- a la entrada en vigencia de la figura típica que criminaliza la conducta supuestamente vulnerada por el encausado y

que se desprende del artículo trescientos treinta y nueve del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro; que, por tanto, en aplicación del principio de legalidad, procede su absolución; que es de aplicación al caso de autos el segundo párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales.

Por estos fundamentos:

declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos once, del treinta de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absuelve a Ezequiel Mandamiento Grados de la acusación fiscal formulado en su contra por delito Contra la Administración Pública -negociación incompatible- en agravio de la Municipalidad de Huaura - Huacho; declararon **NULA** la propia sentencia en la parte que absuelve a Ezequiel Mandamiento Grados de la acusación Fiscal formulada en su contra por delito Contra la Administración Pública -peculado- en agravio de la Municipalidad de Huaura - Huacho; **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO.

LECAROS CORNEJO.

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

§ 7. Negociación incompatible: R. N. N.º 4259-2008 (09/04/2010)

Negociación incompatible. Absolución. No se acredita injerencia o interés del procesado. *Que de las declaraciones vertidas por Teófilo Abel Zapata Echegaray (quien se desempeña como Jefe de Abastecimiento y fue la persona que se encargó de realizar las cotizaciones e indagaciones de las empresas) y de Erick Robert Vargas Antón, (Gerente Municipal) se evidencia que no le incriminan participación directa o indirecta al encausado en los hechos imputados, aunado a ello se advierte de la proforma generada por la empresa distribuidora COMPUPLANET SCRL. dirigida a los señores de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, de fecha cuatro de mayo de dos mil seis, ha sido firmada por el Gerente de la citada empresa Darwin William Cruz Silva y no por el encausado*

José Luis Rodríguez López, y de los documentos de folios uno a ciento cuatro está acreditado que las diferentes áreas de la Municipalidad, como son Tesorería, Gerencia Municipal, Jefatura de Personal y Logística, han efectuado los requerimientos de computadoras para el uso del sistema integrado financiero (SIAF) sin que vislumbre alguna injerencia o interés por parte del encausado a favor de su empresa. Que en lo atinente que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el Jefe del Área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 4259-2008

TUMBES

Lima, nueve de abril de dos mil diez

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y el señor Procurador Público Anticorrupción, contra la sentencia absolutoria de fojas trescientos setenta y dos de fecha dieciocho de Julio de dos mil ocho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: a)** Que el Fiscal Superior en su recurso fundamentado de fojas trescientos ochenta y cuatro alega que el encausado José Luis Rodríguez López ha tenido una participación directa y vinculante, por cuanto ha intervenido en el proceso de adjudicación directa de equipos de cómputo, elaborando el expediente técnico; y si no ha sido sindicado por los encargados de ejecutar la licitación, ello se debe a que estos no desean autoinculparse, pues debe considerarse que la adjudicación fue otorgada a una empresa que solo tenía un mes de constituida; **b)** Que la parte civil en su recurso fundamentado a fojas trescientos ochenta y nueve aduce que existe un conflicto de compatibilidades, pues siendo el encausado un funcionario público actuó interesado en el contrato de adjudicación que finalmente celebró la entidad edil en su empresa, máxime si este fue el encargado de determinar las características técnicas de los bienes requeridos. **Segundo:** Que conforme se aprecia de la acusación fiscal de fojas doscientos setenta y cuatro, se incrimina al encausado José Luis Rodríguez López haber infringido los lineamientos del tipo penal previsto y penado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en razón que teniendo la condición de trabajador de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes por haber laborado desde el mes de febrero hasta diciembre de dos mil cinco como ingeniero de sistemas de la red de cómputo, encargándose del mantenimiento y reparación de computadoras de la referida entidad edil, suscribiéndose para ello contratos de locación de servicios, labor efectivamente realizada conforme se aprecia

en las constancias de trabajo que obran en autos, aprovechándose de ese vínculo contractual laboral con la entidad edil dada su condición de servidor público conforme lo normado por el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, en el mes de junio dos mil cinco constituye una empresa privada COMPUPLANET SCRL para presuntamente de manera indebida intervenir indirectamente a fin de beneficiar a su aludida empresa, haciéndola ganadora de la buena pro en el proceso de adquisición de cuatro computadoras por parte de la entidad edil. **Tercero:** Que efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional como durante los períodos de la instrucción y el contradictorio oral ante el Juzgado Penal y la Sala Penal Superior respectivamente, no se ha llegado a establecer con la suficiencia que el caso amerita la responsabilidad penal del encausado José Luis Rodríguez López por el delito de negociación incompatible con el cargo, quien alega no haber participado directa ni indirectamente en la adquisición de las computadoras adquiridas por la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, a la Empresa COMPUPLANET SCRL. de la cual reconoce haber sido socio, versión que ha sido corroborada por el Jefe de Abastecimiento Teófilo Abel Zapata Echegaray, quien afirmó que la adquisición de las cuatro computadoras se trató de una adquisición de menor cuantía donde intervinieron el Gerente y el Jefe de Abastecimiento donde el citado encausado no ha tenido participación alguna en la designación de la empresa ganadora de la buena pro para la adquisición de las cuatro computadoras, siendo su persona quien salió a indagar sobre las cotizaciones de las computadoras con las características que había consultado previamente al encausado Rodríguez López, quien se desempeñaba como ingeniero, limitándose éste en proporcionarlas mas no tuvo incidencia ni sugirió en la decisión de la empresa ganadora. **Cuarto:** Que de las declaraciones vertidas por Teófilo Abel Zapata Echegaray (quien se desempeña como Jefe de Abastecimiento y fue la persona que se encargó de realizar las cotizaciones e indagaciones de las empresas) y de Erick Robert Vargas Antón, (Gerente Municipal) se evidencia que no le incriminan participación directa o indirecta al encausado en los hechos imputados (ver fojas trescientos veintiuno), aunado a ello se advierte de la proforma generada por la empresa distribuidora COMPUPLANET SCRL. dirigida a los señores de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, de fecha cuatro de mayo de dos mil seis, ha sido firmada por el Gerente de la citada empresa Darwin William Cruz Silva y no por el encausado José Luis Rodríguez López (ver fojas noventa y cuatro) y de los documentos de folios uno a ciento cuatro está acreditado que las diferentes áreas de la Municipalidad, como son Tesorería, Gerencia Municipal, Jefatura de Personal y Logística, han efectuado los requerimientos de computadoras para el uso del sistema integrado financiero (SIAF) sin que vislumbre alguna injerencia o interés por parte del encausado a favor de su empresa. **Quinto:** Que en lo atinente que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el Jefe del Área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador (ver fojas cuarenta y ocho). Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos setenta y dos de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho que absolvió a José Luis Rodríguez López como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado; representado en la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

§ 8. Negociación incompatible: R. N. N.º 1124-2009 (07/06/2010)

Aprovechamiento indebido del cargo y abuso de autoridad. Absolución. Hechos no se subsumen en los tipos penales denunciados. *Que, en cuanto al delito de aprovechamiento indebido del cargo que se le imputa al encausado, este tiene como origen la no renovación del contrato de trabajo a la docente Huaylla Cáceres, lo que estimamos que podría constituir en cierto modo infracciones pero de naturaleza administrativa, mas no de naturaleza penal, ya que de la compulsa de las pruebas obrantes en autos no se advierte que el encausado Gutiérrez Carrillo haya actuado dolosamente, ni tampoco que se haya reunido clandestinamente con su coencausado Galván Oviedo o se hubiera interesado directa o indirectamente mediante acto simulado en no renovar el contrato a la referida docente, sino que su intervención necesariamente se vio obligada por el cargo que ocupó, por lo que consideramos que prima sobre él la presunción de inocencia, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Finalmente, respecto al delito de abuso de autoridad, debemos precisar que conforme ha quedado acreditado en autos, el encausado Gutiérrez Carrillo en su condición de jefe de personal no tenía la facultad de decidir sobre la contratación o renovación de contratos o despido de personal, resultando atípica la conducta atribuida [...].*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 1124-2009
AYACUCHO

Lima, siete de junio de dos mil diez.-.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público Regional a cargo de la Defensa de los Derechos e intereses del Estado contra la sentencia de fecha veintinueve de

diciembre de dos mil ocho obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y ocho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Procurador Público mediante recurso fundamentado a fojas cuatrocientos setenta y seis alega que se encuentra acreditado que el encausado Gutiérrez Carrillo "abusando de sus facultades de manera verbal informó a la señora Carmen Rosa Huaylla Cáceres que ya no continuaría laborando en su centro de labores, ocasionando este hecho perjuicio de índole económico y moral a la señora Carmen Rosa Huaylla Cáceres". **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal de fojas trescientos seis, que en el mes de marzo de dos mil diez, la docente Huaylla Cáceres fue contratada por el ex Director de la Unidad de Gestión Educativa Local Sucre, bajo el denominado contrato de trabajo de personal docente para las instituciones educativas públicas, tomando posesión del cargo como profesora de la Institución Educativa número veinticuatro mil ciento cincuenta y tres, dicha función alcanzó sólo hasta el treinta y uno de julio de dos mil seis; sin embargo, el encausado al asumir el cargo de Jefe de Personal de la Unidad de Gestión Educativa Local de la Provincia de Sucre no le renovó el contrato, aduciendo que desconocía la situación laboral de la referida docente. **Tercero:** Que, previamente a efectuar el análisis de fondo en el presente caso, debe establecerse el aspecto que será materia de pronunciamiento por este Supremo Tribunal, ello en virtud a lo establecido en el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, para lo cual deberán verificarse los agravios plateados por el impugnante, así se tiene, el aspecto relacionado con la contratación de la profesora Huaylla Cáceres. **Cuarto:** Que, en cuanto al delito de aprovechamiento indebido del cargo que se le imputa al encausado, este tiene como origen la no renovación del contrato de trabajo a la docente Huaylla Cáceres, lo que estimamos que podría constituir en cierto modo infracciones pero de naturaleza administrativa, mas no de naturaleza penal, ya que de la compulsa de las pruebas obrantes en autos no se advierte que el encausado Gutiérrez Carrillo haya actuado dolosamente, ni tampoco que se haya reunido clandestinamente con su coencausado Galván Oviedo o se hubiera interesado directa o indirectamente mediante acto simulado en no renovar el contrato a la referida docente, sino que su intervención necesariamente se vio obligada por el cargo que ocupó, por lo que consideramos que prima sobre él la presunción de inocencia, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Finalmente, respecto al delito de abuso de autoridad, debemos precisar que conforme ha quedado acreditado en autos, el encausado Gutiérrez Carrillo en su condición de jefe de personal no tenía la facultad de decidir sobre la contratación o renovación de contratos o despido de personal, resultando atípica la conducta atribuida, por tanto la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil ocho, obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y ocho, que falló absolviendo a Máximo Gutiérrez Carrillo de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración Pública en su modalidad de aprovechamiento indebido del cargo y abuso de autoridad, en agravio del Estado; y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

§ 9. Negociación incompatible: R. N. N.º 613-2009 (15/03/2010)

Negociación incompatible. No se advierte que la licencia otorgada por la comuna que dirigió el acusado se relacionara con algún "contrato u operación" en el que estuviese participando en razón de su cargo. *Que el delito de aprovechamiento indebido del cargo o negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, conforme a su descripción típica sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que la conducta imputada al encausado Mendoza Castro, según la fundamentación fáctica de la acusación fiscal, se refiere a un supuesto interés en expedir una Resolución de Alcaldía -la signada con el número cero tres guión dos mil tres guión MPCH, del nueve de octubre de dos mil tres- en cuya virtud la Municipalidad de la cual era Alcalde otorgó licencia de construcción a la empresa TIM PERÚ sobre un terreno de propiedad de su conviviente Mabel Margot Cabrejos Soto. Que, expuestos así los hechos, no se advierte que la licencia otorgada por la comuna que dirigió el acusado se relacionara con algún "contrato u operación" en el que estuviese participando en razón de su cargo, pues según la tesis incriminatoria los hechos juzgados se refieren a la expedición de un acto administrativo de otorgamiento de licencia de construcción, lo que en sí mismo resulta un supuesto ajeno al previsto en la descripción típica del ilícito ya mencionado; que si bien en tales hechos se hace referencia a un contrato de compraventa celebrado entre la conviviente del acusado, Mabel Margot Cabrejos Soto, y la agraviada Primitiva Ortega de Villegas, así como un contrato de arriendo celebrado por la primera de las nombradas con la empresa TIM PERÚ Sociedad Anónima Cerrada, es de anotar que en ninguno de dichos contratos participó el acusado, por lo que estas contingencias tampoco resultan utilizables para la configuración del tipo penal imputado.*

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 613-2009

JUNÍN

Lima, quince de marzo de dos mil diez.-

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Walter Hernán Mendoza Castro contra la sentencia de fojas mil treinta y cuatro, del tres de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que lo condenó como autor de

los delitos contra la Administración Pública - aprovechamiento indebido del cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo y del Estado y contra el Patrimonio - estafa en agravio de Primitiva Ortega de Villegas a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años e inhabilitación por el mismo plazo, así como fijó en cinco mil nuevos soles el monto de la reparación civil; de conformidad, en parte, con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que el encausado Mendoza Castro en su recurso formalizado de fojas mil sesenta y tres alega que la denuncia interpuesta en su contra no fue hecha por el directo perjudicado, sino por un tercero, quien actúo por representación, situación que, a su juicio, no está contemplada en el ámbito penal; que se otorgó la licencia de funcionamiento a la empresa TIM PERÚ después de un procedimientos acorde a ley que duró diecinueve días y que contó con el visto bueno del departamento técnico de obras de la municipalidad; que la sentencia se ha basado en la pérdida del expediente administrativo, pese a que ello no le puede ser imputado en su condición de Alcalde pues la responsabilidad de cuidar los expedientes recae en la empleada Blanca Teresa Núñez Decada; que no indujo ni mantuvo en error a la agraviada Primitiva Ortega, puesto que ella misma concurrió al Notario Público para suscribir el contrato de compraventa cuestionado. **Segundo**: Que se atribuye al encausado Mendoza Castro que en el año dos mil tres en su condición de Alcalde de la municipalidad agraviada fue informado que la empresa TIM PERÚ Sociedad Anónima Cerrada estaba interesada en operar en esa localidad y que por ello requería de un terreno apropiado para instalar sus antenas de recepción y transmisión; que es así que el citado encausado en agosto del referido año logró ubicar a Elías Villegas Ortega, prometiéndole darle empleo en la comuna y asumir los gastos de curación de la enfermedad que padecía su esposa, a cambio de que ubique y logre convencer a su señora madre -la agraviada Primitiva Ortega de Villegas- para que acepte venderle el terreno de su propiedad, ubicado en el sector Quimiri Sur -Chanchamayo, bajo el pretexto de que en dicho lugar construiría un centro turístico; que es así que el procesado logro acopiar todos los documentos del aludido terreno, para lo cual se constituyó a los Registros Públicos de la ciudad, y el uno de septiembre de dos mil tres se hizo presente en la Notaría Lazo Villanueva, en compañía de su conviviente Mabel Margot Cabrejos Soto, donde supuestamente esta última celebró con la agraviada Primitiva Ortega de Villegas un contrato de compraventa referido al aludido predio; que, con posterioridad a ello, el veinte de septiembre del referido año, la empresa TIM PERÚ celebró un contrato de arrendamiento con la conviviente del encausado y a continuación, es decir el tres de octubre de dos mil tres, la aludida empresa solicitó licencia de construcción, que fue concedida por la Municipalidad a cargo del acusado quien expidió la resolución correspondiente; que, sin embargo, el expediente administrativo respectivo se extravió, existiendo al respecto la declaración de la secretaria Blanca Núñez Decada quien informó que ese expediente fue entregado por ella misma al encausado. **Tercero**: Que el delito de aprovechamiento indebido del cargo o negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, conforme a su descripción típica sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que la conducta imputada al encausado Mendoza Castro, según la fundamentación fáctica de la acusación fiscal, se refiere a un supuesto interés en expedir una Resolución de Alcaldía -la signada con el número cero tres guión dos mil tres guión MPCH, del nueve de octubre de dos mil tres- en cuya virtud la Municipalidad de la cual era Alcalde otorgó licencia de construcción a la empresa TIM PERÚ sobre un terreno de propiedad de su conviviente Mabel Margot Cabrejos Soto. **Cuarto**: Que, expuestos así los hechos, no se advierte que la licencia otorgada por la comuna que dirigió el acusado se relacionara con algún "contrato u operación" en el que estuviese participando en razón de su cargo, pues según la

tesis incriminatoria los hechos juzgados se refieren a la expedición de un acto administrativo de otorgamiento de licencia de construcción, lo que en sí mismo resulta un supuesto ajeno al previsto en la descripción típica del ilícito ya mencionado; que si bien en tales hechos se hace referencia a un contrato de compraventa celebrado entre la conviviente del acusado, Mabel Margot Cabrejos Soto, y la agraviada Primitiva Ortega de Villegas, así como un contrato de arriendo celebrado por la primera de las nombradas con la empresa TIM PERÚ Sociedad Anónima Cerrada, es de anotar que en ninguno de dichos contratos participó el acusado, por lo que estas contingencias tampoco resultan utilizables para la configuración del tipo penal imputado. **Quinto**: Que en relación al delito de estafa que se imputa al acusado se tiene: i) que el contrato de compraventa del terreno ubicado en el sector Quimiri Sur - Chanchamayo de propiedad de la agraviada Primitiva Ortega de Villegas fue celebrado entre esta última y Mabel Margot Cabrejos Soto -conviviente del encausado-, conforme es de verse del documento de fojas quince; ii) que a la firma de la minuta el uno de septiembre de dos mil tres, por ante el Notario Lazo Villanueva, la agraviada concurrió en compañía de su hijo Elías Villegas Ortega; y iii) que por dicha transferencia la agraviada recibió la suma de mil ochocientos nuevos soles. **Sexto**: Que de lo antes anotado se desprende que el encausado Mendoza Castro no sólo no participó de manera directa en tal transacción comercial, sino que de tales hechos juzgados no se advierte que la agraviada haya sido inducida a error por medio de un engaño, pues ésta acudió de manera libre y voluntaria al local de la Notaría para celebrar el contrato en compañía de su hijo, lo cual permite negar la existencia de los elementos configurativos del referido delito, en todo caso, de existir alguna reclamación en cuanto al negocio jurídico celebrado, ésta deberá efectuarse en la vía civil correspondiente, en atención a su naturaleza jurídica; que, por todo lo expuesto, es del caso absolver al acusado de los cargos contenidos en la acusación fiscal. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil treinta y cuatro, del tres de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que condenó a Walter Hernán Mendoza Castro como autor de los delitos contra la Administración Pública -aprovechamiento indebido del cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo y del Estado y contra el Patrimonio - estafa en agravio de Primitiva Ortega de Villegas a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años e inhabilitación por el mismo plazo del período de prueba, así como fijó en cinco mil nuevos soles el monto de la reparación civil; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por los citados delitos e indicados agraviados; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes penales y policiales que se hubieren podido generar a raíz del presente proceso, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

§ 10. Negociación incompatible: R. N. N.º 1328-2011 (09/05/2012)

a. Negociación incompatible. Se evidencia el interés por beneficiar a terceros: la forma en que realizó los contratos, mediante un proceso de adjudicación de menor cuantía. No se realizaron los contratos dentro del marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (debieron realizarse mediante un proceso de licitación). *Que, en el caso del encausado Percy Choque Ramos, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Azángaro, de manera irregular y contraviniendo lo establecido en el artículo dieciocho de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado efectuó la contratación directa y sin licitación previa de los consultores Eleodoro Huichi Atamari y Ayner Valer Ergueta, permitiendo el fraccionamiento irregular de la elaboración del mismo en dos partes, habiendo elaborado el Contrato número noventa y dos, obrante a fojas quinientos treinta y uno, suscrito conjuntamente con Eleodoro Huichi Atamari y el Contrato número noventa y tres, de fojas quinientos treinta y seis, suscrito conjuntamente con Eyner Valer Ergueta, evidenciándose su interés por beneficiar a terceros, con la forma en que realizó los contratos, estos es, mediante un proceso de adjudicación de menor cuantía, por tanto los argumentos con los cuales pretende evadir su responsabilidad penal justificándose en la existencia de un el error de tipo invencible carecen de sustento habida cuenta que tuvo pleno conocimiento de su proceder, más aún si le asiste el deber de lealtad que como funcionario público lo obliga a realizar contratos dentro del marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, verificándose que los contratos celebrados con Huichi Atamari y Valer Ergueta debieron realizarse mediante un proceso de licitación, ya que en realidad el primero de los nombrados fue quien realizó el Informe de Obra número ciento cincuenta y nueve guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, de fojas quinientos cincuenta y ocho, y no el segundo de los nombrados -el consultor Ayner Valer Ergueta-. Aunado a lo anterior se tiene que pese a las observaciones levantadas al proyecto de expediente técnico efectuadas por el consultor Eleodoro Huichi Atamari, no se cumplió con subsanar tales observaciones motivando que se contraten los servicios de una tercera empresa consultora, INCOP Ingenieros Sociedad de Responsabilidad Limitada, generando un perjuicio a la entidad edil agraviada al realizarse un gasto innecesario, el mismo que se habría evitado si el encausado hubiera seguido los lineamientos establecidos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*

b. Negociación incompatible. Responsabilidad del encausado se tiene acreditada, por cuanto visó los contratos cuestionados y suscribió el informe (el cual ponía en conocimiento al alcalde, que el expediente técnico cumplía con todos los requerimientos

solicitado). No se llevó un proceso de licitación de acuerdo a ley. *Que, en esta misma línea, se tiene acreditada la responsabilidad del encausado Hugo Bernardino Mamani Mayta, en su condición de Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial de Azángaro, por cuanto visó los cuestionados Contratos y subscribió el Informe número treinta y siete guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, de fojas quinientos setenta y uno, por medio del cual se puso en conocimiento del Alcalde que el Expediente Técnico cumplía con todos los requerimientos solicitados, motivando que su co encausado Choque Ramos emita la Resolución de Alcaldía número ciento dos guión dos mil cinco diagonal A guión MPA diagonal P, de fojas quinientos sesenta y cinco. Asimismo, en el mencionado Informe se deja constancia la encargatura de la ejecución de la obra a la Sub Gerencia de Obra y Desarrollo Urbano, la cual se encuentra a su cargo, lo que pone en evidencia las facultades expresas con las que contaba para visar contratos en cumplimiento del deber de lealtad en el desempeño de su cargo, conducta que no realizó al haber visado los cuestionados Contratos noventa y dos y noventa y tres, que por el monto total pagado, correspondía realizar una convocatoria del proceso de adjudicación directa selectiva y no de menor cuantía y sin licitación como sucedió en el caso sub examine, razones por las cuales la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley, deviniendo en inatendibles los cuestionamientos efectuados por la defensa de los recurrentes.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 1328-2011

PUNO

Lima, nueve de mayo de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los encausados **Hugo Bernardino Mamani Mayta** y **Percy Choque Ramos** contra: **i)** la sentencia de fecha once de mayo de dos mil diez, de fojas mil doscientos veintisiete, que condenó a Hugo Bernardino Mamani Mayta como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Azángaro y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de tres años e inhabilitación por el período de dos años y fijó en cinco mil nuevos soles el pago solidario por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada; **ii)** la sentencia de fecha veintiocho de setiembre de dos mil diez, de fojas mil trescientos noventa y tres, que condenó a Percy Choque Ramos como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Azángaro y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período

de tres años e inhabilitación por el período de dos años y fijó en cinco mil nuevos soles el pago solidario por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO**; **Primero**: Que, la defensa del encausado **Hugo Bernardino Mamani Mayta**, al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos cincuenta y uno, sostiene lo siguiente: **i)** que, la sentencia que lo condena adolece de graves errores en la valoración probatoria por cuanto en su condición de Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la entidad agraviada no tenía ninguna facultad para celebrar contratos u operaciones porque estuvo subordinado al Alcalde, quien es el titular del pliego y es el único facultado por la norma para celebrar contratos; **ii)** que, de acuerdo a lo establecido en el artículo treinta y fres del Decreto Supremo número trece guión dos mil uno guión PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los procesos de selección deben ser conducidos por un Comité Especial, cuya designación es facultad exclusiva del Alcalde, por tanto su defendido no tiene responsabilidad en los hechos que se le atribuyen; **iii)** que, la prohibición de fraccionamiento de obras y í servicios es responsabilidad exclusiva de la máxima autoridad de la entidad edil, de acuerdo a lo establecido en el artículo dieciocho de la mencionada norma; **iv)** que, no se ha merituado en forma adecuada el Informe número ciento cincuenta y nueve guión dos mil cinco, por cuanto en aquel documento se señala que su defendido puso en conocimiento del Jefe de la Oficina de Administración las observaciones existentes en el expediente, razones por las cuales solicita que se revoque la condena y se le absuelva de los cargos imputados. **Segundo**: Que, la defensa del encausado **Percy Choque Ramos**, al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil cuatrocientos diecisiete, sostiene lo siguiente: **i)** que, no tiene responsabilidad en los hechos por cuanto su actuación en su condición de Alcalde tuvo como sustento la creencia en la buena fe del personal que revisó la -contratación y efectuaron los pagos, por tanto la Sala Superior no tomo en cuenta que antes de la firma del Alcalde, firmaron técnicos consultores y funcionarios, entre los que se encuentran el Sub Gerente de Infraestructura y el Asesor Legal; **ii)** que, en la Sesión de Concejo número ocho guión dos mil cinco, no tomó decisiones sino que se limitó a expresar el acuerdo en la Resolución de Alcaldía número ciento dos guión A guión MPA diagonal P; **iii)** que, finalmente sostiene que la conducta de su defendido se encuadra dentro de los alcances del error de tipo invencible, siendo su conducta eximente de responsabilidad penal al no tener conocimiento de los hechos y fue engañado por los funcionarios municipales. **Tercero**: Que, de acuerdo a la acusación fiscal de fojas mil ochenta y cuatro, se atribuye a PERCY CHOQUE RAMOS -Alcalde de la Municipalidad Provincial de Azángaro-, HUGO BERNARDINO MAMANI MAYTA -Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la entidad edil agraviada- y JOEL JULIO ESPINOZA ORTIZ -Jefe de la División de Estudios y Obras- haber suscrito y visado, los Contratos de menor cuantía números noventa y dos, y noventa y tres, para la elaboración del expediente técnico definitivo de la obra denominada "Construcción del Coliseo de Azángaro", conjuntamente con los consultores Eleodoro Huichi Atamari y Ayner Valer Ergueta; que para la elaboración del mismo y por su naturaleza debió contratarse a un solo consultor; sin embargo, para acceder al procedimiento de adjudicación directa selectiva se fraccionó irregularmente su elaboración en dos partes: i) para la elaboración de especificaciones técnicas del expediente técnico; y 2) para la elaboración de planos de arquitectura, evidenciándose el interés indebido que tuvo Percy Choque Ramos para que en forma directa favorezca a los mencionado consultores, permitiendo así el trato directo y no mediante el concurso de varios postores, habiendo contratado a dos consultores en forma separada mediante adjudicación de menor cuantía sin efectuarse los requerimientos técnicos necesarios para la elección del mencionado personal. Asimismo, en los Contratos números noventa y

dos y noventa y tres, no se reguló la aplicación de penalidades por causal de demora o atraso de la presentación de los trabajos contratados, habiéndose efectuado el pago de la primera armada correspondiente al setenta por ciento al consultor Huichi Atamán antes de la entrega del trabajo -el mismo que recién fue entregado el día veintitrés de noviembre de dos mil cuatro a la Municipalidad Provincial de Azángaro-, y el pago al arquitecto Ayner Valer se efectuó en una sola armada por la suma de once mil nuevos soles, sin que dicho profesional haya sido requerido o participado en la subsanación de las observaciones relacionadas a su condición de consultor, puesto que todos los requerimientos cursados por la Municipalidad para la subsanación de observaciones fueron dirigidas a Eleodoro Huichi Atamari, Por otro lado, se imputa a **Percy Choque Ramos** haber aprobado mediante Resolución de Alcaldía número ciento dos guión dos mil cinco diagonal A guión MPA diagonal P, de fecha cuatro de abril de dos mil cinco, el expediente técnico de la obra pese a ser defectuoso al contener irregularidades, hecho en el que participaron también **Hugo Bernardino Mamani Mayta** y **Joel Julio Espinoza Ortiz**[1], suscribiendo la resolución que sustenta dicha aprobación, siendo Mamani Mayta quien visó los cuestionados contratos y logró la conformidad del servicio por la elaboración del expediente a favor de los consultores mediante el Informe número ciento cincuenta y nueve guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, y suscribió el Informe número treinta y siete guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA en el que se señaló haber revisado el expediente técnico, documento que sirvió de sustento para que se emita la Resolución de Alcaldía número ciento dos guión dos mil cinco diagonal A guión MPA diagonal P. **Cuarto:** Que, la doctrina procesal, objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que se haya llegado a un nivel de certeza respecto a la materialidad del delito y la responsabilidad y penal de los encausados, la cual puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que corresponde a todo acusado dentro del proceso; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una actividad probatoria suficiente efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías del debido proceso, de la cual pueda deducirse la culpabilidad del encausado, habida cuenta que, *"los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; (...) asimismo, - las pruebas - deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado (...), con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales ..."* (Véase, San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, volumen uno, Editorial Jurídica Grijley, mil novecientos noventa y nueve, página sesenta y ocho). **Quinto**: Que, los hechos incriminados fueron tipificados como delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CON EL CARGO**, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal -modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco- que sanciona al funcionario o servidor público que en forma directa o indirecta o por actos simulados se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervine por razón de su cargo, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal. **Sexto**: Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente -siempre es funcionario o servidor público- de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de

1 El procesado Joel Julio Espinoza Ortiz, fue condenado mediante sentencia de fecha veintiséis de agosto de dos mil diez, de fojas mil trescientos cuarenta y seis, la misma que quedó consentida mediante auto de fecha doce de enero de dos mil once, de fojas mil cuatrocientos veintinueve.

obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector **interesar**, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación[2]; en provecho propio o de **terceros**, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; ***cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible***, comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero -sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha[3], en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica. **Sétimo**: Que, en este contexto, de la evaluación de los actuados se advierte que existen suficientes elementos de prueba que determinan la responsabilidad penal de los encausados **Percy Choque Ramos y Hugo Bernardino Mamani Mayta**, en el delito de negociación incompatible con el cargo, principalmente con el Informe Especial número noventa y seis guión dos mil ocho guión CG diagonal ORPU, de fojas uno, efectuado por la Contraloría General de la República correspondiente al año dos mil cinco, cuyas conclusiones determinaron las diversas irregularidades existentes en la elaboración del expediente técnico definitivo de la obra denominada "Construcción del Coliseo Cubierto de Azángaro", respecto de las cuales ninguno de los procesados pudo dar una justificación razonada de su participación en la elaboración de los contratos número noventa y dos y noventa y tres. **Octavo**: Que, en el caso del encausado Percy Choque Ramos, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Azángaro, de manera irregular y contraviniendo lo establecido en el artículo dieciocho[4] de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado efectuó la contratación directa y sin licitación previa de los consultores Eleodoro Huichi Atamari y Ayner Valer Ergueta, permitiendo el fraccionamiento irregular de la elaboración del mismo en dos partes, habiendo elaborado el Contrato número noventa y dos, obrante a fojas quinientos treinta y uno, suscrito conjuntamente con Eleodoro Huichi Atamari y el Contrato número noventa y tres, de fojas quinientos treinta y seis, suscrito conjuntamente con Eyner Valer Ergueta, evidenciándose su interés por beneficiar a terceros, con la forma en que realizó los contratos, estos es, mediante un proceso de adjudicación de menor cuantía, por tanto los argumentos con los cuales pretende evadir su responsabilidad penal justificándose en la exis-

2 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Pág. 589.

3 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Editorial Grijley. Pág. 559.

4 Artículo 18.- "Queda prohibido fraccionar la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la ejecución de obras con el objeto de cambiar el tipo de proceso de selección que corresponda. *No se considera fraccionamiento a las contrataciones y adquisiciones por etapas, tramos, paquetes o lotes, posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o adquisición, o para propiciar la participación de las pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva*.
La Presidencia del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Producción, establecerá, mediante Decreto Supremo, los sectores que son materia de interés del Estado para promover la *participación* de la micro y pequeña empresa. En estos casos, la prohibición se aplicará sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar. *El Titular de la Entidad o la máxima autoridad administrativa de la misma, según corresponda, es responsable en caso del incumplimiento de la prohibición*".

tencia de un el error de tipo invencible carecen de sustento habida cuenta que tuvo pleno conocimiento de su proceder, más aún si le asiste el deber de lealtad que como funcionario público lo obliga a realizar contratos dentro del marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, verificándose que los contratos celebrados con Huichi Atamari y Valer Ergueta debieron realizarse mediante un proceso de licitación, ya que en realidad el primero de los nombrados fue quien realizó el Informe de Obra número ciento cincuenta y nueve guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, de fojas quinientos cincuenta y ocho, y no el segundo de los nombrados -el consultor Ayner Valer Ergueta-. Aunado a lo anterior se tiene que pese a las observaciones levantadas al proyecto de expediente técnico efectuadas por el consultor Eleodoro Huichi Atamari, no se cumplió con subsanar tales observaciones motivando que se contraten los servicios de una tercera empresa consultora, INCOP Ingenieros Sociedad de Responsabilidad Limitada, generando un perjuicio a la entidad edil agraviada al realizarse un gasto innecesario, el mismo que se habría evitado si el encausado hubiera seguido los lineamientos establecidos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, **Noveno**: Que, en esta misma línea, se tiene acreditada la responsabilidad del encausado Hugo Bernardino Mamani Mayta, en su condición de Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial de Azángaro, por cuanto visó los cuestionados Contratos y subscribió el Informe número treinta y siete guión dos mil cinco guión SGODU diagonal MPA, de fojas quinientos setenta y uno, por medio del cual se puso en conocimiento del Alcalde que el Expediente Técnico cumplía con todos los requerimientos solicitados, motivando que su co encausado Choque Ramos emita la Resolución de Alcaldía número ciento dos guión dos mil cinco diagonal A guión MPA diagonal P, de fojas quinientos sesenta y cinco. Asimismo, en el mencionado Informe se deja constancia la encargatura de la ejecución de la obra a la Sub Gerencia de Obra y Desarrollo Urbano, la cual se encuentra a su cargo, lo que pone en evidencia las facultades expresas con las que contaba para visar contratos en cumplimiento del deber de lealtad en el desempeño de su cargo, conducta que no realizó al haber visado los cuestionados Contratos noventa y dos y noventa y tres, que por el monto total pagado, correspondía realizar una convocatoria del proceso de adjudicación directa selectiva y no de menor cuantía y sin licitación como sucedió en el caso sub examine, razones por las cuales la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley, deviniendo en inatendibles los cuestionamientos efectuados por la -defensa de los recurrentes. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en **i)** la sentencia de fecha once de mayo de dos mil diez, de fojas mil doscientos veintisiete, que condenó a Hugo Bernardino Mamani Mayta como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Azángaro y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de tres años e inhabilitación por el período de dos años y fijó en cinco mil nuevos soles el pago solidario por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada; **ii)** la sentencia de fecha veintiocho de setiembre de dos mil diez, de fojas mil trescientos noventa y tres, que condenó a Percy Choque Ramos como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Azángaro y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de tres años e inhabilitación por el período de dos años y fijó en cinco mil nuevos soles el pago solidario por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguéz por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

§ 11. Negociación incompatible: R. N. N.º 2196-2011 (18/05/2012)

a. Negociación incompatible. Absolución. No confluye los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en cuestión (no se aprecia un interés indebido). *Que, con relación al primer ámbito, se aprecia que en el comportamiento desplegado por el encausado Díaz Mundaca no confluyen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, porque si bien está acreditado que como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chongoyape celebró con el representante legal de la empresa Negociación Agrícola "El Almendral y Tabacal Sociedad de Responsabilidad Limitada" los actos jurídicos del cinco de febrero de dos mil cuatro y del veinticinco de julio de dos mil cinco, sin contar con autorización del Concejo Municipal, los mismos no tuvieron interés indebido, como lo aseguró en su declaración -fojas sesenta y siete, trescientos uno y quinientos ochenta y uno, tomo I- uniforme y constante que prestó en el transcurso del proceso, ya que los mismos se originaron a consecuencia de la deuda tributaria que dicha empresa tenía con la institución agraviada y en la necesidad que ésta tenía de adquirir un predio para la ejecución del proyecto de la laguna de estabilización del alcantarillado de Ramón Castilla; constituyendo la omisión de autorización un acto que no encuadra en el delito atribuido, por lo que, la absolución dispuesta en tal extremo se encuentra conforme a derecho.*

b. Complicidad en colusión. Absolución. No se ha acreditado haber existido acuerdo clandestino, ya que, la informalidad en dicha contratación, no reviste el ilícito penal materia de imputación. *Que, en tal sentido, de autos se observa que no está acreditado que en el Contrato de Locación de Servicios Profesionales de Fiscalización Tributaria y Cobranzas a la Empresa Telefónica del Perú y otras [ver Resolución de Alcaldía número cero treinta y cuatro - dos mil seis - A - MDCH, del trece de-marzo de dos mil seis de fojas ciento cinco, tomo I], haya existido acuerdo clandestino entre los acusados Vallejos Rodríguez y Castillo Guevara, porque la negativa de éstos -fojas*

quinientos cincuenta y seis y quinientos cincuenta y siete, tomo I, respectivamente- se encuentra refrendada con la documentación obrante a fojas ciento cuarenta y nueve, ciento cincuenta y cuatro, ciento cincuenta y seis, ciento cincuenta y ocho, del tomo I -relativa al objeto del contrato, hacer efectivo el adeudo tributario de la Empresa Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta- y sobre todo con el informe número cero cero uno - dos mil seis - OCG, del treinta de mayo de dos mil seis -fojas cuatrocientos noventa y dos, tomo I- emitido por el acusado Castillo Guevara, dando cuenta del cumplimiento de la labor encomendada, instrumento que no fue recabado en el citado Informe Especial. Por lo demás, el incumplimiento de la formalidad en dicha contratación, no reviste el ilícito penal materia de imputación, en consecuencia, la absolución dispuesta en tal extremo se encuentra conforme a ley.

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 2196-2011

LAMBAYEQUE

Lima, dieciocho de mayo de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil -PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DESCENTRALIZADA DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE-, contra la sentencia absolutoria de fojas seiscientos cuarenta -tomo II- del dieciocho de enero de dos mil once; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la defensa técnica de la parte civil -PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DESCENTRALIZADA DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE- en su recurso formalizado de fojas seiscientos sesenta -tomo II-, sostiene que el Tribunal de Instancia al emitir la sentencia absolutoria, no tomó en cuenta que de la investigación emergen elementos de juicio que corroboran plenamente la responsabilidad dolosa de los procesados en los hechos materia de imputación, siendo perfectamente aplicables los elementos típicos fijados en los artículos trescientos noventa y nueve y trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, así en el fundamento jurídico seis, no evaluó adecuadamente el Informe Especial número doscientos sesenta y tres - dos mil ocho - CG - ORCH - EE, que ostenta la calidad de prueba preconstituida, como lo precisan las Normas de Auditoría Gubernamental - NAGU cuatro punto cincuenta y el artículo quince Inciso F] de la Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco - Ley Orgánica de Control y de Controlaría General de la República, por lo que solicita la elevación de los autos para que el Supremo Tribunal declare su nulidad en todos sus extremos. **Segundo**: Que, en la acusación fiscal de fojas cuatrocientos veintidós -tomo I-, aparece: **A)** Que la imputación contra Santos Díaz Mundaca, es por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en calidad de autor, pues, del análisis de lo actuado y del Informe Especial número doscientos sesenta y tres - dos mil ocho - CG - ORCH - EE, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho -fojas catorce a treinta y uno- y Anexos -tomo I- (en adelante Informe Especial), que constituye prueba pre

constituida, resulta que, el citado procesado, como alcalde de la Municipalidad Distrital de Chongoyape (en adelante la Municipalidad), actuó en forma indebida, beneficiando a la Empresa Negociación Agrícola "El Almendral y Tabacal Sociedad de Responsabilidad Limitada" (en adelante la Empresa), al suscribir la Adenda del cinco de febrero de dos mil cuatro -fojas cuarenta y siete, tomo I-, al contrato de compra-venta celebrado el veintitrés de abril de dos mil uno por el ingeniero Pedro Yupanqui Williams, ex alcalde de la citada Municipalidad, mediante el cual permutó el terreno rústico de uno coma catorce hectáreas, ubicado dentro del predio "El Almendral", por otro terreno situado en el mismo predio, de igual área, pero con diferentes linderos y medidas perimétricas, sin el sustento técnico correspondiente y sin contar previamente con Acuerdo del Concejo Municipal, ocultando dicha operación a la Oficina de Rentas y suscribiendo un cheque, para así registrar el pago en efectivo de la deuda tributaria de dicha empresa; para posteriormente, suscribir un "Documento Privado de Acuerdo Mutuo" con fecha veinticinco de julio de dos mil cinco -fojas cuarenta y nueve a cincuenta, tomo I-, a través del cual el encausado Díaz Mundaca acordó con Manuel Pardo Vargas, representante de la Empresa, dejar sin efecto el Contrato de Compra-Venta del veintitrés de abril de dos mil uno y su Adenda del cinco de febrero de dos mil cuatro, devolviendo el citado predio y comprometiéndose la Empresa a pagar la deuda tributaria ascendente a veintiún mil novecientos cuarenta y un nuevos soles con noventa y ocho céntimos, que consistía en un monto inferior al precio del terreno entregado, el que estaba valorizado en veintinueve mil seiscientos sesenta y un nuevos soles con ochenta y nueve céntimos, perjudicando a la Municipalidad económicamente por el monto de siete mil setecientos veinte nuevos soles con ochenta y nueve céntimos; no evidenciándose además en los Libros de Actas del Consejo Municipal, la autorización al procesado para que suscriba la Adenda y el Acuerdo Mutuo, máxime si dicho predio era de propiedad municipal; y **B)** Se imputa a Delia Vallejos Rodríguez y Oscar Arturo Castillo Vergara, haber cometido delito de concusión, pues, del análisis de los actuados y del Informe Especial antes glosado, se aprecia que la acusada Vallejos Rodríguez, ex alcaldesa del municipio agraviado, contrató al procesado Castillo Guevara, desde el trece de marzo hasta el trece de septiembre de dos mil seis, para efectuar el servicio de cobranza a la Empresa Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta (en adelante Telefónica), y otras, estableciendo como honorarios el veintiocho por ciento del total de la suma cobrada Incluidos los impuestos de la mencionada empresa y veinte por ciento en otros casos; que tal contrato de locación de servicios se firmó sin previo proceso de selección, ni sustento de necesidad de su contratación, no acreditando documentalmente las labores que realizó el procesado contratista, además, la Unidad de Rentas de la Municipalidad, mediante Informe número cero ochocientos dos - dos mil seis - UER / MDCH del veintiuno de noviembre de dos mil seis -fojas ciento sesenta, tomo I-, indicó desconocer el trabajo de fiscalización realizado por el imputado Castillo Guevara, ya que éste no remitió a dicha área informes, ni actuados de la cobranza efectuada a Telefónica; sin embargo, mediante comprobante de pago número cero cero dos mil ciento cuarenta y tres del treinta de mayo de dos mil seis -fojas ciento setenta y cinco, tomo I-, que no contó con la conformidad previa del área de rentas, tal como se encuentra establecido en la sexta cláusula del citado contrato -fojas ciento cinco a ciento ocho, tomo I-, se realizó el pago de sus honorarios profesionales por el procesado Castillo Guevara, por un monto superior al establecido en el contrato, defraudando al municipio agraviado por el importe de veintiséis mil doscientos sesenta y un nuevos soles con veinte céntimos, **Tercero**: Que, para emitir sentencia condenatoria, la misma debe sustentarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara e indubitable la vinculación de los procesados con los hechos Investigados, pues, ante la ausencia de tales elementos procede su absolución. **Cuarto**: Que, del análisis conjunto y /razonado de los actuados y la

sentencia Impugnada, se tiene que el fallo cuestionado comprende las Absoluciones dispuestas a favor del acusado Díaz Mundaca, por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y de los procesados Vallejos Rodríguez -autora- y Castillo Guevara -cómplice-, por delito colusión; quienes fueron investigados por dichos ilícitos a mérito de la sindicación de la Procuradora Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República -ver denuncia de fojas uno, tomo I-, escoltada con el Informe Especial número doscientos sesenta y tres - dos mil ocho - CG / ORCH - EE, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, el cual a criterio de la parte civil constituye prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia que ostentan dichos encausados. **Quinto**: Que, con relación al primer ámbito, se aprecia que en el comportamiento desplegado por el encausado Díaz Mundaca no confluyen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, porque si bien está acreditado que como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chongoyape celebró con el representante legal de la empresa Negociación Agrícola "El Almendral y Tabacal Sociedad de Responsabilidad Limitada" los actos jurídicos del cinco de febrero de dos mil cuatro y del veinticinco de julio de dos mil cinco, sin contar con autorización del Concejo Municipal, los mismos no tuvieron interés indebido, como lo aseguró en su declaración -fojas sesenta y siete, trescientos uno y quinientos ochenta y uno, tomo I- uniforme y constante que prestó en el transcurso del proceso, ya que los mismos se originaron a consecuencia de la deuda tributaria que dicha empresa tenía con la institución agraviada y en la necesidad que ésta tenía de adquirir un predio para la ejecución del proyecto de la laguna de estabilización del alcantarillado de Ramón Castilla; constituyendo la omisión de autorización un acto que no encuadra en el delito atribuido, por lo que, la absolución dispuesta en tal extremo se encuentra conforme a derecho. **Sexto**: Que, con respecto al segundo ámbito, debe considerarse que el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Sustantivo, se configura con los siguientes elementos: **i)** acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, y **ii)** mediante diversas formas contractuales para lo cual utiliza el cargo o comisión especial. **Séptimo**: Que, en tal sentido, de autos se observa que no está acreditado que en el Contrato de Locación de Servicios Profesionales de Fiscalización Tributaria y Cobranzas a la Empresa Telefónica del Perú y otras [ver Resolución de Alcaldía número cero treinta y cuatro - dos mil seis - A - MDCH, del trece de-marzo de dos mil seis de fojas ciento cinco, tomo I], haya existido acuerdo clandestino entre los acusados Vallejos Rodríguez y Castillo Guevara, porque la negativa de éstos -fojas quinientos cincuenta y seis y quinientos cincuenta y siete, tomo I, respectivamente- se encuentra refrendada con la documentación obrante a fojas ciento cuarenta y nueve, ciento cincuenta y cuatro, ciento cincuenta y seis, ciento cincuenta y ocho, del tomo I -relativa al objeto del contrato, hacer efectivo el adeudo tributario de la Empresa Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta- y sobre todo con el informe número cero cero uno - dos mil seis - OCG, del treinta de mayo de dos mil seis -fojas cuatrocientos noventa y dos, tomo I- emitido por el acusado Castillo Guevara, dando cuenta del cumplimiento de la labor encomendada, instrumento que no fue recabado en el citado Informe Especial. Por lo demás, el incumplimiento de la formalidad en dicha contratación, no reviste el ilícito penal materia de imputación, en consecuencia, la absolución dispuesta en tal extremo se encuentra conforme a ley. **Octavo**: Que, siendo así, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia que le asistía a los acusados, se colige que la sentencia impugnada se encuentra conforme a lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos cuarenta -tomo II- del dieciocho de enero de dos mil once, que absolvió de la acusación fiscal al acusado SANTOS DÍAZ MUNDACA del delito cometido por funcionario

público en la modalidad de corrupción de funcionarlos en su figura de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, y contra DELIA VALLEJOS RODRÍGUEZ como autora y contra OSCAR ARTURO CASTILLO GUEVARA como cómplice primario del delito cometido por funcionario público -concusión- en su figura de colusión en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital -no Provincial- de Chongoyape; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

§ 12. Negociación incompatible: R. N. N.º 2641-2011 (10/08/2012)

Negociación incompatible. Se advierte que el incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual, resultan de competencia jurisdiccional extrapenal. Las conductas descritas en el informe especial que originó la presente causa, son conductas infractoras, lo que evidencia la trascendencia administrativa y no penal de los hechos materia de imputación. *Que, del estudio de autos, se advierte que la propia imputación esgrimida por el representante del Ministerio Público contra los encausados Marco Antonio Ohama Paredes, Teófilo Ramón Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samamé, Salomón Jiménez Chumpen, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez y Sixto Norberto Diez Segura, tiene como fundamento el Informe Especial número cinco-dos mil ocho CG/ORCH, el cual determinó la existencia de una serie de irregularidades durante el periodo transcurrido entre enero del año dos mil cuatro y diciembre de dos mil cinco, las mismas que atribuye a los citados encausados y que se enmarcan en el proceso de adquisición, contratación y ejecución de servicios de arrendamiento de los bienes inmuebles, de bienes de captación de recursos de Servicios Funerarios Integral -SERFIN- y el uso oficial de los vehículos de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo; sin embargo, tales circunstancias por sí solas no denotan la existencia de un interés particular de parte de los procesados, pues las irregularidades administrativas que pudieran haberse presentado en la tramitación de dichos procedimientos sólo pueden tomarse en cuenta como indicios a efectos de determinar la responsabilidad penal en el*

delito que nos ocupa si se encuentran acompañadas de otros elementos probatorios que incidan en la determinación del interés que caracteriza al delito de negociación incompatible; siendo esto así, no se puede atribuir a los procesados, en su calidad de funcionarios públicos, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste, lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el citado delito; además resulta necesario recalcar que, la forma en que se cumple un contrato celebrado de forma lícita, así como su incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual, resultan de competencia jurisdiccional extrapenal, siendo del caso señalar que la Ley número veintinueve mil seiscientos veintidós, publicada el siete de diciembre de dos mil diez, que modifica la Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), amplió las facultades del Órgano de Control para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, catalogándose como conductas infractoras las irregularidades descritas en el Informe Especial que originó la presente causa, circunstancia que evidencia, más aún, la trascendencia administrativa y no penal de los hechos materia de imputación; por lo que, la sentencia absolutoria impugnada se encuentra arreglada a ley.

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. Nº 2641-2011

LAMBAYEQUE

Lima, diez de agosto de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Lambayeque contra la sentencia absolutoria de fojas dos mil sesenta y ocho, de fecha treinta de junio de dos mil once; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el impugnante en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil ciento nueve, solicita que se declare nula la sentencia recurrida y se lleve a cabo un nuevo juicio oral alegando que el Colegiado Superior: **i)** no compulsó debidamente los medios probatorios obrantes en autos, pues existen elementos incriminatorios suficientes que acreditarían la responsabilidad penal de los procesados; y, **ii)** concluyó erróneamente que el Informe Especial número cinco-dos mil ocho CG-ORCH, emitido por la Contraloría General de la República, no constituye prueba idónea ni relevante; sin embargo, ésta constituye prueba preconstituida con eficacia valorativa. **Segundo**: Que, fluye de la acusación fiscal de fojas mil setecientos setenta y nueve, que el Informe Especial número cinco-dos mil ocho CG-ORCH, efectuado por la Contraloría General de la República, en cumplimiento del Plan Operativo dos mil seis, a la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo, correspondiente al período comprendido entre enero de dos mil cuatro a diciembre de dos mil cinco, a fin de determinar si los recursos de la entidad se utilizaron conforme a lo establecido en la normatividad vigente, incidiendo en los arrendamientos de los bienes inmuebles, margesí de bienes de captación de recursos de Servicios Funerarios Integral -SERFIN- y el uso oficial de los vehículos de la entidad,

se evidencia que los procesados Marco Antonio Ohama Paredes -ex Presidente de Directorio-, Teófilo Ramón Rojas Quispe -ex Gerente y ex Presidente del Comité Especial Permanente-, Nepton David Ruiz Saavedra -ex Gerente-, Jorge Antonio Reinoso Samamé -ex Jefe de la División de Obras Sociales-, Salomón Jiménez Chumpen -ex integrante del Comité Especial Permanente-, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez -ex integrante del Comité Especial Permanente- y Sixto Norberto Diez Segura -ex integrante del Comité Especial Permanente-, en su condición de funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo intervinieron en la contratación de servicios cuyo objeto era la actualización del margesí de bienes inmuebles de la entidad, conforme fue acordado mediante sesión de Directorio del diecinueve de agosto de dos mil nueve, por la que se acordó contratar los servicios de un equipo de profesionales que se encargue de ver los inmuebles de propiedad de la entidad agraviada que no aparecen en el margesí de bienes ni en los Registros Públicos, así como de efectuar el reconocimiento físico legal; habiéndose determinado que los procesos de adquisición, contratación y ejecución de los citados servicios se encontraban plagados de irregularidades, al existir bases que carecían de información técnica para la convocatoria del proceso de adquisición, asimismo ninguno de los integrantes del citado Comité era profesional especializado; con el objeto de la convocatoria, se validaron propuestas económicas no obstante que los postores no cumplieron con presentar la aumentación solicitada en las bases, elaborándose un contrato perjudicial a la entidad, debido que en éste no se incluyó alguna cláusula de penalidad que garantice el cumplimiento del contrato; actos que denotan un indebido interés en la ejecución del contrato aludido, perjudicándose a la entidad con un monto ascendente a veintisiete mil doscientos nueve nuevos soles, en beneficio de los ganadores de la Buena Pro. **Tercero:** Que, respecto al delito de negociación incompatible que se imputa a los procesados, el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, delimita su ámbito de prohibición penal, sancionando al "funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta, o por acto simulado, [...] se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo". En virtud de lo cual, en principio, podemos afirmar que en este tipo penal el verbo rector viene a ser "interesarse", el cual es entendido como la "injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés]"[1]; complementaremos este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien "interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros"[2]. Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: **i)** Directamente, cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; **ii)** Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, **iii)** Por acto simulado, en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a éste; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. **Cuarto**: Que, del estudio de autos, se advierte que la propia imputación esgrimida por el representante del Ministerio Público contra los encausados Marco Antonio Ohama Paredes, Teófilo Ramón

1 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Cuarta Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, Página 820.

2 CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, Pág. 309.

Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samamé, Salomón Jiménez Chumpen, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez y Sixto Norberto Diez Segura, tiene como fundamento el Informe Especial número cinco-dos mil ocho CG/ORCH, el cual determinó la existencia de una serie de irregularidades durante el periodo transcurrido entre enero del año dos mil cuatro y diciembre de dos mil cinco, las mismas que atribuye a los citados encausados y que se enmarcan en el proceso de adquisición, contratación y ejecución de servicios de arrendamiento de los bienes inmuebles, margesí de bienes de captación de recursos de Servicios Funerarios Integral -SERFIN- y el uso oficial de los vehículos de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo; sin embargo, tales circunstancias por sí solas no denotan la existencia de un interés particular de parte de los procesados, pues las irregularidades administrativas que pudieran haberse presentado en la tramitación de dichos procedimientos sólo pueden tomarse en cuenta como indicios a efectos de determinar la responsabilidad penal en el delito que nos ocupa si se encuentran acompañadas de otros elementos probatorios que incidan en la determinación del interés que caracteriza al delito de negociación incompatible; siendo esto así, no se puede atribuir a los procesados, en su calidad de funcionarios públicos, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste[3], lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el citado delito; además resulta necesario recalcar que, la forma en que se cumple un contrato celebrado de forma lícita, así como su incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual, resultan de competencia jurisdiccional extrapenal, siendo del caso señalar que la Ley número veintinueve mil seiscientos veintidós, publicada el siete de diciembre de dos mil diez, que modifica la Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), amplió las facultades del Órgano de Control para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, catalogándose como conductas infractoras las irregularidades descritas en el Informe Especial que originó la presente causa, circunstancia que evidencia, más aún, la trascendencia administrativa y no penal de los hechos materia de imputación; por lo que, la sentencia absolutoria impugnada se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil sesenta y ocho, de fecha treinta de junio de dos mil once, que absolvió a los procesados Marco Antonio Ohama Paredes, Teófilo Ramón Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samamé, Salomón Jiménez Chumpen, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez y Sixto Norberto Diez Segura de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Sociedad de Beneficencia de Chiclayo; con lo demás que contiene.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

3 La doctrina denomina a esta confluencia de intereses como el desdoblamiento *del agente*, ya que el funcionario público Interviene como representante del Estado y como particular interesado al mismo tiempo, afectando así el bien jurídico que viene a ser la imparcialidad en la administración pública, anteponiendo sus intereses o los de terceros a los de la administración pública.

§ 13. Negociación incompatible: R. N. N.º 3584-2011 (28/06/2012)

Negociación incompatible. Los encausados, sabedores de las omisiones deliberadas (obligaciones legales previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como su reglamento), no efectuaron observación alguna, por ello, es de inferir que se interesaron en favorecer a los postores de la nueva convocatoria "interés particular", acreditándose así su culpabilidad. *Que, el encausado José Siany Rujel Criollo en la fundamentación de su recurso de nulidad expresó como agravio que actuó bajo el error de tipo vencible, pues emitió las resoluciones en mérito al principio de confianza dado a la existencia de un informe de asesoría legal en el que no se indicó observación alguna, empero, como ya se ha expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, el citado encausado en su condición de Alcalde tuvo razones para apreciar la antijuricidad de las decisiones que adoptó e incluso estuvo en la posibilidad de esclarecer tal situación, no obstante omitió designar miembros suplentes del primer Comité Especial y no verificó que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes, lo cual era obligatorio, de lo que se colige que ello fue con el claro propósito de favorecer a los postores a quienes se les cursó invitación para el proceso de selección; que, además, tal conducta la realizó conjuntamente con sus demás coencausados en su condición de miembros del Comité Especial Permanente, conducta ilegal que también fue advertida en el dictamen pericial contable de fojas mil doscientos dos, debidamente ratificado en el plenario, puesto que concluyó en afirmar la existencia de irregularidades: que, de otro lado, aun cuando los testigos que declararon en el plenario coincidieron en afirmar que no apreciaron en el proceso de selección irregularidad alguna, debe señalarse que éstos en su mayoría fueron beneficiados y favorecidos con la buena pro, por lo que su testimonio resulta parcializado; que, asimismo, si bien también el Asesor Legal y el Jefe de Control Interno de la Comuna agraviada aseveraron no haber advertido la presencia de irregularidades, es de precisar que su testimonio es parcializado dado al vínculo contractual con la Comuna y con el encausado José Siany Rujel Criollo en su condición de Alcalde; que, por lo demás, si bien los encausados miembros del Comité Especial Permanente no suscribieron ni firmaron las Resoluciones de Alcaldía ni eran los encargados de la publicación de la nueva convocatoria y fueron designados por el Titular del pliego (Alcalde), ello en nada enerva su responsabilidad penal, en tanto conocían perfectamente sus obligaciones legales previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como su Reglamento, por ende, sabedores de las omisiones deliberadas que se han dejado expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes, no efectuaron observación alguna, por ello, es de inferir que se interesaron en favorecer*

a los postores de la nueva convocatoria, apartándose de sus deberes funcionales de imparcialidad y probidad que les confiere el cargo que desempeñaban, acreditándose así su culpabilidad; que, por último, aun cuando no se cuenta con la declaración plenaria de los testigos de cargo William Marchan Ramírez y Pedro Manuel Estrada Moran, lo cual fue ordenado en la Ejecutoria Suprema que anuló el anterior fallo absolutorio, de la minuciosa revisión y acucioso análisis de los otros medios de prueba obrantes en autos e indicios que emergen del comportamiento de los imputados, valorados en forma conjunta, determinan la responsabilidad penal de los encausados, por lo cual la sentencia materia de grado se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 3584-2011

TUMBES

Lima, veintiocho de junio de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Jhonatan Michel Gonzaga Alemán, Edgar Augusto Alvarado Córdova, Anthony Wilson Coronado Urbina y José Slany Rujel Criollo contra la sentencia de fojas mil seiscientos nueve, de fecha veintinueve de setiembre de dos mil once; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que. el encausado Jhonatan Michel Gonzaga Alemán en su recurso fundamentado a fojas mil seiscientos treinta y siete, alega que desde que se anuló la anterior sentencia absolutoria su situación jurídica no ha variado, pues todos los testigos que declararon en el plenario han coincidido en manifestar que en el proceso selectivo de obras en el que participó no existieron irregularidades; que los testigos de cargo William Marchan Ramírez y Pedro Manuel Estrada Morón no concurrieron al nuevo juzgamiento, pese a que la Ejecutoria Suprema precisamente anuló su absolución para que se valore la versión de dichas personas, por tanto, al no actuarse estos medios de prueba se le debió absolver de la acusación fiscal; que no tuvo participación en la primera convocatoria de adjudicación de obras y no tiene responsabilidad en las emisiones de las resoluciones que declararon nula la misma, ni designó a los miembros del segundo Comité Especial, no obstante se le condenó por estos hechos; que no se le puede condenar por actos que no fueron de su responsabilidad; que se valoró como prueba de cargo la denuncia de Carlos Aníbal Cubas Rosales, quien no concurrió a declarar a nivel judicial, empero se omitió merituar las declaraciones del ex - Asesor Legal y del Jefe de Control Interno de la entidad edil agraviada, quienes aseveran que no existió irregularidad alguna en la adjudicación de las obras; y, que en la sentencia no se advierten los indicios que valorados en forma conjunta hayan generado convicción sobre su culpabilidad, por lo que, solicita su absolución. Que, el encausado Edgar Augusto Alvarado Córdova en su recurso fundamentado a fojas mil seiscientos cincuenta y dos, sostiene que, si bien fue nom-

brado como Presidente del Comité Especial para las licitaciones de las obras programadas por la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar para el año dos mil cinco, debe señalarse que los demás miembros no concurrieron a la diligencia de apertura de sobres por encontrarse mal de salud, es decir, ello se frustró por falta de quórum, lo cual fue constatado por el Juez de Paz a falta de Notario Público existiendo el acta correspondiente, por tanto, lo señalado por el Colegiado Superior en el sentido que no existe mayor evidencia de la inconcurrencia de los demás miembros del Comité que incluso fueron a laborar con normalidad se desvirtuó; que, de otro lado, no tuvo injerencia alguna en la emisión de la resolución de designación del primer Comité, la cancelación de la convocatoria y la designación de los otros miembros del segundo Comité, todo lo cual es potestad del titular del pliego previa consulta con su asesor legal, no obstante lo cual se le encontró responsable por estos hechos; que, asimismo, no se le puede condenar por la omisión de la publicación de la segunda convocatoria, porque tal función le correspondía a otra persona, además legalmente no existía obligación para realizar ello, dado que bastaba con la invitación a los postores y la publicación en la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - PROMPYME; que, del mismo modo, no se le puede atribuir responsabilidad por el hecho que en la resolución que designó al primer Comité Especial no se nombró a miembros suplentes; que sólo se valoró la denuncia efectuada en su contra, sin tener en cuenta la versión del Asesor Legal y del Jefe de Control Interno de la Municipalidad agraviada y finalmente en la sentencia no se indica cuáles son los indicios que determinan su responsabilidad penal. Que, el encausado Anthony Wilson Coronado Urbina en su recurso fundamentado a fojas mil seiscientos sesenta y tres, indica que en autos no se demostró la comisión del delito por el que se le condenó, esto es, que se haya interesado de manera directa o indirecta o simulada en los resultados de la convocatoria supuestamente fraudulenta, para favorecer a tal o cual postor; que el recurrente fue designado como miembro del segundo Comité Especial por enfermedad de uno de sus titulares y a cuyo efecto no se valoró en forma adecuada la sentencia absolutoria por la expedición de certificados médicos falsos; que su persona no era el responsable de la publicación de las obras puestas a licitación; que no se demostró su interés en provecho propio o de terceros en los procesos de selección, menos en la celebración de los contratos y actos administrativos en los que participó, respecto de lo cual no existen indicios, por ello, se le debe absolver de la acusación fiscal. Que, el encausado José Siany Rujel Criollo en su recurso fundamentado a fojas mil seiscientos sesenta y ocho, alega que se le condenó por el sólo hecho de haber firmado una Resolución de Alcaldía que removió a dos miembros del Comité Especial, a pesar de contar con la opinión favorable del Asesor Legal y con un Informe sobre la imposibilidad de contar con el quórum respectivo para la apertura de sobres, por lo que su conducta se basa en el principio de confianza presentándose el error de tipo vencible que elimina el dolo en su actuar, no resultando el delito que se le atribuyo imputable a título de culpa; que no se tuvo en cuenta que el cambio del Comité Especial no generó perjuicio económico a la referida Comuna, lo cual se acreditó con el peritaje contable, por lo demás los procesos de selección no fueron materia de impugnación por los postores que no ganaron la buena pro, condición que no tiene el denunciante; que, si bien, existe una directiva del Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado que no se aplicó, ello es una responsabilidad administrativa, pero no penal; que no existe prueba de cargo alguna que demuestre su interés en las obras a ejecutarse, por tanto, solicita su absolución. **Segundo**: Que, de la acusación fiscal de fojas ochocientos setenta y nueve, complementada a fojas ochocientos noventa y ocho, fluye que se atribuye a José Siany Rujel Criollo en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, Edgar Augusto Alvarado Coronado en su calidad de Presidente y a Anthony Wilson Coronado Urbina y Jhonathan Michel Gonzaga

Alemán en su calidad de integrantes del Comité Especial Permanente para los Procedimientos de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía para las obras programadas para el período dos mil cinco, designados por Resolución de Alcaldía número cero treinta y dos - dos mil cinco - A -MPCVZ, de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco, incumplir dolosamente la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número cero ochenta y cuatro - dos mil cuatro -PCM, el Decreto Supremo número cero ochenta y tres - dos mil cuatro -PCM y su Directiva número cero cero uno - cero cero cero cuatro/CONSUCODE/PRE; advirtiéndose interés de los imputados en las adjudicaciones de las obras materia de los procesos selectivos; señala el titular de la carga de la prueba que previamente se canceló el proceso de selección para la ejecución de las siguientes obras: **i)** segunda etapa de la construcción del muro de contención parte posterior de viviendas del Barrio "Tres de Mayo"; **ii)** instalación de redes de agua potable y desagüe uno Acapulco; **iii)** pavimentación de calles y veredas primera etapa del Barrio "Costa Verde"; y, **iv)** construcción de la planta para la elaboración de concentrados en época de sequía; sostiene el representante del Ministerio Público que para ello se argumentó la falla de quórum del Comité Especial Permanente de Adjudicaciones por enfermedad de dos de sus miembros titulares, acreditando dicho caso fortuito con un certificado médico falso expedido en fecha posterior a la que se presentó la enfermedad que diera origen a la aludida cancelación; agrega el señor defensor de la legalidad que por ello se procedió a la remoción de los miembros titulares Christian Gerald Medina Ramírez y Robert Martín Espinoza Boulangger y designación de los nuevos integrantes del Comité Especial Permanente, bajo la justificación de caso fortuito (enfermedad sufrida coincidentemente el mismo día por ambos integrantes) causal que fue acreditada mediante los certificados médicos de fecha veintisiete de enero de dos mil cinco, emitidos por el médico Percy La Rosa Espinoza, hecho que tal vez no resultara relevante sino fuera porque la enfermedad certificada el día veintisiete de enero ya había sido aludida como motivo fundamental para la remoción de los miembros del Comité Especial Permanente desde el veinticuatro de enero de dos mil cinco, fecha en la que mediante Informe número cero cero uno - dos mil cinco - CEP -MPCAVZ, el Presidente del Comité comunica al Alcalde que los señores miembros del Comité "Solicitaron permiso para realizarse un chequeo médico por sentirse mal y no poder asistir a los procesos de adjudicación programados", argumento inverosímil porque los servidores presuntamente enfermos asistieron en forma normal a su centro de labores contraviniendo el artículo cuarenta y siete del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por último, sostiene el señor Fiscal Superior que existen irregularidades como la falta de registro y publicación de la nueva convocatoria para el proceso de selección cancelado en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE en el que debió realizarse en forma obligatoria, no existiendo razones legales que justifiquen tal incumplimiento en contravención de los dispuesto por los artículos uno y tres de la Directiva número cero cero uno - cero cero cero cuatro/CONSUCODE/PRE y del Comunicado cero nueve - dos mil cinco (PRE), no obstante que la entidad municipal contaba con la infraestructura y condiciones tecnológicas necesarias para realizar dicho registro y publicación, incluso la cancelación de la primera convocatoria si fue publicada, denotando la existencia de la intención de favorecer sólo a los postores que fueron invitados discrecionalmente por la entidad.

Tercero: Que, de la revisión de los autos se advierten como hechos probados los siguientes: **i)** la designación en cumplimiento del artículo cuarenta y tres del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por parte del encausado José Siany Rujel Criollo en su condición de Alcalde Provincial de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, del primer Comité Especial Permanente para los Procedimientos de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía para las obras programadas para el período dos mil cinco, el cual

estaba conformado por Edgar Augusto Alvarado Córdova, Robert Martín Espinoza Boulangger y Christian Gerald Medina Ramírez, según se advierte de la Resolución de Alcaldía número cero cero siete - dos mil cinco - A - MPCVZ, de fecha diez de enero de dos mil cinco -véase fojas setenta-, no habiéndose designado miembros suplentes de conformidad con lo previsto por el artículo cuarenta y uno del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; **ii)** el Informe número cero cero uno - dos mil cinco - CEP -MPCVZ, de fecha veinticuatro de enero de dos mil cinco -véase fojas trescientos sesenta y cinco, mediante el cual el encausado Edgar Augusto Alvarado Córdova, en su condición de Presidente del Comité Especial, comunicó al encausado José Siany Rujel Criollo la imposibilidad que el citado Comité se reúna por falta de quorum, dado que Robert Martín Espinoza Boulangger y Christian Gerald Medina Ramírez no pueden concurrir por enfermedad, por lo que solicita la cancelación de los cuatro procesos de selección que se encontraban publicados en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE véase fojas trescientos once; **iii)** la enfermedad sobreviniente de Robert Martin Espinoza Boulangger y Christian Gerald Medina Ramírez, si bien fue acreditada mediante certificados médicos emitidos por el Centro de Salud de Zorritos -véase fojas sesenta y ocho y sesenta y nueve-, por ello, no podían acudir a la reunión del Comité Especial programada para el día veinticuatro de enero de dos mil cinco, sin embargo, ambos documentos médicos tienen fecha veintisiete de enero de dos mil cinco, esto es, con posterioridad a dicha reunión, y es más, dichas personas no obstante la supuesta enfermedad que padecían, concurrieron a laborar en forma normal a la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar según se aprecia de sus respectivas tarjetas de control de asistencia -véase fojas trescientos treinta y cinco a trescientos treinta y ocho-; **iv)** la cancelación de los procesos de selección por parte del encausado José Siany Rujel Criollo mediante Resolución de Alcaldía número cero treinta y uno - dos mil cinco - A - MPCVZ, de fecha veinticinco de enero de dos mil cinco -véase fojas setenta y dos-; y, **v)** la designación de un nuevo Comité Especial Permanente por parte del encausado José Siany Rujel Criollo mediante Resolución de Alcaldía número cero treinta y dos - dos mil cinco - A - MPCVZ, de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco -véase fojas setenta y uno ordenándose que tal acto administrativo se publique en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE, sin embargo, la nueva convocatoria y sus bases no se publicaron en el registro electrónico del indicado Sistema, ni en el de la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - PROMPYME. **Cuarto**: Que, de lo expuesto emerge los siguiente: **a)** que el encausado José Siany Rujel Criollo al designar al primer Comité Especial Permanente para los Procedimientos de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía para las obras programadas para el período dos mil cinco, pese a tener experiencia y conocer de los alcances de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como de su Reglamento, en forma deliberada omitió designar a sus suplentes, respecto de lo cual el Presidente del Comité no efectuó observación alguna, más bien presentó un informe dando cuenta de la imposibilidad de reunirse con los demás miembros por enfermedad y solicitó la cancelación de los procesos de selección, desconociendo en forma dolosa que tal circunstancia no constituía fuerza mayor ni caso fortuito, únicas causales previstas en el artículo cuarenta y siete del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para nombrar un nuevo Comité; **b)** la enfermedad de dos de los miembros del primer Comité Especial fue aparente y no real, pues no obstante que se adujo la imposibilidad de concurrir a la apertura de sobres programada para el día veinticuatro de enero de dos mil cinco, por estar delicados de salud, dichas personas acudieron sin problema alguno a laborar ese mismo día a su centro de labores, esto es, a la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar según puede verificarse de sus tarjetas de control de asistencia; que, además, los certificados médicos que presentaron para justificar su

inasistencia tiene fecha veintisiete de enero de dos mil cinco, esto es, con fecha posterior a la reunión a la que inasistieron de modo injustificado; **c)** que si bien el nuevo Comité Especial aprobó un nuevo calendario o cronograma del proceso de selección, en forma dolosa no la publicó ni registró en el Sistema Informático del Organismo Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, menos en la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - PROMPYME; **d)** dicha omisión exprofesa limitó a que los postores a quienes se les dirigió las invitaciones resultaran los adjudicados con la buena pro y fueron los que ejecutaron las obras públicas, esto es, tal deliberada omisión los benefició, en claro perjuicio de otros posibles postores que no tuvieron conocimiento de la nueva convocatoria, circunstancias omisivas respecto de las cuales los encausados Jhonatan Michel Gonzaga Alemán y Anthony Wilson Coronado Urbina, como miembros del segundo Comité Especial no efectuaron observación alguna ni dejaron constancia de ello, por el contrario pese a conocer que se trataba de un requisito legal prosiguieron con el proceso de selección en clara contravención con lo previsto por la Directiva número cero cero uno - cero cero cero cuatro/CONSUCODE/PRE, modificada por la Resolución número cero cincuenta y nueve - dos mil cuatro/CONSUCODE - PRE, vigente desde el uno de julio de dos mil cuatro, cuya legalidad también se aprecia del artículo cincuenta y nueve del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de manera que su inobservancia acarrea vicio que impide la suscripción del contrato. **Quinto:** Que, el encausado José Siany Rujel Criollo en la fundamentación de su recurso de nulidad expresó como agravio que actuó bajo el error de tipo vencible, pues emitió las resoluciones en mérito al principio de confianza dado a la existencia de un informe de asesoría legal en el que no se indicó observación alguna, empero, como ya se ha expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, el citado encausado en su condición de Alcalde tuvo razones para apreciar la antijuricidad de las decisiones que adoptó e incluso estuvo en la posibilidad de esclarecer tal situación, no obstante omitió designar miembros suplentes del primer Comité Especial y no verificó que la nueva convocatoria se publicara en los registros electrónicos correspondientes, lo cual era obligatorio, de lo que se colige que ello fue con el claro propósito de favorecer a los postores a quienes se les cursó invitación para el proceso de selección; que, además, tal conducta la realizó conjuntamente con sus demás coencausados en su condición de miembros del Comité Especial Permanente, conducta ilegal que también fue advertida en el dictamen pericial contable de fojas mil doscientos dos, debidamente ratificado en el plenario, puesto que concluyó en afirmar la existencia de irregularidades: que, de otro lado, aun cuando los testigos que declararon en el plenario coincidieron en afirmar que no apreciaron en el proceso de selección irregularidad alguna, debe señalarse que éstos en su mayoría fueron beneficiados y favorecidos con la buena pro, por lo que su testimonio resulta parcializado; que, asimismo, si bien también el Asesor Legal y el Jefe de Control Interno de la Comuna agraviada aseveraron no haber advertido la presencia de irregularidades, es de precisar que su testimonio es parcializado dado al vínculo contractual con la Comuna y con el encausado José Siany Rujel Criollo en su condición de Alcalde; que, por lo demás, si bien los encausados miembros del Comité Especial Permanente no suscribieron ni firmaron las Resoluciones de Alcaldía ni eran los encargados de la publicación de la nueva convocatoria y fueron designados por el Titular del pliego (Alcalde), ello en nada enerva su responsabilidad penal, en tanto conocían perfectamente sus obligaciones legales previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como su Reglamento, por ende, sabedores de las omisiones deliberadas que se han dejado expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes, no efectuaron observación alguna, por ello, es de inferir que se interesaron en favorecer a los postores de la nueva convocatoria, apartándose de sus deberes funcionales de imparcialidad y probidad que les confiere el cargo que desempeñaban, acreditándose así

su culpabilidad; que, por último, aun cuando no se cuenta con la declaración plenaria de los testigos de cargo William Marchan Ramírez y Pedro Manuel Estrada Moran, lo cual fue ordenado en la Ejecutoria Suprema que anuló el anterior fallo absolutorio, de la minuciosa revisión y acucioso análisis de los otros medios de prueba obrantes en autos e indicios que emergen del comportamiento de los imputados, valorados en forma conjunta, determinan la responsabilidad penal de los encausados, por lo cual la sentencia materia de grado se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil seiscientos nueve, de fecha veintinueve de setiembre de dos mil once, que condenó a Jhonatan Michel Gonzaga Alemán, Edgar Augusto Alvarado Córdova, Anthony Wilson Coronado Urbina y José Siany Rujel Criollo como coautores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado - Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición que observen las reglas de conducta, inhabilitación por el periodo de un año y fijó en la suma de tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

§ 14. Negociación incompatible: R. N. N.º 253-2012 (13/02/2013)

a. Negociación incompatible. Elementos del tipo penal en cuestión. *El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término "**interesar**", que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir*

posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo.

b. Negociación incompatible. Absolución. No se advierte falta de sustento legal para la ejecución del proceso de selección anotado-adjudicación directa-, ya que se declaró en esta de emergencia al departamento aludido mediante Decreto Supremo. *De los hechos y las pruebas, se puede concluir que tanto la comisión del ilícito y la responsabilidad penal de los encausados no se han acreditado, dado que se advierte que mediante Decreto Supremo número 008-2003-PCM de dieciséis de enero de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y cuatro, se declaró en estado de emergencia entre otros, al departamento de Piura, ante la eventual ocurrencia del "fenómeno del niño", para lo cual se formuló el "Plan Nacional de Contingencia", mediante Decreto Supremo número 029-2003-PCM de dieciocho de marzo de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y dos, se incluyó al "Programa del Vaso de Leche" dentro de dicho plan nacional, además, el referido programa se amplió por treinta días adicionales.* [...] *Aunado a ello, el Concejo Municipal de la entidad agraviada, en sesión de audiencia de once de marzo de dos mil tres -donde no intervinieron los encausados Timaná Silva Corcovo Córdova y Córdova Albercaque corre de los folios ciento veinticinco a ciento veintiocho y. en el Acuerdo Municipal número 004-2003-MDY/M de doce de marzo de dos mil tres de los folios ciento diecisiete y ciento dieciocho, da cuenta de la declaratoria de emergencia del departamento de Piura y la realización de medidas para el abastecimiento del "Programa del Vaso I de Leche", encargando al área de administración (dirigida por el encausado Chávez Sandoval) la adquisición, a través de la modalidad de adjudicación directa selectiva, de la compra de producto (soya en grano) para el referido programa, pruebas que desvirtúa lo alegado por el recurrente, al sostener la falta de sustento legal para la ejecución del proceso de selección anotado.*

c. Negociación incompatible. Absolución. No se advierte el interés particular, así como el exceso en las funciones de los integrantes de la comisión especial permanente orientado a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes, obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario. *Respecto a la realización de los cuestionados procesos de selección que se precisan en el Informe Especial número 191-2006-CG-ORPI de los folios veintitrés a treinta y seis,*

(en los que no participaron los encausados Córdova García y Chávez Sandoval); si bien, se presentaron irregularidades en la ejecución de los mismos, como el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores, entre otros, cabe señalar que no se advierte el interés particular-, así como el exceso de los cargos o funciones de los procesados Timaná Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca (integrantes de la Comisión Especial Permanente) orientado a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes, obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario, toda vez que la presencia de lluvias en la zona perjudicarían la adquisición del producto alimenticio y la respectiva distribución, situación que en todo caso corresponderían ser ventiladas en la vía administrativa. [...] *Asimismo, se aprecia que los procesados (integrantes de la Comisión Especial Permanente) si bien no verificaron los precios de mercado; sin embargo, se observa que cumplieron con el número de postores a la adjudicación directa para la compra de soya en grano y azúcar, conforme se aprecia de las actas de otorgamiento de la buena pro de los folios dos mil trescientos veintisiete, dos mil trescientos sesenta y seis, dos mil cuatrocientos diecisiete, dos mil cuatrocientos cuarenta y dos, dos mil cuatrocientos sesenta y tres, donde se aprecia en todas ellas a tres postores, de las cuales en distintos procesos se dio como ganador a Molino San Miguel E.I.R.L., Rendihuza Servicios Generales E.I.R.L e Inkari SAC. por haber presentado mejor propuesta económica, no apreciándose une actitud dolosa por parte de los encausados Timaná Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca. En cuanto a lo alegado por el recurrente respecto a que los procesados utilizaron noventa y seis mil seiscientos noventa y uno nuevos soles con cincuenta y cuatro céntimos para gastos corrientes de los recursos que correspondían a inversión; es de anotar que obra el dictamen pericial judicial de folios mil ochocientos ochenta y cuatro a dos mil novecientos seis que determinen en su conclusión que no existe desvío de fondos de la suma mencionada para gastos corrientes; agrega, además que el monto consignado por el Procurador Público al momento de interponer la denuncia no es real, pues está asumiendo que el exceso obtenido llega a esa cantidad, careciendo de sustento legal, normativo, presupuestario y contable, puesto que no está reflejada ni en los comprobantes de pago, ni en la evaluación y ejecución presupuestarios en el año dos mil tres.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. Nº 253-2012

PIURA

Lima, trece de febrero de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Piura; con los recaudos que se adjuntan al principal, decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

1. **DECISIÓN CUESTIONADA.**

   La sentencia de tres de noviembre de dos mil once, de los folios cuatro mil trescientos sesenta y ocho emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura, que absolvió a los encausados don José Manuel Chávez Sandoval, don Gilbert Córdova García, don Rigoberto Timaná Silva, doña Emma María Córdova Córdova y don Alexi Córdova Alberca de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Yamango.

2. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO** -cuatro mil cuatrocientos once a cuatro mil cuatrocientos catorce-:

2.1. Sostiene que al emitir la sentencia absolutoria que la Sala Penal, no tomó en cuenta que la responsabilidad penal de los procesados se encuentra acreditada con el Informe Especial número 066-2006-CG/ORPI-PIURA, y el segundo Informe Especial número 191-2006-CG-ORPI, emitido por la Contraloría General de la República, que demuestran que los encausados antes citados utilizaron la suma de noventa y seis mil novecientos sesenta y tres nuevos soles de fondos de inversión desde enero a diciembre de dos mil tres, para gasto corriente.

2.2. Indica que con los cargos que ostentaban en el momento en los hechos (funcionarios y regidores) los encausados utilizaron fondos provenientes del FONCOMUN para ejecutar egresos maliciosos y, actuaron de manera dolosa en el Programa Vaso de Leche.

2.3. Conformaron irregularmente el comité de adquisiciones, obviando realizar el estudio de mercado, aceptando propuestas carentes de requisitos y otorgando buena pro a postores no aptos que presentaron documentación incompleta, por ello, solicita la nulidad de la sentencia por no estar arreglada a ley.

3. **SÍNTESIS DEL FÁCTUM.**

   Según el sustento táctico de la acusación fiscal de los folios tres mil seiscientos trece a tres mil seiscientos veintiséis, se imputa a los procesados (en sus respectivas condiciones de alcalde, administrador y miembros del comité especial permanente para la adquisición de insumos para el Programa de Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Yamango) haber incurrido en una serie de irregularidades en la adquisición de insumos del referido programa en el año dos mil tres; así se tiene que en transgresión a las bases otorgaron la buena pro a postores no aptos quienes presentaron, documentación incompleta, inexistencia de sustento legal, consignación de un valor referencial superior al mercado, no haberse considerado a los productores locales que ofrecían precios menores, y fraccionamiento del proceso de selección en seis armadas; ello ocasionó un perjuicio económico de S/. 72,030.30 nuevos soles.

Asimismo, se incrimina a Córdova García, en su calidad de alcalde de dicha comuna haber declarado la situación de emergencia sin existir causas establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que la justifiquen, pues existió un stock remanente proveniente del ejercicio anterior, igualmente por haber aprobado las bases administrativas de los seis procesos de selección.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL.

En el dictamen de los folios dieciséis a veinte -del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema-, el señor Fiscal Supremo en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia.

CONSIDERANDO

Primero: sustento normativo.

1.1. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establece que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

1.2. El parágrafo e), inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, prevé el principio de presunción de inocencia.

1.3. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.4. El artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de la comisión de los hechos), refiere que "(...) el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo"

Segundo: análisis del caso sub materia.

2.1. Toda sentencia constituye una decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, es así que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al Juzgador la recreación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación, contenido que no debe de vulnerar los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por ello, la sentencia que ponga término al juicio debe apreciar todos los medios probatorios recaudados en autos, lo que en buena cuenta debe ser el resultado de la evaluación, lógico -jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso[1].

2.2. El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término **"interesar"**, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que

1 El proceso de investigación prejudicial se toma en un conjunto ordenado y regulado de actos equiparables a los de la arqueología pero en el ámbito de un caso aparente criminal y mediante él se descubre con pericia y severidad los vestigios y evidencias de la materia investigada.

determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo[2].

2.3. De los hechos y las pruebas, se puede concluir que tanto la comisión del ilícito y la responsabilidad penal de los encausados no se han acreditado, dado que se advierte que mediante Decreto Supremo número 008-2003-PCM de dieciséis de enero de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y cuatro, se declaró en estado de emergencia entre otros, al departamento de Piura, ante la eventual ocurrencia del "fenómeno del niño", para lo cual se formuló el "Plan Nacional de Contingencia", mediante Decreto Supremo número 029-2003-PCM de dieciocho de marzo de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y dos, se incluyó al "Programa del Vaso de Leche" dentro de dicho plan nacional, además, el referido programa se amplió por treinta días adicionales.

2.4. Aunado a ello, el Concejo Municipal de la entidad agraviada, en sesión de audiencia de once de marzo de dos mil tres -donde no intervinieron los encausados Timaná Silva Corcovo Córdova y Córdova Alberca- que corre de los folios ciento veinticinco a ciento veintiocho y en el Acuerdo Municipal número 004-2003-MDY/M de doce de marzo de dos mil tres de los folios ciento diecisiete y ciento dieciocho, da cuenta de la declaratoria de emergencia del departamento de Piura y la realización de medidas para el abastecimiento del "Programa del Vaso I de Leche", encargando al área de administración (dirigida por el encausado Chávez Sandoval) la adquisición, a través de la modalidad de adjudicación directa selectiva, de la compra de producto (soya en grano) para el referido programa, pruebas que desvirtúa lo alegado por el recurrente, al sostener la falta de sustento legal para la ejecución del proceso de selección anotado.

2.5. Es en este contexto al realizar el arqueo al aludido programa la entrante gestión del encausado Córdova García, encontró una cantidad de insumos que no habían sido repartidos por la gestión anterior en el mes de diciembre de 2002, por lo cual se dispuso la inmediato distribución a la población, quedando un remanente, como se detalla en el Informe número 008-2003-MDY-ABST (ver folio ciento veintitrés), emitido por el área de abastecimiento, precisando que la distribución debía de regularizarse en el mes correspondiente, y recomendando que ante la presencia del periodo lluvioso, se tomaran las previsiones del caso para su normal abastecimiento, la que también es corroborado con el Informe número 0018-2003-MDY/ADM de folio ciento treinta y en el informe legal que corre a folio ciento treinta y uno y ciento treinta y dos (donde se indicó, que los procesos se llevaron por adjudicación directa y no por licitación pública por encontrarse el departamento de Piura en estado de emergencia), situación que desvirtúa lo alegado por el recurrente en el numeral dos punto tres del fundamento del recurso respecto al procesado Córdova García.

2.6. Respecto a la realización de los cuestionados procesos de selección que se precisan en el Informe Especial número 191-2006-CG-ORPI de los folios veintitrés a treinta y seis, (en los que no participaron los encausados Córdova García y Chávez Sandoval); si bien, se presentaron irregularidades en la ejecución de los mismos, como el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores, entre otros, cabe señalar que no se advierte el interés particular[3]-, así como el exceso de los cargos o funciones de los procesados Timaná Silva,

2 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delito contra la administración pública*, Grijley, 2009, p. 539.

3 Constituye el verbo rector de tal ilícito el "Interesarse", esto es, poner de manifiesto sus pretensiones particulares en el contrato u operación al real marco de injerencia, excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales.

Córdova Córdova y Córdova Alberca (integrantes de la Comisión Especial Permanente) orientado a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes, obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario, toda vez que la presencia de lluvias en la zona perjudicarían la adquisición del producto alimenticio y la respectiva distribución, situación que en todo caso corresponderían ser ventiladas en la vía administrativa.

2.7. Asimismo, se aprecia que los procesados (integrantes de la Comisión Especial Permanente) si bien no verificaron los precios de mercado; sin embargo, se observa que cumplieron con el número de postores a la adjudicación directa para la compra de soya en grano y azúcar, conforme se aprecia de las actas de otorgamiento de la buena pro de los folios dos mil trescientos veintisiete, dos mil trescientos sesenta y seis, dos mil cuatrocientos diecisiete, dos mil cuatrocientos cuarenta y dos, dos mil cuatrocientos sesenta y tres, donde se aprecia en todas ellas a tres postores, de las cuales en distintos procesos se dio como ganador a Molino San Miguel E.I.R.L., Rendihuza Servicios Generales E.I.R.L e Inkari SAC. por haber presentado mejor propuesta económica, no apreciándose une actitud dolosa por parte de los encausados Timaná Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca.

2.8. En cuanto a lo alegado por el recurrente respecto a que los procesados utilizaron noventa y seis mil seiscientos noventa y uno nuevos soles con cincuenta y cuatro céntimos para gastos corrientes de los recursos que correspondían a inversión; es de anotar que obra el dictamen pericial judicial de folios mil ochocientos ochenta y cuatro a dos mil novecientos seis que determinen en su conclusión que no existe desvío de fondos de la suma mencionada para gastos corrientes; agrega, además que el monto consignado por el Procurador Público al momento de interponer la denuncia no es real, pues está asumiendo que el exceso obtenido llega a esa cantidad, careciendo de sustento legal, normativo, presupuestario y contable, puesto que no está reflejada ni en los comprobantes de pago, ni en la evaluación y ejecución presupuestarios en el año dos mil tres.

2.9. A todo lo expuesto, es de referir que el señor Fiscal Supremo en lo Penal quedó conforme con la decisión tomada por el órgano jurisdiccional al momento de emitir su pronunciamiento, respecto a que la conducta de los procesados no constituye delito.

2.10. De lo anotado, no se advierte en los actos analizados un comportamiento doloso atribuible a los encausados por lo que al no reunir la conducta de éstos todos los elementos constitutivos de los tipos penales, la sentencia se encuentra arreglada a ley, no habiéndose llegado a desvanecer la presunción de inocencia que constitucionalmente asiste a los encausados como se indica en la sentencia recurrida.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, administrando justicia a nombre del Pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDAMOS**:

I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de tres de noviembre de dos mil once de los folios cuatro mil trescientos sesenta y ocho emitida por lo Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura que absolvió a los encausados don José Manuel Chávez Sandoval, don Gilbert Córdova García, don Rigoberto Timaná Silva, doña Emma María Córdova Córdova y don Alexi Córdova Alberca de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo

en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Yamango, con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por vacaciones de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.-

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

§ 15. Negociación incompatible: R. N. N.º 832-2010 (17/05/2010)

a. Negociación incompatible. Absolución. Los hechos imputados no configuran los elementos típicos del delito incoado. *Que, respecto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del Juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado; por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado.*

b. Fraude procesal. Absolución. Se advierte que los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito penal en cuestión. *Que, en relación al delito de fraude procesal, la imputación radica en haber inducido a error al Juez de la causa, al no darle cuenta de la solicitud de desafectación, y así obtener una resolución contraria a ley, señalando que la única y exclusiva persona que estaba facultada*

para devolver el bien era el magistrado de la causa; sin embargo, al igual que en el tipo penal anterior, nos encontramos con una inadecuada tipificación de los hechos, pues resulta contradictorio que por un lado se impute al encausado Roberto Neptalí Solano Sandoval haber inducido a error al Juez de la causa para obtener una resolución contraria a derecho - lo que significaría que la firma de los documentos si le corresponden al juez -, y por el otro lado se señale que el precitado encausado en calidad de secretario falsificó la firma del juez en la resolución y el oficio en que se entregaba el vehículo; de esta forma, ambos supuestos de hecho son excluyentes, en efecto, si indujo a error al juez para que firme la resolución ya no cabe sostener que el secretario falsificó la firma del juez y el oficio respectivo; por lo tanto, no resulta atendible la tipificación de los hechos bajo el delito en cuestión.

c. Falsificación de documentos. Absolución. Los medios probatorios -pericias grafotécnicas- no generan certeza que las firmas del juez en cuestión fueron falsificadas, consecuentemente frente a la duda razonable que se desprende de las pericias actuadas tanto a nivel preliminar y en juicio oral se debe absolver. *Que, respecto al delito contra la Fe Pública, en su modalidad de falsificación de documentos, es de relievar que como consecuencia de la denuncia, a nivel preliminar se evacuó la pericia grafotécnica de fojas ciento ochenta y siete, suscrita por los peritos Martín Espinoza Vidal y Carlos Córdova Ramírez, en la que se concluyó que la firma del juez, presentaba características de ser "falsificadas"; por su parte, el encausado Solano Sandoval, negó haber falsificado las firmas del juez, indicando que se elaboró el proyecto de resolución y oficio, y que fueron firmados por el magistrado. Ante ello, el Titular de la Acción Penal en su dictamen acusatorio, a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, solicitó que se practiqué una nueva pericia grafotécnica para determinar si en efecto la firma que aparecían en las instrumentales anotadas, para tal efecto en la audiencia de fecha dieciséis de octubre del dos mil nueve, cuyas actas se insertan de fojas cuatrocientos setenta y cinco y siguientes, se ordenó la designación de dos peritos, quienes emitieron su dictamen de fojas quinientos quince, en el cual concluyeron que: "La firma ejecutada con bolígrafo de tinta de tonalidad cromática negro en uno (01) RESOLUCIÓN de fecha "21DIC06) correspondiente a la instrucción Nº 294-2006 sec. Roberto Solano Sandoval cuyo tenor inicial dice:..."AUTOS Y VISTO estando a la solicitud de la Empresa Valkam Servicios Generales S.A.C de fojas ciento cuarenta y siete al escrito que antecede..." proviene del puño gráfico de persona quien suscribió los documentos de comparación con firmas completas a nombre de Mario A. Mendoza Puescas, son sus grafismos (...) La signatura abreviada estampada en el Of. Nº 4137 de fecha "2/10/06", es una firma AUTÉNTICA, es decir que corresponde al puño escribiente de Mario A. Mendoza Puescas, con características de excesiva celeridad y trazada diferente ubicación del papel receptor al momento de escribir (ver fojas quinientos diecinueve).*

[...] Que, por otro lado, la defensa del precitado encausado presentó el dictamen pericial de parte de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, en el que se concluyó que las firmas estampadas en la resolución de folios ciento

noventa y oficio de fojas ciento noventa y uno, "presenta características gráficas de no haber sido estructuradas por el puño gráfico de "Roberto Neptalí Solano Sandoval". En conclusión, los medios probatorios no generan certeza que las firmas del Juez Mendoza Puescas fueron falsificadas, consecuentemente frente a la duda razonable que se desprende de las pericias actuadas tanto a nivel preliminar y en Juicio oral, es de aplicación el principio constitucional del in dubio pro reo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 832-2010
PIURA

Lima, diecisiete de mayo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas quinientos setenta y cinco, de fecha veinte de enero de des mil diez; de conformidad, en parte, con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal-interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor el representante del Ministerio Público en su escrito de fundamentación de agravios de fojas quinientos noventa y dos alega que: **i).-** en relación a la falsificación de documentos se practicó otra pericia grafotécnica sin mediar fundamento atendible, en tal sentido, la nueva pericia deviene en inválida; máxime, si la primera pericia ha sido explicada; y **ii).-** respecto a la inducción a error a funcionario público, afirma que no versa en estricto sentido sobre el acto de falsificación, sino por no haber dado cuenta de la solicitud de desafectación de vehículo con la finalidad de posibilitar su entrega ilegal, conducta que se vincula con el mecanismo empleado, es decir, el delito consecuente de falsificación de firmas del juez Mendoza Puescas. **Segundo**: Que, conforme trasciende de la Acusación Fiscal de fojas cuatrocientos treinta y tres, ante el Primer Juzgado Penal de Talara a cargo del doctor Mario Mendoza Puescas, se tramitó la instrucción número doscientos noventa y cuatro - dos mil seis, juzgado ante el cual el representante del Ministerio Público en la investigación precitada, pone a disposición dos vehículos, entre los cuales destacan el de placa de rodaje RID - cuatrocientos dieciséis. Encontrándose dicho expediente a cargo del abogado Roberto Neptalí Solano Sandoval, en calidad de Secretario Judicial, mediante una resolución simulada de fecha veintiuno de diciembre de dos mil seis y oficio número cuatro mil ciento treinta y siete - dos mil cinco- uno JPT, se ordenó la desafectación y entrega del referido vehículo a Manuel Gerardo Ruiz Zelada, habiéndose determinado que dichos documentos no fueron formulados y suscritos por el magistrado de la causa, sino por el precitado procesado, quien aprovechándose indebidamente de su cargo y por medio fraudulento indujo a error al titular del Juzgado, no dando cuenta de todos los actuados de la precitada instrucción, procediendo a falsificar la resolución y el oficio en mención conforme a los resultados de la Pericia Grafotécnica número ciento seis -dos mil siete/OFICRI-PNP de fecha veintiocho de junio del dos mil siete. **Tercero**: Que, respecto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público,

aprovechando de su cargo, se interesa directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del Juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado; por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado. **Cuarto**: Que, en relación al delito de fraude procesal, la imputación radica en haber inducido a error al Juez de la causa, al no darle cuenta de la solicitud de desafectación, y así obtener una resolución contraria a ley, señalando que la única y exclusiva persona que estaba facultada para devolver el bien era el magistrado de la causa; sin embargo, al igual que en el tipo penal anterior, nos encontramos con una inadecuada tipificación de los hechos, pues resulta contradictorio que por un lado se impute al encausado Roberto Neptalí Solano Sandoval haber inducido a error al Juez de la causa para obtener una resolución contraria a derecho - lo que significaría que la firma de los documentos si le corresponden al juez -, y por el otro lado se señale que el precitado encausado en calidad de secretario falsificó la firma del juez en la resolución y el oficio en que se entregaba el vehículo; de esta forma, ambos supuestos de hecho son excluyentes, en efecto, si indujo a error al juez para que firme la resolución ya no cabe sostener que el secretario falsificó la firma del juez y el oficio respectivo; por lo tanto, no resulta atendible la tipificación de los hechos bajo el delito en cuestión. **Quinto**: Que, respecto al delito contra la Fe Pública, en su modalidad de falsificación de documentos, es de relievar que como consecuencia de la denuncia, a nivel preliminar se evacuó la pericia grafotécnica de fojas ciento ochenta y siete, suscrita por los peritos Martín Espinoza Vidal y Carlos Córdova Ramírez, en la que se concluyó que la firma del juez, presentaba características de ser "falsificadas"; por su parte, el encausado Solano Sandoval, negó haber falsificado las firmas del juez, indicando que se elaboró el proyecto de resolución y oficio, y que fueron firmados por el magistrado. Ante ello, el Titular de la Acción Penal en su dictamen acusatorio, a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, solicitó que se practiqué una nueva pericia grafotécnica para determinar si en efecto la firma que aparecían en las instrumentales anotadas, para tal efecto en la audiencia de fecha dieciséis de octubre del dos mil nueve, cuyas actas se insertan de fojas cuatrocientos setenta y cinco y siguientes, se ordenó la designación de dos peritos, quienes emitieron su dictamen de fojas quinientos quince, en el cual concluyeron que: *"La firma ejecutada con bolígrafo de tinta de tonalidad cromática negro en uno (01) RESOLUCIÓN de fecha "21DIC06) correspondiente a la instrucción N° 294-2006 sec. Roberto Solano Sandoval cuyo tenor inicial dice:..."AUTOS Y VISTO estando a la solicitud de la Empresa Valkam Servicios Generales S.A.C de fojas ciento cuarenta y siete al escrito que antecede..." proviene del puño gráfico de persona quien suscribió los documentos de comparación con firmas completas a nombre de Mario A. Mendoza Puescas, son sus grafismos (...) La signatura abreviada estampada en el Of. N° 4137 de fecha "2WIC06", es una firma AUTÉNTICA, es decir que corresponde al puño escribiente de Mario A. Mendoza Puescas, con características de excesiva celeridad y trazada diferente ubicación del papel receptor al momento de escribir."*(ver fojas quinientos diecinueve). **Sexto**: Que, por otro lado, la defensa del precitado encausado presentó el dictamen pericial de parte de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, en el que se concluyó que las firmas estampadas en la resolución de folios ciento noventa y oficio de fojas ciento noventa

y uno, "presenta características gráficas de no haber sido estructuradas por el puño gráfico de "Roberto Neptalí Solano Sandoval". En conclusión, los medios probatorios no generan certeza que las firmas del Juez Mendoza Puescas fueron falsificadas, consecuentemente frente a la duda razonable que se desprende de las pericias actuadas tanto a nivel preliminar y en Juicio oral, es de aplicación el principio constitucional del *in dubio pro reo*. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de enero de dos mil diez, obrante a fojas quinientos setenta y cinco, que absolvió a Roberto Neptali Solano Sandoval por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionario - negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; contra la Administración Pública - delitos contra la función jurisdiccional en la modalidad de fraude procesal o inducción a error por medio fraudulento y por el delito contra la Fe Pública en la modalidad de falsificación de documentos públicos, en agravio del Estado y de Mario Mendoza Puescas, con lo demás que contiene sobre el particular, y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

§ 16. Negociación incompatible: R. N. N.º 2770-2011 (12/09/2012)

a. Negociación incompatible. Absolución. El omitir el informe favorable del supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito en cuestión; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de Litis. *Teniendo en cuenta lo antes acotado, el representante del Consorcio SERELCSA, Víctor Urbina Bustamante efectuó dos requerimientos con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, el primero de un adelanto directo del veinte por ciento del monto de la obra, que asciende a la suma de dieciséis mil doscientos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos -véase fojas cuarenta y uno- y el segundo del cuarenta por ciento, para adquisición de materiales, cuyo monto asciende a la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos un nuevos soles con sesenta y ocho céntimos -véase fojas cincuenta y uno-, adjuntando para ello dos Certificados de Pólizas de Caución, por los montos antes señalados -las mismas que obran a fojas*

cuarenta y tres y cincuenta y tres, respectivamente-. Autorizando dichos pagos el procesado Marco Antonio Rojas Granados, en su calidad de Gerente de la Municipalidad Distrital de La Unión -véase fojas cuarenta y cinco a cincuenta y cinco-, conforme se aprecia de los comprobantes de pago, obrantes a fojas cuarenta y siete y cincuenta y siete; sin embargo, cabe resaltar que el artículo séptimo del contrato antes mencionado, también estipulaba que se requería de un Informe favorable del Ingeniero Inspector y/o Supervisor, lo cual no se efectuó para el primer adelanto (del veinte y cuarenta por ciento del monto de la obra), pero sí para los subsiguientes adelantos, emitiendo los correspondientes informes el procesado Benique Cabrera; no obstante, cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe favorable del Supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis. Debiendo tener presente además, que los peritos contadores Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, señalaron que los adelantos efectuados con garantía de fiel cumplimiento (pólizas de caución) se realizaron de acuerdo al contrato suscrito y a la normativa legal aplicable en esa fecha. En consecuencia, con respecto a esta imputación no existen elementos suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste al encausado Rojas Granados.

b. Aprovechamiento indebido de cargo. Absolución por insuficiencia probatoria. Se advierte ausencia de competencia de los encausados por tanto resultando de aplicación el principio de confianza. *De otro lado, respecto a la imputación de que los encausados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera no cumplieron con deducir la penalidad por retraso en la ejecución de la obra, resulta importante señalar que conforme se señaló líneas arriba, el contrato para la ejecución de la obra "Construcción de la Entrada La Unión - Piura", se suscribió el tres de febrero de dos mil cuatro -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, rigiendo el inicio del plazo de catorce días calendarios, desde la entrega de los adelantos (esto es, el cuatro de febrero de dos mil cuatro), conforme se aprecia en su cuarta cláusula del contrato, quedando como fecha de vencimiento el dieciocho de febrero del mismo año; sin embargo, la empresa contratista SERELCSA - RU no cumplió con culminar la obra dentro del plazo establecido, por lo que, el encausado Benique Cabrera, en su condición de Supervisor de obra, emitió el Informe número cero cuarenta y uno oblicua dos mil cuatro oblicua MDLU, de fecha veintiséis de abril de dos mil cuatro, dirigido al Gerente de Desarrollo Urbano (José Miñope Effio), obrante a fojas seiscientos setenta y siete, en el cual pone en conocimiento que la empresa Contratista SERELCSA- RU, incurrió en infracción del tiempo de ejecución del contrato, precisando que debe aplicarse la multa correspondiente (como máximo al cinco por ciento del monto contratado), la cual equivale al monto de cuatro mil cincuenta nuevos soles con veinte céntimos, siendo la multa diaria de setecientos veintitrés nuevos soles con veinticinco céntimos; debiendo añadir que el área encargada de*

deducir la penalidad y de ejecutar la fianza de fiel cumplimiento otorgada por Consorcio SERELCSA- RU, era la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad Distrital de La Unión, tal como lo estipula el Manual de Organización y Funciones -así lo han precisado los peritos Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, obrante a fojas mil doscientos veintisiete, del nueve de junio de dos mil once y en la sesión de audiencia obrante a fojas mil doscientos cincuenta y ocho-; por lo tanto, no era competencia de los procesados Valerio Benique Cabrera y Marco Antonio Rojas Granados, tanto más si el primero de los nombrados cumplió con poner en conocimiento de ello a la Gerencia de Desarrollo Urbano, resultando de aplicación el principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, exigiendo como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de los transacciones económicas y el desarrollo ele la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos. [...] Aunado a ello, se tiene que la pericia contable ampliatoria, del veintidós de junio de dos mil once, emitida por los peritos públicos contadores Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, obrante a fojas mil doscientos cuarenta y nueve, verificó que la inversión total por la ejecución de la obra, asciende a la suma de setenta y tres mil setecientos setenta y dos nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, es decir, el monto pagado es menor al presupuestado y pactado para la ejecución de la obra antes mencionada (el cual ascendía a la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos), no evidenciándose perjuicio alguno causado a la referida entidad; sino más bien intervinieron la obra ante el retraso de la empresa Contratista, con la finalidad de evitar así el perjuicio que aducen, culminando la ejecución de la obra. En consecuencia, no existiendo indicios ni pruebas suficientes, que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste a los encausados Rojas Granados y Benique Cabrera, este Supremo Tribunal encuentra con arreglo a ley la sentencia recurrida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 2770-2011

PIURA

Lima, doce de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior Titular de la Segunda Fiscalía Superior Penal Liquidadora de Piura y el Procurador Público Anticorrupción, contra

la sentencia de fojas mil doscientos ochenta y cinco, del diecinueve de julio de dos mil once, que absolvió a los acusados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de La Unión; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO:

Primero: fundamentos del recurso de nulidad

1.1. Que, el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad formalizado, a fojas mil trescientos siete, argumentó que no está conforme con la absolución, pues quedó acreditada la comisión del delito de aprovechamiento indebido de cargo, así como la responsabilidad de los procesados, debido a que: **a)** según los términos contractuales, el inicio de la obra fue el día cuatro de febrero de dos mil cuatro y debía culminarse el dieciocho de febrero de dos mil cuatro, lo cual no se hizo, generándole al Estado un perjuicio económico; **b)** asimismo, según el contrato correspondía un adelanto directo del veinte por ciento del monto total de la obra y el pago de un equivalente al cuarenta por ciento del monto total para la adquisición de materiales e insumos; habiendo emitido el Gerente Municipal Rojas Granados los memorándums números cero trece y cero catorce guión dos mil cuatro guión GM guión MDLU, mediante los cuales dispuso los pagos al contratista SERELCSA, como adelanto directo del cuarenta por ciento (el mismo día), lo cual se convirtió en un adelanto directo, afirmando que se interesó directamente aprovechándose de su cargo de Gerente para favorecer al contratista SERELCSA; **c)** no ejecutó los certificados de caución presentados por el contratista que garantizaban el fiel cumplimiento de la obra; **d)** no dispuso la deducción de cuatro mil cincuenta nuevos soles con veintiún céntimos, como penalidad; **e)** el acusado Benique Cabrera en su condición de inspector de la obra y además Gerente de Desarrollo Urbano no requirió a la empresa SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado, ya que faltaba amortizar la suma de seis mil doscientos treinta y dos nuevos soles con sesenta y un céntimos; y, **f)** no se ha tenido en cuenta el Informe número ciento setenta y cuatro guión dos mil seis guión CG ; oblicua ORP, emitido por la Contraloría y ratificado por sus peritos; ni el informe pericial contable del nueve de junio de dos mil once, emitido por los peritos Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes.

1.2. La parte civil, en su recurso de nulidad formalizado a fojas mil trescientos once, señaló que se otorgó la Buena Pro, en forma indebida e irregular al Consorcio SERELCSA; además le amortizaron en forma irregular, en calidad de adelanto el sesenta por ciento del monto pactado, sin contar con los Informes favorables del Inspector de obras, ni tomar en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiándose económicamente con los porcentajes de cancelación adelantada de la denominada "Obra culminación de la entrada a la Unión", ocasionando un perjuicio económico al Estado y a la entidad Edil.

Segundo: imputación fáctica

2.1. Según la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciocho, se imputa al acusado **Marco Antonio Rojas Granados**, en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de La Unión período dos mil tres, haber autorizado indebidamente el pago de adelantos, sin contar con los Informes favorables del Inspector de Obras (el coencausado Valerio Benique Cabrera), ocasionando que se pague de manera irregular y sin fundamento al contratista Víctor Urbina Bustamante, en representación del

Consorcio SERELCSA la cantidad de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos, en un plazo de quince días calendarios, otorgándole la Buena Pro con fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres, sin que la Municipalidad tome conocimiento de la aplicación de ésta situación, además se le efectuó el pago de adelantos previo y sin la garantía que los materiales ingresen a la obra oportunamente, retrasando la ejecución de la obra "Culminación de la Entrada a La Unión", así como no requerir al contratista la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, y por haber omitido realizar acción orientada a la aplicación de la penalidad correspondiente al contratista, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad hasta por el monto de once mil setenta y cinco nuevos soles con diecisiete céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de obra.

2.2. Se incrimina al procesado Valerio Benique Cabrera, haber omitido en su calidad de inspector de obra y Gerente de Desarrollo Urbano, durante el período dos mil cuatro, requerir al contratista del Consorcio SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad agraviada (Municipalidad Distrital de La Unión - Piura), hasta por el monto de siete mil veinticuatro nuevos soles con noventa y seis céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de la obra.

Tercero: fundamentos del tribunal supremo

3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: **i)** es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión directa (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación,** dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

3.2. Estando a lo expuesto, procederemos a señalar que de autos se advierte, que la Municipalidad Distrital de La Unión - Piura otorgó la Buena Pro al Consorcio SERELCSA - RU, para la ejecución de la obra "Construcción de la Entrada La Unión - Piura", por la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos -véase el Acta de evaluación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro de la adjudicación directa selectiva número cero cero cuatro guión dos mil tres guión CEAO oblicua MDLU, del diecinueve de diciembre de dos mil tres, obrante a fojas veintiuno y siguientes-, suscribiendo el tres de febrero de dos mil cuatro, el Contrato de ejecución de obra por contrata -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, el cual contemplaba en la cláusula séptima "Obligaciones de la Municipalidad en la Ejecución de la Obra", la obligación de otorgar un adelanto directo hasta por el veinte por ciento del monto del contrato, así como los adelantos específicos para la adquisición de materiales e insumos hasta por el cuarenta por ciento del monto del contrato, requiriéndose previamente la presentación de garantías establecidas en el contrato, de conformidad con lo estipulado en los artículos cientos veintiuno, ciento veintinueve y ciento treinta del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo número cero trece guión dos mil uno guión PCM.

3.3. Teniendo en cuenta lo antes acotado, el representante del Consorcio SERELCSA, Víctor Urbina Bustamante efectuó dos requerimientos con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, el primero de un adelanto directo del veinte por ciento del monto de la obra, que asciende a la suma de dieciséis mil doscientos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos -véase fojas cuarenta y uno- y el segundo del cuarenta por ciento, para adquisición de materiales, cuyo monto asciende a la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos un nuevos soles con sesenta y ocho céntimos -véase fojas cincuenta y uno-, adjuntando para ello dos Certificados de Pólizas de Caución, por los montos antes señalados -las mismas que obran a fojas cuarenta y tres y cincuenta y tres, respectivamente-. Autorizando dichos pagos el procesado Marco Antonio Rojas Granados, en su calidad de Gerente de la Municipalidad Distrital de La Unión -véase fojas cuarenta y cinco a cincuenta y cinco-, conforme se aprecia de los comprobantes de pago, obrantes a fojas cuarenta y siete y cincuenta y siete; sin embargo, cabe resaltar que el artículo séptimo del contrato antes mencionado, también estipulaba que se requería de un Informe favorable del Ingeniero Inspector y/o Supervisor, lo cual no se efectuó para el primer adelanto (del veinte y cuarenta por ciento del monto de la obra), pero sí para los subsiguientes adelantos, emitiendo los correspondientes informes el procesado Benique Cabrera; no obstante, cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe favorable del Supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis. Debiendo tener presente además, que los peritos contadores Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, señalaron que los adelantos efectuados con garantía de fiel cumplimiento (pólizas de caución) se realizaron de acuerdo al contrato suscrito y a la normativa legal aplicable en esa fecha. En consecuencia, con respecto a esta imputación no existen elementos suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste al encausado Rojas Granados.

3.4. De otro lado, respecto a la imputación de que los encausados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera no cumplieron con deducir la penalidad por retraso en la ejecución de la obra, resulta importante señalar que conforme se señaló líneas arriba, el contrato para la ejecución de la obra "Construcción de la Entrada La Unión - Piura", se suscribió el tres de febrero de dos mil cuatro -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, rigiendo el inicio del plazo de catorce días calendarios, desde la entrega de los adelantos

(esto es, el cuatro de febrero de dos mil cuatro), conforme se aprecia en su cuarta cláusula del contrato, quedando como fecha de vencimiento el dieciocho de febrero del mismo año; sin embargo, la empresa contratista SERELCSA - RU no cumplió con culminar la obra dentro del plazo establecido, por lo que, el encausado Benique Cabrera, en su condición de Supervisor de obra, emitió el Informe número cero cuarenta y uno oblicua dos mil cuatro oblicua MDLU, de fecha veintiséis de abril de dos mil cuatro, dirigido al Gerente de Desarrollo Urbano (José Miñope Effio), obrante a fojas seiscientos setenta y siete, en el cual pone en conocimiento que la empresa Contratista SERELCSA- RU, incurrió en infracción del tiempo de ejecución del contrato, precisando que debe aplicarse la multa correspondiente (como máximo al cinco por ciento del monto contratado), la cual equivale al monto de cuatro mil cincuenta nuevos soles con veinte céntimos, siendo la multa diaria de setecientos veintitrés nuevos soles con veinticinco céntimos; debiendo añadir que el área encargada de deducir la penalidad y de ejecutar la fianza de fiel cumplimiento otorgada por Consorcio SERELCSA- RU, era la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad Distrital de La Unión, tal como lo estipula el Manual de Organización y Funciones -así lo han precisado los peritos Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, obrante a fojas mil doscientos veintisiete, del nueve de junio de dos mil once y en la sesión de audiencia obrante a fojas mil doscientos cincuenta y ocho-; por lo tanto, no era competencia de los procesados Valerio Benique Cabrera y Marco Antonio Rojas Granados, tanto más si el primero de los nombrados cumplió con poner en conocimiento de ello a la Gerencia de Desarrollo Urbano, resultando de aplicación el principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, exigiendo como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de los transacciones económicas y el desarrollo ele la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos).

3.5. Aunado a ello, se tiene que la pericia contable ampliatoria, del veintidós de junio de dos mil once, emitida por los peritos públicos contadores Pedro Nolasco Baique Camocho y Oscar Albines Reyes, obrante a fojas mil doscientos cuarenta y nueve, verificó que la inversión total por la ejecución de la obra, asciende a la suma de setenta y tres mil setecientos setenta y dos nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, es decir, el monto pagado es menor al presupuestado y pactado para la ejecución de la obra antes mencionada (el cual ascendía a la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos), no evidenciándose perjuicio alguno causado a la referida entidad; sino más bien intervinieron la obra ante el retraso de la empresa Contratista, con la finalidad de evitar así el perjuicio que aducen, culminando la ejecución de la obra. En consecuencia, no existiendo indicios ni pruebas suficientes, que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste a los encausados Rojas Granados y Benique Cabrera, este Supremo Tribunal encuentra con arreglo a ley la sentencia recurrida.

Por estos fundamentos, **DECLARARON: NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecinueve de julio de dos mil once, de fojas mil doscientos ochenta y cinco, que absolvió a los procesados **MARCO ANTONIO ROJAS GRANADOS Y VALERIO BENIQUE CABRERA**, de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de La Unión y con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

§ 17. Negociación incompatible: R. N. N.º 4766-2001 (12/03/2003)

Negociación incompatible. Absolución. Se advierte que la norma "ley contra el nepotismo", fue publicada con posterioridad a las contrataciones efectuadas por el acusado; por tanto a la fecha de tales contrataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito en cuestión. *Que a la fecha de tales contrataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito establecido en el numeral trescientos noventisiete del Código Penal, toda vez que la condición requerida para el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea «indebida»; no se dio por que dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal.*

Que si bien la Ley número veintiséis mil setecientos setentiuno «Ley contra el Nepotismo», estableció la prohibición de nombramientos y contrataciones de personal en el sector público por razón de parentesco, ésta fue publicada recién el quince de abril de mil novecientos noventisiete, es decir con posterioridad a las contrataciones efectuadas por el acusado, y que datan del tres de enero de mil novecientos noventiséis y del quince de abril de mil novecientos noventisiete.

SALA PENAL

R.N. Nº 4766-2001

PUNO.

Lima, doce de marzo de dos mil tres.-

VISTO el recurso de nulidad interpuesto por el inculpado Cosme Damián Beltrán Pineda contra la sentencia de fojas ochocientos sesentitrés, en el extremo que lo condena a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el término de un año, como autor del delito de corrupción de funcionarios negociación incompatible; de conformidad en parte con el

dictamen del señor Fiscal: Supremo; y CONSIDERANDO: **Primero.-** Que para efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que el Juzgador haya llegado a la convicción respecto de la responsabilidad penal del encausado, la misma que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que tiene todo procesado, conforme a la garantía prevista en el parágrafo «e», del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Estado. **Segundo.-** Que en el presente caso, se imputa al acusado el haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla, en el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventiséis y mil novecientos noventisiete, a su hermano Raúl Beltrán Pineda, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocupando el cargo de Alcalde de dicha entidad edil. **Tercero.-** Que a la fecha de tales contrataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito establecido en el numeral trescientos noventisiete del Código Penal, toda vez que la condición requerida para el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea «indebida»; no se dio por que dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal. **Cuarto.-** Que si bien la Ley número veintiséis mil setecientos setentiuno «Ley contra el Nepotismo», estableció la prohibición de nombramientos y contrataciones de personal en el sector público por razón de parentesco, ésta fue publicada recién el quince de abril de mil novecientos noventisiete, es decir con posterioridad a las contrataciones efectuadas por el acusado, y que datan del tres de enero de mil novecientos noventiséis y del quince de abril de mil novecientos noventisiete. **Quinto**.- Que además, debe tenerse en cuenta lo que dispone la precitada norma legal en su artículo quinto, en el sentido que los contratos que estuvieran vigentes a la fecha de su promulgación, no podrán ser renovados si se prueba la relación de parentesco, en clara alusión a que quedan vigentes, ya que no obliga a ninguna rescisión de los mismos; más aún, si el artículo mil trescientos cincuenticinco del Código Civil precisa que la Ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, y como consecuencia del artículo sesentidós de la Constitución Política del Estado, estas limitaciones no operarán para los contratos celebrados antes de la puesta en vigencia de la ley que establezca tales limitaciones, consecuentemente no se puede atribuir responsabilidad al encausado; por lo que: Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos sesentitrés, en el extremo impugnado que condena a COSME DAMIÁN BELTRÁN PINEDA como autor del delito cometido por funcionarios públicos - corrupción de funcionarios negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla; a dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de un año; lo inhabilitan para el ejercicio de la administración pública por el término de la condena; y fija en quinientos nuevos soles, la reparación civil; reformándola, **ABSOLVIERON a COSME DAMIÁN BELTRÁN PINEDA** de la acusación fiscal por el delito cometido por funcionarios públicos corrupción de funcionarios negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla; en consecuencia, MANDARON archivar definitivamente el proceso en este extremo; y de conformidad a lo dispuesto por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve, DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y los devolvieron.-

S.S.
GAMERO VALDIVIA
PALACIOS VILLAR
CABANILLAS ZALDÍVAR
BALCÁZAR ZELADA
LECAROS CORNEJO

§ 18. Negociación incompatible: R. N. N.º 443-2010 (19/04/2011)

La necesidad de acreditar de manera suficiente el interés particular. *[Del] análisis de la hipótesis fáctica contenida en la acusación, referente al tipo delictivo bajo estudio, se advierte que si bien se indica que el procesado en mención ordenó el pago de dos mil ochocientos nuevos soles a favor de su coencausado Emiliano Burga Silva, no se ha sustentado ni se ha probado en autos la existencia de un interés particular; es decir, no se atribuye a Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, en su calidad de alcalde de la Municipalidad Provincial de Rioja, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste, que es lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el delito que nos ocupa, siendo ello así, la sentencia impugnada en lo que refiere a este extremo también se encuentra arreglada a ley.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 443-2010

SAN MARTÍN

Lima, diecinueve de abril de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior y por el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de San Martín - Moyobamba, contra la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y tres, de fecha treinta de octubre de dos mil nueve; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso fundamentado de fojas mil trescientos ochenta y seis, respecto del delito de peculado culposo, alega lo siguiente: **a)** que el procesado Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Rioja, ordenó el pago de dos mil ochocientos nuevos soles a favor de su coencausado Emiliano Burga Silva, pese a que la tesorero le indicó que ello era irregular, ya que no se habían cumplido las formalidades exigidas por ley, además, el imputado Burga Silva no había acreditado que tenía la representación de Continental Empresa Individual de Responsabilidad Limitada -en adelante empresa Continental-, lo cual ocasionó un perjuicio económico a la entidad agraviada; **b)** que el imputado Gumercindo Huamaya Rinza, en su condición de Gerente Municipal, no cumplió funciones propias del cargo, al haber autorizado vía telefónica que se pagara la suma de dos mil ochocientos nuevos soles a Emiliano Burga Silva, por el sólo hecho de habérselo solicitado Pariacuri Tantarico, por otro lado, omitió hacer el seguimiento pertinente a fin de verificar si el pago que autorizó, por la compra de cuatro llantas usadas, cumplía

con las formalidades establecidas por ley, produciendo un perjuicio económico a la entidad agraviada; **c)** que el encausado Hitler Encina Mirano, en su condición de Jefe de Abastecimiento, dio el visto bueno para que la entidad agraviada pudiera comprar las cuatro llantas para moto niveladora, sin haberse realizado cotizaciones y sin observar que la factura entregada a su persona tenía el logotipo de la empresa Continental, respecto de la cual el acusado Burga Silva no tenía representación, induciendo con ello a la realización de un pago irregular; y, **d)** que la responsabilidad penal de la acusada Editha Janeth Mendoza Correa, quien tenía el cargo de Tesorera de la Municipalidad Provincial de Rioja, se encuentra acreditada con el mérito de su propia declaración, en la que reconoce que hubo un error administrativo, pero que dada su condición de trabajadora municipal no estaba en condiciones de oponerse a lo dispuesto por el Alcalde. Asimismo, el representante el Ministerio Público, en cuanto a la absolución de Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico por delito de negociación incompatible, señala que dicho procesado, al ser la máxima autoridad edil de la Municipalidad Provincial de Rioja, ordenó directamente a la tesorera que realice un pago irregular en provecho de un tercero, en este caso, el encausado Emiliano Burga Silva. Por otro lado, el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de San Martín -Moyobamba, en su recurso fundamentado a fojas mil trescientos noventa, alega que la sentencia impugnada no ha tomado en cuenta que los funcionarios procesados por el delito de peculado culposo omitieron verificar en el Registro de Personas Jurídicas de Moyobamba si Emiliano Burga Silva, quien les vendió cuatro llantas usadas para motoniveladora por el precio de dos mil ochocientos nuevos soles, era representante de la empresa Continental, permitiendo la obtención de una ventaja económica indebida por parte del citado encausado. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas mil ciento cincuenta y nueve, que con fecha diecisiete de junio de dos mil siete, el procesado Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, alcalde de la Municipalidad Distrital de Rioja, ordenó a Editha Mendoza Torres, tesorera de dicha entidad edil, que efectuara un pago a favor del procesado Emiliano Burga Saldaña, por la compra de cuatro llantas usadas de una motoniveladora, refiriéndole además que dicha persona necesitaba que se le pague pues tenía la urgencia de viajar y que la documentación se regularizaría posteriormente, interviniendo también el encausado Gumercindo Huayama Rinza en su condición de Gerente Municipal, quien dio su conformidad para dicha adquisición, luego de lo cual se giró el cheque respectivo por dos mil ochocientos nuevos soles como pago por la adquisición de las llantas; asimismo, se tiene que Burga Saldaña entregó una factura falsa a su coimputado Hitler Encina Mirano, por el referido monto, comprometiéndose a regularizar la documentación el dieciocho de junio de dos mil siete, sin embargo recién lo hizo en el mes de julio de dos mil siete, con lo cual se sustentó el giro del cheque a favor del encausado Emiliano Burga Saldaña, sin ser éste el representante de la empresa Continental. **Tercero:** Que, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos en el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, en la modalidad culposa del delito de peculado, *"habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público (...). Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente"*; en tal virtud, la conducta negligente que origina o posibilita la apropiación por parte de un tercero debe estar vinculada necesariamente al deber de cuidado que posee el funcio-

nario sobre los bienes estatales materia del delito, y por tanto, tal obligación debe estar definida concretamente a fin de determinar tanto su exigibilidad así como su relación con el resultado lesivo para el bien jurídico, no ocurriendo ello en el caso de autos, pues lo que se cuestiona en la actuación de los funcionarios públicos Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, Gumercindo Huayama Rinza y Hitler Encina Mirano, es haber cometido una serie de irregularidades en la adquisición de cuatro llantas usadas para una motoniveladora de la Municipalidad -provincial de Rioja, sin embargo, dichas conductas en modo alguno configuran el tipo de peculado culposo, pues éste exige la violación, inobservancia o incumplimiento de deberes específicos de cuidado que propicien, faciliten o permitan la sustracción dolosa del patrimonio estatal por parte de un tercero, siendo que en el presente caso la tesis fáctica del Ministerio Público no señala que el procesado Emiliano Burga Silva se haya apropiado dolosamente de la suma de dos mil ochocientos nuevos soles –que a juicio del titular de la acción penal representaría el perjuicio económico ocasionado al municipio agraviado-, sino que dicha suma constituía la contraprestación que debía pagar la Municipalidad Provincial de Rioja por la compra de los bienes señalados; consecuentemente, al no subsumirse los hechos señalados en el delito de peculado culposo, la sentencia absolutoria, en cuanto a este extremo se refiere, se encuentra arreglada a ley. **Cuarto:** Que, respecto al delito de negociación incompatible, que se imputa al procesado Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, cabe indicar que en este tipo penal el verbo rector viene a ser **interesarse**, el cual es entendido por Fidel Rojas, como la "injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)"[1]; podemos complementar este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien "interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros"[2]; asimismo, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: **i) Directamente**; cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; **ii) Indirectamente**; cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, **iii) Por acto simulado**; en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a éste; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. En ese sentido, del análisis de la hipótesis fáctica contenida en la acusación, referente al tipo delictivo bajo estudio, se advierte que si bien se indica que el procesado en mención ordenó el pago de dos mil ochocientos nuevos soles a favor de su coencausado Emiliano Burga Silva, no se ha sustentado ni se ha probado en autos la existencia de un interés particular; es decir, no se atribuye a Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico, en su calidad de alcalde de la Municipalidad Provincial de Rioja, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste, que es lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el delito que nos ocupa[3], siendo ello así, la sentencia impug-

1 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta edición, Grijley, Lima, 2007, p. 820.

2 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 309.

3 La doctrina denomina a esta confluencia de intereses como el desdoblamiento del agente, ya que el funcionario público interviene como representante del Estado y como particular interesado al mismo tiempo, afectando así el bien jurídico que viene a ser la imparcialidad en la administración pública, anteponiendo sus intereses o los de terceros a los de la administración pública.

nada en lo que refiere a este extremo también se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y tres, de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, que absolvió al procesado Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos contra la Administración Pública - peculado culposo y negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Rioja, y a los encausados Gumercindo Huamaya Rinza, Hitler Encina Mirano y Emiliano Burga Silva de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - peculado culposo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Rioja; con lo demás que contiene.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

§ 19. Negociación incompatible: R. N. N.º 1024-2013 (23/10/2013)

Negociación incompatible. Absolución. Se advierte que los demás imputados comprendidos en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar - sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor. *Que al circunscribir nuestro análisis en lo referente al delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles sub examine, se advierte que como antecedente, conforme con la sentencia del once de diciembre de dos mil doce, obrante a fojas cuatro mil trescientos cincuenta, los demás imputados comprendidos en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar - sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor, máxime si esta absolución se remite a que no se ha acreditado de manera indubitable el interés,*

de manera directa o indirecta, de los encausados absueltos, dentro del contrato u operación con el contratista, con el consecuente beneficio indebido a su favor o de tercero. **[...]** *Que establecido lo anterior, en el presente caso se aprecia que la pretendida complicidad primaria imputada contra Rómulo Alex Marañón Barraza, en su calidad de Secretario Técnico de la CTAR-Ica, por el pedido de la rebaja y desactivar proyectos, a efectos de viabilizar un proyecto en particular, La Ruta del Pisco en el Valle de Ica, donde finalmente el veintiséis de julio de dos mil dos resultó contratada la empresa de un primo suyo, cuando aquel ya no tenía vínculo laboral o funcional con la entidad pública, la cual se sujetó al periodo entre el diez de marzo de dos mil dos, hasta el nueve de julio de ese mismo año, que fue anterior a la contratación de la empresa EFEXTOS TRADING CORP E. I. R. L, por lo que su contribución a los hechos ilícitos se ubica en una fase muy anterior a la del inicio de la ejecución del delito, esto es, cuando el referido funcionario o servidor público tuvo la atribución para contratar, lo que realizó favoreciendo a la empresa de Augusto Javier Marañón García; en consecuencia, conforme lo desglosado supra, su conducta no se adecúa debidamente a las exigencias normativas para la configuración de la complicidad en el delito imputado, así como tampoco existen elementos adicionales que lo vinculen y doten de aptitud probatoria para evidenciar responsabilidad penal; en consecuencia, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.º 1024-2013

ICA

Lima, veintitrés de octubre de dos mil trece.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del treinta de enero de dos mil trece, obrante a fojas cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco, que absolvió a RÓMULO ÁLEX MARAÑÓN BARRAZA, de la acusación fiscal en su contra, como cómplice primario en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado y del ex-Consejo Transitorio de Administración Regional de Ica (CTAR-Ica).

Interviene como ponente el señor juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO.

CONSIDERANDO:

Primero. Que el representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad formalizado a fojas cuatro mil cuatrocientos setenta y ocho, alega que se ha configurado el delito de Negociación Indebida por parte del imputado, pues este es primo de Augusto Javier Marañón García, quien es el propietario de las empresa Efectos E. I. R. L., y de Efectos Trading Corp. E. I. R. L., quien fue beneficiado para el otorgamiento del contrato de Adjudicación de Menor

Cuantía a favor de su empresa, mediante un contrato personalísimo y a mano alzada, sin que el mismo hubiera cumplido con las finalidades del contrato, puesto que no hizo entrega de la licencia del software ni del sistema informático, ni la captación de turistas extranjeros.

Segundo. Que en la acusación fiscal, de fojas dos mil ciento sesenta y dos, se describe que Rómulo Alex Marañón Barraza, en relación con la contratación realizada por el CTAR-Ica, el veintiséis de julio de dos mil dos, mediante la modalidad de Adjudicación de Menor Cuantía, número 001-2002-CTAR-ICA/PE, con la empresa EFEXTOS TRADING CORP E. I. R. L., donde se detectaron irregularidades, causó perjuicio económico a dicha entidad por un monto de doscientos treinta y nueve mil quinientos cincuenta y uno coma sesenta y cuatro nuevos soles. El citado, en su calidad de Secretario Técnico del ex-CTAR-ICA, durante el periodo desde el diez de marzo de dos mil dos, hasta el nueve de julio de ese mismo año, solicitó mediante memorando número doscientos cincuenta y seis-dos mil dos-CTAR-ICA/ST, del veinte de marzo de dos mil dos, la rebaja o desactivación de otros proyectos, para viabilizar que se priorice y asignen recursos al proyecto La Ruta del Pisco en el Valle de lea, a pesar de que dicho proyecto carecía de declaratoria de viabilidad.

Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo se interese por un contrato u operación en que interviene, en razón o por su cargo, el cual puede ser de manera directa o indirecta; sin embargo: "[...] no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo"[1]. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otros o para la realización de instituciones estatales; se trata de deberes de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario. Es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente; esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, y como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial; es decir, son titulares de un estatus especial[2].

Cuarto. Que al circunscribir nuestro análisis en lo referente al delito contra la Administración Publica-negociación incompatible, en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles sub examine, se advierte que como antecedente, conforme con la sentencia del once de diciembre de dos mil doce, obrante a fojas cuatro mil trescientos cincuenta, los demás imputados comprendidos en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar - sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor, máxime si esta absolución se remite a que no se ha acreditado de manera indubitable el interés, de manera directa o indirecta, de los encausados absueltos, dentro del contrato u operación con el contratista, con el consecuente beneficio indebido a su favor o de tercero.

1 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta edición, Grijley, Lima, 2007, p. 820.

2 JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal* (Peñaranda Ramos-Suárez-Cancio: trads.), Madrid, 1997, p. 363.

Quinto. Que establecido lo anterior, en el presente caso se aprecia que la pretendida complicidad primaria imputada contra Rómulo Alex Marañón Barraza, en su calidad de Secretario Técnico de la CTAR-Ica, por el pedido de la rebaja y desactivar proyectos, a efectos de viabilizar un proyecto en particular, La Ruta del Pisco en el Valle de Ica, donde finalmente el veintiséis de julio de dos mil dos resultó contratada la empresa de un primo suyo, cuando aquel ya no tenía vínculo laboral o funcional con la entidad pública, la cual se sujetó al periodo entre el diez de marzo de dos mil dos, hasta el nueve de julio de ese mismo año, que fue anterior a la contratación de la empresa EFEXTOS TRADING CORP E. I. R. L, por lo que su contribución a los hechos ilícitos se ubica en una fase muy anterior a la del inicio de la ejecución del delito, esto es, cuando el referido funcionario o servidor público tuvo la atribución para contratar, lo que realizó favoreciendo a la empresa de Augusto Javier Marañón García; en consecuencia, conforme lo desglosado supra, su conducta no se adecúa debidamente a las exigencias normativas para la configuración de la complicidad en el delito imputado, así como tampoco existen elementos adicionales que lo vinculen y doten de aptitud probatoria para evidenciar responsabilidad penal; en consecuencia, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del treinta de enero de dos mil trece, obrante a fojas cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco, que absolvió a RÓMULO ALEX MARAÑÓN BARRAZA, de la acusación fiscal en su contra, como cómplice primario en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado y del ex-Consejo Transitorio de Administración Regional de lea (CTAR-Ica). Con lo demás que contiene y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTIN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRINCIPE TRUJILLO

§ 20. Negociación incompatible: R. N. N.º 375-2012 (07/03/2013)

Negociación incompatible. Sindicación se desvirtúa no sólo con la negativa uniforme y coherente del procesado, sino con el mérito del informe pericial contable. *Que, sin embargo, tal sindicación se desvirtúa no sólo con la negativa uniforme y coherente del procesado Portier Balland [ver instructiva de fojas trescientos ochenta y seis -tomo II- y declaración plenaria de fojas mil quinientos setenta y nueve -tomo IX-], sino con el mérito del informe pericial contable [fojas novecientos cuarenta y seis -tomo V-] en las que el contador público García Apucusi, entre otros, concluyó que las apersonas responsables de observar que los proveedores no tengan vínculo alguno con funcionarios y/o servidores del municipio en el ejercicio de sus funciones eran los acusados Cano Ccoa, Apaza Idme y Rojas Ramos, que dicho informe fue ratificado a nivel de juicio oral donde el perito suscriptor enfatizó que en este caso no se evidencia que el acusado en mención haya tenido conocimiento que el beneficiado con la buena pro tuviera parentesco con el acusado Cano Ccoa [ver fojas mil quinientos ochenta y ocho -tomo IX-]; aunado a ello, debe considerarse que los responsables de la adjudicación fueron condenados por sentencia del nueve de noviembre de dos mil nueve [ver fojas mil trescientos setenta y cuatro -tomo VII-] la misma que fue confirmada por Ejecutoria Suprema del trece de diciembre de dos mil diez [fojas mil cuatrocientos cuarenta y dos -tomo VIII-].*

Que en cuanto a lo alegado por los impugnantes, [que no se tomó en cuenta la declaración plenaria del acusado Portier Bailad en el anterior juicio oral, donde admitió que conocía del parentesco entre el acusado Gregorio Cano Ccoa y el adjudicado]; es de considerar que dicha declaración es parte de un proceso que fue declarado nulo, además, en ella no se evidencia que el procesado se haya interesado en forma directa ni indirecta en la contratación de Fortunato Cano Ccoa, pues, únicamente indicó que tenía conocimiento que eran hermanos, pero aseveró que al momento de firmar los contratos no tenía a la vista la documentación, ya que las otras oficinas debían realizar la verificación previa [ver fojas mil ciento cuarenta -tomo VI-]; por ello, los agravios expuestos en los recursos impugnatorios de los recurrentes devienen en infundados.

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. Nº 375-2012

PUNO

Lima, siete de marzo de dos mil trece.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; los recursos de nulidad interpuestos por el procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de República y el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria de fojas mil seiscientos treinta y dos -tomo IX-, del veinticinco de octubre de dos mil once; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que el señor Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Carabaya en su recurso formalizado de fojas mil setecientos veintisiete -tomo IX- sostiene que el Colegiado Superior al emitir la citada sentencia no valoró adecuadamente las declaraciones del encausado Portier Balland quien admitió conocer la relación de parentesco del sentenciado Gregorio Urbano Cano Ccoa con Fortunato Cano Ccoa y Goldy Esperanza Cano Narváez; que no se acató lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que contempla los impedimentos para ser postor y/o contratista y que el procesado Portier Balland no sólo autorizó y firmó los contratos, sino que también hizo lo mismo con diversos comprobantes de pagos a favor del Aserradero Ebanistería "Cano" de -de propiedad de Goldy Esmeralda Cano Narváez- por diversas sumas de dinero. **Segundo**: Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil setecientos treinta y cuatro -tomo IX- alega que el Tribunal de Instancia al momento de emitir el fallo no efectuó una debida valoración de las pruebas actuadas que revelan la participación delictiva y responsabilidad del procesado Portier Ballard ya que está debidamente acreditada que éste fue quien suscribió los contratos con la Empresa Aserradero Ebanistería "Cano"; que dicho encausado tuvo pleno conocimiento del vínculo familiar existente entre el acusado Gregorio Cano Ccoa con Fortunato Cano Ccoa y Goldy Esmeralda Cano Narváez; que resulta inválida la conclusión de la pericia judicial contable: "no se encuentra responsabilidad al acusado presente", ya que al perito no le compete determinar tal conclusión. **Tercero**: Que la acusación fiscal de fojas ochocientos once -tomo IV- imputa a Michel Francois Portier Balland, Gregorio Cano Ccoa, Rosa Amelia Apaza Idme y Guido Rojas Ramos [ex Alcalde, Jefe del Área de Adquisiciones, Jefe de Abastecimiento y administrador de la Municipalidad Provincial de Carabaya Macusani - Puno, respectivamente] que conjuntamente en forma irregular suscribieron órdenes de compra durante el período dos mil cinco con proveedores impedidos por ley de contratar con el Estado, es decir, se otorgó la buena pro a la Empresa Aserradero Ebanistería "Cano" a Fortunato Cano Ccoa y Goldy Esmeralda Cano Narváez [hermano y sobrina del acusado Cano Ccoa] por siete mil ochocientos quince nuevos soles y cuatro mil cuatrocientos setenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos, suscribiendo el encausado Portier Balland los respectivos contratos pese a tener pleno conocimiento que eran familiares directos de uno de los acusados, obviando las etapas del proceso de selección y adjudicación de menor cuantía para bienes y servicios. **Cuarto:** Que para expedir sentencia condenatoria la misma debe sustentarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del acusado Portier Balland, ya que ante la ausencia de tales elementos procede su absolución. **Quinto:** Que en el presente caso existe la sindicación del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República -véase denuncia de fojas doscientos ochenta y cinco tomo II- y como elemento indiciarlo el Informe de Verificación de Denuncia número cero cero seis - dos mil seis - CG / ORPU [véase fojas tres y siguientes, denominado "Informe de verificación de

denuncias en la Municipalidad Provincial de Carabaya - Macusani, departamento de Puno"] por presuntas irregularidades en el proceso de adjudicación en el periodo dos mil cinco, por doce mil doscientos noventa y dos nuevos soles a proveedores impedidos de contratar con la Municipalidad. **Sexto:** Que, sin embargo, tal sindicación se desvirtúa no sólo con la negativa uniforme y coherente del procesado Portier Balland [ver instructiva de fojas trescientos ochenta y seis -tomo II- y declaración plenaria de fojas mil quinientos setenta y nueve -tomo IX-], sino con el mérito del informe pericial contable [fojas novecientos cuarenta y seis -tomo V-] en las que el contador público García Apucusi, entre otros, concluyó que las personas responsables de observar que los proveedores no tengan vínculo alguno con funcionarios y/o servidores del municipio en el ejercicio de sus funciones eran los acusados Cano Ccoa, Apaza Idme y Rojas Ramos, que dicho informe fue ratificado a nivel de juicio oral donde el perito suscriptor enfatizó que en este caso no se evidencia que el acusado en mención haya tenido conocimiento que el beneficiado con la buena pro tuviera parentesco con el acusado Cano Ccoa [ver fojas mil quinientos ochenta y ocho -tomo IX-]; aunado a ello, debe considerarse que los responsables de la adjudicación fueron condenados por sentencia del nueve de noviembre de dos mil nueve [ver fojas mil trescientos setenta y cuatro -tomo VII-] la misma que fue confirmada por Ejecutoria Suprema del trece de diciembre de dos mil diez [fojas mil cuatrocientos cuarenta y dos -tomo VIII-]. **Séptimo**: Que en cuanto a lo alegado por los impugnantes, [que no se tomó en cuenta la declaración plenaria del acusado Portier Bailad en el anterior juicio oral, donde admitió que conocía del parentesco entre el acusado Gregorio Cano Ccoa y el adjudicado]; es de considerar que dicha declaración es parte de un proceso que fue declarado nulo, además, en ella no se evidencia que el procesado se haya interesado en forma directa ni indirecta en la contratación de Fortunato Cano Ccoa, pues, únicamente indicó que tenía conocimiento que eran hermanos, pero aseveró que al momento de firmar los contratos no tenía a la vista la documentación, ya que las otras oficinas debían realizar la verificación previa [ver fojas mil ciento cuarenta -tomo VI-]; por ello, los agravios expuestos en los recursos impugnatorios de los recurrentes devienen en infundados. **Octavo**: Que, siendo ello así, no habiéndose acreditado la vinculación del acusado con el evento investigado, y no existiendo medios de prueba idóneos que desvirtúen la presunción de inocencia que lo favorece, de conformidad con lo previsto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales la absolución declarada a su favor se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil seiscientos treinta y dos -tomo ix- del veinticinco de octubre de dos mil once, que absolvió a Michael Francois Portier Balland de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Carabaya Macusani y el Estado Peruano; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

§ 21. Apropiación ilícita: R. N. N.º 3030-2010 (30/01/2012)

a. Apropiación ilícita. Absolución. Se advierte que la conducta imputada constituye un incumplimiento de obligaciones contractuales y no propiamente, una apropiación ilícita. *Que, César Augusto Ochoa Guzmán, representante de la empresa Inversiones Lucero Empresa Industrial de Responsabilidad Limitada, no ha recibido el poder para cobrar el monto de dinero de ocho mil trescientos noventa y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos a título de depósito, comisión, administración u otro semejante, contrariamente a ello, lo -decepciona en virtud de un Compromiso Notarial que había suscrito con la empresa I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales, con fecha cuatro de octubre de dos mil seis, obrante a fojas treinta y dos, por el que Inversiones Lucero otorga poder a I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales, para que esta recabe el monto de ocho mil trescientos noventa y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos, asumiendo esta última la ejecución de la totalidad de la obra, consecuentemente, es evidente que lo acaecido constituye un incumplimiento de obligaciones contractuales y no propiamente, una apropiación ilícita, prueba de ello, incluso se observa cuando en la última cláusula del documento en mención, se establece que en caso de incumplimiento de los acuerdos asumidos por cualquiera de las empresa, surgirá la obligación de una indemnización económica por parte de la responsable, consecuentemente, los hechos atribuidos en este extremo tienen naturaleza estrictamente civil y deben dilucidarse en la vía judicial respectiva, por lo que, lo resuelto por el Superior Colegiado resulta conforme a ley.*

b. Negociación incompatible. Absolución. No se observa el "interés indebido", ya que no se advierte voluntad por nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes, por el contrario, su intención estuvo dirigida a tratar de cumplir sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público. *Que, en cuanto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, atendiendo y a que el verbo rector está constituido por el "interés" el mismo no se observa en el caso submateria, toda vez, que no se advierte voluntad por nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes, por el contrario, su intención estuvo dirigida a tratar de cumplir sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público, desvirtuándose así una afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, esto es, el normal funcionamiento de la administración pública.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 3030-2010
JUNIN

Lima, treinta y uno de enero de dos mil doce.-

VISTOS, el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia de fecha ocho de junio de dos mil diez, de fojas trescientos ochenta y ocho, que absolvió de la acusación fiscal a César Augusto Ochoa Guzmán por el delito contra el Patrimonio, en su modalidad de apropiación ilícita, en agravio de Jorge Escobar Casapoma, representante de la empresa I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales; y a Nerio Hernán Lázaro Aquino por el delito contra la Administración Pública, en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el Fiscal Superior en su escrito de fundamentación de agravios de fojas cuatrocientos cinco, alega que el Superior Colegiado no ha tenido en consideración la convocatoria a concurso público por Adjudicación Directa Selectiva número cero cero nueve - dos mil seis -SGLSG/MDT, donde se otorgó la buena pro a la empresa I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada Contratistas Generales, con fecha veintiocho de agosto de dos mil seis, quedando en segundo lugar la empresa Inversiones Lucero Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, representada por César Augusto Ochoa Guzmán, donde la adjudicada empezó a realizar la obra haciendo un desembolso de diez mil ochocientos sesenta y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos; del mismo modo, a pesar que Nerio Hernán Lázaro Aquino ex-funcionario dela Municipalidad Distrital de El Tambo, se comprometió a hacer respetar el compromiso notarial de fecha cuatro de octubre de dos mil seis a fin de subsanar su error, sin embargo, haciendo caso omiso a su compromiso, otorgó un cheque por el monto de trece mil" seiscientos once nuevos soles con veinte céntimos a la empresa Inversiones Lucero Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, sin que esta última haya realizado el reembolso del dinero acordado mediante carta notarial. **Segundo:** Que, se atribuye a César Augusto Ochoa Guzmán y Nerio Hernán Lázaro Aquino, en su condición de ex- funcionarios de la Municipalidad Distrital de El Tambo, que durante la convocatoria a concurso público por Adjudicación Directa Selectiva número cero cero nueve - dos mil \ seis - SGLSG/MDT, para el servicio de conformación de base y sub-base pavimentación de la avenida José Carlos Mariategui, II Etapa, tramo Los Bosques y Las Islas, para la contratación de servicios de corte, escarificado, extendido de riego, compactado y eliminación de material excedente, se otorgó la buena pro el veintiocho de agosto de dos mil seis, a la empresa Casapoma Sociedad de Responsabilidad Limitada Contratistas Generales, representada por Jorge Escobar Casapoma quedando en segundo lugar Inversiones Lucero Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, representada por César Augusto Ochoa Guzmán, ante tal resultado la empresa adjudicada empezó a realizar las obras haciendo un desembolso de diez mil ochocientos sesenta y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos, pese a ello, por extrañas razones Nerio Hernán Lázaro Aquino otorgó la buena pro con la misma fecha a la empresa Inversiones Lucero, ante esta eventualidad, las empresas adjudicatarios formulan un compromiso notarial de fecha cuatro de octubre de dos mil seis, quedando en que la empresa Inversiones Lucero efectúe un reembolso de ocho mil treinta y ocho nuevos soles con setenta y seis céntimos, en la que el representante de la Municipalidad se comprometió hacer cumplir que dicha empresa reembolse el monto invertido por la em-

presa I.CG.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales, lo que hasta la fecha no ha cumplido a pesar de las cartas notariales que se le ha cursado. **Tercero**: Que, existe apropiación ilícita cuando el agente realiza actos de disposición o un uso determinado sobre el bien mueble, suma de dinero o valor, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporándolo a su patrimonio, ya sea el bien o dinero del que se ve privado el propietario. **Cuarto:** Que, César Augusto Ochoa Guzmán, representante de la empresa Inversiones Lucero Empresa Industrial de Responsabilidad Limitada, no ha recibido el poder para cobrar el monto de dinero de ocho mil trescientos noventa y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos a título de depósito, comisión, administración u otro semejante, contrariamente a ello, lo -recepciona en virtud de un Compromiso Notarial que había suscrito con la empresa I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales, con fecha cuatro de octubre de dos mil seis, obrante a fojas treinta y dos, por el que Inversiones Lucero otorga poder a I.C.G.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales, para que esta recabe el monto de ocho mil trescientos noventa y siete nuevos soles con setenta y seis céntimos, asumiendo esta última la ejecución de la totalidad de la obra[1], consecuentemente, es evidente que lo acaecido constituye un incumplimiento de obligaciones contractuales y no propiamente, una apropiación ilícita, prueba de ello, incluso se observa cuando en la última cláusula del documento en mención, se establece que en caso de incumplimiento de los acuerdos asumidos por cualquiera de las empresa, surgirá la obligación de una indemnización económica por parte de la responsable, consecuentemente, los hechos atribuidos en este extremo tienen naturaleza estrictamente civil y deben dilucidarse en la vía judicial respectiva, por lo que, lo resuelto por el Superior Colegiado resulta conforme a ley. **Quinto:** Que, en cuanto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, atendiendo y a que el verbo rector está constituido por el "interés" el mismo no se observa en el caso submateria, toda vez, que no se advierte voluntad por nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes, por el contrario, su intención estuvo dirigida a tratar de cumplir sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público, desvirtuándose así una afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, esto es, el normal funcionamiento de la administración pública. Por estos fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha ocho de junio de dos mil diez, de fojas trescientos ochenta y ocho, que absolvió de la acusación fiscal a César Augusto Ochoa Guzmán por el delito contra el Patrimonio, en su modalidad de apropiación ilícita, en agravio de Jorge Escobar Casapoma, representante de la empresa I.CG.S.A. Sociedad de Responsabilidad Limitada - Contratistas Generales; y a Nerio Hernán Lázaro Aquino por el delito contra la Administración Pública, en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.-

1 Cláusula Primera: Inversiones Lucero E.I.R.Ltda. Por el presente documento otorga amplio poder a la empresa I.C.G.S.A. S.R.L. para que el cheque por el pago de las valorizaciones se realicen a nombre de la empresa I.C.G.S.A. S.RL. hasta cubrir el monto de (S/. 8,397.76) ocho mil trescientos noventa y siete nuevos soles.
Cláusula Segunda: Por su parte la empresa I.CG.S.A. S.R.L. se compromete a seguir participando en la ejecución y desarrollo de la obra, asumiendo la totalidad del costo económico de las partidas por ejecutar hasta su culminación y la empresa Inversiones Lucero E.I.R.Ltda. realizará la dirección bajo responsabilidad hasta la firma del acta de conformidad de parte de la Supervisión y la Municipalidad.
Cláusula Sexta: En caso de incumplimiento, los daños y perjuicios como consecuencia directa o indirecta que esta ocasione deberá asumirla Inversiones Lucero E.I.R.Ltda. teniendo derecho a una indemnización del tipo económico I.CG.S.A. S.R.L. Contratistas Generales.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

§ 22. Negociación incompatible: R. N. N.º 1166-2012 (06/11/2012)

a. Negociación incompatible. Culpabilidad del encausado se encuentra acreditado con una serie de indicios: colaboro y apoyó a la jefa de la división del programa de vaso de leche elaborando un informe favorable recomendando el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente porque la municipalidad agraviada siguió cancelando el mismo precio. *Que el Informe Especial al Programa de Vaso de Leche de fojas catorce, ratificado en el juicio oral a fojas seiscientos veintidós, estableció que Tananta Pinchi, en su condición de Sub Gerente de Logística y responsable de las adquisiciones de la entidad, emitió un informe favorable para la procedencia de la modificación del contrato, pese a que el proveedor no había sustentado mediante documentos las razones ciertas y necesarias para ello, además, no se presentó la opinión especializada en/ materia nutricional que determine la calidad de los nuevos productos ofrecidos y permitió que se entreguen productos de inferior calidad, que no fueron requeridos en las bases administrativas de la convocatoria de la Licitación pública ni cubren los valores nutricionales mínimos exigidos por la ley; además, en autos obra el informe de fojas ciento diecinueve, emitido por Carmen Herlinda Montalván Inga, Directora General de la Dirección Regional de Salud de Loreto, donde indicó que se debe asegurar que el cambio del nuevo producto logre aportar los requerimientos nutricionales solicitados por la Resolución Ministerial número setecientos once - dos mil doce -SA/DM, por lo que los proveedores deberán presentar la composición nutricional emitida por los laboratorios certificados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -en adelante INDECOPI-; y, por último, el informe de fojas doscientos sesenta y ocho, emitido por Emelda De La Cruz Rumaldo, Nutricionista, dirigido al Jefe de la Comisión de Órgano*

de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Maynas, en el que indicó que la combinación de la leche evaporada modificada de marca "Pura Vida" y el cereal enriquecido azucarado no cumple con las exigencias de valores nutricionales previstos en la ley.

b. Complicidad punible. *Que, por tanto, la valoración integral de las pruebas permiten llegar a una convicción absoluta acerca de la responsabilidad atribuida al encausado Aguilar Isuiza, quien aportó causalmente, esto es, ayudó, colaboró y apoyó a Tananta Pinchi para que emitiera el informe favorable para determinar el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente porque la Municipalidad agraviada siguió cancelando el mismo precio, pese a que se determinó que la leche evaporada de las marcas "Pura Vida" y "Bonlé" eran de menor calidad que la de "Gloria", hecho que se acreditó con el cuadro de pagos efectuados por la entidad edil de fojas ciento cincuenta y doscientos uno, en el que se verifica que se pagó el mismo precio que cuando se recibía la leche evaporada de la marca "Gloria"; en consecuencia, lo actuado resulta suficiente para enervar la presunción de inocencia que constitucionalmente lo ampara.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 1166-2012
LORETO

Lima, seis de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado GUSTAVO AGUILAR ISUIZA contra la sentencia de fojas seiscientos sesenta y uno, del diecisiete de octubre de dos mil once; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el acusado Aguilar Isuiza en su recurso fundamentado de fojas setecientos cincuenta, alega que el Colegiado Superior no señaló cual fue la real participación del recurrente en los hechos materia de juzgamiento; que el informe de la nutricionista Emelda De La Cruz Rumaldo se basa en la comparación entre ambas leches y no en función a las características técnicas del proceso o bases administrativas establecidas en la convocatoria de licitación pública; que el cambio del producto no varió los valores nutricionales que se exigió en la convocatoria pública, esto es, presenta las mismas proteínas, grasas, carbohidratos, kilocalorías, vitaminas y minerales; que el informe elaborado por Carmen Herlinda Montalván Inga, Directora General/ de la Dirección Regional de Salud de Loreto, no es desfavorable sobre el cambio del nuevo producto, como equivocadamente sostiene el Colegiado Superior. **Segundo:** Que la acusación fiscal de fojas quinientos sesenta y siete, atribuye al encausado Gustavo Aguilar Isuiza, apoderado del Consorcio Kiara-Indicer, haber coordinado con Edgar Tananta Pinchi, quien se desempeñó como Sub Gerente de Logística de la Municipalidad Provincial de Maynas -fue condenado por estos hechos conforme se verifica de la sentencia recurrida- para establecer un mecanismo con la finalidad de cambiar el producto de leche evaporada marca "Gloria"

-que se había comprometido inicialmente- con las de "Pura Vida" y "Bonlé", sin variar el costó aprobado, pese a que estos nuevos productos no cumplían con los valores nutricionales mínimos de la ración solicitada por el Programa de Vaso de Leche, previstos en la Resolución Ministerial número setecientos once - dos mil dos-SA/DM; situación que en efecto se llevó a cabo conforme se verifica de la addenda al contrato de bienes y servicios para la adquisición de insumos para el referido programa, de fecha veintiuno de agosto de dos mil siete, hecho que benefició económicamente al mencionado Consorcio. **Tercero:** Que el Informe Especial al Programa de Vaso de Leche de fojas catorce, ratificado en el juicio oral a fojas seiscientos veintidós, estableció que Tananta Pinchi, en su condición de Sub Gerente de Logística y responsable de las adquisiciones de la entidad, emitió un informe favorable para la procedencia de la modificación del contrato, pese a que el proveedor no había sustentado mediante documentos las razones ciertas y necesarias para ello, además, no se presentó la opinión especializada en materia nutricional que determine la calidad de los nuevos productos ofrecidos y permitió que se entreguen productos de inferior calidad, que no fueron requeridos en las bases administrativas de la convocatoria de la Licitación pública ni cubren los valores nutricionales mínimos exigidos por la ley; además, en autos obra el informe de fojas ciento diecinueve, emitido por Carmen Herlinda Montalván Inga, Directora General de la Dirección Regional de Salud de Loreto, donde indicó que se debe asegurar que el cambio del nuevo producto logre aportar los requerimientos nutricionales solicitados por la Resolución Ministerial número setecientos once - dos mil doce -SA/DM, por lo que los proveedores deberán presentar la composición nutricional emitida por los laboratorios certificados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -en adelante INDECOPI-; y, por último, el informe de fojas doscientos sesenta y ocho, emitido por Emelda De La Cruz Rumaldo, Nutricionista, dirigido al Jefe de la Comisión de Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Maynas, en el que indicó que la combinación de la leche evaporada modificada de marca "Pura Vida" y el cereal enriquecido azucarado no cumple con las exigencias de valores nutricionales previstos en la ley. **Cuarto:** Que si bien el informe de fojas ciento cuarenta y dos, emitido por Edgar Tananta Pinchi, de fecha veintisiete de febrero de dos mil ocho, dirigido al Gerente de Administración de la Municipalidad agraviada, estableció que se debe aceptar al proveedor el cambio de producto y la entrega de la leche evaporada de marca "Pura Vida" para el mes de febrero y de marca "Bonlé" a partir del mes de marzo de dos mil ocho, para lo cual debería suscribir una addenda al contrato original; sin embargo, se debe tener en cuenta que dicho funcionario días antes había emitido un informe desfavorable, esto es, no aceptando el cambio del producto -véase fojas ciento veintiocho-, y pese a ello con la sola presentación de la carta de fojas ciento treinta y uno -en la que el Consorcio precisó que el motivo principal del cambio de producto es porque en el mercado se presenta ausencia de la marca "Gloria" para programas sociales- y sin la presentación de documentos que avalen dicha posición, se emitió el citado informe favorable, lo que originó que en Asamblea Extraordinaria del Comité del Programa de Vaso de Leche, de fecha veintisiete de febrero de dos mil ocho, se acepte el cambio del producto, pero se dejó establecido que "el Comité de Administración deberá prescribir en el acta que el proveedor se compromete a presentar la certificación oficial sobre los valores nutricionales mínimos del nuevo producto, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Ministerial número setecientos once" -véase fojas ciento cuarenta y siete-; en base a todo este procedimiento se firmó la addenda al contrato principal con la finalidad de cambiar la entrega del producto que el proveedor inicialmente se había comprometido -véase tojas ciento once-, esto es, se cambió la leche evaporada marca "Gloria", por las marcas "Pura Vida" para el mes de febrero y "Bonlé" a partir de marzo de dos mil ocho. **Quinto:** Que conforme

a los Informes glosados en el tercer fundamento jurídico se acreditó que los nuevos productos entregados son de menor calidad nutricional que la leche evaporada marca "Gloria" y no cumplen con los valores nutricionales exigidos por la ley -Resolución Ministerial número setecientos once - dos mil dos -SA/DM-, entonces, no se puede sostener -como lo hace el recurrente- que la sentencia sólo se basó en el informe de la nutricionista De La Cruz Rumaldo, sino que el Colegiado Superior valoró todos los citados informes; asimismo, el cambio de producto se realizó pese a que en la cláusula octava del contrato de bienes y servicios para la adquisición de insumos para el programa de vaso de leche, de fecha veintiuno de agosto de dos mil siete, se estableció "durante la ejecución del presente contrato, el Consorcio no podrá alterar, modificar, ni sustituir las características de su propuesta" -véase fojas ciento seis-; igualmente, se verifica que el Consorcio no tenía la voluntad de cumplir con el compromiso que se había obligado inicialmente, de proveer la leche evaporada de marca "Gloria", prueba de ello es que en un primer momento envían una carta a la Directora del Programa de Vaso de Leche de la Municipalidad agraviada, donde le solicitan el cambio de producto porque alegaban que "la leche marca "Gloria" había sufrido un incremento considerable en el precio, hecho fortuito ajeno a la empresa" -véase fojas ciento trece-; después, como se emitió el informe desfavorable, esto es, no le aceptaron el cambio de producto conforme se advierte del informe de fojas ciento veintiocho -emitido por Tananta Pinchi-, nuevamente envía otra carta con la misma finalidad de conseguir el cambio del producto, pero en esta oportunidad cambian de argumento y precisan "en realidad el motivo principal es la ausencia del mercado de la marca "Gloria" para programas sociales (...) las verdaderas razones de este cambio obedece a que en el mercado común o comercial existen marcas idénticas a la del programa social y se han dado casos en que se comercializa leche del programa social en el mercado común..." -véase fojas ciento treinta y uno-. **Sexto**: Que el acusado alega que el informe emitido por Montalván Inga no es A desfavorable como equivocadamente estableció el Colegiado Superior; que, al respecto este Informe resulta de la solicitud que le hizo Martha Tauma Fachin, Jefa de la División del Programa de Vaso de Leche, para que elabore un informe sobre los valores nutricionales del producto de la leche evaporada de marca "Pura Vida" -véase fojas ciento diecisiete-, ante ello la Directora General de la Dirección Regional de Salud de Loreto, precisó que no puede realizar dicho informe porque la empresa proveedora no presentó el certificado de composición nutricional emitido por un laboratorio certificado por INDECOPI, es decir, no se advierte que la citada profesional haya sugerido el cambio del producto, pues no tenía la documentación necesaria y que la empresa proveedora no lo había adjuntado, en base a ello en un primer momento se emitió el informe desfavorable para el cambio de producto -véase fojas ciento veintiséis y ciento veintiocho-. **Sétimo:** Que, por tanto, la valoración integral de las pruebas permiten llegar a una convicción absoluta acerca de la responsabilidad atribuida al encausado Aguilar Isuiza, quien aportó causalmente, esto es, ayudó, colaboró y apoyó a Tananta Pinchi para que emitiera el informe favorable para determinar el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente porque la Municipalidad agraviada siguió cancelando el mismo precio, pese a que se determinó que la leche evaporada de las marcas "Pura Vida" y "Bonlé" eran de menor calidad que la de "Gloria", hecho que se acreditó con el cuadro de pagos efectuados por la entidad edil de fojas ciento cincuenta y doscientos uno, en el que se verifica que se pagó el mismo precio que cuando se recibía la leche evaporada de la marca "Gloria"; en consecuencia, lo actuado resulta suficiente para enervar la presunción de inocencia que constitucionalmente lo ampara. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos sesenta y uno, del diecisiete de octubre de dos mil once, en el extremo que condenó a Gustavo Aguilar Isuiza como cómplice primario del delito contra la Administración Pública -ne-

gociación incompatible, en agravio del Estado -Municipalidad Provincial de Maynas, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de dos años y fijó en treinta mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá pagar solidariamente con el condenado Edgar Tananta Pinchi; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

§ 23. Negociación incompatible: R. N. N.º 722-2013 (01/08/2013)

Negociación incompatible. Culpabilidad de los encausados se encuentra acreditada con una serie de omisiones por parte de los funcionarios públicos las cuales se acreditan con unos informes técnicos y periciales respecto al proceso de adjudicación directa. *Que al circunscribir nuestro análisis en lo referente al delito contra la Administración Publica-negociación incompatible, en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles sub examine, se advierte que se tiene plenamente acreditada la responsabilidad penal de los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walther Hipólito Zegarra Rivera, pues resulta determinante el Informe número cero cero cuatro-dos mil seis-dos-cero cuatro setenta y dos, obrante a fojas diez, del cual se desprende que respecto al Proceso de Adjudicación Directa, el mismo que fue materia de ratificación a nivel del plenario conforme se advierte de la acta de fojas novecientos setenta y uno y mil sesenta y cuatro, conforme con el cual la empresa que ocupó el primer lugar en orden de prelación fue la Asociación Virgen del Huarango, sin embargo, no fue requerida por los encausados para la celebración del contrato, en su lugar se conoció a la empresa Asociación Agraria San Martín, pese a que esta ocupaba el sexto lugar en la calificación, incumpliendo de esta manera con el*

procedimiento establecido mediante Decreto Supremo cero cero dos dos mil cuatro. MINDES, que señala: "[...] transcurrida la fecha fijada para la suscripción del contrato sin la concurrencia de los postores ganadores, se dejará sin efecto el otorgamiento de la buena pro, lo que se notificará al postor. La entidad comunicará a los postores que ocuparon los siguientes lugares en el orden de prelación"; y la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, conforme a fojas veintitrés del Informe señalado, se desprende, también, el hallazgo de irregularidades en el proceso de Adjudicación Directa Pública N.º cero pero dos-dos mil cinco-MPT, en el cual resultó como postor ganador la empresa Asociación Tambo Grande, y se le entregó la buena pro con fecha once de julio de dos mil cinco, y se suscribió el contrato de suministro respectivo. Sin embargo, con fecha diecinueve de agosto de dos mil cinco, el gerente de administración comunica la resolución del contrato a dicho proveedor, sin comunicar a CONSUCODE el supuesto incumplimiento del proveedor, y celebró contrato con la empresa Asociación Agraria San Martín, contrato que obra a fojas ciento noventa y cinco, a pesar de que esta ocupaba el tercer lugar de prelación en el proceso de selección, hechos que demuestran la irregularidad administrativa y la omisión del cumplimiento de las disposiciones legales, por lo que mostraron los procesados un claro interés de consumar la contratación con la empresa Asociación Agraria San Martín, elementos que acreditan la configuración del delito de negociación incompatible. [...] Que en esta misma línea argumentativa se tienen los informes periciales emitidos por la perito Libertad Mercedes Terceros, obrante a fojas mil setenta y tres, y por la perito Luzmila Julia Vera Flor, obrante a fojas mil cuarenta y cuatro, las mismas que concluyen que efectivamente se realizaron los procesos de Adjudicación Directa Pública números cero cero uno-dos mil cinco-MPT y cero cero dos-dos mil cinco-MPT; de tal forma que en el primer proceso de adjudicación, el postor ganador fue la Asociación Virgen del Huarango, quien no fue convocada por los representantes municipales para la firma del contrato respectivo, suscribiendo el contrato con la empresa Asociación Agraria San Martín, a pesar de que esta se encontraba en el sexto lugar de prelación en el proceso, soslayando la comunicación en orden de prelación, omisión que se repitió en el proceso de Asociación Tambo Grande, con la que a su vez se resolvió el contrato de suministro por la baja calidad de su producto; por lo que, ante ello, se procedió a otorgar la adjudicación a la empresa Asociación Agraria San Martín, pese a que la empresa llamada en orden de prelación era la empresa Toro Grande; por lo que se incumplió, en ambos procesos, con lo supuesto en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo cual se confirma la vertido en el Informe N.º cero cero cuatro-dos mil seis-dos-cero cuatro siete dos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 722-2013

TACNA

Lima, uno de agosto de dos mil trece.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walther Hipólito Zegarra Rivera, contra la sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil doce, de fojas mil ciento sesenta y dos, que los condenó como autores del delito contra la Administración Publica-negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el lapso de tres años, e inhabilitación por un año para ejercer u obtener función, cargo o comisión de carácter público, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberá pagar solidariamente a favor del agraviado.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO.

CONSIDERANDO:

Primero. Que el procesado Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, en su recurso formalizado a fojas mil ciento ochenta y uno, alega: que no se han compulsado adecuadamente las pruebas ni soslayado que su participación fue únicamente en la suscripción del contrato, mas no en el proceso de selección del proveedor Asociación Agraria San Martin; que dicha actuación fue parte de una delegación de competencias.

Por su parte, el procesado Williams Remigio Sandoval Hurtado, en su recurso de nulidad formalizado a fojas mil doscientos uno, alega que la afirmación del Colegiado resulta errada, pues sí se realizó una adjudicación directa de menor cuantía, que incluyó, en sus recaudos, el cuadro comparativo de cotizaciones por el que se procedió al otorgamiento de la buena pro a la Asociación Agraria San Martín-Arequipa, siendo que el Informe Especial número cero cero cuatro-dos mil seis-dos-cero cuatro siete dos indujo a error al Colegiado, ya que soslayó que producto de dejarse sin efecto la buena pro del primer proceso, y de resolverse el contrato en el segundo proceso, es que se llevaron a cabo los procesos de adjudicación de menor cuantía en los que no participó el recurrente y se dio como ganadora a la empresa Asociación Agraria San Martín.

Finalmente, el procesado Walther Hipólito Zegarra Rivera, en su recurso formalizado a fojas mil doscientos dieciséis, alega: que es falso que no se haya realizado la adjudicación directa de menor cuantía, por el contrario, se acredita esta mediante las invitaciones respondidas a las cartas de Luis Fernando Pérez Cárdenas, de la Asociación Agraria San Martín; Empresa DISTRABSUR S.A.C.; Asociación Agraria Castilla Condesuyos y de la Asociación de Pequeños Productores La Unión-APPU; agrega, además, que el informe pericial contable carece de validez, por cuanto es solo copia del Informe Especial Número cero cero cuatro-dos mil seis-cero dos-cero cuatro siete dos; que se realizó la labor pericial únicamente con los documentos que obran en el expediente, los mismos que se encuentran incompletos, sin haber recurrido al archivo general de la municipalidad, a fin de recabar la documentación respectiva.

Segundo. Que según la acusación fiscal, de fojas quinientos setenta y cuatro, se atribuye a Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walther Hipólito Zegarra Rivera, en sus condiciones de Gerente Municipal, Gerente de Administración y Subgerente de Abastecimiento, respectivamente, firmaron y visaron los Contratos de Suministros números cero ocho-dos mil cinco-MPT (veinte de abril de dos mil cinco) y doce-dos mil cinco-MPT (veinticuatro de agosto de dos mil cinco), con la empresa Asociación Agraria San Martín, y omitieron la convocatoria a los postores que resultaron con derecho y preferencia, conforme con los Procesos de Adjudicación Directa números cero cero uno-dos mil cinco-MPT y cero cero dos-dos mil cinco-MPT, con lo que desconocieron el proceso regular previsto en el Decreto Supremo cero cero dos-dos mil cinco-MINDES, el cual disponía que solo se podía contratar con la empresa favorecida, siempre que los postores anteriores se hubieran negado a hacerlo; con lo que se demostró el interés de los encausados de contratar con la Asociación Agraria y San Martín, al consignarla como ganadora de las adjudicaciones directas números cero cero uno-dos mil cinco-MPT y cero cero dos-dos mil cinco-MPT, sin convocar al proceso de adjudicación de menor cuantía.

Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, "[...]no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo"[1]. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial[2].

Cuarto. Que al circunscribir nuestro análisis en lo referente al delito contra la Administración Publica-negociación incompatible, en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles sub examine, se advierte que se tiene plenamente acreditada la responsabilidad penal de los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walther Hipólito Zegarra Rivera, pues resulta determinante el Informe número cero cero cuatro-dos mil seis-dos-cero cuatro setenta y dos, obrante a fojas diez, del cual se desprende que respecto al Proceso de Adjudicación Directa, el mismo que fue materia de ratificación a nivel del plenario conforme se advierte de la acta de fojas novecientos setenta y uno y mil sesenta y cuatro, conforme con el cual la empresa que ocupó el primer lugar en orden de prelación fue la Asociación Virgen del Huarango, sin embargo, no fue requerida por los encausados para la celebración del contrato, en su lugar se conoció a la empresa Asociación Agraria San Martín, pese a que esta ocupaba el sexto lugar en la calificación, incumpliendo

1 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta edición, Grijley, Lima, 2007, p. 820.

2 JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal* (Peñaranda Ramos-Suárez-Cancio: trads.), Madrid, 1997, p. 63.

de esta manera con el procedimiento establecido mediante Decreto Supremo cero cero dos dos mil cuatro. MINDES, que señala: "[...] transcurrida la fecha fijada para la suscripción del contrato sin la concurrencia de los postores ganadores, se dejará sin efecto el otorgamiento de la buena pro, lo que se notificará al postor. La entidad comunicará a los postores que ocuparon los siguientes lugares en el orden de prelación"; y la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, conforme a fojas veintitrés del Informe señalado, se desprende, también, el hallazgo de irregularidades en el proceso de Adjudicación Directa Pública N.º cero pero dos-dos mil cinco-MPT, en el cual resultó como postor ganador la empresa Asociación Tambo Grande, y se le entregó la buena pro con fecha once de julio de dos mil cinco, y se suscribió el contrato de suministro respectivo. Sin embargo, con fecha diecinueve de agosto de dos mil cinco, el gerente de administración comunica la resolución del contrato a dicho proveedor, sin comunicar a CONSUCODE el supuesto incumplimiento del proveedor, y celebró contrato con la empresa Asociación Agraria San Martín, contrato que obra a fojas ciento noventa y cinco, a pesar de que esta ocupaba el tercer lugar de prelación en el proceso de selección, hechos que demuestran la irregularidad administrativa y la omisión del cumplimiento de las disposiciones legales, por lo que mostraron los procesados un claro interés de consumar la contratación con la empresa Asociación Agraria San Martín, elementos que acreditan la configuración del delito de negociación incompatible.

Quinto. Que en esta misma línea argumentativa se tienen los informes periciales emitidos por la perito Libertad Mercedes Terceros, obrante a fojas mil setenta y tres, y por la perito Luzmila Julia Vera Flor, obrante a fojas mil cuarenta y cuatro, las mismas que concluyen que efectivamente se realizaron los procesos de Adjudicación Directa Pública números cero cero uno-dos mil cinco-MPT y cero cero dos-dos mil cinco-MPT; de tal forma que en el primer proceso de adjudicación, el postor ganador fue la Asociación Virgen del Huarango, quien no fue convocada por los representantes municipales para la firma del contrato respectivo, suscribiendo el contrato con la empresa Asociación Agraria San Martín, a pesar de que esta se encontraba en el sexto lugar de prelación en el proceso, soslayando la comunicación en orden de prelación, omisión que se repitió en el proceso de Asociación Tambo Grande, con la que a su vez se resolvió el contrato de suministro por la baja calidad de su producto; por lo que, ante ello, se procedió a otorgar la adjudicación a la empresa Asociación Agraria San Martín, pese a que la empresa llamada en orden de prelación era la empresa Toro Grande; por lo que se incumplió, en ambos procesos, con lo supuesto en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo cual se confirma la vertido en el Informe N.º cero cero cuatro-dos mil seis-dos-cero cuatro siete dos.

Sexto. Que se abona a lo anterior, que si bien en un primer momento se negaron a esclarecer los hechos, dado que se acogieron a su derecho de guardar silencio a nivel del plenario, conforme se observa a fojas novecientos sesenta y siete; de sus declaraciones iniciales sostienen que sí se llegó a realizar el procedimiento de adjudicación de menor cuantía, en cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado y la invitación a la empresa en orden de prelación; sin embargo, ello no se encuentra corroborado con documentación que la sustente, más aún si en la documentación del Proceso de Adjudicación Directa N.º cero cero uno-dos mil cinco-MPT, los cargos de las cartas o documentos cursados a los respectivos postores conforme con el orden de prelación exigido por la Ley de Contrataciones del Estado, así como tampoco se advierte la existencia de documentación que exija el pago de las penalidades a los que inicialmente habrían obtenido la buena pro; omisiones que acreditarían que los referidos encausados habrían favorecido a la empresa Asociación Agraria San Martín para su contratación.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil doce, de fojas mil ciento sesenta y dos, que condenó a Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walther Hipólito Zegarra Rivera, como autores del delito contra la Administración Publica-negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna, y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el lapso de tres años e inhabilitación por un año para ejercer u obtener función, cargo o comisión de carácter público, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberá pagar solidariamente a favor del agraviado. Con lo demás que contiene y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

§ 24. Aprovechamiento indebido del cargo: R. N. N.º 2600-2010 (21/09/2011)

a. Culpabilidad de los encausados se encuentra acreditada con una seria de indicios: informe especial de auditoría realizado por la oficina general de auditoría interna del ministerio de transportes y comunicaciones, resoluciones emitidos por los encausados. *Que los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez han negado los cargos formulados en su contra -fojas doscientos ochenta y cinco y trescientos sesenta y nueve-, sin embargo del análisis de autos se advierten los siguientes indicadores: i) Informe Especial de Auditoría realizado por la Oficina General de Auditoría Interna del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del cual se advierte que los acusados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, pese a conocer que las plazas vacantes generadas en SERPOST S.A. no serían cubiertas por nuevo personal por razones de austeridad de presupuesto, según memorando número cero sesenta y uno - G/ cero tres, expedido por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo, suscribieron*

la contratación y posteriores ascensos de Sintia Lorena Yarlequé Rivera -fojas catorce, ratificado en juicio oral a fojas mil ochocientos dos, mil ochocientos sesenta y cinco y dos mil doscientos setenta-; y ***ii)*** *Resolución número ciento veintitrés - G/ dos mil tres, del veintitrés de septiembre de dos mil tres, emitida por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado-, mediante la cual -sin contar con Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas de normas-, se contrata en forma directa e inmediata a Sintia Lorena Yarlequé Rivera como Operador Postal, Categoría XII, Nivel uno, grupo ocupacional de Auxiliar de la Administración Postal Breña -persona que por entonces no contaba con capacitación técnica relacionada al área, título de Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo o experiencia como servidor postal o cargo similar-para laborar por necesidad de servicios a partir del veintitrés de septiembre de dos mil tres en la Oficina Postal de Sullana - Piura; resolución que fue visada por los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica -fojas cuarenta y dos y setecientos dos-;* ***iii)*** *Resolución de Gerencia General número ciento veintisiete - G/ dos mil tres, emitida el diez de octubre de dos mil tres, suscrita por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, en la que se resuelve ascender, a partir del treinta de septiembre de dos mil tres a Sintia Lorena Yarleque Rivera como Supervisor Postal, Categoría X, Nivel uno de la Administración Postal Trujillo; debiendo laborar por necesidad del servicio en la Oficina Postal Sullana - Piura [primer ascenso ilegal que se produjo a los siete días efectivos de haber sido contratada y sin contar con Informe Técnico y/o evaluación de la Sub-gerencia de Recursos Humanos o con conocimiento de las áreas involucradas, como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas de normas y tampoco se tomó en cuenta el cuadro de perfiles del cargo por nivel ocupacional, que no contaba con capacitación técnica relacionada al área, tampoco con título el Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo, ni con experiencia de dos años de Supervisor Postal o cargo similar] -fojas setecientos tres-;* ***iv)*** *Resolución de Gerencia General número cero cero ocho - G / dos mil cuatro, emitida el veintitrés de enero de dos mil cuatro, firmada por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por la encausada Blaz Mogollón en su condición de Gerente de Administración de Recursos, mediante la cual, ilegalmente se ascendió, por segunda vez, a Sintia Lorena Yarleaué Rivera, a Profesional, Categoría V, Nivel uno, Grupo Ocupacional de Funcionarios de la Oficina de Asesoría Jurídica, a partir del uno de enero de dos mil cuatro -sin reunir el perfil del cargo, estudios universitarios, especialización en temas jurídicos o en asuntos asesoría jurídica, tampoco tenía experiencia en cargos profesionales similares-; resolución que se emitió sin observar el plazo mínimo de un año que debía transcurrir entre cada ascenso [Directiva SP - NP - cero cero seis - dos mil uno, Normas y*

Procedimientos para Administrar Desplazamientos de Personal que obra a fojas cincuenta], tampoco se tuvo en cuenta que el ascenso no debía superar más de cuatro categorías [la citada empleada fue ascendida cinco categorías, de Supervisor Postal categoría X a Profesional categoría V] -fojas cuarenta y ocho y setecientos cuatro-; ***v)*** *Resolución de Gerencia General número cero cero seis -G/dos mil cinco del catorce de enero de dos mil cinco, suscrita por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por la encausada Blaz Mogollón en su condición de Gerente de Administración de Recursos, mediante la cual se dispuso rotar a la citada empleada a partir del catorce de enero de dos mil cinco a la plaza de Jefe del Departamento de Clasificación de la Sub-gerencia de Operaciones Postales, debiendo laborar por necesidad de servicio en la Oficina Postal de Sullana - Administración Postal Piura - Sub-gerencia de Administraciones Postales - Gerencia Postal, manteniendo su categoría y nivel remunerativo -fojas setecientos cinco-".*

b. Se descarta que el jefe de asesoría jurídica no haya tomado conocimiento de la ilegalidad de la resolución, ya que la plaza de profesional a la que fue ascendida la contratada, correspondía precisamente al área de asesoría jurídica. *Que, no obstante, se aprecia que el encausado Delgado Vásquez en su condición de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica no suscribió la segunda resolución de ascenso de la citada contratada; ha quedado descartado que éste no haya tomado conocimiento de la ilegalidad de dicha resolución, ya que la plaza de profesional a la que fue ascendida la contratada, correspondía precisamente al área de Asesoría Jurídica, de la cual el encausado Delgado Vásquez era jefe y según se desprende del artículo ochenta y cuatro del segundo párrafo del Reglamento Interno de Trabajo de SERPOST S.A. debió evaluar previamente el perfil de la trabajadora que ascendía en coordinación con la Sub-gerencia de Recursos Humanos; que, igualmente, cabe destacar que según el Manual de Organización y Funciones de SERPOST SA. de fojas mil novecientos quince, en su condición de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, tenía como función general: prestar asesoramiento jurídico legal a la empresa en la interpretación y aplicación de los dispositivos legales, así como representarla legalmente en el ámbito de su competencia; y entre sus funciones específicas: proyectar resoluciones de la Gerencia General, revisar y opinar en todos los proyectos de resoluciones, contratos y convenios en que participen empresa, así como de las normas que se sometan a su consideración; además tenía como línea de autoridad superior al Gerente General; e inferior al abogado administrativo, abogado penal, abogado civil, secretaria; sus niveles de coordinación interno: Gerentes, Subgerentes, Jefes de Departamentos y Administradores Postales a nivel nacional".*

"Que, siendo así, es de concluir que existen una serie de pruebas e indicios plurales, concomitantes, e interrelacionados, de modo que se refuerzan entre sí, y gozan de fuerza acreditativa suficiente, que permiten inferir razonablemente que los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica avalaron la irregular e injustificada contratación y ascensos de Sintia Lorena Yarlequé Rivera realizada por el condenado

David Alfonso Bocanegra Baffigo -véase sentencia de fojas mil seiscientos noventa y cinco-; y con dicha conducta coadyuvaron de manera directa en el actuar ilícito de este último; que, en consecuencia, el juicio de condena realizado en la sentencia impugnada, se ajusta a la ley".

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. Nº 2600-2010

LIMA

Lima, veintiuno de septiembre de dos mil once.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Petronila Ysabela Blaz Mogollón y Wilser Auber Delgado Vásquez contra la sentencia de tojas dos mil seiscientos sesenta y cinco, del veinte de abril de dos mil diez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la encausada Blaz Mogollón en su recurso formalizado de fojas dos mil setecientos setenta y uno, complementado a fojas ciento cuatro del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia, sostiene que si bien visó las resoluciones de contratación y ascenso de Sintia Lorena Yarlequé Rivera sin que cumpliera con el perfil requerido, un gran porcentaje de trabajadoras no reunían el perfil del cargo que ocupaban, conforme se desprende del Memorando número quinientos veintiuno - I / cero tres, del veintiséis de noviembre de dos mil tres; que, tales irregularidades se cometieron porque SERPOST es la única empresa de mensajería y no existía una carrera técnica específica para cumplir tal función; que, además la decisión adoptada obedeció a la necesidad de que la empresa no paralizara su labor; que, asimismo, no se tomó en cuenta que fue el propio Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo quien mediante memorando restringió las contrataciones, para posteriormente hacer excepciones ha dicho documento; que, en ese sentido, no consideró ilegal la contratación de la referida empleada; que nunca tuvo intención de colaborar con el actuar ilícito de David Alfonso Bocanegra Baffigo, quien además refirió que nunca le encomendó que firmara tales documentos; que por tanto, ella actuó de manera neutral, sin dolo; en consecuencia, debió aplicarse a su favor el principio de in dubio pro reo. **Segundo**: Que el encausado Delgado Vásquez en su recurso formalizado de fojas dos mil setecientos ochenta y cinco, alega que las resoluciones sobre la contratación de la empleada Sintia Lorena Yarlequé Rivera se expidieron cumpliendo las normas y reglamentos internos, es así que el cargo de Operadora Postal en la categoría XII -atender en mostrador-, no exigía perfil profesional o requisito especial; que, su posterior ascenso a la categoría X exigía sólo capacitación técnica relacionada al cargo y la contratada contaba con Diploma de Gestión Estratégica en Administración, nivel básico; que no se tomó en cuenta lo declarado por el sentenciado David Alfonso Bocanegra Baffigo quien señaló que para el indicado ascenso no era necesario contar con el visto bueno de Asesoría Jurídica y que nunca le pidió ni presionó para que visara las referidas resoluciones; que éste era el único interesado en favorecer a la citada empleada por ser su conviviente; que, asimismo, nunca visó el segundo ascenso de la mencionada contratada -categoría V, Nivel uno, exigía título de abogado- pues dicha resolución de Gerencia General no fue sometida a su consideración; que no se ha tomado en cuenta que con la contratación y posterior ascenso de la citada persona, no obtuvo ningún provecho patrimonial, no ha favorecido a tercero y no se ha interesado indebidamente en forma directa o por acto simulado; por tanto, su com-

portamiento como Jefe de Asesoría Jurídica no se adecúa a la tipicidad objetiva del delito que se le imputa. **Tercero**: Que se atribuye a Petronila Ysabela Blaz Mogollón y Wilser Auber Delgado Vásquez, en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, respectivamente, de la Empresa de Servicios Postales del Perú - SERPOST S.A., ser cómplices primarios del condenado David Alfonso Bocanegra Baffigo, Gerente General de la citada entidad en la comisión del delito de aprovechamiento indebido del cargo, dado que irregularmente coadyuvaron a la contratación directa e inmediata dispuesta ilegalmente por David Alfonso Bocanegra Baffigo a favor de Sintia Lorena Yarlequé Rivera, exonerándola de los requisitos para la contratación y ascenso de personal e incumpliendo los niveles dispuestos en el Manual de Organización y Funciones de la empresa, aprobado por la Gerencia General. **Cuarto:** Que los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez han negado los cargos formulados en su contra -fojas doscientos ochenta y cinco y trescientos sesenta y nueve-, sin embargo del análisis de autos se advierten los siguientes indicadores: i) Informe Especial de Auditoría realizado por la Oficina General de Auditoría Interna del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del cual se advierte que los acusados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, pese a conocer que las plazas vacantes generadas en SERPOST S.A. no serían cubiertas por nuevo personal por razones de austeridad de presupuesto, según memorando número cero sesenta y uno - G/ cero tres, expedido por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo, suscribieron la contratación y posteriores ascensos de Sintia Lorena Yarlequé Rivera -fojas catorce, ratificado en juicio oral a fojas mil ochocientos dos, mil ochocientos sesenta y cinco y dos mil doscientos setenta-; y **ii)** Resolución número ciento veintitrés - G/ dos mil tres, del veintitrés de septiembre de dos mil tres, emitida por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado-, mediante la cual -sin contar con Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas de normas-, se contrata en forma directa e inmediata a Sintia Lorena Yarlequé Rivera como Operador Postal, Categoría XII, Nivel uno, grupo ocupacional de Auxiliar de la Administración Postal Breña -persona que por entonces no contaba con capacitación técnica relacionada al área, título de Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo o experiencia como servidor postal o cargo similar- para laborar por necesidad de servicios a partir del veintitrés de septiembre de dos mil tres en la Oficina Postal de Sullana - Piura; resolución que fue visada por los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica -fojas cuarenta y dos y setecientos dos-; M) Resolución de Gerencia General número ciento veintisiete - G/dos mil tres, emitida el diez de octubre de dos mil tres, suscrita por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, en la que se resuelve ascender, a partir del treinta de septiembre de dos mil tres a Sintia Lorena Yarleque Rivera como Supervisor Postal, Categoría X, Nivel uno de la Administración Postal Trujillo; debiendo laborar por necesidad del servicio en la Oficina Postal Sullana - Piura [primer ascenso ilegal que se produjo a los siete días efectivos de haber sido contratada y sin contar con Informe Técnico y/o evaluación de la Sub-gerencia de Recursos Humanos o con conocimiento de las áreas involucradas, como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas de normas y tampoco se tomó en cuenta el cuadro de perfiles del cargo por nivel ocupacional, que no contaba con capacitación técnica relacionada al área, tampoco con título el Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo, ni con experiencia de dos años de Supervisor Postal o cargo similar] -fojas setecientos tres-; **iv)** Resolución de Gerencia General número cero cero ocho - G / dos mil cuatro, emitida el veintitrés de enero de dos mil cuatro,

firmada por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por la encausada Blaz Mogollón en su condición de Gerente de Administración de Recursos, mediante la cual, ilegalmente se ascendió, por segunda vez, a Sintia Lorena Yarlequé Rivera, a Profesional, Categoría V, Nivel uno, Grupo Ocupacional de Funcionarios de la Oficina de Asesoría Jurídica, a partir del uno de enero de dos mil cuatro -sin reunir el perfil del cargo, estudios universitarios, especialización en temas jurídicos o en asuntos asesoría jurídica, tampoco tenía experiencia en cargos profesionales similares-; resolución que se emitió sin observar el plazo mínimo de un año que debía transcurrir entre cada ascenso [Directiva SP - NP - cero cero seis - dos mil uno, Normas y Procedimientos para Administrar Desplazamientos de Personal que obra a fojas cincuenta], tampoco se tuvo en cuenta que el ascenso no debía superar más de cuatro categorías [la citada empleada fue ascendida cinco categorías, de Supervisor Postal categoría X a Profesional categoría V] -fojas cuarenta y ocho y setecientos cuatro-; **v)** Resolución de Gerencia General número cero cero seis -G/dos mil cinco del catorce de enero de dos mil cinco, suscrita por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- y por la encausada Blaz Mogollón en su condición de Gerente de Administración de Recursos, mediante la cual se dispuso rotar a la citada empleada a partir del catorce de enero de dos mil cinco a la plaza de Jefe del Departamento de Clasificación de la Sub-gerencia de Operaciones Postales, debiendo laborar por necesidad de servicio en la Oficina Postal de Sullana - Administración Postal Piura - Sub-gerencia de Administraciones Postales - Gerencia Postal, manteniendo su categoría y nivel remunerativo -fojas setecientos cinco-. **Quinto:** Que, aun cuando los encausados aducen que las citadas resoluciones fueron emitidas y suscritas en base al memorando número doscientos noventa y ocho –G/ dos mil tres, del treinta y uno de octubre de dos mil tres, emitido por el Gerente General David Alfonso Bocanegra Baffigo -condenado- dirigido al Gerente de Recursos Humanos en el que se señalaba que para la contratación de Sintia Lorena Yarlequé Rivera, por única vez, se le exonera de lo dispuesto en la Directiva SP - NP - cero cero seis - dos mil uno, Normas y Procedimientos para Administrar Desplazamientos de Personal en cuanto al plazo anual límite para ascenso de personal, cantidad máxima de categorías y el cumplimiento de requisitos mínimos que dispone el Cuadro de Perfiles de Cargo por nivel ocupacional vigente -fojas cincuenta y dos-; así como la Carta número ciento sesenta y tres -AH/ cero cinco, emitida por el Sub-gerente de Recursos Humanos que la confirma -fojas cincuenta y cuatro-; sin embargo, dicha circunstancia no los exime de responsabilidad penal en razón de que la emisión y contenido de los citados instrumentos eran manifiestamente irregulares y además, tanto la contratación como los posteriores ascensos de la indicada empleada no contaban con el Informe Técnico y/o evaluación de la Sub-gerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas, conforme lo establece el Reglamento Interno de Trabajo y la Directiva de Normas para la Administración de Desplazamientos de Personas. **Séptimo:** Que, no obstante, se aprecia que el encausado Delgado Vásquez en su condición de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica no suscribió la segunda resolución de ascenso de la citada contratada; ha quedado descartado que éste no haya tomado conocimiento de la ilegalidad de dicha resolución, ya que la plaza de profesional a la que fue ascendida la contratada, correspondía precisamente al área de Asesoría Jurídica, de la cual el encausado Delgado Vásquez era jefe y según se desprende del artículo ochenta y cuatro del segundo párrafo del Reglamento Interno de Trabajo de SERPOST S.A. debió evaluar previamente el perfil de la trabajadora que ascendía en coordinación con la Sub-gerencia de Recursos Humanos; que, igualmente, cabe destacar que según el Manual de Organización y Funciones de SERPOST SA. de fojas mil novecientos quince, en su condición de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, tenía como función general: prestar asesoramiento jurídico legal a la empresa en la interpretación y aplicación de los dispositivos legales, así como representarla legalmente en el ámbito de su competencia; y entre sus funciones específicas: proyectar

resoluciones de la Gerencia General, revisar y opinar en todos los proyectos de resoluciones, contratos y convenios en que participen empresa, así como de las normas que se sometan a su consideración; además tenía como línea de autoridad superior al Gerente General; e inferior al abogado administrativo, abogado penal, abogado civil, secretaria; sus niveles de coordinación interno: Gerentes, Subgerentes, Jefes de Departamentos y Administradores Postales a nivel nacional. **Octavo:** Que, siendo así, es de concluir que existen una serie de pruebas e indicios plurales, concomitantes, e interrelacionados, de modo que se refuerzan entre sí, y gozan de fuerza acreditativa suficiente, que permiten inferir razonablemente que los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez en su condición de Gerente de Administración de Recursos y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica avalaron la irregular e injustificada contratación y ascensos de Sintia Lorena Yarlequé Rivera realizada por el condenado David Alfonso Bocanegra Baffigo -véase sentencia de fojas mil seiscientos noventa y cinco-; y con dicha conducta coadyuvaron de manera directa en el actuar ilícito de este último; que, en consecuencia, el juicio de condena realizado en la sentencia impugnada, se ajusta a la ley. **Noveno**: Que el hecho juzgado se subsume en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal -modificado por la Ley número veintisiete mil setenta y cuatro, vigente a partir del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve- que prevé una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años; que asimismo, resulta de aplicación el artículo veinticinco, que sanciona a quien dolosamente, presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado -complicidad primaria- con la pena prevista para el autor; así como el artículo cuatrocientos veintiséis de la norma sustantiva -pena de inhabilitación-; que, en el presente caso, se impuso a los encausados Blaz Mogollón y Delgado Vásquez dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, bajo el cumplimiento de reglas de conducta e inhabilitación por el plazo de un año, sanción que no responde al principio de proporcionalidad y legalidad, expresado en las exigencias de atender razonablemente a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido, sobre todo si se advierte la naturaleza del ilícito juzgado, la forma y contexto de la comisión del mismo; así como, sus condiciones personales; que, sin embargo, no es posible incrementarla en estricto respeto del principio de prohibición de reforma en peor. **Décimo:** Que la reparación civil se estima en función al perjuicio causado y tiene como referentes la entidad y gravedad del hecho; que, en el presente caso, el monto de la misma ha sido fijado conforme a los parámetros indicados. Por estos fundamentos: I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco, del veinte de abril de dos mil diez, que condena a Petronila Ysabela Blaz Mogollón y Wilser Auber Delgado Vásquez como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública - aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio del Estado, a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, bajo el cumplimiento de reglas de conducta e inhabilitación por el plazo de un año y fijó en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.- Interviene el señor Santa María Morillo por vacaciones del señor Villa Stein.-

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERON CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

§ 25. Negociación incompatible: R. N. N.º 3281-2011 (24/01/2013)

Negociación incompatible. Culpabilidad del encausado se encuentra acreditada con declaraciones testimoniales, de las cuales se aprecia que para la contratación de los bienes y servicios se eligió a personas específicas con quienes se comunicaron directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma pública. *En suma el conjunto probatorio de cargo precedentemente analizado, revela actuación interesada del encausado Vásquez Puchoc, quien no negó en el decurso del proceso haber conocido y participado en la adquisición y contratación de los bienes y servicios materia de proceso, sin embargo, conforme se desprende del contenido del aludido dictamen pericial, dicho encausado orientó su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación (por no estar registrados con RUC o ante la SUNAT o en el Registro de Proveedores), o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la institución edil, logrando con ello elegir predeterminadamente o algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios.*

El encausado simuló un concurso público, con participantes que no reunían los requisitos exigidos por ley, con la finalidad de escoger al que predeterminadamente ya había seleccionado para ser favorecido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. Nº 3281-2011

JUNÍN

Lima, veinticuatro de enero de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado don **PERCY JAVIER VÁSQUEZ PUCHOC**: emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema; y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Primero: decisión cuestionada.

El recurso impugnativo tiene por objeto cuestionar la sentencia de catorce de septiembre de dos mil once -folios mil ciento seis o mil ciento treinta y tres- emitida por la Sala Mixta

Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, que condenó al recurrente por el delito contra la administración pública **-NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO-** en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Tarma; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años y fijando por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil nuevos soles.

Segundo: marco general del fáctum.

Según la acusación fiscal -folio setecientos cincuenta- se imputa al encausado que "(...) en mérito al Informe Especial número trece - dos mil ocho-OCI/MPJ. -de fojas diecisiete o cuarenta y uno- y sus anexos, proveniente del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Tarma de veintinueve de octubre de dos mil ocho relacionado al Examen Especial a las Adquisiciones de Bienes y Servicios correspondiente al Año Fiscal dos mil seis es decir al periodo comprendido del primero de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, habiéndose examinado los documentos del área de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la comuna agraviada, en donde se concluye que, las adquisiciones de bienes realizadas en el periodo dos mil seis no cuentan con los procedimientos de cotización y/o documentos de cotización, así como con el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento de la Buena Pro, así también no cuentan con las fechas en las cuales se realizó, observándose además que no registran ingreso de almacén y carecen de otras formalidades, según se detalla en el cuadro número uno denominado "Adquisiciones de Bienes sin Cumplir los Requisitos y Formalidades" de los folios veintiuno a veintidós; del mismo modo se advierte en dicho informe que, las contrataciones de servicios realizadas en el periodo dos mil seis no cuentan con los procedimientos de cotización y/o los documentos de cotización, el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento no cuentan con las fechas en la cuales se realizó, asimismo se observa que no registran conformidad de servicio y carecen de otras formalidades, conforme se detalla en el cuadro número dos denominado "Contratación de Servicios sin Cumplir los Requisitos y Formalidades" del folio veinticinco; en tal sentido en la realización de estos hechos irregulares se habrían contravenido la normatividad siguiente: -el Artículo tres de la Ley número veintiséis ochocientos cincuenta y nueve y su modificatoria Ley número veintisiete mil trescientos treinta, que dispone que los procesos de contratación y adquisición se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad y de trato justo igualitario, teniendo como finalidad garantizar que las entidades obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados: -El numeral diecisiete punto dos del artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta y su modificatoria Ley número veintisiete mil trescientos treinta, que establece que "...el procedimiento se regirá por los principios previstos en el Artículo tres de la presente ley..." -el Artículo dieciocho de la Ley número veintiséis ochocientos cincuenta y su modificatoria Ley número veintisiete mil trescientos treinta que contempla "Queda prohibido fraccionar la adquisición de bienes la contratación de servicios y de ejecución de obras con el objeto de cambiar el tipo de proceso de selección que corresponda";-el artículo ciento seis del D.S. número ochenta y cuatro-dos mil cuatro-PCM.. "Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado", que estipula "La convocatoria se realiza mediante invitación que puede ser uno o más proveedores, según corresponda en atención a la oportunidad, al monto y a la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación de ello que colige que se debió de actuar al margen de las normas por parte de los funcionarios y servidores de la comuna agraviada, por lo que al haber simulado procesos de adquisiciones y contrataciones, a través de supuestas cotizaciones, incoherencias e ilógicas de los documentos que sustentan el proceso. (...), por

tanto los funcionarios implicados en estas irregularidades son: (...) PERCY JAVIER VASQUEZ PUCHOC, en calidad de ex Sub Gerente de Logística, por ser el partícipe directo de las adquisiciones y contrataciones al margen de la normatividad, vulnerando lo contemplado en el ROF. Artículo sesenta y tres, numeral tres, literales a) que estipula "Normar, dirigir, programar, controlar y evaluar el abastecimiento de recursos, materiales, maquinaria y equipos, así como la prestación de servicios...", b) Elaborar el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones, que provea los bienes, servicios y obras que se requerirán en cada ejercicio presupuestal, en observancia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento" (sic).

Tercero: agravios.

En la formulación -folios mil ciento treinta y ocho a mil ciento cuarenta y uno- se aduce que:

3.1. No se consideró que el proceso de adquisición no requería de cuadros comparativos, actas de otorgamiento y cotizaciones, al ser de menor cuantía de acuerdo a los Decretos Supremos números ochenta y tres-dos mil cuatro y ochenta y cuatro -dos mil cuatro-PCM (TUO de lo Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado y su Reglamento vigente al año dos mil seis, al momento delas adquisiciones): entonces, era permitida la compra o adquisición a un solo postor.

3.2. No se valoró que el auditor que redactó el Informe Especial número trece - dos mil ocho-OCI/MPT, no encontró cuadros comparativos y cotizaciones en razón a que la ley permitía un solo postor; sin embargo en varias adquisiciones cuestionadas, se realizó cuadros comparativos y cotizaciones por un exceso de protección de los intereses del Estado.

3.3. Si bien el citado Informe Especial, da cuenta que los bienes y servicios adquiridos el año 2006, han sido adquiridos sin un acta de buena pro, no obstante, dicha acta no era uno exigencia de la ley, lo que se expidió fue una factura que daba cuenta de la concreción de la adjudicación.

3.4. No se verificó que en el Informe Ampliatorio de los Peritos Contables realizado en Juicio Oral, concluyó que todos los bienes ingresaron al almacén lo cual enerva la imputación; asimismo, que no existió perjuicio económico en las adquisiciones del periodo dos mil seis.

3.5. La Sala de Fallo no ameritó que no se produjo perjuicio económico; por lo que no se configuró el delito de negociación incompatible.

Cuarto: opinión de la fiscalía suprema en lo penal.

El señor Fiscal Supremo de la Primera Fiscalía Suprema Penal, en el dictamen número mil quinientos cuarenta y dos - dos mil doce -folios treinta y uno a treinta y nueve (del cuadernillo formado en esta instancia Suprema-, opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO

Primero: sustento normativo

1.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Peruano.

1.2. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política vigente precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

1.3. El artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, respecto del contenido de las resoluciones, señala que estas deben contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

1.4. El artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal tipifica el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, señalando que: "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 (...)".

1.5. El Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad de Tarma, artículo sesenta y tres, "referente al objeto, misión, funciones y competencias que tiene la Sub Gerencia de Logística" señala en los parágrafos **f)** "Contratar los servicios que solicitan los diferentes unidades orgánicas de la Municipalidad; y **g)** "Representar a la Municipalidad en los contratos de adquisiciones de bienes y servicios".

1.6. El artículo dieciséis del Decreto Supremo número ochenta y cuatro-dos mil cuatro-PCM, precisa que: *"en los procesos de menor cuantía, la convocatoria se realiza mediante invitación que puede ser a uno o más proveedores"*, de lo cual se concluye que, lo que hizo el encausado es simular un concurso público, con participantes que no reunían una serie de requisitos exigidos por ley, con la finalidad de escoger al que predeterminadamente ya había seleccionado para ser favorecido.

1.7. La Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente número cero cero cero uno siete - dos mil once - PI/TC, LIMA. Fiscal de La Nación, del tres de mayo de dos mil doce -abordó el tópico de los "Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción" señalando que: la contratación estatal tiene un cariz singular a diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulto necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Expediente número veinte-dos mil tres-Al. fundamento II). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (...) 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 principios antes señalados para evitar la corrupción (...) la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la Imparcialidad y el trato Igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatal, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo setenta y seis de la Constitución]".

1.8. El Acuerdo Plenario Nº uno - dos mil diez/CJ-ciento dieciséis - sobre los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal se orienta al Capítulo II, Título XVIII. del Libro Segundo del mismo cuerpo legal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos", atendiendo a dos aspectos concretos: En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos protegiéndose (...) el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales (...) el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos, sin embargo no todos los delitos cometidos por las personas que ostentan dicho cargo tienen contenido patrimonial.

Segundo: de los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de negociación incompatible.

2.1. Siguiendo a Rojas Vargas[1], el hecho punible sub examine es: un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de éste sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública.

2.2. Además del bien jurídico genérico que es común al objeto de tutela al cohecho pasivo [es decir, el correcto funcionamiento, prestigio y al imparcialidad en la administración pública], el objeto específico de la tutela penal en cohecho activo genérico radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la administración pública o, en otros términos garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la administración pública"[2].

2.3. Es preciso resaltar, que en el citado Acuerdo Plenario uno - dos mil diez, se señaló que no todos los delitos comprendidos contra la administración pública tienen contenido patrimonial y sus bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público también son afectados con el incorrecto funcionamiento dela Administración Pública, vulnerando con ello el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad.

Tercero: de la acusación concreta contra el encausado Vásquez Puchoc

De manera sintética, la pretensión punitiva, consiste en que en su calidad de ex Sub Gerente de Logística -de la Municipalidad de la Provincial de Tarma- mantuvo participación directa en las adquisiciones y contrataciones de lo Comuna agraviada, contraviniendo la normatividad respectiva, contemplada en el ROF. Artículo sesenta y tres, numeral tres, literales a) y b).

Cuarto: del contenido del dictamen pericial

4.1. Según el aludido peritaje, el encausado permitió la participación en los procesos de contratación sobre adquisición de bienes y servicios de personas jurídicas no registradas en el Registro Nacional de Proveedores, vulnerando así el Reglamento del Registro Nacional de Proveedores contenido en la resolución número ciento sesenta y nueve - dos mil cinco-CONSUCODE-PRE.

4.2. Igualmente se señala que trasgredió la directiva sobre el procedimiento y plazos para la inscripción de los proveedores de bienes y/o de servicios en el Registro Nacional de Proveedores, contenida en la Resolución número ciento ochenta y cuatro-dos mil seis-CONSUCODE-PRE entre otros dispositivos vigentes al momento de los hechos, según los cuales, para participar como postor ante las instituciones públicas en cualquiera de las circunstancias, necesariamente debía estar registrado como proveedor en el Registro Nacional señalado.

1 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley; Lima 2007, páginas 825 y 826.

2 ROJAS VARGAS: *Bien Jurídico* (2002). *Delitos contra la administración pública*. Grijley. Lima p. 534.

4.3. Esta condición que debería tener el proveedor no solamente se encuentra establecido en dichos dispositivos, sino también se encuentra en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. ochenta y tres-dos mil cuatro-PCM) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. ochenta y tres-dos mil cuatro-PCM).

Quinto: de la condición de funcionario público del encausado y su intervención en razón del cargo en la contratación estatal

5.1. Al momento de la comisión del hecho punible imputado, el aludido encausado ostentaba tal condición de funcionario público, conforme lo reconoció en sus diversas declaraciones vertidas en el decurso del proceso -ver declaración instructiva de fojas cuatrocientos treinta y uno- y en la sesión de audiencia de doce de mayo de dos mil once -folio ochocientos veinticinco-.

5.2. Conforme al contenido del citado Reglamento de Organización y Funciones (ROF)[3] se concluye que el encausado, que en su condición de funcionario público ostentaba facultades y funciones para suscribir contratos en representación de la Municipalidad, destacando su rol funcional para la celebración de dichos documentos, facultades por las cuales suscribió los contratos de adquisición de bienes y servicios detallados en el Informe Especial número trece-dos mil ocho-cuatrocientos quince -ver folio diecisiete-.

Sexto: análisis jurídico fáctico

6.1. De la acreditación de la contratación direccionada en provecho de tercero

6.1.1. De la prueba testimonial de cargo

6.1.1.1. Evaluando las testimoniales que obran en autos, se aprecia específicamente, que doña Norma Porfiria Martínez Córdova, indicó que proveía a la Municipalidad de los pedidos que le formulaban; era requerida a veces por los técnicos a cargo de la obra, o por los encargados de logística o abastecimiento -ver folio quinientos cuarenta y siete-. Ello implica que las invitaciones para participar en la presentación de dichas propuestas económicas no eran públicas, sino direccionadas a determinadas personas como el caso de la citada testigo. Del mismo modo refiere don Luis Ángel Suero Orihuela haber participado por invitación - ver folio quinientos cincuenta-; en la misma línea don Brando Elmer Jorge, indicó no recordar quién fue la persona que le formuló el pedido, refiriendo que lo buscó un trabajador de la Municipalidad y le pidió una proforma -ver folio quinientos treinta y tres-. De otro lado, el testigo don Julio Vicente Cortés Núñez manifestó que no le pidieron ninguna cotización, ni hicieron licitación, sino directamente le dijeron que haga el trabajo en el salón consistorial de la Municipalidad, refiriendo además no recordar haber elaborado un presupuesto -ver folio quinientos cincuenta y tres; el ingeniero civil don Bladimir Leo Arce Recuay, relató que para realizar el estudio de prefactibilidad se enteró de dicho trabajo debido a que un personal de la Municipalidad de Tarma cuyo nombre desconoce, lo llamó a su oficina ubicada en la ciudad de Huancayo diciéndole que necesitaba un perfilista o proyectista, añadió de que luego que le pidieron una cotización y la presentó, y le informaron que había ganado. De ello se advierte que no se le solicitó ninguna otra documentación complementaria, ni siquiera su curriculum; añade también que las comunicaciones que sostuvo con el Municipio sólo fueron por teléfono y que para la elaboración de la prefactibilidad no fue necesario entrevistarse con ninguna persona del Concejo -ver folio quinientos cincuenta y ocho-.

3 Citado en el acápite 1.5 del sustento normativo.

6.1.1.2. De todo lo antes referido, se tiene que para la contratación de los bienes y servicios, se eligió a personas específicas con quienes se comunicaron directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma pública, sino que la entidad contratante elegía a la persona natural o jurídica de su preferencia, descartándose la invitación a otros proveedores, concediéndosele de esta forma, la prestación de servicios a un reducido número de personas. En este mismo sentido, abona a ello, la testimonial prestada por doña Alzira Luisa Rodríguez en el plenario, manifestando que participó como proveedora del Municipio; que su empresa o negocio a la fecha se encuentra suspendida y que no se encuentra inscrita en la lista de proveedores; que llegó al municipio para hacer alguna relación comercial y de "pasadita" le invitaron para que dé su cotización y por teléfono le dijeron que había ganado la buena pro, y emitieron la orden de compra -ver folio ochocientos setenta y uno-; de lo cual se evidencia la informalidad en el actuar al realizar las respectivas contrataciones a favor de la Municipalidad, hecho en él además se advierte a absoluta ausencia de transparencia; aunado a ello la testigo doña María Tapia Garay quien no se encontraba registrada en la comuna, era proveedora, y para realizar las cotizaciones iban unos jovencitos desconocidos a su establecimiento -ver folio ochocientos sesenta y cuatro-; lo cual evidencia que para el contacto se hacía uso de personas sin identificación alguna, medida que no resulta razonable, ya que una contratación debe ser celebrada transparentemente, bagaje probatorio que evidencia la direccionalidad en las invitaciones, carente de publicidad, quedando evidenciado su interés en la contratación con determinadas personas.

6.1.2. Respecto a los cuestionamientos de la defensa técnica

6.1.2.1. Resulta relevante la información recabada a través del Dictamen Pericial Contable de diecinueve de julio de dos mil once -folies novecientos cuarenta y cuatro a novecientos cincuenta y cinco-, en el plenario -ver acta de sesión de audiencia de la Sesión VII del folio mil uno- y el Dictamen Pericial Ampliatorio de veinticinco de agosto de dos mil once -folios mil cuarenta y seis a mil cincuenta-,documentos que revelan que el encausado actuó en el ejercicio de su cargo, tanto para la adquisición de bienes como para la contratación de servicios.

6.1.2.2. Ello se desprende también, de las versiones expuestas por los señores Peritos don Oscar Pascual Canessa Vilcahuamán y don Eduardo Candiotti Ibáñez. quienes concluyeron que en los hechos imputados, el encausado actuó incumpliendo los requisitos y formalidades exigidos por los normas aplicables -ver acto de sesión de audiencia de los folios mil uno a mil siete y mil sesenta y seis mil setenta y uno-.

6.1.2.3. La información recabada en los Dictámenes Periciales Contables precitados, cuestiona la falta de formalidad en el procedimiento de adjudicación (ausencia de cuadros comparativos, actas de otorgamiento y cotizaciones, ni actas de buena pro), **lo que revela un conjunto de evidencias que se glosan como pruebas de cargo en el numeral once del quinto considerando de la Sentencia** -ver folio mil ciento diecinueve-, respecto a las irregularidades cometidas en la adquisición de bienes -literales de la "a" a la "k" del Dictamen Pericial de los folios novecientos cuarenta y siete a novecientos cuarenta y nueve- y servicios -literales "a" a la "f" del Dictamen Pericial de los folios novecientos cuarenta y nueve a novecientos cincuenta y uno-.

6.1.2.4. En este contexto, la imputación está acreditada al no haber sido rebatido respecto al conjunto de irregularidades que se produjeron en la adquisición de bienes y

servicios durante el ejercicio dos mil seis que se explican por la conducta intencionada que con consciencia y voluntad desarrolló el encausado; así se tiene, entre otras:

i) El proveedor Electro Tarma", fue favorecido con la compra de materiales de instalaciones eléctricas, mediante compra directa y cotización simulada, donde la pericia revela que se encontró una proforma simple de un supuesto proveedor con razón social CELSI SAC, que no registra RUC ni figura en los registros de la SUNAT.

ii) En la contratación del servicio de enchapado con grass del parque Miraflores, se determinó documentalmente que dicho trabajo se realizó el mismo día de la cotización de los participantes, el trece de julio de dos mil seis y la conformidad data del día siguiente; inclusive, se observó que los participantes doña Carmen Camarena Olivera registra como giro de negocio "lavado, limpieza y tejido de tela" y don Rubén Tito Huaranga Surichaqui, de profesión técnico electricista, no cuenta con el perfil para realizar el enchapado de grass. Asimismo, los postores no estaban registrados en el Registro Nacional de Proveedores de Servicios de CONSUCODE. El Dictamen Pericial describe ampliamente situaciones similares que se registraron en la contratación de otros servicios, donde los postores no registran RUC, o no está vigente o el giro de sus negocios es distinto al que es materia del requerimiento o carecen de autorización para proveer determinado bien.

6.1.2.5. En suma el conjunto probatorio de cargo precedentemente analizado, revela actuación interesada del encausado Vásquez Puchoc, quien no negó en el decurso del proceso haber conocido y participado en la adquisición y contratación de los bienes y servicios materia de proceso, sin embargo, conforme se desprende del contenido del aludido dictamen pericial, dicho encausado orientó su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación (por no estar registrados con RUC o ante la SUNAT o en el Registro de Proveedores), o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la institución edil, logrando con ello elegir predeterminadamente o algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios.

6.1.2.6. El encausado simuló un concurso público, con participantes que no reunían los requisitos exigidos por ley, con la finalidad de escoger al que predeterminadamente ya había seleccionado para ser favorecido.

6.1.3. El delito sub examine como ilícito penal de peligro que no requiere perjuicio.

Conforme se reseñó precedentemente, en el rubro referido a los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito sub examine, específicamente en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez, la doctrina mayoritaria nacional definió que se trata de un delito de peligro, que no exige para su consumación el desmedro patrimonial; en efecto, no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, y menos aún enervan la configuración del delito anotado.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de catorce de septiembre de dos mil once -folios mil ciento seis a mil ciento treinta y tres- que condenó al encausado don **PERCY JAVIER VÁSQUEZ PUCHOC** por el delito contra la administración pública **-NEGOCIACIÓN INCOMPATBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO** en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Tarma; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años bajo reglas de conducta y fijando por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil nuevos soles; con lo demás que contiene y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

§ 26. Negociación incompatible: R. N. N.º 578-2011 (29/02/2012)

a. Negociación incompatible. Conducta del encausado no se subsumen al tipo penal incoado, toda vez que el cabildo convocado no tenía como sustento la existencia o celebración de contrato alguno, menos aún la realización de determinada operación económica; sino que tal convocatoria tuvo como finalidad negociar la deuda tributaria que la empresa minera mantenía como la municipalidad. Que, en este contexto, la conducta incriminada al encausado Julio César Mungi Núñez, consistente en el hecho de haber convocado a un cabildo abierto a las principales autoridades de los anexos caseríos, centros poblados del distrito de Monobamba y a los funcionarios de la empresa minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima - SIMSA con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto al pago de la deuda tributaria que tenía la mencionada empresa a favor de la Municipalidad de

Monobamba; no se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, toda vez que el cabildo convocado no tenía como sustento la existencia o celebración de contrato alguno, menos aún la realización de determinada operación económica; sino que tal convocatoria tuvo como finalidad negociar la deuda tributaria que la empresa minera mantenía como la municipalidad; obligación tributaria -entendida como el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria y es exigido coactivamente- que nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación -conforme a los términos descritos en el artículo dos del Código Tributario-; en consecuencia se trata de actos administrativos distintos a los contratos u operaciones que se habrían realizado con la finalidad de exigir el pago de la deuda que la empresa minera mantenía con la entidad edil que representaba.

b. Concurso aparente de leyes: Se advierte que el encausado en su condición de alcalde omitió o rehusó los actos funcionales que la ley orgánica de municipalidades y la constitución política del estado le imponen para adoptar otra conducta que resultaría contraria a lo dispuesto taxativamente en la ley orgánica de municipalidades por no haber observado el procedimiento para la expedición de ordenanzas municipales. *Que, situación distinta se presenta en el caso del delito de rehusamiento de actos funcionales, también incriminado al encausado Julio César Mungi Núñez, por cuanto en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Monobamba tenía la obligación de hacer cumplir el pago íntegro de la deuda tributaria que la empresa minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima - SIMSA, ascendente a la suma de cuatro millones cuatrocientos ochenta y tres mil nuevos soles, que constituía el pago insoluto del impuesto al patrimonio predial no empresarial, lo que no realizó por cuanto en el cabildo convocado con fecha trece de enero de dos mil cuatro, convenció a las autoridades invitadas a que se acepte la suma de un millón seiscientos mil nuevos soles y la reparación de la mini central hidroeléctrica incluyendo una turbina adicional, formalizando su propuesta con la expedición de la Ordenanza Municipal número tres guión dos mil cuatro diagonal MDM, de fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro, obrante a fojas doscientos veinte, con la que se aprobó el Beneficio Excepcional para la Regularización de Deudas Tributarias - BERT -en la que se regulaba el procedimiento de pago de deudas tributarias por impuesto predial, contribuciones y arbitrios generados hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil tres, el fraccionamiento y las penalidades en caso de incumplimiento de la deudo fraccionada-, la cual teniendo la calidad de Ley no fue publicada para entrar en*

vigencia, menos aún fue elevada a la Municipalidad Provincial de Jauja conforme lo dispone el artículo cuarenta de la ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos; y con la expedición de la Resolución de Alcaldía número veinticuatro guión dos mil cuatro diagonal MDM, de fojas seiscientos diecinueve, se aprobó el acogimiento de la compañía deudora al beneficio dispuesto por la mencionada Ordenanza Municipal y la programación de los pagos fraccionados hasta en treinta y seis meses. En este orden de ideas, apareciendo un concurso aparente de leyes, con el criterio de especialidad, este Supremo Tribunal establece que la conducta del encausado Julio César Mungi Núñez, Me subsume únicamente en el tipo penal previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, esto es, el de omitir o rehusar los actos funcionales que la Ley Orgánica de Municipalidades y la Constitución Política del Estado le imponen para adoptar otra conducta que resultaría contraria a lo dispuesto taxativamente en la Ley Orgánica de Municipalidades por no haber observado el procedimiento para la expedición de ordenanzas municipales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. Nº 578-2011

JUNÍN

Lima, veintinueve de febrero de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Julio César Mungi Núñez contra la sentencia condenatoria de fecha dos de noviembre de dos mil diez, de fojas mil doscientos cuarenta y cuatro; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero**: Que, la defensa del encausado Julio César Mungi Núñez, al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta, sostiene lo siguiente: ***i)*** que, las pruebas actuadas durante el proceso no evidencian su responsabilidad en los delitos de omisión o rehusamiento de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, toda vez que respecto al primer delito, no tenía el deber legal de ejecutar cobros a deudores tributarios, por lo que su función no se encuentra inmersa en las exigencias típicas del delito de omisión o rehusamiento y no existe medio probatorio alguno que acredite que haya sido requerido para el cumplimiento de sus funciones inherentes a su cargo; ***ii)*** que, respecto al delito de negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, no se cumplen los elementos típicos exigidos para la existencia del mencionado delito, menos aún obra medio probatorio alguno que acredite que haya pretendido llegar a un acuerdo con la empresa Minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima (SIMSA), y que si bien se llevó a cabo un Cabildo Abierto con la finalidad de convencer a las autoridades para la condonación de la deuda tributaria de la aludida empresa; sin embargo, la concurrencia de los

representantes de la empresa deudora y la participación de las autoridades políticas no constituyen elementos típicos y/o actos preparatorios de delito alguno, más aún, si lo que se condonó fueron los intereses y mora, y no la deuda original; ***iii)*** que, el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales se encuentra prescrito; sin embargo, en forma errónea se ha tomado como referencia para el computo del plazo el último de los pagos efectuados por la empresa SIMSA, pese a que se trata de un delito de comisión instantánea, por lo que debe declararse la nulidad de la sentencia. **Segundo**: Que, conforme a la acusación fiscal de fojas novecientos catorce, se imputa a Juno César Mungi Núñez -Alcaide de la Municipalidad Distrital de Monobamba- la comisión de los delitos de rehusamiento a un acto de cargo y aprovechamiento indebido del mismo para beneficiar a la empresa minera "San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima" (SIMSA). Que, con tal propósito, el trece de enero de dos mil cuatro, convocó a un Cabildo Abierto -con la participación de una parte de la población y autoridades menores sin tener poder de decisión en la administración municipal- con la finalidad que la referida empresa no cumpla con efectuar el pago de la deuda tributaria ascendente a cuatro millones cuatrocientos ochenta y tres mil nuevos soles, habiendo aceptado que la empresa pague púnicamente la suma de un millón seiscientos mil nuevos soles, y repare la mini central hidroeléctrica incluyendo una turbina adicional; asimismo, expidió la Ordenanza Municipal número tres guión dos mil cuatro, obrante a fojas doscientos veinte, mediante la cual se aprobó el "Beneficio Excepcional para la regularización de Deudas Tributarios - BERT", prorrogada mediante Ordenanza Municipal número diez guión dos mil cuatro guión MDM, hasta el veintiocho de febrero de dos cinco; igualmente mediante Resolución de Alcaldía número veinticuatro guión dos mil cuatro diagonal MDM, de fecha siete de julio de dos mil cuatro, de fojas doscientos veinticuatro, se aprobó el acogimiento de la Empresa Compañía Minera San Ignacio de Morococha, al beneficio aprobado por la referida Ordenanza Municipal bajo la modalidad de pago fraccionado, causando así un perjuicio económico a la entidad edil agraviada. **Tercero**: Que, tal hecho imputado ha sido tipificado por el Fiscal Superior en su dictamen acusatorio, como delitos de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CON EL CARGO**, tipificado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal (modificado por la ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco) -que sanciona al funcionario o servidor público que en forma directa o indirecta o por actos simulados se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervine por razón de su cargo, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal-, y **OMISIÓN, REHUSAMIENTO Y DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES** previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal -que se configura cuando el funcionario público ilegalmente omite, rehúsa, retarda algún acto de su cargo, y se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa-. En este sentido, antes de efectuar el análisis de fondo, corresponde verificar si el hecho imputado se subsume en los referidos tipos penales, y de ser el caso, verificar si la acción penal se encuentra vigente o ha prescrito. **Cuarto**: Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente -siempre funcionario o servidor público- de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector ***interesar***, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta,

celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación[1]; en provecho propio o de terceros, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquéllas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero -sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquéllos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha[2], en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica. **Quinto**: Que, en este contexto, la conducta incriminada al encausado Julio César Mungi Núñez, consistente en el hecho de haber convocado a un cabildo abierto a las principales autoridades de los anexos caseríos, centros poblados del distrito de Monobamba y a los funcionarios de la empresa minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima - SIMSA con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto al pago de la deuda tributaria que tenía la mencionada empresa a favor de la Municipalidad de Monobamba; no se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, toda vez que el cabildo convocado no tenía como sustento la existencia o celebración de contrato alguno, menos aún la realización de determinada operación económica; sino que tal convocatoria tuvo como finalidad negociar la deuda tributaria que la empresa minera mantenía como la municipalidad; obligación tributaria -entendida como el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria y es exigido coactivamente- que nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación -conforme a los términos descritos en el artículo dos del Código Tributario-; en consecuencia se trata de actos administrativos distintos a los contratos u operaciones que se habrían realizado con la finalidad de exigir el pago de la deuda que la empresa minera mantenía con la entidad edil que representaba. **Sexto**: Que, situación distinta se presenta en el caso del delito de rehusamiento de actos funcionales, también incriminado al encausado Julio César Mungi Núñez, por cuanto en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Monobamba tenía la obligación de hacer cumplir el pago íntegro de la deuda tributaria que la empresa minera San Ignacio de Morococha Sociedad Anónima - SIMSA, ascendente a la suma de cuatro millones cuatrocientos ochenta y tres mil nuevos soles, que constituía el pago insoluto del impuesto al patrimonio predial no empresarial, lo que no realizó por cuanto en el cabildo convocado con fecha trece de enero de dos mil cuatro, convenció a las autoridades invitadas a que se acepte la suma de un millón seiscientos mil nuevos soles y la reparación de la mini central hidroeléctrica incluyendo una turbina adicional, formalizando su propuesta con la expedición de la Ordenanza Municipal número tres guión dos mil cuatro diagonal MDM, de fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro, obrante a fojas doscientos veinte, con la que se aprobó el Beneficio Excepcional para la Regularización de Deudas Tributarias - BERT -en la que se regulaba el procedimiento de pago de deudas tributarias por impuesto predial, contribuciones y arbitrios generados hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil tres, el fraccionamiento y las penalidades en caso de incumplimiento de la deudo fraccionada-, la cual teniendo la calidad

1 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 589.

2 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, segunda edición, Grijley, p. 559.

de Ley no fue publicada para entrar en vigencia, menos aún fue elevada a la Municipalidad Provincial de Jauja conforme lo dispone el artículo cuarenta de la ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos; y con la expedición de la Resolución de Alcaldía número veinticuatro guión dos mil cuatro diagonal MDM; de fojas seiscientos diecinueve, se aprobó el acogimiento de la compañía deudora al beneficio dispuesto por la mencionada Ordenanza Municipal y la programación de los pagos fraccionados hasta en treinta y seis meses. En este orden de ideas, apareciendo un concurso aparente de leyes, con el criterio de especialidad, este Supremo Tribunal establece que la conducta del encausado Julio César Mungi Núñez, Me subsume únicamente en el tipo penal previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, esto es, el de omitir o rehusar los actos funcionales que la Ley Orgánica de Municipalidades y la Constitución Política del Estado le imponen para adoptar otra conducta que resultaría contraria a lo dispuesto taxativamente en la Ley Orgánica de Municipalidades por no haber observado el procedimiento para la expedición de ordenanzas municipales. **Sétimo**: Que, ahora bien, habiendo delimitado la conducta incriminada resulta imprescindible fijar la vigencia de la acción penal habida cuenta que los hechos incriminados datan del trece de enero de dos mil cuatro, fecha en la que el encausado convocó al cabildo abierto, realizando la conducta antes analizada. En este sentido, de acuerdo a los plazos de prescripción ordinaria -primer párrafo del artículo ochenta del Código Penal- y extraordinaria -último párrafo del artículo ochenta y tres del mismo cuerpo normativo- previsto en la norma sustantiva, y estando al quantum de pena -conminada- fijada en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, esto es, no mayor de dos años de pena privativa de libertad, a la fecha han transcurrido más de ocho años, habiendo operado la prescripción de la acción penal por el paso del tiempo; por lo que, resulta aplicable declararla de oficio. Por estos fundamentos: declararon **i) HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dos de noviembre de dos mil diez, de fojas mil doscientos cuarenta y cuatro, en el extremo que condenó a Julio César Mungi Núñez como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Monobamba y del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; y **reformándola** recondujeron el tipo penal tipificado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal materia de acusación, al tipo penal previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código sustantivo; y **ii)** de oficio **PRESCRITA** la acción penal incoada contra Julio César Mungi Núñez por delito contra la Administración Pública en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Monobamba y del Estado; en consecuencia **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; así como el archivamiento definitivo del proceso; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

§ 27. Negociación incompatible: R. N. Nº 2079-2011 (28/11/2012)

a. Referente al dictamen pericial y el informe pericial contable concluyen que los precios ofertados estaban de acuerdo a los valores del mercado, conforme a las propuestas técnicas y económicas presentadas por los postores. *Realizada la actividad de control, se emitió el Informe número cero cero ocho guión dos mil cinco guión cero dos guión cero cuatrocientos setenta y cuatro -fojas mil sesenta y ocho-, cuyas conclusiones precisan que los procesos de selección de obras se realizaron conforme a Ley y que la denuncia presentada por Estrada Moran no reúne los requisitos que les permita ejecutar la verificación de la misma y que la información proporcionada no se considera como antecedentes para futuras actividades de control, disponiéndose el archivo de los actuados. No obstante ello, estando a la denuncia realizada por Estrada Moran y existiendo indicios sobre presuntas irregularidades que se reflejarían en los reportes del SEACE -fojas ocho-, en los que se advertiría que los procesos de selección no fueron reportados oportunamente, el titular de la acción penal realizó la denuncia correspondiente y una vez iniciado el proceso se aprecia el Dictamen Pericial -fojas mil ciento V veintidós- realizado por los Peritos Judiciales -ingenieros Pedro Efraín Chávez Paz y Gilberto Banda Tentalean-, cuyo objetivo fue determinar la diferencia existente entre el monto referencial y el monto ofertado por cada uno de los postores en cada una de las obras, concluyendo que en el proceso de selección de "Construcción de Badén Quebrada Los Pozos" no se puede determinar el valor ofertado, por cuanto no existe el expediente técnico y respecto al proceso de selección "Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco", existe una diferencia de doscientos catorce nuevos soles con veinte céntimos a favor de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar - Zorritos; del mismo modo, el Informe Pericial Contable -fojas mil doscientos cuarenta y uno- concluyó que en la obra "Construcción de Badén Quebrada Los Pozos", no se pueden determinar los valores por cuanto no se cuenta con el expediente técnico y que respecto a la obra "Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco", existe una diferencia de doscientos catorce nuevos soles con veinte céntimos a favor de la Municipalidad, además, que los precios ofertados estaban de acuerdo a los valores del mercado, conforme a las propuestas técnicas y económicas presentadas por los postores.*

b. Absolución. No existe suficiente material probatorio que vincule a los encausados en los delitos de abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. El señor fiscal superior, como titular de la carga de la prueba

no logró probar los extremos de su acusación insertado en su dictamen, además, el fiscal supremo, autoridad de máxima jerarquía en dicha institución -Ministerio Público- opinó se declare no haber nulidad en la sentencia recurrida. *Se advierte que autos no existe suficiente material probatorio que vincule a los encausados en los delitos de abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, advirtiéndose que el señor Fiscal Superior, como titular de la carga de la prueba -véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público- no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas setecientos treinta y seis, además, el Fiscal Supremo, autoridad de máxima jerarquía en dicha institución -Ministerio Público- opinó se declare No Haber Nulidad en la sentencia recurrida, por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa "...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...", en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla..."; finalmente, en virtud al principio "carga de la prueba" quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculpado, deberá procederse con la absolución.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 2079-2011

TUMBES

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia del once de mayo de dos mil once, obrante a fojas mil doscientos noventa y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** El representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil trescientos veintiocho, alega que la sentencia recurrida no cubre el mínimo de motivación exigible para toda resolución judicial, toda vez, que no consideró la denuncia efectuada por el ciudadano Pedro Manuel Estrada Moran, donde detalló que en los procesos de contratación de obras ejecutadas por la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, se incumplió la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al mostrar interés para que ciertos postores

sean beneficiados; que a pesar de que el titular del pliego tenía conocimiento de dichas irregularidades, no realizó acción alguna para corregirlas; que los encausados registraron todos los procesos el mismo día en que quedó consentida la adjudicación de la obra; además, licitaron obras mediante procesos de menor cuantía cuando correspondía adjudicación directa. **Segundo**: Conforme acusación fiscal de fojas setecientos treinta y seis, se imputa al encausado José Siany Rujel Criollo, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar del departamento del Tumbes, que en concertación con sus encausados Oscar Alfredo Almonte Estrada, Edgar Augusto Alvarado Córdova y Jhonatan Michel Gonzaga Alemán, en su calidad de miembros del Comité Especial de procesos de selección, haber invitado de forma irregular y arbitraria a un cierto grupo de postores para los procesos de selección de ejecución de obras del año dos mil cinco, favoreciendo de esa manera a terceros y quebrantando la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ante lo cual el Alcalde debió tomar las medidas necesarias para declarar la nulidad de los procesos y disponer nueva convocatoria conforme a Ley. **Tercero:** El derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco. Expuestas estas consideraciones, la cuestión que se nos presenta es la relativa a que se ha de entender por prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que la prueba haya í sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal I penal, y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia. **Cuarto:** Debe precisarse que los presupuestos tácticos relatados se condicen, por principio de especialidad, con el delito de colusión desleal, sin embargo, el Fiscal Superior en su acusación fiscal de fojas setecientos treinta y seis, señaló que en cuanto a éste delito "ha existido inercia tanto del Juez como del Fiscal, pues conforme es de advertirse de actuados que se ha procedido abrir instrucción por delito de colusión, tipificado en el artículo 384 del Código Penal, sin embargo, no se ha comprendido a las personas con las cuales supuestamente se han coludido dichos funcionarios, es decir el *extraneus* o interesados **(...) por lo que debe archivarse en el presente extremo"**. En ese sentido se advierte que el presupuesto táctico referido ha sido incardinado en tres delitos: ***abuso de autoridad, aprovechamiento indebido de carao y omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales***. **Quinto:** Precisado lo anterior, cabe realizar un análisis evolutivo del caso sub examine, así se advierte que el presente proceso se inició con la denuncia de parte del ciudadano Pedro Manuel Estrada Moran, conforme se aprecia a fojas tres, en el que específicamente se denuncia que el año dos mil cinco los procesos de selección de obras ***"Construcción de Badén Quebrada Los Pozos e Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco",*** no fueron realizados conforme a los dispositivos legales en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; estando a la denuncia de parte antes mencionada, se dispuso que la Oficina de Control Institucional de la entidad edil, ***se avoque al conocimiento sobre presuntas irregularidades en las Convocatorias de los procesos de selección de las obras del periodo dos mil cinco***, tal como se advierte de la Resolución de Alcaldía número doscientos setenta y siete guión dos mil cinco -fojas mil ochenta y uno-. **Sexto:** Realizada la actividad de control, se emitió el Informe número cero cero ocho guión dos mil cinco guión cero dos guión cero cuatrocientos setenta y cuatro -fojas mil

sesenta y ocho-, cuyas conclusiones precisan que los procesos de selección de obras se realizaron conforme a Ley y que la denuncia presentada por Estrada Moran no reúne los requisitos que les permita ejecutar la verificación de la misma y que la información proporcionada no se considera como antecedentes para futuras actividades de control, disponiéndose el archivo de los actuados. No obstante ello, estando a la denuncia realizada por Estrada Moran y existiendo indicios sobre presuntas irregularidades que se reflejarían en los reportes del SEACE -fojas ocho-, en los que se advertiría que los procesos de selección no fueron reportados oportunamente, el titular de la acción penal realizó la denuncia correspondiente y una vez iniciado el proceso se aprecia el **Dictamen Pericial** -fojas mil ciento V veintidós- realizado por los Peritos Judiciales -ingenieros Pedro Efraín Chávez Paz y Gilberto Banda Tentalean-, cuyo objetivo fue determinar la diferencia existente entre el monto referencial y el monto ofertado por cada uno de los postores en cada una de las obras, concluyendo que en el proceso de selección de "**Construcción de Badén Quebrada Los Pozos**" no se puede determinar el valor ofertado, por cuanto no existe el expediente técnico y respecto al proceso de selección "Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco", existe una diferencia de doscientos catorce nuevos soles con veinte céntimos a favor de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar - Zorritos; del mismo modo, el **Informe Pericial Contable** -fojas mil doscientos cuarenta y uno- concluyó que en la obra "**Construcción de Badén Quebrada Los Pozos**", no se pueden determinar los valores por cuanto no se cuenta con el expediente técnico y que respecto a la obra "***Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco***", existe una diferencia de doscientos catorce nuevos soles con veinte céntimos a favor de la Municipalidad, además, que los precios ofertados ***estaban de acuerdo a los valores del mercado, conforme a las propuestas técnicas y económicas presentadas por los postores***. **Sétimo**: Aunado a lo referido precedentemente, se aprecia el oficio número ciento ochenta y cuatro guión dos mil nueve oblicua DTN/STNO, del dieciséis de junio de dos mil nueve -fojas seiscientos ochenta y cinco-, remitido por la Dirección Técnico Normativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OCSE), en el que se precisa que las irregularidades acaecidas en el desarrollo de los procesos de selección materia de consulta, estarían referidas a que la ejecución de la obra "***Interconexión Red de Agua Potable Bocapan-Acapulco***", debió ser convocada por Adjudicación Directa Selectiva y no por Adjudicación de Menor Cuantía y que los actos de convocatoria de los procesos de selección fueron comunicados después de culminados los actos de registro de participantes y los actos de otorgamiento de la buena pro, conforme se advirtió inicialmente en los reportes de fojas siete. Estando al informe técnico legal antes mencionado, se requirió información a esta misma institución (OCSE) a efecto de que detalle si los procesos de selección fueron observados por infracción de la normatividad vigente, resultando que mediante Informe número cero seis guión dos mil once -fojas mil ciento ochenta y ocho- la Subdirección de Plataforma indicó que tal información debía ser solicitada a la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudio; así, mediante Memorando número cero ochenta y seis guión dos mil once, del cuatro de marzo de dos mil once -fojas mil doscientos cincuenta y dos- emitido por la dirección en mención, se precisó que de la revisión de los antecedentes con que cuentan, **no se aprecia que se hayan presentado denuncias v/o comunicaciones respecto a los procesos de selección materia de consulta**; situación que se condice con lo manifestado por el encausado Rujel Criollo en juicio oral -fojas ochocientos treinta y dos-, donde refirió que en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Contralmirante Villar de Zorritos -periodo de mil novecientos noventa y nueve a dos mil seis-, para el desarrollo de las obras, designó una comisión integrada por "Oscar Almonte Estrada, Edgar Alvarado Córdova y Jonathan Gonzaga Alemán", que nunca existió irregularidad alguna en el desarrollo del proceso de selección, pues cuando hubieron

rumores de ello, solicitó un informe a la oficina de control interno, la que informó que no existía irregularidad alguna; versión corroborada por los encausados Jhonatan Gonzaga Alemán -fojas ochocientos dieciséis-, Oscar Almonte Estrada -fojas ochocientos cuarenta y siete- y Edgar Alvarado Córdova -fojas ochocientos cincuenta y nueve-. **Octavo**: Siendo ello así, se advierte que autos no existe suficiente material probatorio que vincule a los encausados en los delitos de abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, advirtiéndose que el señor Fiscal Superior, como titular de la carga de la prueba -véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público- no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas setecientos treinta y seis, además, el Fiscal Supremo, autoridad de máxima jerarquía en dicha institución -Ministerio Público- opinó se declare No Haber Nulidad en la sentencia recurrida, por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa "...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...", en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla..."; finalmente, en virtud al principio "carga de la prueba" quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculpado, deberá procederse con la absolución. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del once de mayo de dos mil once, obrante a fojas mil doscientos noventa y siete, que absolvió a José Siany Rujel Criollo, Oscar Alfredo Almonte Estrada, Edgar Augusto Alvarado Córdova y Jhonatan Michel Gonzaga Alemán, de la acusación fiscal por los delitos contra la administración pública, en sus modalidades de abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado, Municipalidad de Contralmirante Villar de Zorritos, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

§ 28. Negociación incompatible: R. N. N.º 3231-2011 (25/04/2012)

a. Negociación incompatible. Absolución. Se verifica que el encausado se desempeñaba en la municipalidad distrital como regidor en el área de educación, cultura y deporte, por lo que resulta imposible que dicho imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado convenio. *Que, finalmente, en relación al delito de negociación incompatible, por el hecho de haberse beneficiado cuando suscribió el Convenio de cesión en uso de fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, de un terreno de diez mil metros cuadrados ubicado en el Caserío "Agua Blanca" con la finalidad de destinarlo al proyecto de "Forestación y Reforestación del distrito de Namora - dos mil cinco", el mismo que fue celebrado por la Municipalidad agraviada con Laura Rabanal Aliaga, hermana del encausado, el que es copropietario del terreno de acuerdo a una sentencia de sucesión intestada de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; así, se desembolsó la suma de veinticinco mil nuevos soles en su beneficio; empero, de los actuados se verifica que el encausado se desempeñaba en la Municipalidad Distrital como Regidor en el área de educación, cultura y deporte, por lo que resulta imposible que dicho imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado Convenio, tanto más si el Proyecto de Forestación y Reforestación con árboles y frutales nativos estaba a cargo del área de recursos naturales, lo cual se verifica del Informe Técnico de Verificación, más aun si el encausado Leandro Pérez Ocas en su declaración plenaria señaló que el responsable del Proyecto era el señor Víctor Hugo Cuenca Cerna, el mismo que en conjunto con los técnicos forestales determinaron que el terreno en mención era el más apropiado para poner en operatividad el indicado proyecto, por lo que, siendo así la conducta del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga no se encuentra en el tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, deviniendo en inexorable su absolución por ausencia de tipicidad, debiendo integrarse la sentencia materia de grado en este extremo en aplicación de lo previsto por el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.*

b. Nulidad. Colegiado superior no expresó de forma suficiente las razones justificatorias y criterios jurídicos que fundamentaron su decisión absolutoria, ni expresó los fundamentos por los que no valoró o descartó el mérito probatorio de las diversas pruebas documentales y testificales "transgresión al deber de motivación de las resoluciones judiciales". *Que, revisada la prueba actuada y el juicio de valor del Tribunal de Instancia, se aprecia que éste no efectuó una correcta apreciación de los hechos, ni realizó una debida valoración de los*

elementos de prueba acopiados a los autos; que, en efecto, el Colegiado Superior omitió tener en cuenta que toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice a los justiciables (y a la colectividad) una resolución fundada en derecho; que, en el presente caso, se advierte que el Colegiado Superior no expresó de forma suficiente las razones justificatorias y criterios jurídicos que fundamentaron su decisión absolutoria, ni expresó los fundamentos por los que no valoró o descartó el mérito probatorio de las diversas pruebas documentales y testificales obrantes en autos. [...] Que, con respecto a la prueba consignada en la sentencia materia de grado, se observa que el Tribunal de Instancia incurrió en patente déficit de motivación al excluir el valor probatorio sin justificación lógica y suficiente de los siguientes medios de prueba en relación al encausado José Samuel Pajares Abanto: ***i)*** *la manifestación policial del ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, Leandro Pérez Ocas de fojas mil quinientos treinta y seis, en la que afirmó que el tractor oruga, marca CAT, durante su gestión realizó trabajos para la Municipalidad Distrital de Baños del Inca conforme al convenido suscito por ambas entidades municipales de intercambio de maquinarias, y que en el mes de febrero de dos mil cinco, el citado tractor trabajó en la localidad de Baños del Inca sin que se haya dado la contraprestación correspondiente;* ***ii)*** *la declaración instructiva del encausado Álvaro Molleda Porroa de fojas dos mil quinientos trece, en la que señaló que el encausado José Samuel Pajares Abanto conocía que el referido tractor oruga era de la Municipalidad Distrital de Namora, y no obstante ello, se lo alquiló como si fuera de la Comuna de Baños del Inca;* ***iii)*** *la declaración testimonial de Julio Cerquín Gutiérrez de fojas dos mil seiscientos nueve, quien como operador del tractor oruga señaló que el encausado José Samuel Pajares Abanto tenía pleno conocimiento que él era trabajador de la Municipalidad Distrital de Namora y que la indicada máquina pesada era de propiedad de dicha Comuna; además, acotó que trabajó en obras del distrito de Baños del Inca para el Ingeniero Álvaro Molleda Porroa, pero su remuneración la cancelaba la Municipalidad Distrital de Namora;* ***iv)*** *la manifestación policial de Edison Armando Terán Medina de fojas mil seiscientos once, quien en su condición de ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Juan, afirmó haber firmado un Convenio con sus homólogos de los distritos de Baños del Inca y Namora para el intercambio de maquinaria pesada, y que los tres tenían pleno conocimiento de los vehículos que poseían, así como que los propietarios pagaban las remuneraciones del operador, mientras que el combustible y los repuestos los pagaba la entidad beneficiada con los trabajos;* ***v)*** *el informe pericial contable de fojas tres mil seiscientos sesenta y dos.*

c. Nulidad. Colegiado superior, no valoro debidamente los indicios existentes que determinarían que el encausado habría cometido el delito que se le incrimina, por tal, no tuvo en cuenta que para dilucidar un hecho criminoso no basta sólo con valorar

la prueba actuada sino también los indicios que convergen en autos "afectación al debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva". *Que, desde esta perspectiva conceptual, en relación al encausado Gilberto Salazar Chávez, la Sala Penal Superior no tuvo en cuenta que para dilucidar un hecho criminoso no basta sólo con valorar la prueba actuada sino también los indicios que convergen en autos; que al respecto 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 la que debe satisfacer al menos dos exigencias para tenerla como válida;* ***i)*** *los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas; y,* ***ii)*** *el Órgano Jurisdiccional debe explicitar el razonamiento (deducción o inferencia) a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación de la encausada; que, por ello, el Colegiado Superior debe explicar de forma acabada si en el presente caso los indicios resultan suficientes o no para generar convicción por la responsabilidad o irresponsabilidad del referido encausado en el hecho incriminado; que, en tal sentido, no se tuvo en cuenta que el encausado Álvaro Molleda Porroa en su declaración instructiva de fojas dos mil quinientos trece, refirió que el alquiler del tractor oruga a través de su empresa "Santa Rosa" lo realizó por encargo del encausado Leandro Pérez Ocas, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, y que el encargado de elaborar el contrato respectivo fue el encausado Gilberto Solazar Chávez, Gerente de la Empresa de Multiservicios "PUNRE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que a la fecha en que se suscribió el citado contrato, el tractor oruga estaba en poder del indicado encausado, pues lo tenía guardado en un taller, lugar en el que le hicieron la construcción de la cabina por encargo de Leandro Pérez Ocas; que, además, no se valoró la declaración testimonial de Julio Cerquin Gutiérrez de fojas dos mil seiscientos nueve, quien como operador del tractor oruga, indicó que el encausado Gilberto Salazar Chávez tenía conocimiento que él era trabajador de la Municipalidad Distrital de Namora y que la maquinaria le pertenecía a dicha Comuna, señalándole que si deseaba alquilarlo debía hablar con el encausado Álvaro Molleda Porroa, quien como Ingeniero Residente estaba a cargo del aludido tractor; que, el encausado Gilberto Solazar Chávez en su declaración plenaria afirmó que se contactó con el encausado Álvaro Molleda Porroa en circunstancias que el tractor oruga realizaba trabajos para la Municipalidad Distrital de Baños del Inca, pues entendió que él era el dueño de la citada máquina, y pese a que éste no contaba con documentación alguna respecto a su propiedad y asimismo en relación a la empresa, suscribió un contrato por la suma de once mil dólares americanos, e incluso le efectuó un adelante por la suma de mil quinientos treinta dólares conforme se verifica de fojas dos mil veintidós, y de la pericia contable de fojas mil ochocientos noventa y cinco, evidenciándose aún más el conocimiento del encausado Gilberto Salazar Chávez que la maquinaria no era del encausado Álvaro Molleda Porroa cuando el encausado Leandro Pérez Ocas indicó a sus Regidores la posibilidad de alquilar el tractor oruga a una empresa contratista para*

la minera, y que ofrece pagar la suma de cincuenta dólares americanos la hora, con un trabajo de cinco horas diarias; que, en consecuencia, existen indicios que determinan que el encausado habría cometido el delito que se le incrimina, y que éstos no fueron debidamente valorados por el Colegiado Superior. [...] Que, en consecuencia, a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva es del caso anular la sentencia venida en grado también en este extremo absolutorio para que otra Sala Penal Superior previo, nuevo Juicio Oral, emita una nueva sentencia que sea fiel reflejo de lo actuado en el presente proceso.

d. Colusión desleal. La conducta desplegada por los encausados se subsume simétricamente en la hipótesis jurídica que describe el tipo penal en cuestión. *Que, en el presente caso, el concierto subrepticio y clandestino entre los encausados Ever Ortiz Arce (propietario de la Ferretería y Constructora "Nikolls"), Edgar Marín Ortiz (propietario de la Ferretería "Marín") y José María Saldaña Tasilla (propietario de la Empresa de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada y de la Ferretería "El Tumi") con Leandro Pérez Ocas, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora - Cajamarca, resulta obvio, por el modo, forma y circunstancias en que llevaron a cabo las adquisiciones de tuberías, materiales de construcción y accesorios de ferretería para la ejecución de la obra "Sistema de riego por aspersión de Quelluacocha y otros"; que a tal conclusión se arriba en mérito a las siguientes irregularidades:* ***i)*** *en cuanto al encausado Ever Ortiz Arce, recibió la suma de ciento sesenta y dos mil ochocientos treinta y nueve nuevos soles por adquisiciones efectuadas en el mes de marzo de dos mil cuatro, no obstante que su empresa carecía de licencia de funcionamiento según se constató en la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en la que tiene como estado de contribuyente "suspensión temporal", por tanto en dichas condiciones era evidente que no podía contratar con el Estado, en este caso con la Municipalidad Distrital de Namora, más aún reinició sus operaciones en el mes de setiembre de dos mil cuatro, esto es, después de varios meses de haberse producido la adquisición de tuberías y accesorios de ferretería, todo lo cual demuestra que dicho encausado se coludió clandestinamente con el encausado Leandro Pérez Ocas, quien conforme a las declaraciones testimoniales de Horacio Iturbe Izquierdo, en su condición de almacenero de la entidad agraviada -véase fojas mil ciento dieciocho-, Jorge Ocas Quiliche, en calidad de Gerente de Obras véase mil ciento cincuenta y siete- y César Ángeles Quiroz como Presidente del Comité Permanente de Adjudicación de Obras -véase fojas mil doscientos- era la persona que en forma directa realizaba los contratos de compra venta de materiales sin seguir los lineamientos legales para las contrataciones y adquisiciones del Estado, y en tal sentido las compras se realizaban teniendo a la vista las proformas, ya que en las órdenes de compra no se consignaba el número ni tenían la firma del funcionario que las autorizaba, los requerimientos de materiales tampoco contenían número, lo cual demuestra que no existió nunca un proceso de selección,*

lo que se corrobora además con la propia declaración instructiva del encausado de fojas tres mil setecientos treinta y seis, pues admitió que nunca llegó alguna carta de invitación para participar en dicho proceso de selección, antes bien a su negocio concurrían los funcionarios de la Comuna a cotizar precios, alcanzado sus propuestas, y que en algunas ocasiones simplemente le comunicaban que había ganado el concurso y por ello asumió que otras empresas también habían participado, pero de ello no le decían nada; de otro lado, indica que a esa fecha recién estaba gestionando su inscripción en el Órgano Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado; que, en consecuencia, resulta evidente el acuerdo clandestino entre el funcionario (Leandro Pérez Ocas) con el citado encausado, quien a pesar de tener conocimiento de estas irregularidades procedió a la venta de sus artículos de ferretería y agregados de construcción, defraudando a la entidad edilicia; ***ii)*** *en lo concerniente al encausado Edgar Marín Ortiz, dicho encausado en su condición de propietario de la Ferretería "Marín" vendió materiales de construcción a la Comuna agraviada por un monto de doscientos setenta y ocho mil setecientos treinta y seis nuevos soles con ochenta y seis céntimos, no existiendo tampoco proceso de selección alguno para que sea favorecido con dicha adquisición, tanto más que en los archivos de la Municipalidad Distrital de Namora no existen documentos que acrediten la recepción de los materiales de construcción e incluso su uso en algunas de las obras que la citada entidad venía ejecutando, y sí bien existen facturas, no se advierten las guías de remisión del producto que se adquirió; que, además, el propio encausado en su declaración instructiva de fojas tres mil setecientos cuarenta y uno, admitió que no contaba con ningún documento contable respecto a la compra y venta de sus productos y que su representada no estaba inscrita en el Organismo Supervisor de las Adquisiciones y Contrataciones del Estado, por ende era fácil entender que no podía contratar con la Municipalidad agraviada, no obstante lo cual procedió a ello, lo cual constituye un claro indicio de un acuerdo colusorio clandestino en este caso con el encausado Leandro Pérez Ocas, quien como se señaló anteriormente, según lo afirmado por los propios funcionarios de la Comuna, era quien dirigía y realizaba en forma personal las adquisiciones de los materiales;* ***y, iii)*** *en lo atinente al encausado José María Saldaña Tasilla, queda claro su responsabilidad penal al valorar el Informe de verificación de denuncia de fojas uno, elaborado por personal de la Contraloría General de la República, resultante del Examen Especial efectuado a la Municipalidad Distrital de Namora respecto a las adquisiciones de tubería PVC para la obra "Sistema de agua potable en Quelluacocha" a la Ferretería "El Tumi" cuyo representante legal era la encausada Alicia Lulichac Villalobos -se determinó que dicha encausada era testaferro, pues el verdadero propietario era el encausado José María Saldaña Tasilla-; que, en efecto, dicho Informe detectó las siguientes irregularidades:* ***a)*** *no existen copias de los cargos de las cartas de invitación remitidas a los proveedores que evidencie su emisión;* ***b)*** *el cuadro comparativo donde se realizó el análisis de precios y a partir del cual debía definirse la buena pro, no está firmado ni tiene fecha de elaboración;* ***c)*** *en el*

libro de actas del Comité Especial Permanente no se consignó registro de ningún proceso de selección; ***d)*** *el Jefe de Abastecimientos de la Comuna señaló que la compra de las tuberías la realizó el encausado Leandro Pérez Ocas en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, no habiendo participado la Unidad de Abastecimientos, de lo que se advierte el acuerdo colusorio clandestino con el encausado José María Saldaña Tasilla, habiéndose acreditado, además, que ambos se conocían con anterioridad;* ***e)*** *al proveedor ganador no se le remitió la orden de compra y a pesar de ello remitió los bienes a la entidad edil que canceló las facturas correspondientes;* ***f)*** *la Ferretería "El Tumi" no cuenta con volúmenes importantes de venta;* ***g)*** *dicha empresa no tenía el logo que la identificara como tal, sino el de Empresa de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, la misma que tiene como rubro el servicio de seguridad y no el de venta de materiales de construcción;* ***h)*** *el proveedor contaba con el documento interno denominado requerimiento de materiales perteneciente a la entidad edil agraviada, mas no la orden de compra como regularmente se realizaba;* ***i)*** *el proveedor adquirió a su vez los materiales de construcción de otra empresa proveedora de la Municipalidad Distrital de Namora;* ***j)*** *los precios de los materiales adquiridos tienen mucha diferencia con los ofertados por otras empresas dedicadas al mismo rubro; y,* ***k)*** *el encausado José María Saldaña Tasilla en sede judicial admitió que su coencausada Alicia Lulichac Villalobos era su testaferro y sólo se limitaba a firmar documentos, pero que su persona era quien cobraba los cheques. [...] Que, en consecuencia, tales irregularidades tienen aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia de los encausados Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José María Saldaña Tasilla previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, en desmedro de la pericia contable, en la que si bien se concluye por la inexistencia de un perjuicio económico dado a que no se aprecia sobreprecio o sobrevaluación de los materiales adquiridos, cabe precisar que al no existir documentos contables ni en la entidad edil ni en las empresas particulares respecto a la venta de sus productos, no se tiene conocimiento si éstos en realidad fueron ingresados a la Municipalidad y en todo caso si fueron usados o no, de lo que se advierte la defraudación al Estado, en tanto estamos frente a un delito que requiere de un perjuicio potencial, evidenciándose ello en tanto tales adquisiciones generaron pagos efectuados a las empresas particulares cuando incluso no se tiene conocimiento si éstas habían cumplido a cabalidad con la prestación de sus servicios; que, por consiguiente, la conducta desplegada por los encausados se subsume simétricamente en la hipótesis jurídica que describe el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.*

e. Colusión desleal. Absolución. No se advierte que la indicada encausada haya intervenido o participado en los actos de colusión con los funcionarios o servidores de la comuna perjudicada, conclusión a la que se aúna el hecho que contaba con veintiún

años de edad, infiriéndose que su coencausado se aprovechó de su inexperiencia. *Que, revisada la prueba actuada con relación a los cargos incriminados a la encausada Alicia Lulichac Villalobos se advierte que ésta es insuficiente para acreditar su responsabilidad; que, en efecto, la citada encausada respecto al hecho objeto de acusación señaló -véase declaraciones de fojas ochocientos treinta y seis, novecientos treinta y dos y siete mil doscientos veintiséis- que se desempeñó como secretaria de la empresa de propiedad de su coencausado José María Saldaña Tasilla, esto es, de la Empresa de Servicios de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, la misma, que no obstante, tener un rubro diferente se dedicaba a la venta de artículos de ferretería, pero como tuvo problemas con la Dirección Regional de Trabajo su empleador le solicitó que constituyera a su nombre una empresa con el nombre de Ferretería "El Tumi", pero que iba a ser administrada por él y que su labor constituiría en firmar los documentos y cobrar cheques, pero que el dinero debía entregárselo, por lo cual recibiría como remuneración la suma de doscientos nuevos soles mensuales; acotando, que por los problemas que se suscitaron a raíz de la denuncia formulada en su contra se vio obligada a cerrarla, luego de haber funcionado por el lapso de un año, de lo que se colige que dicha encausada no estaba vinculada o relacionada con funcionario o servidor alguno de la Municipalidad Distrital de Namora, por ende, es poco probable que se haya coludido con ellos a efecto de defraudar a la citada entidad edil; que la versión de la encausada se encuentra corroborada con la declaración del encausado José María Saldaña Tasilla, pues a fojas cinco mil cuarenta y nueve, admitió ser propietario, entre otras empresas, de la Ferretería "El Tumi", la misma que fue constituida a nombre de la encausada Alicia Lulichac Villalobos debido a que no obtuvo de la Dirección Regional de Trabajo licencia de intermediación laboral para los rubros de prestación de servicios de vigilancia y venta de bienes, específicamente en la venta de artículos de ferretería y como la citada era su secretaria -persona de confianza y cercana a su familia- la ungió como su testaferro -persona que presta su nombre en un contrato o negocio cuando el que lo realiza es en realidad otra persona- en la empresa ferretera "El Tumi" señalando que ella sólo firmaba los documentos que le indicaba, precisando que, como ya lo conocían, recogió de la Municipalidad Distrital de Namora un cheque por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos catorce nuevos soles con treinta y nueve céntimos, el cual estaba girado a nombre de Alicia Lulichac Villalobos.[..] Que, por consiguiente, no se advierte que la indicada encausada haya intervenido o participado en los actos de colusión con los funcionarios o servidores de la Comuna perjudicada o que conocía de los actos colusorios entre su empleador José María Saldaña Tasilla y el encausado Leandro Pérez Ocas, éste en su condición de Alcalde la Municipalidad Distrital de Namora, conclusión a la que se aúna el hecho que la aludida encausada a la fecha de la constitución de la Ferretería "El Tumi" contaba con veintiún años de edad, infiriéndose que el encausado José María Saldaña Tasilla se aprovechó de su inexpe-*

riencia; que, en consecuencia, la sentencia absolutoria en este extremo se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley.

f. Asociación ilícita para delinquir. Se advierte que del caudal probatorio acopiado no se han acreditado los elementos típicos del delito en cuestión como son: "plan criminal desde el interior de una asociación o agrupación criminal debidamente jerarquizada" y "permanencia". *Ahora bien, deben remarcarse dos aspectos relacionados al delito de asociación ilícita siendo éstos:* ***i)*** *su autonomía con relación a los delitos que a través de ellas pudieran cometerse, pues su ilicitud radica en la sola pertenencia a una organización instituida con fines delictivos* ***y, por tanto,*** *es independiente a la realización del programa criminal;* ***y ii)*** *la relativa inconcreción de los hechos punibles que se pretenden ejecutar -no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, lo que es acorde con su naturaleza de delito de peligro abstracto.*

[...] Debe apuntarse, asimismo, que el requisito del "acuerdo previo" o pacto entre los miembros de la asociación en orden al objetivo de cometer delitos, tal como reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede ser explícito o implícito: en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación.

[...] En el presente caso, la prueba actuada en autos nos permite establecer la materialidad del delito incriminado de asociación ilícita para delinquir, pues si bien se aprecia que los delitos materia de acusación fueron cometidos por una pluralidad de personas, queda claro que los ilícitos por los que se les ha condenado no fueron perpetrados o consumados como plan criminal desde el interior de una asociación o agrupación criminal debidamente jerarquizada, es decir, no se contó con el concurso de esta pluralidad de miembros que de modo puntual hayan estado en la posibilidad de estar conscientes de su adscripción a la asociación ilícita y como tal asumir roles definidos en los diversos momentos -planificación, preparación y ejecución- de los ilícitos que formaron parte del programa criminal, respecto de lo cual no existe siquiera un mínimo indicio que nos lleve al convencimiento de su real y objetiva existencia, tanto más si el caudal probatorio acopiado a los autos no acreditó, de otro lado, otro elemento típico como lo es la "permanencia", esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; que, en consecuencia, si bien existieron acuerdos clandestinos para concretar ilícitos penales en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora, éstos se cometieron de forma autónoma e independiente uno de otros y es más no respondieron a un programa criminal preestablecido por sus autores, por lo que, la absolución de los encausados por este ilícito penal se encuentra arreglado al mérito de lo actuado y a ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 3231-2011
CAJAMARCA

Lima, veinticinco de abril de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

Primero: MATERIA DE GRADO

1. Es materia de grado la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en los siguientes extremos:

1.1. La señora Fiscal Adjunta Superior impugna lo siguiente: **i)** la absolución de Leandro Pérez Ocas, Álvaro Molledo Porroa y Wilder Ramón Rabanal Aliaga de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Tranquilidad Pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; **ii)** la absolución de Alicia Lulichac Villalobos de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; **iii)** la absolución de José Samuel Pajares Abanto de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Baños del Inca; y, **iv)** la absolución de Gilberto Solazar Chávez de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora.

1.2. La citada representante del Ministerio Público y el encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga, impugnan la condena de este último como autor de los delitos contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, y contra la Fe Pública, en la modalidad de uso de documento privado falso, ambos en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, ciento ochenta días multa e inhabilitación y fijó el monto de la reparación civil en las sumas de treinta mil y ciento cuarenta mil nuevos soles a favor de la comuna agraviada.

1.3. Los encausados Ever Ortiz Arce, José María Saldaña Tasilla y Edgar Marín Ortiz, así como la señora Fiscal Adjunta Superior impugnan la condena de los antes citados como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años y fijó la reparación civil en las suma de treinta mil y ciento cuarenta mil nuevos soles a favor de la entidad edil agraviada.

1.4. El encausado William Llamoga Cóndor y la señora Fiscal Adjunta Superior impugnan la condena del primero como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado culposo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, inhabilitación por el plazo de un año y fijó en veinte mil y ciento cuarenta mil nuevos soles la reparación civil a favor de la Municipalidad agraviada.

1.5. La Procuradora Pública de la Municipalidad Distrital de Namora impugna la misma sentencia en el extremo de la reparación civil.

2. También, es materia de grado la sentencia de fojas ocho mil cuatrocientos veinticuatro, de fecha cuatro de abril de dos mil once, por parte de la Procuradora Pública de la Municipalidad Distrital de Namora en el extremo de la reparación civil.

Segundo: AGRAVIOS DE LOS IMPUGNANTES.

2.1. La señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos cincuenta y tres, alega que en autos: **i)** quedó probado el delito de peculado doloso en relación al encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga, pues se apropió del dinero cobrado a través del cheque bancario número un millón doscientos cuatro mil ochocientos dos, por la suma de un mil quinientos nuevos soles girado por su coacusado Leandro Pérez Ocas para el pago de cinco regidores por concepto de bonificación por fiestas patrias a cuenta de sus futuras dietas; que, asimismo, se benefició cuando se suscribió el contrato de cesión de uso de un terreno de diez mil metros cuadrados, ubicado en el Caserío "Aguas Blancas" con la finalidad de destinarlo al Proyecto de "Forestación y Reforestación del Distrito de Namora", dado que el aludido contrato fue celebrado por la agraviada Municipalidad con su hermana Laura Rabanal Aliaga en representación de sus demás hermanos; y así también se acreditó el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; que, también se demostró el delito de falsificación de documento privado y uso del mismo, dado que adulteró y utilizó una factura supuestamente emitida por la empresa "Lokemi Digital Survey" a favor de la Municipalidad Distrital de Namora, por la adquisición de un nivel automático, un trípode de aluminio y una mira telescópica por la suma de dos mil nuevos soles, sin embargo dichos bienes fueron adquiridos por el encausado Álvaro Molledo Porroa a nombre de su empresa por la suma de dos mil trescientos setenta nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, los cuales fueron entregados en dación en pago al encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga por una deuda de alquileres de la casa de éste; que, además, también se acreditó el delito de asociación ilícita para delinquir, puesto que el encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga conjuntamente con Leandro Pérez Ocas y Álvaro Molledo Porroa conformaron una agrupación destinada a cometer delitos; **ii)** en lo que respecta al delito de peculado culposo atribuido al encausado William Llamoga Cóndor, la representante del Ministerio Público sostiene que en autos se acreditó que dicho encausado en su condición de Tesorero de la Municipalidad agraviada, en complicidad con su coencausado Leandro Pérez Ocas le hizo entrega de siete mil doscientos sesenta y cinco mil nuevos soles con treinta y dos céntimos sin exigir recibo ni la respectiva sustentación; asimismo, efectuó un desembolso a favor del citado Leandro Pérez Ocas por la suma de seis mil novecientos ochenta y tres nuevos soles, no obstante dicho pago estaba conceptuado a favor de la Empresa "Amanco del Perú" Sociedad Anónima; que, del mismo modo, a dicha entidad le desembolsó la suma de ciento cuarenta y seis mil trescientos noventa y dos nuevos soles con setenta y cinco céntimos por adquisición de tuberías; que también giró diversos cheques a favor de la Arquitecta Yobana Baca Alanoca, representante del encausado Álvaro Molleda Porroa existiendo un beneficio estimado en treinta mil cuarenta y dos nuevos soles con seis céntimos, coludiéndose para dichos efectos con los encausados Leandro Pérez Ocas y Álvaro Molleda Porroa; que, de otro lado, giró un cheque por la suma de un mil quinientos nuevos soles, sin embargo las facturas presentadas para sustentar dicho egreso de dinero no están relacionados con el giro realizado que era el pago delos aguinaldos de los regidores; que giró al ex - Regidor Wilder Ramón Rabanal Aliaga la suma de mil trescientos nuevos soles por orden del ex - Alcalde para que viaje a

la ciudad de Lima, sustentando los gastos con una factura de materiales de construcción; que, del mismo modo, también giró al citado ex - Regidor la misma suma de dinero por alquiler de una casa donde funcionaba la empresa constructora "Santa Rosa" de propiedad de Álvaro Molleda Porroa, sin sustentar dicho gasto; **iii)** en lo atinente a la encausada Alicia Lulichac Villalobos, a quien se le atribuye el delito de colusión, se advierte que en autos se acreditó haberse coludido con el encausado Leandro Pérez Ocas en la adquisición irregular de tuberías PVC para "Sistema de agua potable de Quelluacocha" por la suma de ciento setenta y siete mil novecientos catorce nuevos soles con treinta céntimos, no obstante no existen cargos de las actas de invitación a los proveedores ni ningún proceso relacionado con dicha adquisición, y más bien se aprecia un sobreprecio en el pago de los bienes por la suma de veintiséis mil ochocientos veinticuatro nuevos soles con cincuenta céntimos; **iv)** en cuanto al encausado Ever Ortiz Arce, a quien también se le imputa el delito de colusión, se demostró en autos que dicho encausado se coludió con Leandro Pérez Ocas en la adquisición de tuberías PVC, accesorios y artículos de ferretería por la suma de ciento sesenta y dos mil ochocientos treinta y nueve nuevos soles, no obstante el negocio del citado encausado carecía de licencia de funcionamiento según la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT en la que aparece con suspensión temporal, apreciándose que sus recién reinició sus operaciones con posterioridad a la venta antes mencionada, no existiendo proceso de selección para la adquisición de materiales; **v)** en lo relacionado con el encausado Edgar Marín Ortiz, a quien también se le incrimina el delito de colusión, dado que se coludió con el encausado Leandro Pérez Ocas en la compra - venta sobrevalorada de materiales de construcción por la suma de doscientos setenta y ocho mil setecientos treinta y seis nuevos soles con ochenta y seis céntimos, no existiendo proceso de selección alguno, cuando correspondía efectuar una adjudicación directa pública advirtiéndose, de otro lado, el pago sobrevalorado de bolsas de cemento, no obstante su recibo y uso no están demostrados en autos, en tanto el Gerente de Obras de la Municipalidad desconocía el ingreso de las bolsas de cemento a los almacenes; **vi)** en lo atinente al encausado José María Saldaña Tasilla, a quien se le imputa el delito de colusión, pues en su condición de propietario de la Ferretería "El Tumi" se coludió con el encausado Leandro Pérez Ocas en la adquisición irregular de tuberías PVC para el sistema de agua potable de Quelluacocha; **vii)** en cuanto se refiere al encausado Gilberto Salazar Chávez, a quien se le atribuye el delito de peculado de uso, en autos la prueba actuada probó que dicho encausado utilizó, para fines propios y ajenos a su servicio, el tractor oruga marca CAT, modelo D&MIXL de propiedad de la comuna agraviada alquilado a favor de su empresa para trabajar del nueve de abril al treinta y uno de dos mil cinco, en la construcción de accesos y plataformas de "Minas Conga" de la empresa minera "Yanacocha" según contrato de alquiler, pagando la empresa del encausado a un sub - contratista la suma de once mil noventa y nueve dólares americanos, sin embargo dichos fondos no ingresaron a la mencionada Municipalidad; y, **viii)** en lo concerniente al encausado José Samuel Pajares Abanto, a quien se le imputa el delito de peculado doloso, se advierte que este encausado propició el beneficio personal del encausado Álvaro Molleda Porroa por la suma de seis mil ciento noventa y cuatro nuevos soles, perjudicando a la comuna de Baños del Inca, conforme se desprende del contrato de alquiler de maquinaria entre la empresa "Santa Rosa" con el aludido Álvaro Molleda Porroa como si éste fuese el propietario del tractor oruga, marca CAT, modelo D&MIXL de propiedad de la comuna agraviada, fungiendo como proveedor y, de otro lado, como arrendatario el encausado referido José Samuel Pajares Abanto como Alcalde de la Municipalidad de Baños del Inca; que, en conclusión sostiene que debió condenarse

a todos los encausados por los delito materia de este proceso conforme a la pena que solicitó en su acusación, más aún si existe concurso real de delito.

2.2. Que, la defensa técnica del encausado Ever Ortiz Arce en su recurso fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos setenta y uno, sostiene que en el presente proceso el Tribunal Superior prescindió de la pericia grafotécnica solicitada por el encausado Leandro Pérez Ocas sobre los documentos concernientes a los requerimientos de compra de materiales y tubería para la obra riego por aspersión de Quelluacocha y otras, para demostrar la falsedad de los citados documentos y con ello la inocencia de su patrocinado en el delito de colusión que se le atribuye como cómplice primario; que se efectuó una pericia contable sobre documentos en copia simple, esto es, sin existir los originales; que no se realizó la inspección ocular en la obra materia de proceso; que se limitó el derecho de defensa, pues se negaron todos los pedidos formulados en el plenario; que no se tuvo en cuenta que dedujo la excepción de prescripción de la acción penal y se emitió sentencia pese a no existir pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema; que los cargos atribuidos a su defendido por el representante del Ministerio Público quedaron desvirtuados en el acto del Juicio Oral; que se condenó a su patrocinado por un hecho que no fue materia de acusación, en tanto se señaló que su responsabilidad penal estaba demostrada por haber emitido facturas duplicadas sobrevalorando precios en la venta de tuberías PVC y otros, sin embargo no se tuvo en cuenta el pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT y las conclusiones de la pericia contable que descartó la sobrevaloración, y además tal hecho no configura el delito de colusión que se le imputa, y de este modo solicita la nulidad de la sentencia.

2.3. Que, el encausado José María Saldaña Tasilla en su recurso fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos setenta y seis, indica que se le condenó a través de presunciones, pues se llegó a la conclusión que concertó con el encausado Leandro Pérez Ocas por que la referida Municipalidad no cumplió con los procedimientos internos; que, no obstante ello, se advierte la participación de la oficina de abastecimientos invitando a la empresa del recurrente, es decir, ésta no fue hecha por el Alcalde; que no es su responsabilidad el hecho que no existan las actas de comité ni del proceso en sí; que no se valoró que estuvo en su facultad exigir su pago, pues entregó los materiales solicitados y ofertados en su calidad y cantidad; que la Sala Penal Superior no valoró que el Alcalde no tiene injerencia directa en la adquisición de bienes o servicios o que en forma directa realice las negociaciones u operaciones contractuales, por ello el encausado Leandro Pérez Ocas no tiene la condición de autor del delito de colusión, y por ello, no es posible concretar la concertación con su persona en su condición de particular, por lo que nos encontramos ante un hecho atípico; que, asimismo, no existió concertación, pues no se alteró la calidad del producto, se entregó en la cantidad pactada de modo oportuno y el precio pactado fue uno de los más bajos del mercado, por todo ello, solicita su absolución.

2.4. Que, el abogado defensor del encausado Edgar Marín Ortiz en su recurso fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos ochenta y dos, alega que el Colegiado Superior efectuó una errada calificación jurídica del hecho delictivo en su condición de cómplice primario del encausado Leandro Pérez Ocas en el supuesto delito de colusión, en tanto no se comprobó la existencia de concertación para que se materialice el referido delito; que no existió acuerdo alguno en la compra - venta de materiales de construcción con funcionarios de la Municipalidad, mucho menos existe relación amical o contractual con el ex - Alcalde de la Comuna; que en autos está probado la existencia de requerimientos a empresas que cotizaron sus precios directamente a la agraviada entidad edilicia; que, además, no actuó

de mala fe, pues no sobrevaloró el material de construcción que vendió y si el precio varió se debió al sobre costo carga y el transporte a los lugares alejados donde estaban las obras, lo cual se aprecia del Informe Pericial Contable; que, por último, la pena impuesta es excesiva y no se tuvo en cuenta los principios de humanidad, proporcionalidad y legalidad.

2.5. Que, la Procuradora Pública de la Municipalidad Distrital de Namora, debidamente constituida en parte civil, en su recurso fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos ochenta y ocho, sostiene que luego de haberse valorado la prueba actuada se determinó la culpabilidad de los encausados, es decir, se demostró la existencia de un acto doloso de apoderamiento de dinero en perjuicio de su representada, por lo que el monto fijado por concepto de reparación civil debe ser incrementado a fin de resarcir los daños causados, tanto más si los montos materia de apropiación son exorbitantes, por ello la reparación civil deber ser fijada de acuerdo a la magnitud del daño ocasionado.

2.6. Que, el abogado defensor del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga en su recurso fundamentado a fojas ocho mil quinientos cincuenta y tres, alega que se le condenó sin existir suficiente prueba de cargo, por lo que se vulneró su derecho a la presunción de inocencia; que no se tuvo en cuenta que su patrocinado no ha negado haber recibido y cobrado los cheques que le fueron entregados por su coencausado Leandro Pérez Ocas, empero la totalidad de los importes fueron invertidos y dedicados a cubrir los gastos que demandaba su labor como Regidor, en tanto se le encargó la supervisión y fiscalización de sus labores que la Municipalidad ejecutaba en diversos caseríos, y del mismo modo, se le asignó la supervisión en el ámbito educativo en todas las escuelas de la jurisdicción, por ello se requería la utilización de un vehículo, combustible y otros gastos; que su defendido no está en la obligación de presentar las pruebas que sustentarían dichos gastos, ello supondría la inversión de la carga de la prueba que le corresponde al Ministerio Público; que no se meritúo la pericia contable actuada y ratificada en el plenario que concluye que la rendición de cuentas se encuentra regularizada, por lo que no existió apropiación de ningún dinero del Estado; que tampoco se valoró que la documentación contable del período laborado por el encausado Leandro Pérez Ocas fue extraviada en la actual gestión municipal o ésta no ha sido proporcionada en su totalidad; que, por tanto, carece de sustento concluir que al no haberse llegado a determinar el fin de los importes de los cheques que le fueron entregados, se acreditó que los mismos habrían sido objeto de apropiación por su defendido, no obstante no se tuvo en cuenta que la duda favorece al reo, por lo que solicita su absolución del delito de peculado; que, por otro lado, en relación al delito de uso de documento privado falso no se valoró la uniforme declaración de su patrocinado, la cual se corroboró con la de su coencausado Álvaro Molleda Porroa en el sentido que la factura materia de incriminación le fue entregada a este último dado que la Municipalidad agraviada le tenía una deuda por el alquiler de una vivienda, habiéndosele entregado también un equipo de nivel automático en dación en pago; que si bien dicha factura fue otorgada por la empresa "Lokemi Digital Surgery" a favor de la empresa "Santa Rosa", su patrocinado jamás tuvo conocimiento de ello, y en todo caso es el encausado Álvaro Molleda Porroa quien debe responder por tal hecho, por lo que estando ausente el dolo en su conducta debe ser absuelto del indicado delito.

2.7. Que, la Procuradora Pública de la Municipalidad Distrital de Namora, debidamente constituida en parte civil, en su recurso fundamentado a fojas ocho mil quinientos sesenta y dos, sostiene que en la sentencia de fecha cuatro de abril de dos mil once, no se fijó

en forma correcta el monto de reparación civil, por lo que debe ser incrementado a una suma proporcional al daño causado.

Tercero: DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS INCRIMINADOS

Que, de la acusación fiscal de fojas cinco mil doscientos siete, complementada a fojas cinco mil cuatrocientos nueve, fluye que se incrimina al encausado **Leandro Pérez Ocas**, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora -gestión comprendida entre los años dos mil a dos mil cinco- haber incurrido en las siguientes irregularidades: **i)** haberse apoderado en forma indebida de siete mil doscientos sesenta y cinco nuevos soles con treinta y dos céntimos, suma que le fue entregada por el encausado William Llamoga Cóndor en su condición de Tesorero de la Municipalidad antes citada, la cual fue destinada a favor de la empresa "Amanco del Perú" Sociedad Anónima por la compra de tuberías y accesorios de PVC para la obra "Sistema de agua potable de las comunidades del sur oeste del distrito de Namora -segunda etapa"; **ii)** haber favorecido a la empresa "Amaneo del Perú" Sociedad Anónima en la adquisición de tuberías y accesorios PVC, por cuanto el postor perdedor, esto es, Ferretería "Mi Casa" Sociedad Anónima Cerrada no presentó documento alguno ni se advierte la existencia de documentos referentes a la designación del Comité Especial; **iii)** disponer en forma indebida de una parte de las tuberías PVC con un gasto indebido de dieciséis mil trescientos sesenta y cinco nuevos soles con dieciséis céntimos, lo cual no se encuentra justificado ni técnica ni legalmente; **iv)** disponer la entrega irregular de quinientos sesenta y tres tubos PVC de media pulgada a diferentes pobladores sin existir justificación técnica, al igual que mil tubos PVC de media pulgada a Gilberto Reyes Huamán, lo cual generó el incumplimiento del proyecto "Sistema de agua potable de las comunidades del sur oeste del distrito de Namora - segunda etapa"; **v)** haber desembolsado la suma de quince mil nuevos soles a favor del Ingeniero Ebert Peña Palacios por la elaboración de un expediente técnico que no sirvió para ejecutar la obra "Complejo Recreacional de Namora"; **vi)** haber autorizado el desembolso de cincuenta y dos mil ciento cincuenta nuevos soles con doce céntimos por una supuesta compra de material de construcción para la obra "Complejo Recreacional de Namora" a la Ferretería "Marín" y Distribuidora "Johanita", sin haber acreditado su destino y además esta última empresa según informe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT se encuentra como "baja de oficio"; **vii)** haber adquirido materiales de construcción de la Ferretería "Marín" de propiedad de Edgar Marín Ortiz por la suma de doscientos setenta y ocho mil setecientos treinta y seis nuevos soles con ochenta y seis céntimos, sin realizar el proceso de selección pública, efectuándose una adjudicación directa pública pagando setenta y un mil cuatrocientos veintiséis nuevos soles con veinticinco céntimos por tres mil cuatrocientos diez bolsas de cemento, existiendo un costo sobrevalorado de tres mil novecientos ocho nuevos soles con veinticinco céntimos; **viii)** haber abonado a favor de Edgar Marín Ortiz la suma de treinta y un mil cuatrocientos ochenta y cinco nuevos soles por una supuesta compra de mil quinientas bolsas de Cemento, cuyo recibo y uso no se acreditó, en tanto no existen documentos sustentatorios de ingreso y salida de dicho material en el almacén; **ix)** haberse beneficiado con la obra "Plazoleta diecisiete de noviembre" del distrito de Namora por un monto ascendente a treinta mil cuarenta y dos nuevos soles con seis céntimos, coludiéndose para ello con el encausado Álvaro Molleda Porroa, quien la administró simulando una ejecución de obra por un contrato inexistente, a lo que se aúna la edificación de un monumento a "Túpac Amaru" por la suma de once mil nuevos soles con seis céntimos, por concepto de pagos de salario de obreros la suma de seis mil cuatrocientos ochenta y nueve nuevos soles con ochenta y seis céntimos y por gastos sin sustento por la suma de doce mil quinientos cincuenta y dos nuevos soles con veinte céntimos; advirtiéndose que dicho

proyecto se ejecutó sin cumplirse con los requisitos técnicos; de otro lado, los análisis de costos unitarios, precios y cantidades de insumos recurridos poseen como fecha de impresión el nueve de marzo de dos mil cinco, no obstante los trabajos se efectuaron entre el dos de setiembre al veinticinco de noviembre de dos mil cuatro; **x)** que en su condición de Alcalde, en complicidad con el encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga (Regidor), suscribió en forma indebida en provecho de un tercero, el Convenio de cesión en uso hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, de un terreno de diez mil metros cuadrados, ubicado en el Caserío "Agua Blanca", destinado al proyecto de "Forestación y Reforestación del Distrito de Namora - dos mil cinco"; que dicho Convenio fue suscrito por la Municipalidad agraviada con Laura Rabanal Aliaga, hermana del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga, advirtiéndose que el terreno era de propiedad de este último y de sus hermanos acorde con una sentencia de sucesión intestada de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco, desembolsándose la suma de veinticinco mil nuevos soles a favor de terceros y no de la comunidad; **xi)** haber autorizado el giro de cheques a nombre de personas naturales, existiendo giros efectuados por la suma de quince mil trescientos nuevos soles, cobrados cinco de ellos por la suma de diez mil trescientos nuevos soles por su coencausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga. En tanto que destinó a favor de su coencausado César Augusto Gómez Delgado cinco mil nuevos soles; al respecto, no existe documentación sustentatoria sobre tales egresos, no existe rendición de gastos justificatorios de dichos desembolsos; y, la naturaleza del mencionado importe no está relacionado con el giro realizado al tratarse de un monto destinado para el pago de aguinaldos a los Regidores conforme lo indica el ex Tesorero de la comuna afectada, por lo que se configuró el delito de malversación de fondos; **xii)** haberse coludido para adquirir tubería PVC para el proyecto "Sistema de agua potable de Quelluacocha", efectuándose la compra el uno de junio de dos mil seis, por la suma de ciento setenta y nueve mil novecientos catorce nuevos soles con treinta céntimos, a la Ferretería "Tumi" de propiedad de la encausada Alicia Lulichac Villalobos (Gerente); en dicha adquisición no se advierte la existencia de los cargos de las actas de invitación a proveedores, y en el libro de actas del Comité Especial Permanente no aparece registrado proceso de selección alguno relacionado con la indicada compra; **xiii)** haber favorecido a la Ferretería y Constructora "Nikolls" Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, cuyo Gerente es el encausado Ever Ortiz Arce, en la adquisición de tuberías PVC, accesorios y artículos de ferretería destinados para el proyecto "Sistema de agua de riego por aspersión de Quelluacocha y otros" el once de marzo de dos mil cuatro, por la suma de ciento sesenta y dos mil ochocientos treinta y nueve nuevos soles con noventa céntimos; que, sin embargo, en el mes de marzo de dos mil cuatro, dicha empresa carecía de licencia de funcionamiento y según la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT su estado de contribuyente era "suspensión temporal", habiendo reiniciado sus operaciones recién el siete de setiembre de dos mil cuatro, esto es, posterior a la compra de material; además, se aprecia la existencia de un documento de pago de fecha octubre de dos mil cuatro, empero la orden de compra es del mes de marzo del citado año, es decir que los documentos fueron redactados con posterioridad defraudándose las arcas de la comuna favoreciéndose al proveedor, tanto más que no se llevó a cabo ningún proceso de selección; **xiv)** haber dispuesto el uso del tractor oruga, marca CAT, modelo D&MXL de propiedad de la Municipalidad Distrital de Namora por el período de treinta y ocho horas/máquina para realizar trabajos de reforzamiento del muro de contención, limpieza y descolmatación del río Chonta, jurisdicción del distrito de Baños del Inca, conforme al contrato de alquiler de fecha diecisiete de marzo de dos mil cinco, celebrado por la citada entidad edil representada por su Alcalde José Samuel Pajares Abanto con la empresa "Santa Rosa" Empresa Individual de Responsabilidad Limitada de propiedad del encausado

Álvaro Molleda Porroa. Antes de este hecho, el encausado Leandro Pérez Ocas en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora intercambió el tractor oruga para efectuar trabajos de limpieza a la altura del Caserío de Huayrapongo, a cambio que el encausado José Samuel Pajares Abanto proporcionara un volquete y una moto niveladora para realizar trabajos en la carretera de Quelluacocha; apreciándose que en la segunda ocasión de intercambio de maquinarias, las arcas de la comuna de Namora no se vieron beneficiadas, lo cual configura el delito de peculado de uso; y, **xv)** haber adulterado o usado las boletas de venta entregadas para sustentar gastos de viáticos en comisión de servicios a la ciudad de Lima, así en la boleta de venta del restaurant "Makisapa" por un monto ascendente a la suma de cuatrocientos veinte nuevos soles, mientras que en el original del emisor obra veinte nuevos soles; en consecuencia, la copia del usuario ha sido adulterada y usada; asimismo, la boleta de venta del chita "El Jade" fue presentada por el valor de ciento diecinueve nuevos soles con cincuenta céntimos y el original del emisor era por la suma de diecinueve nuevos soles con cincuenta céntimos; en la boleta de venta del restaurant "Mundo", se advierte, en la copia utilizada para sustentar gastos, el monto de ciento quince nuevos soles con cincuenta céntimos, mientras que la copia del emisor es por la suma de quince nuevos soles con cincuenta céntimos; del mismo modo, en la boleta de venta número cero treinta y siete mil ciento cuarenta y cuatro, en la copia aparece treinta y seis nuevos soles, mientras que en su original se consignó la suma de seis nuevos soles; la boleta de venta de la chicharronería "Loo" en la copia se consigna la suma de doscientos once nuevos soles, no obstante su original es por la suma de once nuevos soles; la boleta de venta de Fotocopias "Karina" la copia es por la suma de ciento treinta y cinco nuevos soles, pero la original es por un monto de treinta y cinco nuevos soles; hechos que configuran el delito de falsificación de documentos privados y uso de documento privado falso.

Asimismo, en relación al encausado **Wilder Ramón RabanalAliaga,** se le incrimina en su condición de Regidor lo siguiente: **i)** haber dispuesto de un cheque bancario por la suma de mil quinientos nuevos soles girado por su coencausado Leandro Pérez Ocas para el pago a cinco regidores por concepto de bonificación por fiestas patrias a cuenta de sus futuras dietas; empero, se apropió del dinero justificando el uso de los mismos con una factura de transporte de material desde Cajamarca hacia Namora, no estando autorizado para pagar estos servicios, desconociéndose si los mismos se prestaron, lo cual ocurrió el veinticinco de julio de dos mil cinco y que configura el delito de peculado doloso; **ii)** haberse beneficiado cuando suscribió el Convenio de cesión en uso de fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, de un terreno de diez mil metros cuadrados ubicado en el Caserío "Agua Blanca" con la finalidad de destinarlo al proyecto de "Forestación y Reforestación del Distrito de Namora - dos mil cinco", no obstante el Convenio antes citado fue celebrado por la Municipalidad agraviada con Laura Rabanal Aliaga, hermana del encausado, el mismo que es copropietario del terreno de acuerdo a una sentencia de sucesión intestada de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; así, se desembolsó la suma de veinticinco mil nuevos soles en su beneficio y no a favor de la comunidad, los cuales estaban destinados para la construcción de un reservorio de concreto; y, **iii)** de igual forma, se le atribuye haber falsificado y usado la factura de la empresa "Lokemi Digital Surgery" por la compra de un nivel automático NIKON AC - dos S número seiscientos diecisiete mil seiscientos trece, un trípode de aluminio marca OMNI y una mira telescópica de cinco metros de aluminio a favor de la Municipalidad Distrital de Namora por el valor de dos mil nuevos soles, con fecha de cancelación dos de julio de dos mil cinco, sin embargo dichos equipos fueron entregados por su coencausado Álvaro Molleda Porroa como dación en pago por una deuda de alquileres contraída, quien también le hizo entrega de la factura

original a favor de su representada la empresa "Santa Rosa" por la empresa "Lokemi Digital Surgery" en la ciudad de Lima.

En cuanto al encausado **William Llamoga Cóndor,** se le imputa, **i)** el hecho que en su condición de Tesorero de la Municipalidad Distrital de Namora en complicidad con su coencausado Leandro Pérez Ocas, mediante un recibo de egreso con fecha veintitrés de agosto de dos mil cinco, le hizo entrega de la suma de siete mil doscientos sesenta y cinco nuevos soles con treinta y dos céntimos, no habiendo recibido ni exigido la respectiva documentación sustentatoria; así el día de los hechos la Municipalidad giró supuestamente a la empresa "Amanco del Perú" Sociedad Anónima por la compra de tuberías para la ejecución de la obra "Sistema de agua potable de comunidades sur oeste del distrito de Namora segunda etapa" la suma de ciento cincuenta y tres mil trescientos setenta y seis nuevos soles con dos céntimos, de la cual se transfirió a una cuenta corriente del Banco de la Nación la suma de ciento cuarenta y seis mil ciento diez nuevos soles con setenta céntimos para pagar al citado proveedor y la diferencia de siete mil doscientos sesenta y cinco nuevos soles con treinta y dos céntimos fue entregada por el encausado William Llamoga Cóndor a su coencausado Leandro Pérez Ocas; y, **ii)** que durante la ejecución de la obra "Plazoleta diecisiete de noviembre" en complicidad con Leandro Pérez Ocas y Álvaro Molleda Porroa haber girado diversos cheques a favor de la Arquitecta Yobana Baca Alanoca, representante del último de los nombrados, ascendentes a la suma de treinta mil cuarenta y dos nuevos soles con seis céntimos.

En lo atinente a la encausada **Alicia Lulichac Villalobos** se le incrimina que en su condición de propietaria de la Empresa Ferretería "El Tumi" se coludió con su coencausado Leandro Pérez Ocas en la adquisición irregular de tuberías PVC para la obra "Sistema de agua potable de Quelluacocha", compra efectuada el uno de junio de dos mil seis por la suma de ciento setenta y siete mil novecientos catorce nuevos soles con treinta y nueve céntimos, así se tiene que no existen los cargos de las actas de invitación a los proveedores, el Jefe de Abastecimientos refirió que tal adquisición de tuberías la efectuó el encausado Leandro Pérez Ocas no interviniendo la unidad de abastecimientos; asimismo, no se remitió la orden de compra al ganador, el proveedor remitió los bienes a la Municipalidad, la que canceló las facturas; además, la Ferretería "El Tumi" adquirió los materiales de la empresa "Amaneo del Perú" Sociedad Anónima proveedora de la comuna agraviada, la misma que no fue invitada a participar en el concurso público para la selección de proveedores, habiéndose determinado un sobreprecio en la venta de las tuberías por la suma de veintiséis mil ochocientos veinticuatro nuevos soles con cincuenta céntimos.

En lo concerniente al encausado José María Saldaña Tasilla, se le atribuye que en su condición de propietario de la Empresa de Servicios de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, se coludió con su coencausado Leandro Pérez Ocas para defraudar a la Municipalidad Distrital de Namora, y para tal fin solicitó a su coencausada Alicia Lulichac Villalobos que a su nombre constituyera la Empresa Ferretería "El Tumi" instaurado, como tal, en el mes de febrero de dos mil seis, participando en concurso de precios convocados por la Comuna agraviada cuyos trámites se "realizaron de manera irregular.

En relación al encausado **Ever Ortiz Arce**, se le incrimina que en su condición de propietario de la Empresa Ferretería y Constructora "Nikolls" se coludió con el encausado Leandro Pérez Ocas en la adquisición de tuberías PVC, accesorios y artículos de ferretería para la obra "Sistema de riego por aspersión de Quelluacocha y otros" por la cantidad de ciento sesenta y dos mil ochocientos treinta y nueve nuevos soles con noventa céntimos, adquisición efectuada en el mes de marzo de dos mil cuatro, cuando no tenía licencia de funcionamiento, ya que

su estado era de suspensión temporal, advirtiéndose evidentes irregularidades en el proceso de selección para la adquisición de materiales.

En lo que respecta al encausado **Edgar Marín Ortiz,** se le atribuye que en su condición de representante de la Ferretería "Marín" se coludió con el encausado Leandro Pérez Ocas en la compra venta sobrevalorada de materiales de construcción por la suma de doscientos setenta y ocho mil setecientos treinta y seis nuevos soles con ochenta y seis céntimos, adquisición que se llevó a cabo de forma irregular.

En cuanto al encausado **Gilberto Salazar Chávez**, se le imputa que en su condición de Gerente General de la Empresa "Multiservice PUNRE" Sociedad de Responsabilidad Limitada utilizó para fines propios y ajenos a su servicio el tractor oruga, modelo D&M XL, de ciento cuarenta HP, motor número ocho CY cero mil doscientos ochenta y uno, serie de máquina número cuatro H quinientos mil quinientos setenta y dos, de propiedad de la Municipalidad Distrital de Namora, alquilado por su empresa a la empresa "Santa Rosa" de propiedad de Álvaro Molledo Porroa, utilizándose dicho tractor en la construcción de accesos y plataformas en la Mina Conga de la empresa minera "Yanacocha" del nueve de abril al treinta y uno de mayo de dos mil cinco, totalizando doscientos uno punto ocho horas máquina por los cuales pagó once mil noventa y nueve dólares americanos al encausado Álvaro Molleda Porroa quien se apropió de dicha suma de dinero, ya que ésta no ingresó a la cuenta de la Comuna de Namora.

En lo que respecta al encausado **José Samuel Pajares Abanto,** sele incrimina en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Baños del Inca, haber realizado actos propicios para el beneficio personal del encausado Álvaro Molleda Porroa por un total de seis mil ciento noventa y cuatro nuevos soles en perjuicio de la Comuna de Baños del Inca, conforme se desprende del contrato de alquiler de maquinaria celebrado el diecisiete de marzo de dos mil seis, entre el representante de la empresa "Santa Rosa", esto es, el encausado Álvaro Molleda Porroa, como si fuese propietario del tractor oruga, modelo D&M XL, de ciento cuarenta HP, motor número ocho CY cero mil doscientos ochenta y uno, serie de máquina número cuatro H quinientos mil quinientos setenta y dos, de propiedad de la Municipalidad Distrital de Namora y de otra parte como arrendatario el aludido José Samuel Pajares Abanto, verificándose que dichos fondos fueron apropiados por el encausado Álvaro Molleda Porroa.

Finalmente, se les Imputa a los encausados **Leandro Pérez Ocas, Álvaro Molleda Porroa y Wilder Ramón Rabanal Aliaga** ser miembros de una asociación ilícita para delinquir, creada desde que el primero de los nombrados asumiera el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora; que así se advierte con la constitución de la empresa "Santa Rosa" que sirvió para obtener provecho de tal manera, que las retribuciones económicas que se obtuvieran de alquilar bienes de la Comuna de Namora no se destinaran a las arcas de la Municipalidad, sino al patrimonio de los encausados citados.

Cuarto: ANÁLISIS DEL JUICIO DE VALOR DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y REVISIÓN DE LA PRUEBA ACTUADA.

4.1. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENCAUSADO WILLIAM RAMÓN RABANAL ALIAGA EN LOS DELITOS DE PECULADO DOLOSO Y FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSIFICADO. Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO.

Que, en relación al delito de peculado doloso, se aprecia que el cargo en concreto son los adelantos de dinero a personas naturales, cuyo desembolso y naturaleza de los gastos no se encuentran sustentados; que, en tal sentido revisada la prueba actuada se advierte

que el Informe de Verificación de denuncia número cero uno - dos mil seis - CG/ORCA, elaborado por personal de la Contraloría General de la República, en el que se consignó que de la revisión selectiva de los cheques girados a personas naturales por la suma de diez mil trescientos nuevos soles, se verificó que éstos fueron cobrados por el encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga sin contar con la documentación que sustente tal egreso de dinero y que tampoco realizó la rendición de gastos respectivos, todo ello fue debidamente corroborado con los dictámenes periciales contables de fojas mil ochocientos noventa y cinco, tres mil seiscientos sesenta y dos y siete mil ochocientos cuarenta y seis, este último ampliado a fojas ocho mil cuarenta, donde concluyeron de modo coincidente que no sólo los cheques en su totalidad fueron cobrados por el citado encausado, sino que existen, por un lado, irregularidades en el sustento de los mismos, en tanto la justificación de su egreso difiere del rubro en el que el citado encausado sostiene que se gastó, y de otro lado, que no existe justificación alguna para la emisión de los cheques, es más el encausado Leandro Pérez Ocas en su declaración plenaria sostuvo que autorizó la emisión de los cheques por la suma de diez mil trescientos nuevos soles a favor del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga para efectos de cubrir gastos deportivos, es decir, sustento diferente al que alegó este encausado, además, señaló que no le consta que dicha suma de dinero se haya gastado para los fines que se dispuso, por tanto, resulta ser un hecho cierto que el encausado tuvo en su poder dinero de la Municipalidad Distrital de Namora, pero no se cuenta con documentación contable que sustente su gasto, de lo que se infiere en forma válida y lógica que dicho encausado se apropió para sí de los citados fondos, por lo que, la condena en este extremo se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley.

Que, respecto al delito de falsificación de documento privado y uso de documento privado falsificado, el Informe de Verificación de denuncia número cero uno - dos mil seis - CG/ ORCA, elaborado por personal de la Contraloría General de la República, determinó en forma preliminar que uno de los cheques girados a nombre del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga por la suma de dos mil nuevos soles, de fecha cinco de julio de dos mil cinco, respondía a la venta de un nivel automático marca "Nikon"; sin embargo, el dictamen pericial contable de fojas mil ochocientos noventa y cinco, concluyó que luego de revisada la factura original del supuesto nivel adquirido no se encontró en el archivo ni en el almacén de la Municipalidad Distrital de Namora información alguna sobre el ingreso o salida de dicho bien, empero, en la denuncia se observa una copia de una factura de la empresa "Lokemi Digital Surgery" de fecha uno de julio de dos mil cinco, por concepto de la compra del nivel automático -véase fojas dos mil catorce- la misma que fue reconocida por el encausado Álvaro Molleda Porroa, quien señaló que la encontró en los archivos de la Comuna agraviada y que es falsa, en tanto su original fue otorgada a favor de la empresa "Santa Rosa" por la empresa "Lokemi Digital Surgery" en la ciudad de Lima, y además afirmó que tanto el nivel automático como la factura original se la entregó al encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga en calidad de dación en pago por los alquileres de mes y medio que le debía del inmueble ubicado en el jirón Quiñones número doscientos diecisiete de propiedad del citado encausado, lo cual fue corroborado con el acta fiscal de fojas mil cuatrocientos cincuenta y uno, en el que consta que el representante del Ministerio Público verificó tal irregularidad.

Que, sin embargo, pese a que está acreditado el delito y la responsabilidad penal del encausado, el *Ius Puniendi* estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo

desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales.

Que, acorde con la acusación fiscal el delito que se le atribuye al encausado habría ocurrido el cinco de julio de dos mil cinco; que, el hecho delictivo se tipificó en lo segunda parte del primer párrafo y también en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal, que sanciona esta clase de hechos con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Que conforme al artículo ochenta del Código Penal, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad y, su plazo extraordinario opera conforme a la parte *in fine* del artículo ochenta y tres del acotado Código cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Que, en consecuencia, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal opera en este caso a los seis años; que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde la supuesta comisión del hecho punible, dicho plazo a la fecha venció con exceso, por lo que resulta aplicar de oficio la excepción de prescripción de Id acción penal a favor del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga.

Que, finalmente, en relación al delito de negociación incompatible, por el hecho de haberse beneficiado cuando suscribió el Convenio de cesión en uso de fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, de un terreno de diez mil metros cuadrados ubicado en el Caserío "Agua Blanca" con la finalidad de destinarlo al proyecto de "Forestación y Reforestación del distrito de Namora - dos mil cinco", el mismo que fue celebrado por la Municipalidad agraviada con Laura Rabanal Aliaga, hermana del encausado, el que es copropietario del terreno de acuerdo a una sentencia de sucesión intestada de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; así, se desembolsó la suma de veinticinco mil nuevos soles en su beneficio; empero, de los actuados se verifica que el encausado se desempeñaba en la Municipalidad Distrital como Regidor en el área de educación, cultura y deporte, por lo que resulta imposible que dicho imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado Convenio, tanto más si el Proyecto de Forestación y Reforestación con árboles y frutales nativos estaba a cargo del área de recursos naturales, lo cual se verifica del Informe Técnico de Verificación, más aun si el encausado Leandro Pérez Ocas en su declaración plenaria señaló que el responsable del Proyecto era el señor Víctor Hugo Cuenca Cerna, el mismo que en conjunto con los técnicos forestales determinaron que el terreno en mención era el más apropiado para poner en operatividad el indicado proyecto, por lo que, siendo así la conducta del encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga no se encuentra en el tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, deviniendo en inexorable su absolución por ausencia de tipicidad, debiendo integrarse la sentencia materia de grado en este extremo en aplicación de lo previsto por el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

4.2. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCAUSADOS JOSÉ SAMUEL PAJARES ABANTO Y GILBERTO SALAZAR CHAVEZ EN LOS DELITOS DE PECULADO DOLOSO Y PECULADO DE USO. RESPECTIVAMENTE.

Que, revisada la prueba actuada y el juicio de valor del Tribunal de Instancia, se aprecia que éste no efectuó una correcta apreciación de los hechos, ni realizó una debida valoración de los elementos de prueba acopiados a los autos; que, en efecto, el Colegiado Superior omitió tener en cuenta que toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación

fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice a los justiciables(y a la colectividad) una resolución fundada en derecho; que, en el presente caso, se advierte que el Colegiado Superior no expresó de forma suficiente las razones justificatorias y criterios jurídicos que fundamentaron su decisión absolutoria, ni expresó los fundamentos por los que no valoró o descartó el mérito probatorio de las diversas pruebas documentales y testificales obrantes en autos.

Que, con respecto a la prueba consignada en la sentencia materia de grado, se observa que el Tribunal de Instancia incurrió en patente déficit de motivación al excluir el valor probatorio sin justificación lógica y suficiente de los siguientes medios de prueba en relación al encausado José Samuel Pajares Abanto: **i)** la manifestación policial del ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, Leandro Pérez Ocas de fojas mil quinientos treinta y seis, en la que afirmó que el tractor oruga, marca CAT, durante su gestión realizó trabajos para la Municipalidad Distrital de Baños del Inca conforme al convenido suscito por ambas entidades municipales de intercambio de maquinarias, y que en el mes de febrero de dos mil cinco, el citado tractor trabajó en la localidad de Baños del Inca sin que se haya dado la contraprestación correspondiente; **ii)** la declaración instructiva del encausado Álvaro Molleda Porroa de fojas dos mil quinientos trece, en la que señaló que el encausado José Samuel Pajares Abanto conocía que el referido tractor oruga era de la Municipalidad Distrital de Namora, y no obstante ello, se lo alquiló como si fuera de la Comuna de Baños del Inca; **iii)** la declaración testimonial de Julio Cerquín Gutiérrez de fojas dos mil seiscientos nueve, quien como operador del tractor oruga señaló que el encausado José Samuel Pajares Abanto tenía pleno conocimiento que él era trabajador de la Municipalidad Distrital de Namora y que la indicada máquina pesada era de propiedad de dicha Comuna; además, acotó que trabajó en obras del distrito de Baños del Inca para el Ingeniero Álvaro Molleda Porroa, pero su remuneración la cancelaba la Municipalidad Distrital de Namora; **iv)** la manifestación policial de Edison Armando Terán Medina de fojas mil seiscientos once, quien en su condición de ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Juan, afirmó haber firmado un Convenio con sus homólogos de los distritos de Baños del Inca y Namora para el intercambio de maquinaria pesada, y que los tres tenían pleno conocimiento de los vehículos que poseían, así como que los propietarios pagaban las remuneraciones del operador, mientras que el combustible y los repuestos los pagaba la entidad beneficiada con los trabajos; **v)** el informe pericial contable de fojas tres mil seiscientos sesenta y dos.

Que, tal omisión evidencia, una transgresión al deber de motivación de las resoluciones judiciales prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto todas estas declaraciones determinarían que el encausado Álvaro Molleda Porroa se hizo pasar como propietario del tractor oruga cobrando por alquiler del mismo, ello en connivencia con el encausado José Samuel Pajares Abanto, quien en mérito al Convenio que suscribió con la Municipalidad Distrital de Namora pudo acceder a dicha máquina, hecho respecto del cual el Colegiado Superior no expuso argumentos relevantes a establecer la responsabilidad penal del citado encausado, todo lo cual amerita la anulación de la sentencia en el extremo que lo absuelve del delito de peculado de uso y se realice un nuevo juzgamiento del encausado por otro Colegiado Superior.

Que, de otro lado, el delito de peculado de uso, tipificado y sancionado en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal, consiste en la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servi-

cio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o que se encuentre bajo su guarda; que, dicha conducta penal, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar una desvalorización del patrimonio de la administración pública a la cual se le perjudique.

Que, desde esta perspectiva conceptual, en relación al encausado Gilberto Salazar Chávez, la Sala Penal Superior no tuvo en cuenta que para dilucidar un hecho criminoso no basta sólo con valorar la prueba actuada sino también los indicios que convergen en autos; que al respecto 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 indiciaría la que debe satisfacer al menos dos exigencias para tenerla como válida; **i)** los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas; y, **ii)** el Órgano Jurisdiccional debe explicitar el razonamiento (deducción o inferencia) a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación de la encausada; que, por ello, el Colegiado Superior debe explicar de forma acabada si en el presente caso los indicios resultan suficientes o no para generar convicción por la responsabilidad o irresponsabilidad del referido encausado en el hecho incriminado; que, en tal sentido, no se tuvo en cuenta que el encausado Álvaro Molleda Porroa en su declaración instructiva de fojas dos mil quinientos trece, refirió que el alquiler del tractor oruga a través de su empresa "Santa Rosa" lo realizó por encargo del encausado Leandro Pérez Ocas, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, y que el encargado de elaborar el contrato respectivo fue el encausado Gilberto Solazar Chávez, Gerente de la Empresa de Multiservicios "PUNRE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que a la fecha en que se suscribió el citado contrato, el tractor oruga estaba en poder del indicado encausado, pues lo tenía guardado en un taller, lugar en el que le hicieron la construcción de la cabina por encargo de Leandro Pérez Ocas; que, además, no se valoró la declaración testimonial de Julio Cerquin Gutiérrez de fojas dos mil seiscientos nueve, quien como operador del tractor oruga, indicó que el encausado Gilberto Salazar Chávez tenía conocimiento que él era trabajador de la Municipalidad Distrital de Namora y que la maquinaria le pertenecía a dicha Comuna, señalándole que si deseaba alquilarlo debía hablar con el encausado Álvaro Molleda Porroa, quien como Ingeniero Residente estaba a cargo del aludido tractor; que, el encausado Gilberto Solazar Chávez en su declaración plenaria afirmó que se contactó con el encausado Álvaro Molleda Porroa en circunstancias que el tractor oruga realizaba trabajos para la Municipalidad Distrital de Baños del Inca, pues entendió que él era el dueño de la citada máquina, y pese a que éste no contaba con documentación alguna respecto a su propiedad y asimismo en relación a la empresa, suscribió un contrato por la suma de once mil dólares americanos, e incluso le efectuó un adelante por la suma de mil quinientos treinta dólares conforme se verifica de fojas dos mil veintidós, y de la pericia contable de fojas mil ochocientos noventa y cinco, evidenciándose aún más el conocimiento del encausado Gilberto Salazar Chávez que la maquinaria no era del encausado Álvaro Molleda Porroa cuando el encausado Leandro Pérez Ocas indicó a sus Regidores la posibilidad de alquilar el tractor oruga a una empresa contratista para la minera, y que ofrece pagar la suma de cincuenta dólares americanos la hora, con un trabajo de cinco horas diarias; que, en consecuencia, existen

indicios que determinan que el encausado habría cometido el delito que se le incrimina, y que éstos no fueron debidamente valorados por el Colegiado Superior.

Que, en consecuencia, a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva es del caso anular la sentencia venida en grado también en este extremo absolutorio para que otra Sala Penal Superior previo, nuevo Juicio Oral, emita una nueva sentencia que sea fiel reflejo de lo actuado en el presente proceso.

4.3. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENCAUSADOS EVER ORTIZ ARCE, EDGAR MARÍN ORTIZ y JOSÉ MARÍA SALDAÑA TASILLA EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL.

Que, el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, 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 se concierta con los interesados (particulares) defraudado al Estado (perjuicio potencial); 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.

Que, en el presente caso, el concierto subrepticio y clandestino entre los encausados Ever Ortiz Arce (propietario de la Ferretería y Constructora "Nikolls"), Edgar Marín Ortiz (propietario de la Ferretería "Marín") y José María Saldaña Tasilla (propietario de la Empresa de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada y de la Ferretería "El Tumi") con Leandro Pérez Ocas, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora - Cajamarca, resulta obvio, por el modo, forma y circunstancias en que llevaron a cabo las adquisiciones de tuberías, materiales de construcción y accesorios de ferretería para la ejecución de la obra "Sistema de riego por aspersión de Quelluacocha y otros"; que a tal conclusión se arriba en mérito a las siguientes irregularidades: **i)** en cuanto al encausado Ever Ortiz Arce, recibió la suma de ciento sesenta y dos mil ochocientos treinta y nueve nuevos soles por adquisiciones efectuadas en el mes de marzo de dos mil cuatro, no obstante que su empresa carecía de licencia de funcionamiento según se constató en la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en la que tiene como estado de contribuyente "suspensión temporal", por tanto en dichas condiciones era evidente que no podía contratar con el Estado, en este caso con la Municipalidad Distrital de Namora, más aún reinició sus operaciones en el mes de setiembre de dos mil cuatro, esto es, después de varios meses de haberse producido la adquisición de tuberías y accesorios de ferretería, todo lo cual demuestra que dicho encausado se coludió clandestinamente con el encausado Leandro Pérez Ocas, quien conforme a las declaraciones testimoniales de Horacio Iturbe Izquierdo, en su condición de almacenero de la entidad agraviada -véase fojas mil ciento dieciocho-, Jorge Ocas Quiliche, en calidad de Gerente de Obras véase mil ciento cincuenta y siete- y César Ángeles Quiroz como Presidente del Comité Permanente de Adjudicación de Obras -véase fojas mil doscientos- era la persona que en forma directa realizaba los contratos de compra venta de materiales sin seguir los lineamientos legales para las contrataciones y adquisiciones del Estado, y en tal sentido las compras se realizaban teniendo a la vista las proformas, ya que en las órdenes de compra no se consignaba el número ni tenían

la firma del funcionario que las autorizaba, los requerimientos de materiales tampoco contenían número, lo cual demuestra que no existió nunca un proceso de selección, lo que se corrobora además con la propia declaración instructiva del encausado de fojas tres mil setecientos treinta y seis, pues admitió que nunca llegó alguna carta de invitación para participar en dicho proceso de selección, antes bien a su negocio concurrían los funcionarios de la Comuna a cotizar precios, alcanzado sus propuestas, y que en algunas ocasiones simplemente le comunicaban que había ganado el concurso y por ello asumió que otras empresas también habían participado, pero de ello no le decían nada; de otro lado, indica que a esa fecha recién estaba gestionando su inscripción en el Órgano Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado; que, en consecuencia, resulta evidente el acuerdo clandestino entre el funcionario (Leandro Pérez Ocas) con el citado encausado, quien a pesar de tener conocimiento de estas irregularidades procedió a la venta de sus artículos de ferretería y agregados de construcción, defraudando a la entidad edilicia; **ii)** en lo concerniente al encausado Edgar Marín Ortiz, dicho encausado en su condición de propietario de la Ferretería "Marín" vendió materiales de construcción a la Comuna agraviada por un monto de doscientos setenta y ocho mil setecientos treinta y seis nuevos soles con ochenta y seis céntimos, no existiendo tampoco proceso de selección alguno para que sea favorecido con dicha adquisición, tanto más que en los archivos de la Municipalidad Distrital de Namora no existen documentos que acrediten la recepción de los materiales de construcción e incluso su uso en algunas de las obras que la citada entidad venía ejecutando, y sí bien existen facturas, no se advierten las guías de remisión del producto que se adquirió; que, además, el propio encausado en su declaración instructiva de fojas tres mil setecientos cuarenta y uno, admitió que no contaba con ningún documento contable respecto a la compra y venta de sus productos y que su representada no estaba inscrita en el Organismo Supervisor de las Adquisiciones y Contrataciones del Estado, por ende era fácil entender que no podía contratar con la Municipalidad agraviada, no obstante lo cual procedió a ello, lo cual constituye un claro indicio de un acuerdo colusorio clandestino en este caso con el encausado Leandro Pérez Ocas, quien como se señaló anteriormente, según lo afirmado por los propios funcionarios de la Comuna, era quien dirigía y realizaba en forma personal las adquisiciones de los materiales; y, **iii)** en lo atinente al encausado José María Saldaña Tasilla, queda claro su responsabilidad penal al valorar el Informe de verificación de denuncia de fojas uno, elaborado por personal de la Contraloría General de la República, resultante del Examen Especial efectuado a la Municipalidad Distrital de Namora respecto a las adquisiciones de tubería PVC para la obra "Sistema de agua potable en Quelluacocha" a la Ferretería "El Tumi" cuyo representante legal era la encausada Alicia Lulichac Villalobos -se determinó que dicha encausada era testaferro, pues el verdadero propietario era el encausado José María Saldaña Tasilla-; que, en efecto, dicho Informe detectó las siguientes irregularidades: **a)** no existen copian de los cargos de las cartas de invitación remitidas a los proveedores que evidencie su emisión; **b)** el cuadro comparativo donde se realizó el análisis de precios y a partir del cual debía definirse la buena pro, no está firmado ni tiene fecha de elaboración; **c)** en el libro de actas del Comité Especial Permanente no se consignó registro de ningún proceso de selección; **d)** el Jefe de Abastecimientos de la Comuna señaló que la compra de las tuberías la realizó el encausado Leandro Pérez Ocas en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Namora, no habiendo participado la Unidad de Abastecimientos, de lo que se advierte el acuerdo colusorio clandestino con el encausado José María Saldaña Tasilla, habiéndose acreditado, además, que ambos se conocían con anterioridad; **e)** al proveedor ganador no se le remitió la orden de compra y a pesar de

ello remitió los bienes a la entidad edil que canceló las facturas correspondientes; **f)** la Ferretería "El Tumi" no cuenta con volúmenes importantes de venta; **g)** dicha empresa no tenía el logo que la identificara como tal, sino el de Empresa de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, la misma que tiene como rubro el servicio de seguridad y no el de venta de materiales de construcción; **h)** el proveedor contaba con el documento interno denominado requerimiento de materiales perteneciente a la entidad edil agraviada, mas no la orden de compra como regularmente se realizaba; **i)** el proveedor adquirió a su vez los materiales de construcción de otra empresa proveedora de la Municipalidad Distrital de Namora; **j)** los precios de los materiales adquiridos tienen mucha diferencia con los ofertados por otras empresas dedicadas al mismo rubro; y, **k)** el encausado José María Saldaña Tasilla en sede judicial admitió que su coencausada Alicia Lulichac Villalobos era su testaferro y sólo se limitaba a firmar documentos, pero que su persona era quien cobraba los cheques.

Que, en consecuencia, tales irregularidades tienen aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia de los encausados Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José María Saldaña Tasilla previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, en desmedro de la pericia contable, en la que si bien se concluye por la inexistencia de un perjuicio económico dado a que no se aprecia sobreprecio o sobrevaluación de los materiales adquiridos, cabe precisar que al no existir documentos contables ni en la entidad edil ni en las empresas particulares respecto a la venta de sus productos, no se tiene conocimiento si éstos en realidad fueron ingresados a la Municipalidad y en todo caso si fueron usados o no, de lo que se advierte la defraudación al Estado, en tanto estamos frente a un delito que requiere de un perjuicio potencial, evidenciándose ello en tanto tales adquisiciones generaron pagos efectuados a las empresas particulares cuando incluso no se tiene conocimiento si éstas habían cumplido a cabalidad con la prestación de sus servicios; que, por consiguiente, la conducta desplegada por los encausados se subsume simétricamente en la hipótesis jurídica que describe el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

4.4.- DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENCAUSADO WILLIAM LLAMOGA CÓNDOR EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO.

Que, el *Ius Puniendi* Estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales.

Que, acorde con la acusación fiscal se imputa al encausado William Llamoga Cóndor el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado; que los hechos delictivos que se atribuyeron al encausado habrían ocurrido entre los meses de setiembre y noviembre del año dos mil cuatro, y por ello se tipificó en la primera parte del tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, antes de ser modificado por la Ley número veintinueve mil setecientos tres, del diez de junio de dos mil once; que, la penalidad prevista para dicho hecho delictivo era una pena privativa de libertad no mayor a los dos años.

Que conforme al artículo ochenta del Código Penal el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad y, su plazo extraordinario opera conforme a la parte *in fine* del artículo ochenta

y tres del acotado Código, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción; empero, debe tenerse en cuenta que también la parte final del precitado artículo ochenta prevé la circunstancia que en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.

Que, en consecuencia, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal opera en este caso a los seis años; que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde la supuesta comisión del hecho punible -setiembre y noviembre del año dos mil cuatro-, dicho plazo a la fecha venció con exceso, por lo que resulta aplicar de oficio la excepción de prescripción de la acción penal a favor del encausado William Llamoga Cóndor.

4.5. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA ENCAUSADA ALICIA LULICHAC VILLALOBOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL.

Que, revisada la prueba actuada con relación a los cargos incriminados a la encausada Alicia Lulichac Villalobos se advierte que ésta es insuficiente para acreditar su responsabilidad; que, en efecto, la citada encausada respecto al hecho objeto de acusación señaló -véase declaraciones de fojas ochocientos treinta y seis, novecientos treinta y dos y siete mil doscientos veintiséis- que se desempeñó como secretaria de la empresa de propiedad de su coencausado José María Saldaña Tasilla, esto es, de la Empresa de Servicios de Seguridad y Servicios Múltiples "SAFETY NORTE" Sociedad de Responsabilidad Limitada, la misma, que no obstante, tener un rubro diferente se dedicaba a la venta de artículos de ferretería, pero como tuvo problemas con la Dirección Regional de Trabajo su empleador le solicitó que constituyera a su nombre una empresa con el nombre de Ferretería "El Tumi", pero que iba a ser administrada por él y que su labor constituiría en firmar los documentos y cobrar cheques, pero que el dinero debía entregárselo, por lo cual recibiría como remuneración la suma de doscientos nuevos soles mensuales; acotando, que por los problemas que se suscitaron a raíz de la denuncia formulada en su contra se vio obligada a cerrarla, luego de haber funcionado por el lapso de un año, de lo que se colige que dicha encausada no estaba vinculada o relacionada con funcionario o servidor alguno de la Municipalidad Distrital de Namora, por ende, es poco probable que se haya coludido con ellos a efecto de defraudar a la citada entidad edil; que la versión de la encausada se encuentra corroborada con la declaración del encausado José María Saldaña Tasilla, pues a fojas cinco mil cuarenta y nueve, admitió ser propietario, entre otras empresas, de la Ferretería "El Tumi", la misma que fue constituida a nombre de la encausada Alicia Lulichac Villalobos debido a que no obtuvo de la Dirección Regional de Trabajo licencia de intermediación laboral para los rubros de prestación de servicios de vigilancia y venta de bienes, específicamente en la venta de artículos de ferretería y como la citada era su secretaría -persona de confianza y cercana a su familia- la ungió como su testaferro -persona que presta su nombre en un contrato o negocio cuando el que lo realiza es en realidad otra persona- en la empresa ferretera "El Tumi" señalando que ella sólo firmaba los documentos que le indicaba, precisando que, como ya lo conocían, recogió de la Municipalidad Distrital de Namora un cheque por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos catorce nuevos soles con treinta y nueve céntimos, el cual estaba girado a nombre de Alicia Lulichac Villalobos.

Que, por consiguiente, no se advierte que la indicada encausada haya intervenido o participado en los actos de colusión con los funcionarios o servidores de la Comuna perjudicada o que conocía de los actos colusorios entre su empleador José María Saldaña Tasilla y el encausado Leandro Pérez Ocas, éste en su condición de Alcalde la Municipalidad Distrital

de Namora, conclusión a la que se aúna el hecho que la aludida encausada a la fecha de la constitución de la Ferretería "El Tumi" contaba con veintiún años de edad, infiriéndose que el encausado José María Saldaña Tasilla se aprovechó de su inexperiencia; que, en consecuencia, la sentencia absolutoria en este extremo se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley.

4.6. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCAUSADOS LEANDRO PÉREZ OCAS. ALVARO MOLLEDA PORROA y WILDER RAMÓN RABANAL ALIAGA EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, EN AGRAVIO DE LA SOCIEDAD.

El delito de asociación ilícita para delinquir previsto en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, cumple una función preventiva de bienes jurídicos esenciales, en tanto su especial configuración típica ha sido diseñada para no esperar -a efectos de castigar la conducta- que los miembros de una organización criminal perpetren delitos, sino que se configura o satisface dicho tipo penal con el sólo hecho que el sujeto -agente forme parte de una asociación destinada a ese fin, en el entendido que ese solo hecho constituye, por su aptitud lesiva, un menoscabo a la auto tutela del poder del Estado (o a la tranquilidad y paz pública).

Por consiguiente, el objeto de examen está vinculado a la existencia de una asociación de personas vinculadas a través de una organización (estable o más o menos duradera, y mínimamente estructurada), cuyas voluntades convergieron para planificar la realización de delitos.

Ahora bien, deben remarcarse dos aspectos relacionados al delito de asociación ilícita siendo éstos: **i)** su autonomía con relación a los delitos que a través de ellas pudieran cometerse, pues su ilicitud radica en la sola pertenencia a una organización instituida con fines delictivos y, por tanto, es independiente a la realización del programa criminal; y **ii)** la relativa inconcreción de los hechos punibles que se pretenden ejecutar -no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, lo que es acorde con su naturaleza de delito de peligro abstracto.

Debe apuntarse, asimismo, que el requisito del "acuerdo previo" o pacto entre los miembros de la asociación en orden al objetivo de cometer delitos, tal como reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede ser explícito o implícito: en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación.

En el presente caso, la prueba actuada en autos nos permite establecer la materialidad del delito incriminado de asociación ilícita para delinquir, pues si bien se aprecia que los delitos materia de acusación fueron cometidos por una pluralidad de personas, queda claro que los ilícitos por los que se les ha condenado no fueron perpetrados o consumados como plan criminal desde el interior de una asociación o agrupación criminal debidamente jerarquizada, es decir, no se contó con el concurso de esta pluralidad de miembros que de modo puntual hayan estado en la posibilidad de estar conscientes de su adscripción a la asociación ilícita y como tal asumir roles definidos en los diversos momentos -planificación, preparación y ejecución- de los ilícitos que formaron parte del programa criminal, respecto de lo cual no existe siquiera un mínimo indicio que nos lleve al convencimiento de su real y objetiva existencia, tanto más si el caudal probatorio acopiado a los autos no acreditó, de otro lado, otro elemento típico como lo es la "permanencia", esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; que, en consecuencia, si bien existieron acuerdos clandestinos para concretar ilícitos penales en agravio de la Municipalidad

Distrital de Namora, éstos se cometieron de forma autónoma e independiente uno de otros y es más no respondieron a un programa criminal preestablecido por sus autores, por lo que, la absolución de los encausados por este ilícito penal se encuentra arreglado al mérito de lo actuado y a ley.

4.7. RESPECTO DE LA PENA IMPUESTA

Que, la representante del Ministerio Público ha solicitado se incremente la pena impuesta a los encausados condenados, en este caso a Wilder Ramón Rabanal Aliaga, Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José Saldaña Tasilla; que, sin embargo, antes de analizar si la determinación judicial de la pena efectuada por el Tribunal A-quo resulta proporcional a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho típico perpetrado, es conveniente tener en cuenta algunos aspectos doctrinarios: **i)** la imposición de la pena privativa de libertad tiene que ver no sólo con cuestiones de legalidad ordinaria, sino con el respeto de garantías y principios constitucionales de la administración de justicia, como es el deber de motivar las resoluciones judiciales -inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política-; **ii)** en un Estado de Derecho respetuoso de la vigencia de los derechos fundamentales, en especial de la libertad personal, tan importante a veces como la misma declaración de culpabilidad es la precisión del *tantum* motivado de la pena concreta, especialmente cuando se trata de una pena privativa de libertad; **iii)** los imputados como la sociedad tienen derecho a conocer por qué se impone una clase de pena y no otra y, sobre todo, tratándose de una pena privativa de libertad, las razones por las que se escoge una concreta dosis de pena dentro del marco penal abstracto fijado por el legislador; **iv)** el primer paso de la determinación e individualización de la pena implica tomar partido acerca del fundamento y sentido de la pena estatal; así, la teoría de la pena permite establecer la razón y la finalidad de la sanción jurídico -penal y su aplicación al caso concreto, al imprimir a la legislación, y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana; **v)** la pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; es decir, que junto a los fines preventivo generales positivos la pena estatal debe buscar un efecto preventivo especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena desocialice o empeore la situación del culpable[1]. Todo ello supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad[2]; **vi)** la pena no puede actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito -y en especial la determinación judicial de la pena- se funda sobre la base del hecho cometido, sus

1 Véase Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 803-2003-HC/TC.

2 Así CASTILLO ALVA, José Luis, "Principios de derecho penal. Parte general", Editorial Gaceta Jurídica, 1era reimpresión, Lima, 2004, p. 469. Vide el Pleno Jurisdiccional N° 003-2005-PI/TC: "(....) el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la *persona* responsable".

circunstancias y la culpabilidad del agente. Éstos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto.

Que, en el presente caso, el Tribunal de Instancia al determinar la pena de los encausados Wilder Ramón Rabanal Aliaga, Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José Saldaña Tasilla, además de los factores previstos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, estimó que corresponde imponer una pena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución bajo el cumplimientos de ciertas reglas de conducta en base esencialmente a los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas; que, en efecto, el Tribunal de Mérito optó por imponer dicha pena a los encausados antes citados, luego de recorrer el marco penal abstracto de los delitos materia de incriminación en toda su extensión -al primero los delitos de peculado doloso y falsificación y uso de documento privado falso, existiendo concurso real de delitos, mientras que para los otros tres el delito de colusión desleal-, por lo que, luego de examinar los aspectos concretos de los hechos realizados por estos encausado y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así como la culpabilidad del agente es de estimar en la misma línea argumentativa del Tribunal de Mérito que las penas impuestas resultan adecuadas a los injustos cometidos y a la culpabilidad de los agentes, dado que además, los citados procesados no registran antecedentes policiales, judiciales ni penales, en consecuencia son agentes primarios, cuentan con trabajo conocido y estable así como con carga familiar y mostraron una conducta procesal adecuada a lo largo de todo el proceso, pues concurrieron a todas las diligencias y audiencias a las que fueron citados por los Órganos Jurisdiccionales de primera y segunda instancia; que, en este orden de ideas, en la Exposición de Motivos del Código Penal vigente, en el apartado referido a las penas, se sostiene que la pena privativa de libertad, debe ser una respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves, debiendo buscarse medidas sancionadoras alternativas para ser aplicables a los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva, por tanto, en atención a las circunstancias del hecho y la personalidad de los encausados se asume por este Supremo Tribunal un pronóstico favorable sobre la conducta futura de los citados condenados, por ello se determina la legalidad de la imposición de la pena con el carácter de suspendida a los encausados antes citados.

4.8. RESPECTO DE LA REPARACIÓN CIVIL

Que, finalmente, la parte civil cuestiona el monto de la reparación fijada en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, así como en la sentencia de fojas ocho mil cuatrocientos veinticuatro, de fecha cuatro de abril de dos mil once; que, sin embargo, es de tener en cuenta que el monto fijado por el Tribunal de Instancia responde a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. pues se valoró en forma concreta el daño irrogado a la Municipalidad Distrital de Namora, y se tomó en cuenta también las circunstancias que rodearon los hechos delictivos perpetrados así como las conductas procesales desplegadas por cada uno de los encausados que fueron condenados; que, en tal sentido, la reparación civil fijada en ambas sentencias se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley; que, por otro lado, el señor Fiscal Superior en su acusación solicitó como reparación civil la suma de cien mil nuevos soles, y notificada a la parte civil que declaró la procedencia a Juicio Oral así como señaló día y hora para que tenga lugar el mismo, ésta no introdujo una pretensión indemnizatoria propia o alternativa conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos veintisiete del Código de Procedimientos Penales, la cual recién lo hace extemporáneamente al interponer recurso de nulidad; que, en atención a la norma antes invocada,

la pretensión de la parte civil debe plantearse formalmente en la etapa intermedia del proceso con arreglo a lo dispuesto por el citado artículo doscientos veintisiete del Código de Procedimientos Penales, de suerte que al no haberse hecho así el monto aludido en su medio impugnatorio carece de virtualidad procesal, tanto más si en la primera sentencia materia de grado se fijó un monto de reparación civil superior al solicitado por el señor representante del Ministerio Público el cual es acorde al daño causado; que, por consiguiente no existe jurídicamente agravio que sostener.

Quinto: DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

5.1.i) NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, que condenó a Wilder Ramón Rabanal Aliaga como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; con lo demás que al respecto contiene; **ii) NO HABER NULIDAD** en la citada sentencia en cuanto le impuso al precitado encausado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; **iii) NULA** la propia sentencia en el extremo que condenó al citado encausado por el delito de Uso de Documento Privado Falso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; con lo demás que al respecto contiene; **reformándola**, declararon de oficio **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL** por prescripción a favor del indicado encausado por el mencionado delito y agraviado; en consecuencia: **ORDENARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por estos hechos; **iv) INTEGRARON** la sentencia en el extremo que absuelve al encausado Wilder Ramón Rabanal Aliaga por el delito de Negociación Incompatible, en agravio del Estado; declararon **NO HABER NULIDAD** endicho extremo.

5.2. **NULA** la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que absolvió a José Samuel Pajares Abanto por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Baños del Inca; y, a Gilberto Salazar Chávez por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; con lo demás que al respecto contiene; **ORDENARON** se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otro Colegiado Superior.

5.3. **i) NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que condenó a Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José María Saldaña Tasilla como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora y les impuso a dichos encausados cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

5.4. **NULA** la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que condenó a William Llamoga Cóndor por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado culposo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; con lo demás que al respecto contiene; **reformándola**: declararon de oficio **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL** por prescripción a favor del indicado encausado por el mencionado delito y agraviado; en consecuencia: **ORDENARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por estos hechos.

5.5. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que absolvió a Alicia Lulichac Villalobos como cómplice primaria del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Namora; con lo demás que al respecto contiene.

5.6. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que absolvió a Álvaro Molleda Porroa, Leandro Pérez Ocas y Wilder Ramón Rabanal Aliaga, por el delito contra la Paz Pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad; con lo demás que al respecto contiene.

5.7. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil trescientos veintitrés, de fecha veintiséis de enero de dos mil once, en el extremo que impuso por concepto de reparación civil a los sentenciados: **i)** Wilder Ramón Rabanal Aliaga la suma de treinta mil nuevos soles que deberá abonar a favor de la entidad agraviada; y, **ii)** Ever Ortiz Arce, Edgar Marín Ortiz y José María Saldaña Tasilla la suma de treinta mil nuevos soles para cada uno, monto que deberán abonar a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene; y del mismo modo, los cuatro sentenciados la suma de ciento cuarenta mil nuevos soles en forma solidaria, a favor de la Municipalidad Distrital de Namora.

5.8. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil cuatrocientos veinticuatro, de fecha cuatro de abril de dos mil once, en el extremo que fijó por concepto de reparación civil la suma de cien mil nuevos soles que deberá abonar el sentenciado Leandro Pérez Ocas, a favor de la Municipalidad Distrital de Namora, al haber sido condenado como autor de los delitos contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso y otros; con lo demás que al respecto contiene. Interviniendo los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Morales Parraguez por licencia de los señores Jueces Supremos Prado Saldarriaga y Barrios Alvarado.

S.S.

LECAROS CORNEJO

PARIONA PASTRANA

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

MORALES PARRAGUEZ

§ 29. Peculado y aprovechamiento indebido del cargo: R. N. N.º 3974-2011 (01/06/2012)

a. Peculado y aprovechamiento indebido del cargo. Injustos penales se encuentran acreditados con el informe especial de la contraloría general de la república (el cual se advierte, habérseles girado viáticos a los procesados quienes no sustentaron debidamente el gasto respectivo), copias de los cheques y las declaraciones de los procesados (los cuales acreditan haber comprado los productos para el programa del vaso de leche a proveedores no autorizados). *Que, del análisis de autos se advierte que tanto el delito -peculado y aprovechamiento ilícito del cargo- cuanto la responsabilidad de los encausados AVELLANEDA BRAVO y ESCRIBANO TEJADA se acreditan con el citado Informe Especial, realizado por la Contraloría General de la República, anexado al presente proceso [en tres tomos, en el que se advierte que pese a habérseles girado viáticos al titular y funcionarios municipales para comisiones de servicio a favor de los intereses municipales, no acreditaron el cumplimiento de las mismas, presentando en la totalidad de los casos y hasta más de una oportunidad por cada rendición declaraciones juradas como documento sustentatorio del gasto, respecto de lugares donde sí resulta factible obtenerlos, ocasionando un perjuicio económico a la Municipalidad por la suma de veinticuatro mil seiscientos treintiuno nuevos soles con treinta céntimos], las copias del cheque del Banco de la Nación número dieciséis millones novecientos cincuenta y siete mil trescientos cuatro [fojas setenta y dos, del veinticinco de octubre de dos mil cinco girado a Guillermo Díaz Cieza por la suma de once mil ochocientos nuevos soles], del cheque del Banco de la Nación número veintidós millones ciento veinticinco mil ochocientos cincuenta (fojas setenta y tres, del veinticinco de octubre de dos mil cinco girado a Manuel Crisanto Zelada Tejada por la suma de veintitrés mil seiscientos nuevos soles], así como las declaraciones de los procesados Leónidas Hurtado Cubas [manifestación preliminar de fojas cincuenta y nueve, ampliación de fojas ciento treinta y dos y en el plenario a fojas ochocientos tres, sostiene que hizo entrega de cheques en blanco al procesado Guillermo Díaz Cieza, -jefe de abastecimientos- con la autorización del alcalde de la Municipalidad de Kañaris TOMAS AVELLANEDA y del Gerente Municipal LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA], Manuel Crisanto Zelada Tejada [manifestación preliminar de fojas ciento treinta y ocho, y en el plenario a fojas ochocientos ocho, afirma que Díaz Cieza lo buscó para que cobre el cheque por la suma de veintitrés mil nuevos soles y que le pagarían el equivalente al impuesto general a las ventas], Guillermo Díaz Cieza [en el plenario a fojas setecientos noventa y ocho, admite que fue Escribano Tejada quien le dio dos cheques en blanco, los mismos que llenó en su delante y que al cobrar el primer cheque*

por la suma de once mil ochocientos nuevos soles le entregó el dinero; Marco Antonio Coronel Arboleda [en el plenario a fojas ochocientos siete, afirma que no le preguntaron cómo debería hacerse la adquisición de bienes para lo Municipalidad] y de la testigo Santa Huamán Reyes [en el plenario a tojas ochocientos dieciocho, sostiene que vio cuando Díaz Cieza le entregó el dinero a ESCRIBANO TEJADA].

b. Determinación de la pena. De lo actuado se advierte haber cumplido los presupuestos formales y materiales del art. 157 del C.P "suspensión de la ejecución de la pena". [...] *Que, la citada norma administrativa, estípula que la suspensión de la ejecución de la pena tiene como objetivo eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, -es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en reos primarios, en casos que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador- es pues, una medida alternativa que sin desconocer la función preventiva general de la pena, busca fortalecer el efecto preventivo especial de la misma a delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revistan una mayor gravedad; situación que al caso concreto resulta aplicable, pues, los procesados son reos primarios, la pena concreta no supera los cuatro años, no tienen la condición de reincidentes o habituales, el haber admitido las irregularidades cometidas durante su gestión como el haber girado dos cheques en blanco y comprar los productos para el programa del vaso de leche a proveedores no autorizados; en consecuencia, habiéndose cumplido los presupuestos formales y materiales del artículo cincuenta y siete del Código Penal, éste Supremo Tribunal al amparo del artículo trescientos del Código Penal considera pertinente reformar la pena efectiva a una condicional por un periodo de prueba, sin perjuicio de fijar a los sentenciados las reglas de conducta que deben observar.*

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. Nº 3974-2011

LAMBAYEQUE

Lima, uno de junio de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados TOMAS AVELLANEDA BRAVO y LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA contra la sentencia condenatoria de fojas mil ciento dieciséis, del tres de noviembre de dos mil once e Integrado a fojas mil ciento cincuenta y dos del once de noviembre de dos mil once; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primera:** Que los procesados AVELLANEDA BRAVO y ESCRIBANO TEJADA, en sus recursos formalizados de fojas mil ciento sesenta y mil ciento sesenta y nueve, respectivamente, señalan que la sentencia recurrida carece de motivación; que se han acumulado varios delitos de forma indebida y no ha especificado cual es la parte fundamental de cada delito, tan sólo se hace una narración de las denuncias penales y para resolver se tomó sola-

mente las declaraciones de los imputados, sin tener en cuenta el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis; en la secuela del proceso se ha demostrado el odio y las amenazas de sus coimputados Díaz Cieza y Hurtado Cubas contra ellos; la sentencia se sustentó en la declaración del acusado Díaz Cieza, quien a nivel preliminar señaló que los cheques fueron entregados por disposición de Avellaneda Bravo y en el plenario cambió su versión y dijo que le fueron entregados por el imputado Escribano Tejada, que los llenó en su presencia para luego cobrar en el Banco de la Nación de José Leonardo Ortiz en Chiclayo y le entregó al mismo gerente lo cual es contraproducente, pues no es posible que en esa misma fecha al mediodía Díaz Cieza cobró los once mil ochocientos nuevos soles de un cheque y entregarlos a Escribano Tejada, si éste casi a la misma hora se hallaba bloqueando el otro cheque por veintitrés mil seiscientos nuevos soles ante el llamado del administrador del Banco de la Nación de Ferreñafe, es decir, el gerente no pudo encontrarse en dos lugares separados por cientos de kilómetros de distancie al mismo tiempo; que en la sentencia no se sustentó con medio de prueba alguno el delito de aprovechamiento indebido del cargo; los momos utilizados en la adquisición de productos para el programa de Vaso de Leche y el traslado de los mismos hacia diversos caseríos de nuestro distrito se sustentaron debidamente; que los recursos del programa vaso de leche se repartieron a todos los caseríos de la región, nunca existió desfalco económico; tampoco existe pericia económica que demuestre la afectación al patrimonio del Estado; no se tomó en cuenta las pruebas que demuestran que nunca ha existido ello ni menos que haya cometido los delitos, las que fueron expuestas por su abogado defensor, pero el Colegiado no las aceptó porque había pasado la etapa de pruebas, el proceso tiene carácter preclusorio y se les condenó sabiendo que tales pruebas acreditaban lo contrario a los cargos que se les atribuyó. **Segundo:** Que, en la acusación fiscal de fojas quinientos cuatro, seiscientos cincuenta, integrada a fojas seiscientos setenta, aparece con respecto al delito de peculado: que TOMAS AVELLANEDA BRAVO ex alcalde de la Municipalidad de Kañaris interpuso una denuncia, que dio lugar a una investigación en la Comisaria de Huacapampa, posteriormente se solicitó la intervención del Departamento Desconcentrado contra la Corrupción de la Policía Nacional con sede en Chiclayo. Durante la ampliación, se realizó diversos actos de investigación que permiten sostener ante el Poder Judicial la responsabilidad incluso de Tomás Avellaneda Bravo, Luis Armando Escribano Tejada, Leónidas Hurtado Cubas y Manuel Crisanto Zelada Tejada, además de la de Guillermo Díaz Cieza. La hipótesis se sustenta en que la Contraloría General de la República, en octubre de dos mil nueve dispuso la realización de un Examen Especial. Esto se acredita con el oficio número trescientos cincuenta y seis - dos mil seis - CG / ORCH que remitió a la Fiscalía el Jefe de la Oficina Regional de Control -Chiclayo, mediante el cual se hace conocer a la Fiscalía el oficio número mil novecientos treinta y dos - dos mil cinco - CG / DC del seis de octubre de dos mil cinco, por el cual el señor Contralor dispuso el inicio de una Acción de Control a la Municipalidad de Distrital de Kañaris teniendo como alcance el periodo dos mil tres y dos mil cuatro y que los resultados de esa acción de control se encuentran plasmados en un Informe de Control que en la fecha se halla en los niveles gerenciales correspondientes. Con la intención de eludir éste control el -procesado AVELLANEDA BRAVO formuló la denuncia mencionada imputando a Guillermo Díaz Cieza, además del cobro delictuoso de un cheque girado en blanco, por once mil ochocientos nuevos soles, la sustracción de libros del Comité Especial Vaso de Leche, expedientes de los procesos de adquisición, comprendidos en los años dos mil tres y dos mil cuatro, así como también pecosas, por diversas adquisiciones realizadas en las que se sustentan el ingreso de los bienes al almacén y su respectiva distribución. Esta es una falsedad porque al constituirse la Fiscal Adjunta de la Municipalidad de Kañaris con personal suficiente de la Policía Anticorrupción se detectó que al menos los Libros del programa del Vaso de Leche no existen. Esto se infiere de la versión del responsable de la ejecución de dicho programa Sebastián Fernando Vidaurre Policarpio, quien fue entrevistado, y requirió la docu-

mentación del Programa, lo que nunca logró que se hiciera efectivo; se adjuntan en este expediente en copia certificada, diversos documentos que acreditan que tal servidor solicitó al acusado ESCRIBANO TEJADA, desde dos mil cuatro la puesta a disposición de dicha documentación. Por otro lado, la Municipalidad de Kañaris está sumida en absoluto descontrol y desorden, y conforme aparece en el oficio número cero sesenta y cuatro - dos mil seis - MDK - GM, del dieciocho setiembre de dos mil seis, ESCRIBANO TEJADA, admite que dicha institución no cuenta ni con Reglamento de Organización y Funciones ni con Manual de Organización y Funciones, tampoco con el inventario institucional que permita determinar el patrimonio de la citada entidad y la distribución de las responsabilidades. Por otro lado TOMAS AVELLANEDA BRAVO sorprendió a la Fiscalía afirmando que otra de las razones por las cuales se habría entregado cheques en blanco a Díaz Cieza, era la necesidad de reparar un tractor oruga DG - siete, propiedad de la Municipalidad, tractor que se encontraba estacionado en el ambiente de la Empresa Ferreyros; ésta empresa emitió un informe técnico que remitió a la Fiscalía donde indica que el veintisiete de octubre de dos mil tres, la Municipalidad de Kañaris le solicitó servicio de evaluación del tractor de oruga y que la última reparación fue el treinta de setiembre de dos mil cinco. Durante la investigación preliminar TOMAS AVELLANEDA BRAVO no tuvo más remedio que admitir que esto no era cierto, que efectivamente fue en el dos mil tres que el tractor de oruga estuvo en las instalaciones de Ferreyros y no en el dos mil cinco, como se advierte a fojas ciento diecinueve, imputando a la Policía un errar cuando ello lo afirmó en su denuncia de parte. De otro lado, otra circunstancia de la conducta dolosa de ESCRIBANO TEJADA consiste en que luego de concurrir al Banco de la Nación para evitar que Crisanto Zelada dejada cobre el cheque (a lo que se vio obligado por el aviso del Banco de la Nación) no hizo nada como correspondía, pese a saber que el imputado Díaz Cieza tenía otro cheque en blanco en su poder, que después llenó y cobró en la agencia del Banco de la Nación del distrito de José Leonardo Ortiz, omisión en la que también incurrió AVELLANEDA BRAVO, quien denunció después de casi un mes, lo que no se condice con el hecho de que los fondos sustraídos son fondos públicos pertenecientes a una colectividad en extrema pobreza; ESCRIBANO TEJADA en su informe señaló que le entregó de cheques en blanco a Díaz Cieza se realizó por disposición del alcalde TOMAS AVELLANEDA, éste informe fue dirigido al propio alcalde; estas conductas ilícitas también se evidencian por el hecho que Manuel Crisanto ha concertado diversos contratos de transporte con la Municipalidad, según versión de ESCRIBANO TEJADA, y sin embargo esta persona carece de vehículo, y ha evidenciado no conocer la ruta para ir a Kañaris, lo que se advierte cuando se recibió la declaración de Zelada Tejada, éste manifestó que para ir a Kañaris se va por la ruta de Batangrande, habiéndose documentado que esta no es la ruta, pues a dicha localidad se llega por la ruta de Incahuasi, lo cual denota que Zelada Tejada, se ha prestado para dichas transacciones realizadas con la finalidad de lesionar el patrimonio público. Que, en cuanto al delito de aprovechamiento indebido de cargo y falsificación de documentos; se tiene que de las conclusiones del examen especial practicado a la Municipalidad Distrital de Kañaris, respecto de los procesos de abastecimiento y obras públicas durante el periodo, enero de dos mil tres a diciembre de dos mil cuatro, la Contraloría General de la República determinó la existencia de las irregularidades que son materia de la presente denuncia, como el hecho que en la contratación de bienes para el programa Vaso de Leche, en el año dos mil tres, se produjeron una serie de irregularidades en los procesos de selección, cuya responsabilidad recae en el alcalde TOMAS AVELLANEDA BRAVO, el gerente municipal y presidente del comité especial LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA y el tesorero Leónidas Hurtado Cubas, advirtiéndose el incumplimiento de la normatividad vigente sobre contrataciones y adquisiciones del Estado; por no existir evidencia de 1) la conformación del Comité Especial encargado de llevar a cabo los procesos de selección para la adquisición de insumos; asimismo las cartas de invitación a los postores y comunicaciones de otorgamiento de la buena pro, solo están firmadas por LUIS ARMANDO

ESCRIBANO TEJADA, como presidente del comité; 2) la preexistencia de bases administrativas de los procesos de selección, tan solo respecto a la adjudicación de menor cuantía número cero cero uno - dos mil tres / CA - MDK, que adolece de las especificaciones mínimas correspondientes; 3) la comunicación de PROMPYME y CONSUCODE sobre los procesos realizados, 4) la existencia del libro de Actas del Comité; y 5) la presentación de declaración jurada por parte de los postores de no tener sanción vigente y de estar facultado para contratar con el Estado. Asimismo se determinó que las fechas de las cartas de invitación se encuentran sobrepuestas y en algunos casos tachadas, que existen propuestas económicas, mas no propuestas técnicas necesarias para la evaluación de los productos o bienes ofertados; que los cuadros comparativos de cotizaciones de julio a diciembre de dos mil tres, carecen de suscripción; que en los contratos suscritos con los proveedores no se hace referencia a las garantías. De otro lado, el monto total de las adquisiciones de enero a diciembre de dos mil tres, ascienden a doscientos trece mil ochenta y cuatro nuevos soles con dieciséis céntimos, por lo que la Municipalidad debió convocar a un proceso de Adquisición Directa y no como lo hizo, mediante adquisiciones de menor cuantía, mensualmente por los doce meses del año. Respecto de la adquisición de productos para el programa de Vaso de Leche, durante el año dos mil cuatro, siendo presidente del Comité Especial el encausado LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA y miembros del mismo, los procesados Guillermo Díaz Cieza y Sebastián Fernando Vidaurre Policarpio, se han producido irregularidades en los procesos de selección, por no existir evidencia de: 1) la existencia de bases administrativas para los procesos de selección, 2) la existencia del libro de Actas del Comité, donde deben registrarse la calificación de las propuestas y el otorgamiento de la buena pro en cada uno de los procesos: 3) la comunicación de PROMPYME y CONSUCODE respecto de los procesos de adjudicación de menor cuantía número cero cero uno - dos mil cuatro y cero cero dos - dos mil cuatro; y 4) la presentación de declaración jurada por parte de los postores de no tener sanción vigente y de estar facultados de contratar con el Estado. Asimismo se determinó que los cuadros comparativos de cotizaciones no están suscritos por los miembros del Comité o área competente de la entidad. De otro lado, el monto total de las adquisiciones de enero a diciembre dos mil cuatro asciende a ciento setenta y cinco mil nuevos soles (cincuenta por ciento del monto establecido en la Ley Anual de Presupuesto para el año dos mil cuatro) de conformidad con la normatividad vigente. Que la Municipalidad Distrital de Kañaris realizó desembolsos indebidos por concepto de transporte de productos del Vaso de Leche por el importe de ocho mil nuevos soles, aspecto que debió ser cubierto por el proveedor, siendo el caso que el transportista Hermógenes Hurtado Cubas, hermano del tesorero, era el encargado de trasladar los productos del programa de Vaso de Leche a los distintos puntos de distribución. Así también el examen especial de control, evidencia que en los años dos mil tres y dos mil cuatro, se produjo irregularidades en la rendición de viáticos de las autoridades y funcionarios de la Municipalidad Distrital de Kañaris, por el importe total de veinticuatro mil seiscientos treintiún nuevos soles con treinta céntimos, al existir boletas de venta con fecha y montos borroneados, comprobantes que no corresponden al lugar de la comisión, comprobantes por gestiones administrativas no específicas, no se precisa el motivo de la comisión; comprobantes que no corresponden a las fechas de la comisión de servicios, declaraciones juradas para sustentar viáticos sin firma, comprobantes que exceden el monto permitido de quinientos nuevos soles, presentación de más de dos declaraciones juradas como sustento de gastos, boletas de venta anuladas que sustentan viáticos; evidencia que está detallada en los anexos trece y catorce del Informe Especial número ciento setenta - dos mil seis -CG / ORCH. **Tercero:** Que, del análisis de autos se advierte que tanto el delito -peculado y aprovechamiento ilícito del cargo- cuanto la responsabilidad de los encausados Avellaneda Bravo y Escribano Tejada se acreditan con el citado Informe Especial, realizado por la Contraloría General de la República, anexado al presente proceso [en tres tomos, en el que se advierte que pese a habérseles girado viáticos al titu-

lar y funcionarios municipales para comisiones de servicio a favor de los intereses municipales, no acreditaron el cumplimiento de las mismas, presentando en la totalidad de los casos y hasta más de una oportunidad por cada rendición declaraciones juradas como documento sustentatorio del gasto, respecto de lugares donde sí resulta factible obtenerlos, ocasionando un perjuicio económico a la Municipalidad por la suma de veinticuatro mil seiscientos treintiuno nuevos soles con treinta céntimos], las copias del cheque del Banco de la Nación número dieciséis millones novecientos cincuenta y siete mil trescientos cuatro [fojas setenta y dos, del veinticinco de octubre de dos mil cinco girado a Guillermo Díaz Cieza por la suma de once mil ochocientos nuevos soles], del cheque del Banco de la Nación número veintidós millones ciento veinticinco mil ochocientos cincuenta (fojas setenta y tres, del veinticinco de octubre de dos mil cinco girado a Manuel Crisanto Zelada Tejada por la suma de veintitrés mil seiscientos nuevos soles], así como las declaraciones de los procesados Leónidas Hurtado Cubas [manifestación preliminar de fojas cincuenta y nueve, ampliación de fojas ciento treinta y dos y en el plenario a fojas ochocientos tres, sostiene que hizo entrega de cheques en blanco al procesado Guillermo Díaz Cieza, -jefe de abastecimientos- con la autorización del alcalde de la Municipalidad de Kañaris TOMAS AVELLANEDA y del Gerente Municipal LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA], Manuel Crisanto Zelada Tejada [manifestación preliminar de fojas ciento treinta y ocho, y en el plenario a fojas ochocientos ocho, afirma que Díaz Cieza lo buscó para que cobre el cheque por la suma de veintitrés mil nuevos soles y que le pagana el equivalente al impuesto general a las ventas], Guillermo Díaz Cieza [en el plenario a fojas setecientos noventa y ocho, admite que fue escribano tejada quien le dio dos cheques en blanco, los mismos que llenó en su delante y que al cobrar el primer cheque por la suma de once mil ochocientos nuevos soles le entregó el dinero; Marco Antonio Coronel Arboleda [en el plenario a fojas ochocientos siete, afirma que no le preguntaron cómo debería hacerse la adquisición de bienes para lo Municipalidad] y de la testigo Santa Huamán Reyes [en el plenario a tojas ochocientos dieciocho, sostiene que vio cuando Díaz Cieza le entregó el dinero a ESCRIBANO TEJADA]. **Cuarto:** Que, la tesis incriminatoria se refrenda con la propia declaración del encausado ESCRIBANO TEJADA [manifestación preliminar de fojas cincuenta y siete, ampliación de fojas ciento veintiuno, instructiva de fojas cuatrocientos ochenta y en el plenario a fojas setecientos noventa y cinco, afirma que entregó dos cheques en blanco al procesado Guillermo Díaz Cieza, los mismos que estaban autorizados por AVELLANEDA BRAVO, alcalde de la Municipalidad y contaba con la firma del tesorero Hurtado Cubas]; y del imputado AVELLANEDA BRAVO [en el plenario a tojas setecientos setenta y cuatro, admite haber ordenado girar cheques en blanco y entregarlos a Guillermo Díaz Cieza; que no sustentó los viáticos porque se iba de viaje y que durante su gestión hubo irregularidades; que la licitación para compra del vaso de leche no se llevó de acuerdo a las normas establecidas]; así como con el Informe Técnico CH cincuenta y uno - cero seis [fojas ciento setenta y siete, en el que señala que el último servicio realizado en el Caterpillar de placa D siete G de la Municipalidad Distrital de Kañaris se realizó el treinta de setiembre de dos mil cinco, siendo el costo de seiscientos cuarenta y dos dólares americanos con sesenta centavos, es decir días antes de ocurrido los hechos]. **Quinto**: Que, de otro lado, se tiene que la acumulación de procesos cuestionada fue solicitada por el encausado LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA mediante escrito de fojas trescientos noventa y siete, concediéndosele tal petición mediante resolución número quince, del dieciocho de marzo de dos mil diez -fojas seiscientos diecisiete-. **Sexto**: Que, en cuanto a la animadversión que supuestamente existe entre Guillermo Díaz Cieza y Hurtado Cubas con los encausados AVELLANEDA BRAVO y ESCRIBANO TEJADA, se tiene que en autos no se advierte documento alguno que pueda demostrar tal imputación. **Séptimo**: Que siendo así, los agravios expuestos por los encausados resultan infundados, en tal virtud, habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia que ostentaban al inicio del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco del Código

de Procedimientos Penales la condena se encuentra conforme a ley. **Octavo:** Que teniendo en cuenta el carácter efectivo de la sanción, es necesario remitirse a los términos de la Resolución Administrativa número trescientos veintiuno - dos mil once - P - PJ, del ocho de septiembre de dos mil once, recaída en la circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, haciendo referencia a los alcances del artículo cincuenta y siete, donde se establece los criterios que se deben observar para la aplicación del artículo cincuenta y siete del Código Penal. **Novena:** Que, la citada norma administrativa, estípula que la suspensión de la ejecución de la pena tiene como objetivo eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, -es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en reos primarios, en casos que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador- es pues, una medida alternativa que sin desconocer la función preventiva general de la pena, busca fortalecer el efecto preventivo especial de la misma a delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revistan una mayor gravedad; situación que al caso concreto resulta aplicable, pues, los procesados son reos primarios, la pena concreta no supera los cuatro años, no tienen la condición de reincidentes o habituales, el haber admitido las irregularidades cometidas durante su gestión como el haber girado dos cheques en blanco y comprar los productos para el programa del vaso de leche a proveedores no autorizados; en consecuencia, habiéndose cumplido los presupuestos formales y materiales del artículo cincuenta y siete del Código Penal, éste Supremo Tribunal al amparo del artículo trescientos del Código Penal considera pertinente reformar la pena efectiva a una condicional por un periodo de prueba, sin perjuicio de fijar a los sentenciados las reglas de conducta que deben observar. Por estos fundamentos, Declararon: **I) NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento dieciséis, del tres de noviembre de dos mil once e integrada a fojas mil ciento cincuenta y dos del cuatro de noviembre de dos mil once en cuanto condenó a TOMAS AVELLANEDA BRAVO y LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA como autores de la comisión del delito contra la función pública -peculado y como autores del delito contra la administración pública -aprovechamiento ilícito del cargo en agravio de la Municipalidad Distrital de Kañaris; **II) HABER NULIDAD** en la misma en el extremo que impuso a TOMAS AVELLANEDA BRAVO y LUIS ARMANDO ESCRIBANO TEJADA, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, reformándola: le **IMPUSIERON** cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sometidos al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta. **a)** no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso al Juez de la causa, **b)** concurrir a todas las citaciones que el Juzgado disponga, **c)** comparecer a la secretaría del Juzgado cada fin de mes para registrar su firma en el libro respectivo; bajo apercibimiento de ser revocada de conformidad con el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; **ORDENARON** la inmediata libertad de los citados procesados, siempre y cuando no exista mandato de detención vigente en su contra; **III) NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contienen y es materia del presente recurso; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

II

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 30. Negociación incompatible: R.N. N.º 117-2012 (11/01/2013)

Negociación incompatible. Prescripción. *El delito de aprovechamiento indebido del cargo, a la fecha de los hechos -agosto a setiembre de dos mil cuatro-, se encontraba regulado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, que tenía el siguiente texto: "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años [...]". A la actualidad han transcurrido más de ocho años, por lo que en virtud a la dosimetría punitiva fijada para dicho delito y a lo previsto en el artículo ochenta y parte in fine del artículo ochenta y tres del Código Penal, la acción punitiva del Estado se extinguió por el transcurso del tiempo -en efecto, el delito materia del presente proceso, prescribe a los siete años y medio-. Igualmente, no resulta de aplicación la duplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función.*

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 117-2012

JUNIN

Lima, once de enero de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del dieciocho de octubre de dos mil once.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la representante del Ministerio Público en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos noventa y dos sostiene que se ha acreditado que los materiales adquiridos por la Empresa Municipal de Maquinarias Sociedad Anónima - EMMASA, tenían precios sobrevalorados, respecto a las cotizaciones promedios del mercado, conforme se aprecia del documento de fojas ciento ochenta y seis. Expresa que el día veintiuno de setiembre de dos mil cuatro, el Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Satipo conformado por los acusados procedió a la apertura de los sobres de los tres postores y no obstante que inicialmente se habían incorporado cuatro factores de calificación, al abrirse los sobres se calificaron cinco valores, incluso tres de ellos eran nuevos, lo que constituye un acto ilegal y arbitrario. Dicho Comité debió regirse por las bases del Concurso, tanto más si la Empresa EMMASA fue la única que presentó documentación referida a los ítems de capacidad de infraestructura y capacidad operativa. Aduce que los cesados no respetaron la Ley de Contratación y Adquisición del Estado, ni respetaron las bases del Concurso, pues las cambiaron con el único fin de favorecer con la *buena pro* a la empresa EMMASA, la misma que tiene relación estrecha con la Municipalidad Provincial de Satipo, incluso dos de los procesados ejercieron el cargo de Gerente, como así se ha detallado en el Informe de la Contraloría General de la República.

Segundo: Que el dictamen acusatorio de fojas doscientos cincuenta y uno imputa a los procesados Jaime Eduardo Pariona Flores, Víctor Vicente Cahuana Pérez y Edgardo Felimon Chipana Aujapiña, en sus condiciones de miembros del Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Satipo encargado de realizar el proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos - dos mil cuatro / MPS referido a la compra de materiales de agregados de río y madera para la Obra "Construcción Centro Cívico - Primera Etapa", haber elaborado en forma imprecisa, arbitraria, consciente y voluntaria, las bases para dicho proceso y establecido valores referenciales que excedían los valores promedios del mercado. Durante el desarrollo del proceso, modificaron los puntajes máximos, insertaron y excluyeron factores de evaluación y al momento de la calificación de las propuestas asignaron a la Empresa EMMASA mayores puntajes sin tener elementos objetivos para ello, a pesar que su giro no se encontraba referido a la comercialización de agregados y madera, otorgándole la buena pro, en base a lo cual se adquirieron dichos agregados de río y madera a precios sobrevaluados, lo que generó un perjuicio económico a la referida entidad municipal por un monto de doce mil ochenta y siete nuevos soles, hechos acaecidos entre los meses de agosto y setiembre de dos mil cuatro.

Tercero: Que el Colegiado Superior al emitir su pronunciamiento absolutorio a favor de los encausados Jaime Eduardo Pariona Flores, Víctor Vicente Cahuana Pérez y Edgardo Felimon Chipana Aujapiña por el delito contra la Administración Pública - aprovechamiento indebido del cargo, previsto a la fecha de los hechos en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, omitió efectuar una compulsa adecuada de los hechos y un debido análisis de la prueba

incorporada al proceso. En efecto, dicho Órgano Jurisdiccional fundamentó su decisión en lo siguiente: "*...Que, no se encuentra acreditado en autos que en el proceso de licitación se hayan infringido los lineamientos establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, pues conforme a su reglamento son responsables del contenido de las declaraciones juradas las personas naturales o representantes de las personas jurídicas que las suscriben, máxime si la labor de los miembros de la comisión terminó con la elaboración, publicación y el otorgamiento de la buena pro, mas no en la adquisición de los materiales cuyos valores dice han sido sobrevaluados (...) además, debe tenerse en cuenta que los peritajes presentados, debidamente sustentados en juicio oral por los peritos nombrados por el Órgano Jurisdiccional, consideran que en todo caso los procesados habían incurrido en responsabilidad administrativa, hecho que no constituye delito...*".

Cuarto: Que el citado fundamento jurídico resulta errado, pues no se encuentra en discusión el contenido de las declaraciones juradas firmadas con la empresa ganadora de la buena pro, ni los costos considerados al momento de adquirir los materiales. Por el contrario, lo que se cuestiona y no se ha dado respuesta en la sentencia impugnada es el hecho referido a que los encausados en su calidad de miembros del Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Satipo encargado de realizar el proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos - dos mil cuatro / MPS referido a la compra de materiales de agregados de río y madera para la Obra "Construcción Centro Cívico - Primera Etapa", hayan incorporado en la etapa de calificación de propuestas factores de evaluación que no estaban consignados en las Bases del proceso y excluido otras, hecho que modificó los puntajes máximos de algunos factores subsistentes, tal como se dejó establecido en el Informe Especial número cero diecinueve - dos mil siete - CG / ORHU, realizado a la Municipalidad Provincial de Satipo por la Contraloría General de la República, que originó se declare como ganadora de la buena pro a la Empresa EMMASA -que pertenece a la citada Municipalidad-, cuya junta de accionistas está conformada por los Regidores de dicha comuna, tal como así lo reconoció el Presidente del Comité Especial, Víctor Vicente Cahuana Pérez. Tampoco se compulsó que dos de los tres encausados -Víctor Vicente Cahuana Pérez y Edgardo Felimon Chipana Aujapiña-reconocieron haber sido Gerentes de la Empresa EMMASA, lo que obviamente deja en entredicho la fiabilidad y transparencia del concurso. Finalmente si bien en autos obran dos peritajes contables -de fojas trescientos sesenta y nueve y cuatrocientos treinta y dos- que no establecen perjuicio patrimonial, tal circunstancia resulta irrelevante para la consumación del delito de aprovechamiento indebido del cargo.

Quinto: Que no obstante las circunstancias anotadas, que deberían ser objeto de una evaluación más rigurosa en un nuevo juicio oral, el delito de aprovechamiento indebido del cargo, a la fecha de los hechos -agosto a setiembre de dos mil cuatro-, se encontraba regulado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, que tenía el siguiente texto: "*...El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años...*". A la actualidad han transcurrido más de ocho años, por lo que en virtud a la dosimetría punitiva fijada para dicho delito y a lo previsto en el artículo ochenta y parte in fine del artículo ochenta y tres del Código Penal, la acción punitiva del Estado se extinguió por el transcurso del tiempo -en efecto, el delito materia del presente proceso, prescribe a los siete años y medio-. Igualmente, no resulta de aplicación la duplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de

la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon de oficio **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN** y, en consecuencia, fenecido el proceso seguido contra Jaime Eduardo Pariona Flores, Víctor Vicente Cahuana Pérez y Edgardo Felimon Chipana Aujapiña por el delito contra la Administración Pública - aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Satipo; **DISPUSIERON** el archivo definitivo de lo actuado y la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieran generado en contra de los procesados como consecuencia del presente proceso; y, los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

§ 31. Negociación incompatible. R.N. Nº 3001-2011 (15/11/2012)

Negociación incompatible. Pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción (art. 80 del CP), pues se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público. *Que, siendo así se aprecia que el delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas, conforme a la norma penal vigente a la fecha de los hechos, se encontraba sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años; por lo que al realizarse el cómputo del plazo de prescripción ordinario y extraordinario, se tiene que este es de siete años y medio; resultando que pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo, pues conforme a lo señalado en el Acuerdo*

Plenario número uno - dos mil diez - CJ -ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho; máxime, si en su descripción no se incluye como elemento del tipo la relación funcionarial entre el intraneus y el objeto material del delito, cuya presencia resulta esencial para la aplicación de la duplicidad del plazo prescriptorio, esto es en función a la vinculación con el patrimonio estatal. Que, siendo así, se advierte que a la fecha de expedición de la sentencia recurrida, la acción penal había prescrito, situación que ha sido advertida también por el señor Fiscal Supremo; por lo que al amparo del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales debe declararse la nulidad de la recurrida.

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 3001-2011

TACNA

Lima, quince de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción, Procurador Público de la Municipalidad agraviada y por el señor Fiscal Superior; contra la sentencia de folios dos mil quinientos, del veintiuno de julio de dos mil once, que absolvió de la Acusación Fiscal a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe, como autores del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, según la acusación fiscal de folios dos mil doscientos siete, aclarada a folios dos mil doscientos veinticuatro, se imputa a los procesados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe, funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital del Alto Alianza de la provincia de Tacna, haber actuado irregularmente en el proceso de adquisición de dos camionetas Pick Up, Chevrolet, a través de un supuesto proceso de selección realizado desde la etapa de surgimiento de la necesidad de los bienes, que conllevó a que se determinara al ganador el mismo día, esto es el doce de febrero de mil novecientos noventa y ocho, autorizado por Nicanor Quispe Copa, Edgar Miranda Quispe - Jefe de la Unidad de Abastecimiento - así como por Walter Zegarra Rivera - Director Municipal -, además dicho proceso fue respaldado con documentos de cotización y propuestas técnicas tramitadas con anterioridad al surgimiento de la necesidad del bien, haciendo ver que la empresa beneficiada con la buena pro era CANEPA y CIA Sociedad Anónima representada por Guido Cánepa Dávila y Vio la empresa C&C, a la cual se le habría hecho entrega de dinero en calidad de anticipo, hechos que el Concejo Municipal desconocía y que recién toma conocimiento en sesión extraordinaria del veinte de febrero de mil novecientos noventa y ocho. **Segundo**:

Que, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho Penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado[1]. Así entonces la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho; es por ello que el *ius puniendi* Estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales. **Tercero**: Que, siendo así se aprecia que el delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas, conforme a la norma penal vigente a la fecha de los hechos[2], se encontraba sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años; por lo que al realizarse el cómputo del plazo de prescripción ordinario y extraordinario, se tiene que este es de siete años y medio; resultando que pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo, pues conforme a lo señalado en el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez - CJ -ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho; máxime, si en su descripción no se incluye como elemento del tipo la relación funcionarial entre el *intraneus* y el objeto material del delito, cuya presencia resulta esencial para la aplicación de la duplicidad del plazo prescriptorio, esto es en función a la vinculación con el patrimonio estatal. **Cuarto**: Que, siendo así, se advierte que a la fecha de expedición de la sentencia recurrida, la acción penal había prescrito, situación que ha sido advertida también por el señor Fiscal Supremo; por lo que al amparo del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales debe declararse la nulidad de la recurrida; por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de folios dos mil quinientos, del veintiuno de julio de dos mil once, que absolvió de la Acusación Fiscal a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe, como autores del delito contra la Administración Pública -Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; reformándola: declararon **FUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal a favor de los procesados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe; en el proceso penal que se les sigue por delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; **MANDARON**: se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los

1 RAGUES Y VALLES, Ramón, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 126.

2 Artículo 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

procesados generados por estos hechos y se proceda una vez ello al archivo definitivo de estos autos en el modo y forma de ley en donde corresponda; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

SANTA MARÍA MORILLO

§ 32. Prescripción. Recurso de nulidad N.º 130-2012 (25/09/2012)

a. Prescripción. Conforme al artículo trescientos noventa y siete del código penal modificado por ley número veintisiete mil setenta y cuatro (vigente al momento de su comisión), es de inferir que los plazos ordinario y extraordinario de prescripción a la fecha, se encuentran vencidos en exceso. *Que, del análisis de lo actuado en el presente proceso, se tiene que el hecho atribuido a los encausados Rosales Ladera y Oyarzabal Miñope, se delimita a su participación como postores en la adjudicación directa selectiva realizada el veintiséis de diciembre de dos mil dos, como aparece de la acusación fiscal de fojas trescientos nueve; en consecuencia, y en atención a la pena prevista en la ley para el delito materia de incriminación [privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años] conforme al artículo trescientos noventa y siete del Código Penal modificado por Ley número veintisiete mil setenta y cuatro (vigente al momento de su comisión), es de inferir que los plazos ordinario y extraordinario de prescripción a la fecha, se encuentran vencidos en exceso.*

b. A los impugnantes no se les puede aplicar la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal, prevista en el último párrafo del artículo ochenta del citado código, porque en su condición de extraneus -postores- no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor. *Que, por lo demás, a los impugnantes no se les puede aplicar la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal, prevista en el último párrafo del artículo ochenta del citado Código, porque en su condición de extraneus -postores- no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor, en aplicación del criterio jurisprudencial establecido en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil once / CJ - ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once [Nuevos alcances de la Prescripción].*

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD Nº 130-2012
LIMA

Lima, veinticinco de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; los recursos de nulidad interpuestos, por los procesados Rosales Ladera y Oyarzabal Miñope, contra la sentencia condenatoria de fojas seiscientos sesenta y cinco del treinta y uno de agosto de dos mil once; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero**: Que el encausado rosales ladera, en su recurso formalizado de fojas seiscientos setenta y cinco, alega: **i)** que la Sala Penal Superior al emitir la sentencia no realizó una debida apreciación del evento atribuido, ni compulsó las pruebas y diligencias en su total contexto, sólo se sustentó en el inconsistente y deficiente informe de auditoría número cero cero dos - dos mil ocho - IRTP / OGAL de contenido falso, pues, para sancionarlo se tomó como base el artículo nueve inciso "b" del Decreto Supremo número cero doce - dos mil uno -PCM y su Reglamento, sin aplicar los demás dispositivos previstos en dicha norma especial, que regulan los contratos de locación de servicios; **ii)** si bien suscribió un contrato de tal naturaleza con el Instituto de Radio y Televisión del Perú, empero, no implica que tenga el cargo de servidor o funcionario público del Estado, porque a través de dicho acto jurídico se vinculó para realizar labores estrictamente ajenas y distintas a las de los servidores públicos, por lo que debió ampararse la excepción de naturaleza de acción que dedujo su defensa técnica en el juicio oral; **iii)** en sus alegatos, también promovió la excepción de prescripción de la acción penal, puesto que desde diciembre de dos mil dos a la fecha ha transcurrido suficientemente el tiempo para que opere automáticamente, incluso de oficio, si se tiene en cuenta que el hecho imputado se subsumió en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal -con pena privativa de libertad no mayor de cinco años- vigente al momento de su comisión; y **iv)** su inocencia frente a la sindicación, es real y categórica, tanto más, si carece de antecedentes policiales, judiciales, penales y requisitorias pendientes. **Segundo**: Que, el imputado Oyarzabal Miñope, en su recurso formalizado de fojas seiscientos ochenta, sostiene: **i)** que la conducta por la que fue acusado y se le condenó, prevista en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Sustantivo, modificado por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco publicada el seis de octubre de dos mil cuatro, no se asemeja a los actos denominados negociación incompatible, puesto que el verbo rector de dicho tipo penal es el corromper, mientras que en el ilícito de negociación incompatible es el interesarse; y **ii)** siendo así, el Tribunal de Instancia no tomó en cuenta que los actos catalogados como delito no estaban tipificados como tal, en consecuencia se infringió el debido proceso, los principios de imputación necesaria y de legalidad, en tanto y en cuanto el artículo dos inciso veinticuatro literal "d" de la Constitución Política, estipula que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. **Tercero**: Que, en la acusación fiscal de fojas trescientos nueve, se atribuye a Calixto Rosales Ladera y Nelson Emilio Oyarzabal Miñope, en su condición de Presidente y Miembro del Comité Especial Permanente para la contratación de personal por locación de servicio para el ejercicio del año dos mil dos en el Instituto de Radio y Televisión del Perú, haber participado a su vez como postores en la adjudicación directa selectiva realizada el veintiséis de diciembre de dos mil dos por dicho Comité, advirtiéndose en los expedientes de adjudicación directa una serie de carencias y defectos como la falta de convocatoria a través de invitaciones. Del

mismo modo se imputa a Jesús Matías Arias Fernández, en su condición de secretario del aludido Comité Especial, haber participado en las adjudicaciones en referencia mediante las que se otorgaron la buena pro a los imputados Rosales Ladera y Oyarzabal Miñope, quienes como se señaló eran postores y miembros del comité, convalidando este hecho irregular mediante la suscripción de las actas número ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y dos - dos mil dos / CEP - IRTP de fojas treinta y ocho y cuarenta, respectivamente, no obstante que ello estaba impedido por disposición genérica del artículo nueve inciso b) del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo número cero doce - dos mil dos - PCM. **Cuarto**: Que, la excepción de prescripción de la acción penal es un mecanismo de defensa técnico que 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 en los delitos que merezcan otras penas, caso de la denominada prescripción ordinaria -artículo ochenta del Código Penal-; 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 último párrafo del artículo ochenta y tres del citado Código. **Quinto**. Que, del análisis de lo actuado en el presente proceso, se tiene que el hecho atribuido a los encausados Rosales Ladera y Oyarzabal Miñope, se delimita a su participación como postores en la adjudicación directa selectiva realizada el veintiséis de diciembre de dos mil dos, como aparece de la acusación fiscal de fojas trescientos nueve; en consecuencia, y en atención a la pena prevista en la ley para el delito materia de incriminación [privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años] conforme al artículo trescientos noventa y siete del Código Penal modificado por Ley número veintisiete mil setenta y cuatro (vigente al momento de su comisión), es de inferir que los plazos ordinario y extraordinario de prescripción a la fecha, se encuentran vencidos en exceso. **Sexto**: Que, por lo demás, a los impugnantes no se les puede aplicar la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal, prevista en el último párrafo del artículo ochenta del citado Código, porque en su condición de *extraneus* -postores- no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor, en aplicación del criterio jurisprudencial establecido en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil once / CJ - ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once [Nuevos alcances de la Prescripción]. **Séptimo**: Que, siendo así, por mandato imperativo del artículo trescientos uno -primer párrafo- del Código de Procedimientos Penales, este Supremo Tribunal, se encuentra obligado a declarar a favor de los recurrentes la prescripción de la acción penal. Por estos fundamentos: Declararon **NULA** la sentencia de fojas seiscientos sesenta y cinco del treinta y uno de agosto de dos mil once, en cuanto condenó a Calixto Marcelino -no Marcelo- Rosales Ladera y Nelson Emilio Oyarzabal Miñope, como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado, como tal les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, la misma que se suspende condicionalmente por el período de prueba de tres años, sujetos al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, fijó en la suma de cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar de manera solidaria a favor de la agraviada, e inhabilitación por el mismo término de la condena; reformándola: Declararon de oficio **FUNDADA** la excepción de prescripción a favor de los encausados Calixto Marcelino Rosales Ladera y Nelson Emilio Oyarzabal Miñope, por el citado delito, en perjuicio de la mencionada agraviada; **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en este extremo; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hubieren generado; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

§ 33. Negociación incompatible: R. N. N.º 1252-2012 (20/03/2013)

a. Negociación incompatible. Se contabiliza el plazo de prescripción desde la última fecha que se habría culminado el evento criminoso, es decir a partir de la fecha de los actos ejecutivos que finalizaron con la formalización de los contratos aludidos. *En ese contexto y apreciando de autos que la conducta ilícita atribuida a los imputados Bernardo Moisés Verjovsky Sandler y Sonia Natividad López Valladares, es el injusto penal contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible, por la presunta contratación irregular suscrita entre la Presidencia de Consejo de Ministros y la encausada López Valladares, para realizar estudios de mercado; la misma que fue plasmada mediante contratos de fechas primero de marzo de dos mil cuatro, veintitrés de abril de dos mil cuatro, veintiuno de mayo de dos mil cuatro, dieciséis de julio de dos mil cuatro, siete de abril de dos mil cuatro y dieciocho de agosto de dos mil cuatro, tal como se desprende de la acusación fiscal, obrante a fojas nueve mil ochocientos cincuenta y seis; advirtiéndose en tal sentido, que debe efectuarse el análisis de los hechos, a partir de la fecha de los actos ejecutivos que finalizaron con la formalización de los contratos antes aludidos, los mismos que se encontraban tipificados bajo el alcance del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos, estos es, antes de su modificatoria introducida por el artículo primero de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro), el cual establecía una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.*

b. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de cinco años; sin embargo, el plazo extraordinario de prescripción es de siete años y seis meses para el tipo penal incoado (ne-

gociación incompatible), que contabilizados desde la última fecha en la que se habría culminado el evento criminoso, esto es, el dieciocho de agosto de dos mil cuatro, ha transcurrido un plazo mayor a los siete años y medio, por lo que, en concordancia con lo estipulado en el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales se debe proceder a declarar de oficio su cese. *Siendo así, se requiere establecer el plazo de prescripción de la acción penal en relación al delito de negociación incompatible, para ello debe tenerse presente lo preceptuado en el artículo ochenta del Código Penal, que señala: "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad"; por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de cinco años; sin embargo, el último párrafo del artículo ochenta y tres del mismo cuerpo legal, establece que: "la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción", es decir, el plazo extraordinario de prescripción es de siete años y seis meses, que contabilizados desde la última fecha en la que se habría culminado el evento criminoso, esto es, el dieciocho de agosto de dos mil cuatro, ha transcurrido un plazo mayor a los siete años y medio, por lo que, en concordancia con lo estipulado en el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales se debe proceder a declarar de oficio su cese.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 1252-2012

LIMA

Lima, veinte de marzo de dos mil trece.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del diecisiete de febrero de dos mil doce, obrante a fojas diez mil ciento diecisiete, que absolvió de la acusación fiscal formulada contra Bernardo Moisés Verjovsky Sandler, como autor y Sonia Natividad López Valladares, como cómplice primaria, por el delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible, en agravio del Estado - Presidencia del Consejo de Ministros; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y **CONSIDERANDO**:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

La representante del Ministerio Público interpuso recurso de nulidad, fundamentándolo a fojas diez mil ciento veintiocho, solicitando se declare nula la sentencia recurrida y se ordene la realización de un nuevo juicio oral, por los siguientes fundamentos: i) está acreditado que los fondos que se utilizaron para el pago de la contratación de la procesada López Valladares, provenían del Estado, pues en el año dos mil cuatro, la Presidencia del Concejo de Ministros

suscribió un convenio con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, designándose en un primer momento al Director Nacional y posteriormente al Secretario de Comunicaciones de la PCM, esto es, el procesado Verjovsky Sandler; **ii)** está acreditado el interés del Funcionario Público en proponer y contratar a su socia y Sub gerente de su empresa Analistas & Consultores, conforme se advierte del memorándum del dieciocho de febrero del dos mil cuatro, obrante a fojas mil quinientos noventa y siete, donde Verjovsky Sandler informó al Secretario de Administración de la Presidencia del Consejo de Ministros, la necesidad de contratar un estudio cuantitativo, para lo cual invitó mediante Carta número cero noventa y siete guión dos mil cuatro guión PCM, del siete de abril de dos mil cuatro, a su coprocesada Sonia López Valladares para realizar un estudio cuantitativo, que gestionó su contratación mediante memorándum del treinta de marzo de dos mil cuatro, obrante a fojas mil seiscientos catorce, adjuntando su curriculum vitae, sin precisar que era socia de ésta persona y promovió su pago, mediante memorándum del doce de abril del dos mil cuatro, obrante a fojas mil quinientos noventa y cuatro; **iii)** asimismo, también se probó el interés directo del funcionario público Verjovsky Sandler, con la testimonial de Verónica Arrieta Cilumbriello, quien a nivel policial, instrucción y en juicio oral, así como en las diligencias de confrontación con los procesados Verjovsky Sandler y López Valladares, negó haber invitado a López Valladares a participar en los estudios de mercado, porque no la conocía hasta su contratación e indicó que fue su confrontado Verjovsky Sandler quien decidió e invitó a la encausada López Valladares, el cual no comunicó que ésta era su socia; **iv)** además, está acreditado el vínculo societario con los documentos inscritos en Registros Públicos; **v)** que no es razonable que el Ad quo considere que la conducta no es típica y por tal razón absuelva de los cargos, cuando lo correcto hubiera sido declarar fundada de oficio una excepción de naturaleza de acción, sin valorar las pruebas; sin embargo, si se configuró el delito, ocasionándole un perjuicio al Estado; **vi)** respecto al argumento de la renuncia al cargo de Sub gerente

por parte de López Valladares, ésta nunca fue inscrita en registros públicos, ni mencionada en sus anteriores declaraciones, siendo recién en juicio oral que presentó copia de su carta de renuncia, por lo que, el Colegiado debió tomar las reservas del caso, con respecto a dicha renuncia; **vii)** en cuanto al argumento de que los encausados no incurrieron en el delito, por cuanto normativamente no existía impedimento alguno, se advierte que éstos no actuaron de manera imparcial, el cual constituye un principio básico de la contratación pública, favoreciendo a su socia, actuando en desmedro de otros postores.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA:

2.1. Según la acusación fiscal, obrante a fojas nueve mil ochocientos cincuenta y seis, se le imputa a Bernardo Moisés Verjovsky Sandler, que en su condición de Secretario de Comunicaciones de la Presidencia del Concejo de Ministros, durante el período de noviembre del dos mil tres a septiembre del dos mil cinco, haber dispuesto la contratación directa de su coprocesada Sonia Natividad López Valladares, para realizar sondeos de opinión, contratación que resultó incompatible, pues el imputado conocía de que López Valladares desde el dos mil tres hasta el dos mil cinco ostentaba el cargo de Sub gerente de la empresa encuestadora "Analista & Consultores SRL", empresa en la cual él mismo era también socio, habiéndola favorecido con dicha contratación, posibilitando que se beneficie con los fondos de carácter público provenientes del Proyecto PER oblicua cero cuatro oblicua cero cero ocho "Desarrollo y Estrategia de la Política de Comunicaciones del Poder Ejecutivo", ejecutado en virtud del convenio suscrito entre el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) y la Presidencia del Concejo Ministros.

2.2. Asimismo, se le imputa a la procesada Sonia Natividad López Valladares, haber contribuido a la materialización del delito de Negociación incompatible, al haber resultado favorecida con los contratos de servicio de fechas primero de marzo, veintitrés de abril, veintiuno de mayo, dieciséis de julio y dieciocho de agosto de dos mil cuatro, que tenían por objeto realizar sondeos de opinión poblacional, requeridos por la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia del Concejo de Ministros, a cargo de su coimputado Bernardo Moisés Verjovsky Sandler, pese a ostentar en dicho año, el cargo de Sub gerente de la empresa encuestadora "Analista & Consultores SRL", empresa en la cual también tenía participación societaria Verjovsky Sandler, quien como se indicó anteriormente era el requirente del servicio, configurándose así un favorecimiento indebido hacia López Valladares, quien percibió fondos de carácter público provenientes del proyecto PER/04/008 "Desarrollo y Estrategia de la Política de comunicaciones del Poder Ejecutivo", ejecutado en virtud del convenio suscrito entre el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) y la Presidencia del Concejo de Ministros.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

3.1. Que, antes de analizar el asunto materia de impugnación, resulta oportuno señalar que el *Ius Puniendi* estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado, despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico-penales. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número mil ochocientos cinco - dos mil cinco HC, en su fundamento jurídico seis, señalando que la prescripción de la acción 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 puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma".

3.2. En ese contexto y apreciando de autos que la conducta ilícita atribuida a los imputados Bernardo Moisés Verjovsky Sandler y Sonia Natividad López Valladares, es el injusto penal contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible, por la presunta contratación irregular suscrita entre la Presidencia de Consejo de Ministros y la encausada López Valladares, para realizar estudios de mercado; la misma que fue plasmada mediante contratos de fechas primero de marzo de dos mil cuatro, veintitrés de abril de dos mil cuatro, veintiuno de mayo de dos mil cuatro, dieciséis de julio de dos mil cuatro, siete de abril de dos mil cuatro y dieciocho de agosto de dos mil cuatro, tal como se desprende de la acusación fiscal, obrante a fojas nueve mil ochocientos cincuenta y seis; advirtiéndose en tal sentido, que debe efectuarse el análisis de los hechos, a partir de la fecha de los actos ejecutivos que finalizaron con la formalización de los contratos antes aludidos, los mismos que se encontraban tipificados bajo el alcance del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos, estos es, antes de su modificatoria introducida por el artículo primero de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro), el cual establecía una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

3.3. Siendo así, se requiere establecer el plazo de prescripción de la acción penal en relación al delito de negociación incompatible, para ello debe tenerse presente lo preceptuado en el artículo ochenta del Código Penal, que señala: "*La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad*"; por lo

tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de cinco años; sin embargo, el último párrafo del artículo ochenta y tres del mismo cuerpo legal, establece que: *"la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción"*, es decir, el plazo extraordinario de prescripción es de siete años y seis meses, que contabilizados desde la última fecha en la que se habría culminado el evento criminoso, esto es, el dieciocho de agosto de dos mil cuatro, ha transcurrido un plazo mayor a los siete años y medio, por lo que, en concordancia con lo estipulado en el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales se debe proceder a declarar de oficio su cese. Por estos fundamentos, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del diecisiete de febrero de dos mil doce, obrante a fojas diez mil ciento diecisiete, que absolvió de la acusación fiscal formulada contra Bernardo Moisés Verjovsky Sandler, como autor y Sonia Natividad López Valladares, como cómplice primaria, por el delito contra la administración pública -negociación incompatible, en agravio del Estado - Presidencia del Consejo de Ministros; y **reformándola** declararon **DE OFICIO PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL** a favor de Bernardo Moisés Verjovsky Sandler y Sonia Natividad López Valladares, por el delito y agraviado antes citado; **ORDENARON** el archivo definitivo de lo actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; Interviene el señor Juez Supremo Neyra Flores por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

§ 34. Negociación incompatible: R. N. N.º 404-2010 (16/03/2011)

Prescripción. Duplicidad. Si bien el delito de negociación incompatible "está circunscrito dentro del capítulo referido del código sustantivo; no obstante, dentro del mismo "no todos los delitos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados y vinculados directamente con el patrimonio público (...)". *Que, la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno,*

señala que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción penal se duplica en los delitos que son cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, debiéndose interpretar y entender que la mención de la afectación del patrimonio del Estado será aplicable cuando éste (patrimonio) sea el bien jurídico protegido por el tipo penal, empero no otro; en ese sentido, no se configura el supuesto de hecho cuando el desmedro patrimonial proviene de la transgresión de un bien jurídico distinto al patrimonio del Estado; al respecto, el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, estableció que "el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos" (considerando décimo segundo), debiendo orientarse la aplicación de la duplicidad del plazo ordinario de prescripción por la calidad de funcionario público en los supuestos dados en el Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" (considerando décimo cuarto), coligiéndose que no resulta aplicable al delito de falsedad ideológica; de otro lado, si bien el delito de negociación incompatible "está circunscrito dentro del Capítulo referido del Código sustantivo; no obstante, dentro del mismo "no todos los delitos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados y vinculados directamente con el patrimonio público(...)" (considerando décimo cuatro, literal B). Que, el bien jurídico protegido penalmente por el delito de negociación incompatible con el cargo, como en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos (JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página doscientos sesenta y seis y siguientes), por lo que la inobservancia de ese deber específico que vincula al funcionario público con los fines estatales es la que sustenta la sanción penal (GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos Dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: El Delito de Colusión, Grijley, Lima, dos mil ocho, página veintiuno), estableciéndose como relación normativa el deber positivo del funcionario público de intervenir y disponer el patrimonio del Estado - por razón de su cargo - en algún contrato u operación que beneficie al Estado, excluyéndose de cualquier arreglo que permita advertir su interés en el contrato. Por ello, el bien jurídico protegido de este delito no es el patrimonio del Estado, sino más bien la correcta marcha de la administración pública, y especialmente la lealtad de los funcionarios del Estado a través de su imparcialidad, por tanto, no es aplicable la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal.

Que, no siendo aplicable la duplicidad del plazo de prescripción por la calidad de funcionario público, advertimos que, en virtud de los artículos ochenta y ochenta y tres del Código sustantivo se necesitaría

el transcurso de siete años y seis meses para la prescripción del ejercicio de la acción penal del delito de negociación incompatible; y, nueve años para el delito de falsedad ideológica, situación que se presenta en autos, puesto que los ilícitos se habrían producido entre los años mil novecientos noventa y seis y dos mil, habiéndose superado en demasía los plazos referidos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R N. Nº 404-2010
CUSCO

Lima, dieciséis de marzo de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Víctor Abel Del Castillo Alarcón, Grimaldo Béjar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Edgar Ochoa Astete, Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara, Américo Olivera Morocho, Nilda Guevara Cuadros y Francisco Huamán Concha, contra las sentencias condenatorias de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve y trece de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil veinticinco y dos mil trescientos setenta y ocho, respectivamente interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, los agravios contenidos en los recursos de nulidad interpuestos por los encausados contra la sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil veinticinco, se expresan de la siguiente manera: **a)** Víctor Abel Del Castillo Alarcón, a fojas dos mil sesenta y seis, alega que ha prescrito la acción penal, puesto que al momento de sucedidos los hechos, el delito de negociación incompatible estaba circunscrita en el supuesto de hecho del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (actualmente este artículo trescientos noventa y nueve), por lo que los plazos para la prescripción fueron rebasados; asimismo, no existe pruebas que demuestren la comisión de los delitos de negociación incompatible y falsedad ideológica, puesto que se omitieron realizar las pericias respectivas para determinar las ilicitudes penales referidas; **b)** Edgar Ochoa Astete, a fojas dos mil setenta y ocho, alega que actuó siempre conforme a derecho y no se ha demostrado su responsabilidad penal respecto del delito de falsedad ideológica, siendo el caso que el ejercicio de la acción penal habría prescrito; **c)** Edgar Américo Olivera Morocho, a fojas dos mil ochenta y tres, refiere que sus obligaciones eran totalmente ajenas a la realización de adjudicaciones, no pudiendo imputársele el delito de negociación incompatible, además, no se ha probado la existencia de algún interés en alguna de las contrataciones realizadas, sea en provecho propio o de tercero; **d)** Marciano Hebelio Malaver Chávez, a fojas dos mil ciento uno, expresa que no se ha demostrado que su conducta haya sido realizada de manera dolosa, jamás pensó favorecer o beneficiar a un tercero o así mismo, por lo que no puede configurarse el delito de negociación incompatible, más aún, si resulta aplicable la exención de la obediencia jerárquica, pues era el Alcalde quien dirigía el Comité Especial de Adjudicaciones; asimismo,

habría prescrito el ejercicio de la acción penal; **e)** Grimaldo Béjar Chauca, a fojas dos mil ciento dieciséis, alega que no estuvo trabajando durante el periodo en el que se realizaron los hechos delictuosos, siendo el caso que el Acta que suscribió en vía de regularización fue por presión y disposición del Alcalde, lo que configura la eximente de la obediencia debida, no habiéndose generado ningún perjuicio a la Municipalidad de Santiago; **f)** Nilda Guerra Cuadros, a fojas dos mil ciento veintitrés, señala que se desempeñaba como Jefe de Abastecimientos, por lo que sus obligaciones eran ajenas a la realización de las adjudicaciones, no siendo pasible de imputársele el delito de negociación incompatible; siendo el caso que, el acta de adjudicación de fojas ciento cuarenta y ocho fue firmada en vía de regularización y por presión del Alcalde de la Municipalidad; y, **g)** Francisco Huamán Concha, a fojas dos mil trescientos cuarenta, refiere que la Sala Penal Superior sólo pretende convalidar el pago de las dietas por la asistencia a las sesiones ordinarias, dejando de lado las sesiones extraordinarias y sesiones solemnes, a pesar de que no existe norma sustantiva que prohíba pagar por concepto de dietas por asistencia a sesiones extraordinarias y solemnes, no pudiendo ser ilícita su conducta. De otro lado, el encausado Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara fundamenta su recurso de nulidad, de fojas dos mil cuatrocientos uno, contra la sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil trescientos setenta y ocho, alegando que el ejercicio de la acción penal ha prescrito, por cuanto, la Sala Penal Superior determinó como inicio del plazo prescriptorio el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete y el veinticuatro de julio del mismo año, siendo el caso que a la fecha ha trascurrido el plazo para que opere la institución referida. **Segundo:** Que, conforme al dictamen acusatorio, de fojas quinientos sesenta y cinco, el representante del Ministerio Público determina el hecho punible de la siguiente manera: **i)** La Contraloría General de la República al practicar el examen de la gestión de Víctor Abel del Castillo Alarcón, ex Alcalde de la Municipalidad de Santiago, ha llegado a establecer actos dolosos en los que han incurrido los acusados, así se tiene: **a)** La contratación de la Empresa MASCEL sin un previo proceso de selección, advirtiéndose además que no se evidencia el destino de treinta y cinco postes de concreto que fueron materia de compra de la empresa referida, por el importe de ocho mil quinientos cinco nuevos soles; **b)** La simulación de un proceso de adjudicación para la ejecución de la obra "Conclusión Mercado Zonal Zarzuela" por el monto de trescientos veinticinco mil nuevos soles; y, **c)** La inserción de declaraciones juradas falsas en memorándums, incrementando dietas a regidores durante el periodo mil novecientos noventa y siete, sin aprobación del Consejo, originando pagos indebidos por diez mil novecientos cincuenta soles, así como pagándose dietas a regidores por sesiones no asistidas y no realizadas hasta por la suma de sesenta y ocho mil ochocientos diecinueve soles, **ii)** Con relación al primero hecho irregular, se tiene que con fecha **ocho de octubre de mil novecientos noventa y seis**, cuando el encausado Víctor Abel Del Castillo Alarcón desempeñó el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Santiago, habría suscrito directamente un contrato de compra venta de tubos de concreto con la Empresa MASCEL empresa individual de responsabilidad limitada, sin contar con el número mínimo de tres cotizaciones conforme exige la normativa del caso, acto irregular efectuado por disposición del Alcalde y de la ex Administradora Blanca Pilares Suyo, así como del ex Jefe de Abastecimientos Grimaldo Bejar Chauca. Con relación a este contrato irregular, conforme a la nota de entrega de fechas **cuatro, cinco, seis y nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis** la empresa MASCEL hizo entrega a la Municipalidad de Santiago los tubos requeridos; sin embargo, estos no llegaron a su destino, ya que únicamente el Asentamiento Humano Erapata confirmó haberlos recibido, en cambio la asociación Provivienda "La Pradera" y "Hermanos Ayar" conforme a la carta suscrita por su representante han indicado que no han recibido los postes (tubos); no obstante, existen documentos que acre-

ditan la entrega de los mismos, los que habrían sido firmados por Gladys Quintana Quilla y Fernando Yabar Escalante, registrando firmas de recepción que no corresponden a los supuestos beneficiarios. iii) Respecto del segundo hecho detectado por la Contraloría, los encausados Víctor Abel del Castillo, Grimaldo Bejar Chauca, Hebelio Malaver Chávez Olivera y Nilda Guevara Cuadros en calidad de integrantes del Comité de Adjudicación simularon un proceso para la ejecución de la obra "Conclusión de Mercado Zonal Zarzuela" por el impone de trescientos veinticinco mil nuevos soles, con el apoyo del arquitecto Américo Olivera Morocho, puesto que habrían invitado mediante documentos de fecha **veinticuatro de julio de dos mil** a las empresas RUI CARVALHO Ingenieros sociedad de responsabilidad limitada, INALSA sociedad de responsabilidad limitada y WTA Consultores Constructores, a participar en un proceso de adjudicación, que por el monto correspondía a un proceso de adjudicación directa selectiva, sin publicación, y que estas empresas supuestamente habrían presentado sus propuestas; sin embargo, cuando la Comisión Auditora consiguió la información de los participantes se obtuvo que la única empresa participante fue la de Ruiz Carvalho, representada por Katy Ruiz Vargas, en tamo que las otras empresas informaron mediante cartas que no tuvieron participación alguna, menos recibieron invitación. No obstante, está acreditado que mediante Acta de Adjudicación, el Comité integrado por los encausados antes mencionados procedieron a adjudicar la obra a esta empresa suscribiendo un contrato por el importe de trescientos veinticinco mil nuevos soles, sin tomar en cuenta que la indicada empresa no se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Contratistas, ni como ejecutor ni consultor, contraviniendo de esta manera la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, **iv)** Como último hecho, se tiene que mediante sesión extraordinaria de fecha **doce de enero de mil novecientos noventa y seis** se acordó fijar en cuatrocientos nuevos soles las dietas de los regidores por cada sesión concurrida, como máximo cuatro sesiones por mes, siendo el caso que los encausados Claudio Otazu Ladrón De Guevara, Edgar Ochoa Astete, Francisco Huamán Concha y Blanca Pilares Suyo, con el fin de que los regidores obtengan beneficios ilícitos, procedieron a insertar declaraciones juradas falsas en Memorándums e informes para requerir el pago de dietas de los ex Regidores por sesiones no convocadas y por sesiones en las que no tuvieron participación; lo que habría ocurrido desde el año **mil novecientos noventa y seis al año dos mil**. **Tercero:** 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 puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma (Sentencia del Tribunal Constitucional número ochocientos cinco - dos mil cinco -Habeas Corpus). **Cuarto:** Que, de la revisión de la acusación Fiscal, de fojas cuatrocientos tres, observamos que los delitos imputados son: **a)** negociación incompatible con el cargo y **b)** falsedad ideológica; el primero, al momento de sucedidos los hechos - entre mil novecientos noventa y seis y el año do- mil - se encontraba tipificado en al artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, contemplando una pena abstracta máxima de cinco años de pena privativa de la libertad, no siendo aplicable la modificatoria introducida por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, de fecha seis de octubre de dos mil cuatro; puesto que modificó el artículo referido y estableció su traslado al artículo trescientos noventa y nueve, con una pena abstracta máxima de seis años, lo que implica agravación cuantitativa y no beneficiosa al encausado; de otro lado, el segundo delito está tipificado en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal y contempla una pena abstracta máxima de seis años de pena privativa de libertad, siendo el caso que manteniendo su texto original de manera íntegra, resulta aplicable durante el

lapso en el que se habrían producido las falsedades ideológicas - entre mil novecientos noventa y seis y el años dos mil -. **Quinto:** Que, la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, señala que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción penal se duplica en los delitos que son cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, debiéndose interpretar y entender que la mención de la afectación del patrimonio del Estado será aplicable cuando éste (patrimonio) sea el bien jurídico protegido por el tipo penal, empero no otro; en ese sentido, no se configura el supuesto de hecho cuando el desmedro patrimonial proviene de la transgresión de un bien jurídico distinto al patrimonio del Estado; al respecto, el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, estableció que "el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos" (considerando décimo segundo), debiendo orientarse la aplicación de la duplicidad del plazo ordinario de prescripción por la calidad de funcionario público en los supuestos dados en el Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"(considerando décimo cuarto), coligiéndose que no resulta aplicable al delito de falsedad ideológica; de otro lado, si bien el delito de negociación incompatible "está circunscrito dentro del Capítulo referido del Código sustantivo; no obstante, dentro del mismo "no todos los delitos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados y vinculados directamente con el patrimonio público(...)"(considerando décimo cuatro, literal B). Que, el bien jurídico protegido penalmente por el delito de negociación incompatible con el cargo, como en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos (JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página doscientos sesenta y seis y siguientes), por lo que la inobservancia de ese deber específico que vincula al funcionario público con los fines estatales es la que sustenta la sanción penal (GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos Dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: El Delito de Colusión, Grijley, Lima, dos mil ocho, página veintiuno), estableciéndose como relación normativa el deber positivo del funcionario público de intervenir y disponer el patrimonio del Estado - por razón de su cargo - en algún contrato u operación que beneficie al Estado, excluyéndose de cualquier arreglo que permita advertir su interés en el contrato. Por ello, el bien jurídico protegido de este delito no es el patrimonio del Estado, sino más bien la correcta marcha de la administración pública, y especialmente la lealtad de los funcionarios del Estado a través de su imparcialidad, por tanto, no es aplicable la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal. **Sexto:** Que, no siendo aplicable la duplicidad del plazo de prescripción por la calidad de funcionario público, advertimos que, en virtud de los artículos ochenta y ochenta y tres del Código sustantivo se necesitaría el transcurso de siete años y seis meses para la prescripción del ejercicio de la acción penal del delito de negociación incompatible; y, nueve años para el delito de falsedad ideológica, situación que se presenta en autos, puesto que los ilícitos se habrían producido entre los años mil novecientos noventa y seis y dos mil, habiéndose superado en demasía los plazos referidos. Por estos fundamentos; declararon **i.- HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve, de fojas dos mil veinticinco, que condenó a Víctor Abel Del Castillo Alarcón - como autor -, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Américo Olivera Morocho y Nilda Guevara Cuadros - como cómplices primarios - por la comisión del delito contra la Administración Pública - en la modalidad de

negociación incompatible con el cargo - en agravio del Estado Peruano y de la Municipalidad Distrital de Santiago, imponiéndose al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de prueba tres años, bajo reglas de conducta, y a los demás tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de prueba de dos años; e inhabilitación por tres años; asimismo, en el extremo que condenó a Edgar Ochoa Astete y Francisco Huamán Concha por el delito contra la Fe Pública - en la modalidad de falsedad ideológica - en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de dos años, bajo reglas de conducta, e inhabilitación por dos años; y fijaron en veinte mil nuevos soles el monto de reparación civil; **ii**.- **HABER NULIDAD** en la sentencia trece de noviembre de dos mil nueve, de fojas dos mil trescientos setenta y ocho, que condenó a Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara por el delito contra la Fe Pública - en la modalidad de falsedad ideológica - en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de prueba de dos años, bajo reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de dos años y fijó en veinte mil nuevos soles la reparación civil; y, **iii) REFORMÁNDOLA declararon de oficio prescrita la acción penal** incoada contra Víctor Abel Del Castillo Alarcón, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Américo Olivera Marocha y Nilda Guevara Cuadros por el delito contra la Administración Pública - en la modalidad de Negociación Incompatible-; asimismo, contra Edgar Ochoa Astete, Francisco Huamán Concha y Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara por el delito contra la Fe Pública - en la modalidad de falsedad ideológica - en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago; **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso; y **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.-

SS.

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERON CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

III

DISPOSICIONES DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN ACERCA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 35. Negociación incompatible y patrocinio ilegal: Ingreso Nº 029-2014 (06/05/2014)

a. Negociación incompatible y patrocinio ilegal. En relación a la visita a la visita de I.E.E Alfonso Ugarte: testimonios incriminatorios no han podido ser corroborados con elementos periféricos. *Como se puede colegir, no se cuenta en el presente caso con suficientes elementos de cargo que permitan atribuir a la congresista investigada Cenaida Cebastiana Uribe Medina, la presunta comisión de los ilícitos investigados, dado que, como ha quedado evidenciado, los testimonios incriminatorios en su contra no han podido ser corroborados con otros elementos que los doten de virtualidad, impidiéndose, a la vez, alcanzar en la presente investigación, indicios que lleven a sostener una sospecha razonable que fundamenten la formulación de una denuncia constitucional ante el Congreso de la República.*

b. Negociación incompatible y patrocinio ilegal. En relación a la visita de I.E.E Melitón Carbajal: ninguna de las declaraciones testimoniales han mencionado algún tipo de intervención concreta o sugerida de la congresista de la república con la finalidad de favorecer los intereses de la empresa. *En este sentido, es de tomar en cuenta, que en el caso de esta visita, ninguno de los testigos antes referidos han mencionado la existencia de algún tipo de intervención concreta o sugerida de la Congresista de la República Uribe Medina, con la finalidad de favorecer los intereses de la empresa Punto Visual S.A.; máxime si como se puede observar en las vistas fotográficas de fs. 1051, la visita realizada por la congresista investigada a la IEE Melitón Carvajal, tuvo por cometido el señalado por ella en su declaración indagatoria, las mismas que, al igual que en el caso de la visita realizada a la IEE Alfonso Ugarte, se encuentran dentro del marco de sus legales atribuciones.* **[...]** *En consecuencia, no se ha verificado en los actuados de la investigación, elementos que acrediten que la Congre-*

sista de la República Cenaida Uribe Medina, valiéndose de su alto cargo, haya patrocinado ilegítimamente los intereses de la empresa Punto Visual S.A. ante la IEE Alfonso Ugarte o Melitón Carvajal, o que, indebidamente en forma directa, indirecta o por acto simulado se haya interesado, en provecho propio o de tercero, por la renovación del contrato que dicha empresa tenía con la IEE Alfonso Ugarte.

MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
INGRESO Nº 029-2014

Lima, 06 de mayo 2014

VISTOS:

Los actuados en la investigación preliminar seguida contra la congresista de la República, **Cenaida Cebastiana Uribe Medina**, por la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible, en agravio del Estado.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. La Fiscalía de la Nación, a mérito de la información periodística difundida por el programa Cuarto Poder de América Televisión, edición del 09 de febrero pasado[1], mediante resolución de fecha 11 de febrero de 2014 (fs. 25/26) dispuso promover diligencias preliminares contra la parlamentaria Cenaida Uribe Medina, por el plazo de treinta días. Posteriormente, por resolución de fecha 13 de febrero de los corrientes (fs. 58/59), se dispuso ampliar el marco táctico de imputación, manteniéndose el plazo fijado inicialmente, a efectos de llevar a cabo las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos atribuidos en su contra.

Mediante resolución de fecha 13 de marzo del presente año (fs. 340 y vuelta), a fin de asegurar el derecho de defensa de la investigada, se precisó la tipificación de los investigados, como delitos de Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible, previstos en los artículos 385 y 399 del Código Penal; asimismo, se dispuso un plazo adicional de treinta días, a efectos de completar las diligencias pendientes.

Luego de ello, mediante resolución del 14 de abril último (fs. 824/825), se prorrogó el plazo de las diligencias por veinte días a efectos de recabar, entre otros, la declaración indagatoria de la investigada. En tal virtud, estando a que con fecha 02 de mayo de 2014, se ha cumplido el plazo previsto y sus respectivas prórrogas, corresponde a este Despacho emitir el pronunciamiento de Ley.

1 Ver, acta fiscal de visualización y trascripción obrante a fs. 158/173.

II. Competencia de la Fiscalía de la Nación

2. El Fiscal de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley N° 27399, es competente para llevar a cabo diligencias preliminares de investigación contra altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución -entre ellos, los congresistas de la República- a quienes les asiste la prerrogativa del antejuicio, por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo.

III. Hechos imputados

3. Se atribuye a la congresista de la República Cenaida Uribe Medina que, en la visita realizada el 01 de octubre de 2013, a la Institución Educativa Emblemática (IEE) Alfonso Ugarte, ubicada en el distrito de San Isidro, habría presionado al entonces Director Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra, para favorecer a la empresa Punto Visual S.A., con la renovación del contrato de alquiler que tenía la empresa para colocar paneles publicitarios en la institución educativa.

   De acuerdo a la información periodística que dio lugar a la investigación, en la referida visita, la parlamentaria Uribe Medina le habría señalado al ex Director: ***"¡Si no se renueva el contrato con Punto Visual, te acordarás de mí; como sea te saco del cargo!"***, lo que supuestamente se habría concretado, por cuanto, posteriormente, fue separado de su cargo. Testigos de esta "amenaza" habrían sido las trabajadoras Aurea Vicentina Evangelista Trebejo y Guísela Rocío Apolaya Ayllón, secretaria de la Dirección y secretaria del nivel primario, respectivamente.

   Asimismo, se tomó conocimiento a través de los medios de comunicación, que la congresista Uribe Medina había realizado una visita a la IEE Melitón Carvajal, el día 01 de abril de 2013, oportunidad en la que se entrevistó con su Director, Licenciado Renato Cajahuamán Bravo, y en la que, igualmente, habría acudido para favorecer los intereses de la empresa Punto Visual S.A. Esto fue afirmado por la ex subdirectora del referido Colegio, Maribel Sánchez Vargas quien señaló: **"(Cenaida Uribe) no creía que esa empresa nos podía estar pagando tanto, incluso ella llamó a un gerente de la empresa Punto Visual"**. Adicionalmente, la ex subdirectora precisó que si bien la parlamentaria Uribe Medina acudió para indagar acerca del tema de publicidad, no insistió por cuanto el Colegio ya tenía un contrato firmado con otra empresa por un precio mayor, hecho que habría constatado personalmente, pues le habrían exhibido copia del contrato respectivo.

IV. Delitos atribuidos

Artículo 385.- Patrocinio ilegal

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

Artículo 399.- Negociación incompatible

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.

V. Fundamentos

V.1. Alcance previo

4. El Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado y el artículo 11° de su Ley Orgánica, es el defensor de la legalidad y titular de la acción penal, la misma que es ejercida de oficio, a instancia de parte o por acción popular, y, sobre la base de la aplicación del principio de legalidad, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

   El Tribunal Constitucional ha establecido que el respeto al principio de legalidad también implica que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de delito, no pierda de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y la ley[2].

   Si bien constituye uno de los deberes más importantes del Fiscal, la función persecutoria de toda conducta presuntamente ilícita, a cuyo conocimiento accede de oficio o instancia de parte, debe tenerse en cuenta, también, que no toda denuncia dará lugar a una formulación de cargos como antesala al procesamiento penal (o la formulación de la denuncia constitucional en el caso de los altos funcionarios), pues para ello resulta necesario constatar la existencia de los elementos incriminatorios suficientes que sirvan de base para la formulación de una imputación de contenido penal.

   En este sentido, al realizar la calificación de la denuncia y, en su caso, las diligencias preliminares, compete al representante del Ministerio Público establecer si corresponde disponer la formalización de la denuncia constitucional o, por el contrario, desestimar el carácter delictivo de los hechos puestos en conocimiento.

V.2. Análisis y evaluación

5. A efectos de analizar y evaluar debidamente la presunta comisión de ilícitos penales por parte de la Congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina, durante sus visitas a las IEE Alfonso Ugarte y Melitón Carvajal, corresponde examinar el contenido de las diligencias actuadas por este Despacho y la documentación recabada sobre cada caso, a efectos de establecer, con objetividad, su idoneidad y validez indiciaría, así como las consecuencias que de ellas pueden derivarse.

V.2.1. Sobre la visita a la IEE Alfonso Ugarte

6. El ex Director de la IEE Alfonso Ugarte, **Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra**[3], al rendir su declaración indagatoria, obrante a fs. 396/406, manifestó que el día 01 de octubre de 2013, a las 11:20 horas, se produjo la visita de la congresista Uribe Medina a la institución educativa. Según refiere, en esos momentos se encontraba en los ambientes del nivel primario realizando sus labores habituales, siendo avisado por personal de servicio de la llegada de la citada parlamentaria; al acudir a la Dirección, encontró a la Congresista sentada en uno de los sillones de la antesala, por lo que, al hacer su ingreso ésta le preguntó si era el Director, a lo que le respondió afirmativamente. A continuación, refiere que la congresista le dijo **"yo vengo por Punto Visual, yo trabajo con Punto Visual,**

2 Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006- Exp. N0. 06167-2005-PHC-TC, fundamento 31; en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia /2006/06167-2005-HC.html.

3 Ver. Resolución Directoral UGEL-03 N° 02466 del 08 de abril de 2013, mediante la cual destaca y encarga la Dirección de la Institución Educativa "Alfonso Ugarte" al docente Apolinar Quispe Vizcarra.

y quiero que se renueve el contrato de los paneles": ante ello le respondió que eso no era posible porque tenía que llevarse a cabo una licitación ya que los montos que estaba pagando dicha empresa no eran los más adecuados. En respuesta, la congresista le habría indicado que el precio que pagaba dicha empresa se ajustaba al del mercado, a la vez que, la empresa Punto Visual S.A. tenía exclusividad en el distrito de San Isidro, insistiendo en la renovación del contrato, y, ante su reiterada negativa, la investigada señaló "si no se renueva el contrato con Punto Visual, te acordarás de mí, como sea te saco del cargo", respondiendo el ex Director que conocía sus derechos; después de ello, le hizo una pregunta más acerca de los profesores de educación física, cómo se llevaba a cabo el curso de educación física y lo relacionado con dicho tema, con lo que concluyó la conversación.

7. Por su parte la parlamentaria **Cenaida Cebastiana Uribe Medina**, al rendir su declaración indagatoria, obrante a fs. 974/983, señaló que, en efecto, el día primero de octubre de 2013, acudió a la IEE Alfonso Ugarte para entrevistarse con el Director. Según refiere, la visita se realizó de la siguiente manera: al ingresar al centro educativo y consultar por el lugar en el que estaba ubicada la Dirección, una persona de sexo masculino, a quien luego identificó como el profesor Walter León Cabrera, le informó que esta se encontraba en el segundo piso del pabellón principal; al acudir a dicho lugar, salió a su encuentro la secretaria de la Dirección, cuyo nombre conoció recién a raíz de la denuncia en su contra, identificándola como **Ada del Pilar Ortiz Tello**, a quien le manifestó que venía a conversar con el Director. El profesor León Cabrera, que en un primer momento le había indicado donde estaba ubicada la Dirección, se hizo presente en el lugar, acompañándola a la antesala de la misma, lugar en el que permanecieron por unos minutos, entablando un breve diálogo sobre temas generales; seguidamente, hizo su ingreso el entonces Director Apolinar Quispe Vizcarra, optando el profesor León Cabrera por retirarse. En el diálogo con el Director, le hizo saber su preocupación por las denuncias de las que había tomado conocimiento días previos, referidas a presuntos malos manejos que se vendrían realizando en la institución educativa, atinando el Director únicamente a responder "yo conozco mis derechos"; luego de esto procedieron a hablar sobre temas deportivos, manteniendo en todo momento un tono calmado en la conversación. Según indica la congresista investigada, esta reunión duró alrededor de quince minutos, y no fue coordinada puesto que se trató de una visita inopinada para tratar temas específicos referidos a las denuncias que le habían hecho llegar diversas personas, así como de las que había tomado conocimiento en sesión de la Comisión de Deporte de la cual es integrante. Culminada la reunión, el Director abrió la puerta de la antesala de la dirección, se despidieron en forma cordial, hizo lo propio con la secretaria que se encontraba sentada en su escritorio y se retiró, abandonando el Colegio.

8. Sobre el particular, en los actuados de la investigación, a fs. 455/456 obra copia fedateada por el supervisor de la empresa SESPAR S.A.C. -encargada de la seguridad de la IEE Alfonso Ugarte-, del cuaderno de ocurrencias correspondiente al día martes 01 de octubre de 2013. En dicho registro consta el ingreso por la puerta principal de la congresista de la República Cenaida Cebastiana Uribe Medina, el mismo que se produjo a las 11:20 horas, consignándose como motivo de la visita, acudir a la Dirección de la institución educativa.

9. Ahora bien, como es posible apreciar, existe discrepancia en lo vertido por el ex Director Apolinar Quispe Vizcarra, respecto de lo señalado por la congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina, lo cual tiene que ver, por un lado, con los temas tratados durante su diálogo, y, por otro, sobre las circunstancias en las que se produjo la reunión; más aún si

se tiene en cuenta que las personas que han concurrido a este Despacho en calidad de testigos de la misma, han proporcionado versiones contradictorias

10. En efecto, en cuanto a lo sostenido por el ex Director Quispe Vizcarra, obra el testimonio de **Aurea Vicentina Evangelista Trebejo**, quien, al rendir su declaración indagatoria obrante a fs. 687/695, manifestó que ocupa el cargo de secretaria de la Dirección desde el año 2008 y. respecto de la visita efectuada por la Congresista indicó que, aproximadamente a las 11.40 horas del 01 de octubre de 2013, la citada Parlamentaria se hizo presente en la Dirección, ingresando directamente a la antesala del Despacho manifestando que quería hablar con el Director, optando por invitarla a sentarse mientras salía a buscar al Director, quien llegó en esos instantes y procedió a atender a la congresista. Asimismo, refiere que durante la conversación que sostenían Apolinar Quispe Vizcarra y la Congresista investigada, ingresó al despacho privado del Director para dejar documentos, para lo cual atravesó la antesala -lugar en el que se desarrollaba el diálogo-, en ese momento se percató que había hecho lo mismo la señora Guísela Rocío Apolaya Ayllón, secretaria del nivel primario, por lo que, ambas dejaron los documentos que portaban en el escritorio del despacho privado, y procedieron a salir; al cruzar la antesala indica haber escuchado de manera circunstancial que la congresista investigada le increpaba al Director diciéndole **"si no se renueva el contrato, te acordarás de mí, como sea te saco del cargo"**.

11. Por su parte, la señora **Guísela Rocío Apolaya Ayllón,** al rendir su declaración indagatoria de fs. 715/722, refiere que desde el año 2008 se desempeña como secretaria del nivel primario y, el día de la visita de la congresista a la IEE Alfonso Ugarte. el entonces director, Apolinar Quispe Vizcarra, durante el recorrido que acostumbraba realizar a los pabellones de inicial y primaria, le solicitó que le lleve el reporte de la cantidad de alumnos con que contaba el colegio en ambos niveles; precisa que al obtener dicha información, acudió a la Dirección para entregarla al Director, observando que la puerta de la antesala que da acceso al despacho privado del Director se encontraba abierta, pues la señora Aurea Vicentina Evangelista estaba ingresando, optando por hacer lo mismo, sin percatarse de la persona con la que estaba conversando el Director Luego de dejar los documentos en el Despacho, al salir con la señora Aurea Evangelista Trebejo, escuchó que la persona con quien hablaba el Director, le dijo **"si usted no renueva el contrato con Punto Visual, lo voy a sacar del cargo"**, pudiendo reconocer en ese momento que la persona con la que conversaba el Director era la congresista Cenaida Uribe Medina.

12. Adicionalmente, las servidoras **Aurea Vicentina Evangelista Trebejo y Guísela Rocío Apolaya Ayllón,** niegan que al momento en el que se produjo la entrevista haya estado presente otra persona en la Secretaría o el Despacho del Director.

13. En contra de estas versiones, como se ha mencionado, la congresista Cenaida Uribe Medina, señaló que en la Dirección de la referida Institución Educativa sólo fue recibida por una persona a la que describió e identificó como **Ada del Pilar Ortiz Tello**, no habiéndose percatado de la presencia de las servidoras **Aurea Vicentina Evangelista Trebejo y Guísela Rocío Apolaya Ayllón**, en la Secretaría o que hayan ingresado a la antesala de la Dirección durante la reunión.

14. Sobre el particular, a fs. 772/778, obra la declaración de la mencionada **Ada del Pilar Ortiz Tello**, quien señaló tener el cargo de Oficinista II, desempeñándose desde el 16 de julio de 2013 como secretaria de la Dirección de la IEE Alfonso Ugarte. Respecto de la visita realizada por la congresista Uribe Medina el día 01 de octubre de 2013, indicó que ese día personal de seguridad le comunicó que había venido la citada parlamentaria y que había preguntado por el Director; en esos momentos, según refiere, el entonces Director

Quispe Vizcarra no se encontraba en la oficina, por lo que salió a buscarlo; al salir vio que la Congresista se acercaba en compañía del profesor Walter León Cabrera, ella la saludó y le dijo que quería hablar con el Director. En vista de que éste no se encontraba presente, la Congresista y el docente que la acompañaba ingresaron a la antesala de la Dirección, lugar en el que conversaron por escasos minutos; optando por tratar de ubicar al Director, quien en esos precisos instantes hizo su ingreso a la Dirección, ante lo cual el profesor que conversaba con la congresista procedió a retirarse. Asimismo, señala que durante la reunión la puerta se mantuvo cerrada, habiendo ingresado sólo por breves segundos a dejar unos documentos en la mesa que se encuentra en la oficina de la Dirección, para lo cual previamente tocó la puerta en señal de aviso; tras su ingreso, logró oír al Director que dijo únicamente que "**conocía sus derechos**" Finalmente, la trabajadora Ortiz Tello refiere que en ningún momento se apersonaron a los ambientes de la Dirección las señoras Guísela Apolaya o Aurea Evangelista, y, si bien esta última, a la fecha de la visita de la congresista, prestaba apoyo a la Secretaría de la Dirección, no se encontraba presente debido posiblemente a que había salido a dejar documentos a otras oficinas como era usual; por el contrario, quienes sí acudieron a la Dirección fueron los profesores Alberto Aniceto Flores Jiménez y Mariela Calderón Alzadora, a los que informó que el Director se encontraba ocupado atendiendo a la Congresista.

15. En el caso del mencionado **Alberto Aniceto Flores Jiménez**, al rendir su declaración indagatoria de fs. 832/839, señaló que ocupa el cargo de Subdirector del Área Técnica del Colegio desde el año 2002, asimismo, durante el mes de octubre del año 2013, se desempeñó como encargado de la oficina de la Subdirección de Formación General, la cual se encuentra en el mismo pabellón en el que se ubica la Dirección, distando unos quince metros aproximadamente. Con relación a la visita de la congresista investigada refirió que, el día primero de octubre de 2013, se percató de su presencia ya que pudo ver que ésta se dirigía a la Dirección en compañía del docente Walter León Cabrera; seguidamente, al acudir a la oficina de la Subdirección de Formación General, la secretaria de nombre Fanny Confieras, le informó que habían documentos para despachar, a lo que le respondió que todavía no le habían hecho entrega del memorándum de encargatura correspondiente, por lo que, decidió acercarse a la Dirección para solicitar al entonces Director Quispe Vizcarra que le haga entrega del referido memorándum. Al llegar a la Dirección, pudo observar que la puerta de la antesala que da acceso al despacho del Director, se encontraba cerrada, motivo por el cual le preguntó a la secretaria de la Dirección, de nombre **Ada del Pilar Ortiz Tello**, si el Director se encontraba ocupado, respondiéndole la referida secretaria, que se encontraba atendiendo a la congresista Cenaida Uribe. Frente a ello, esperó unos minutos, y al ver que no salían de su reunión, optó por retirarse, indicándole a la secretaria que le avisara cuando el Director estuviera desocupado. Fue así que, ya en horas de la tarde, se acercó a la Dirección y pudo hablar con el ex Director Quispe Vizcarra, quien en ese momento le hizo entrega del memorándum de encargatura sin hacer mayores comentarios. Igualmente, puntualizó el Subdirector Flores Jiménez, que durante los minutos que permaneció en la Dirección esperando a que termine la conversación entre el ex Director y la congresista, no vio en ningún momento a las señoras Aurea Evangelista Trebejo o Guísela Apolaya Ayllón; en el caso de esta última, incluso, era poco probable su presencia, pues su oficina se encontraba bastante alejada de la Dirección del Colegio.

16. En cuanto a lo señalado por la profesora **Mariela Calderón Alzamora,** según su declaración indagatoria de fs. 900/904, se desempeñaba como docente y a la vez Coordinadora de Actividades del Colegio Alfonso Ugarte. Respecto a los hechos investigados sostuvo que el indicado día acudió a la Dirección para coordinar lo relacionado con una actividad

de homenaje al Señor de los Milagros que se realiza habitualmente el último viernes de octubre de cada año. En el lugar se percató que la puerta de acceso a la antesala de la oficina del Director estaba cerrada, encontrando a la señora **Ada Ortiz** en su escritorio de la Secretaría, indicándole que deseaba conversar con el Director para informarle los problemas para obtener el permiso para la procesión; la señora Ada Ortiz, le informó que el Director estaba ocupado conversando con la Congresista Cenaida Uribe. Ante ello le dijo a la indicada secretaria que regresaría luego para coordinar con el Director, procediendo a retirarse del lugar. Al igual que en el caso del subdirector Flores Jiménez, durante el breve tiempo que estuvo en la Dirección esperando ser atendida, no vio ni a la señora Evangelista Trebejo ni a la señora Apolaya Ayllón.

17. A fs. 856/861 obra la declaración del profesor **Walter Hugo León Cabrera**, quien refirió desempeñarse como encargado de disciplina en el nivel secundario de la IEE Alfonso Ugarte; y, sobre la visita efectuada por la congresista Uribe Medina indicó que, aquel día, cuando se encontraba realizando sus labores habituales, se percató del ingreso de la parlamentaria por lo que se acercó a saludarla, indicándole ella en ese momento que quería hablar con el Director, respondiéndole que la oficina de la Dirección se ubicaba en el segundo piso, por lo que, la antes citada continuó su camino. Agrega que, debido a que se aproximaba la hora del recreo escolar, subió al segundo nivel para tocar el timbre, momento en el que pudo ver a la Congresista en el pasillo cerca de la Dirección, motivo por el cual se le acercó y la invitó a pasar a la antesala para que la espere sentada en uno de los sillones que se encuentran en ese lugar; al ingresar, entablaron conversación por espacio de unos minutos, siendo que al hacer su ingreso el Director Quispe Vizcarra, procedió a retirarse para continuar con sus labores. Es de indicar, por otra parte, que el citado León Cabrera indicó haber visto únicamente en la Secretaría de la Dirección, a la señora **Ada del Pilar Ortiz Tello.**

18. Tal como es posible inferir de lo hasta aquí expuesto, la sindicación efectuada contra la congresista de la República, Cenaida Uribe Medina, de haber amenazado al ex Director Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra para la renovación del contrato de la IEE Alfonso Ugarte con la empresa Punto Visual S.A., se basa en el testimonio del citado ex Director y el de las secretarias Evangelista Trebejo y Apolaya Ayllón, sin embargo, de acuerdo a la información coincidente brindada por la referida Congresista y los testigos Ortiz Tello, Flores Jiménez, Calderón Alzamora y León Cabrera, estas dos últimas no se encontraban en el lugar de los hechos, no siendo factible por tanto que hayan escuchado la supuesta amenaza.

19. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116 dictó algunas pautas relativas a la apreciación de la prueba en lo concerniente a la sindicación de agraviados-testigos, reglas que, si bien aplicables al ámbito estrictamente jurisdiccional (valoración de la prueba), sus alcances resultan extensibles también al ámbito fiscal. En dicho Acuerdo Plenario se precisó -fundamento 10- que, tratándose 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. Las garantías de certeza serían las siguientes: ***a)*** *Ausencia de incredibilidad subjetiva*, es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado que puedan incidir en la parcialidad de lo declarado; *b) Verosimilitud*, que no sólo incida 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; y, ***c) Persistencia en la incriminación***, teniendo en cuenta que es posible la existencia de algunos matices que pueden presentarse entre las declaraciones prestadas por el testigo.

20. Teniendo en cuenta lo señalado, es de precisar que si bien el testimonio brindado por el ex Director Quispe Vizcarra no se encuentra afectado por alguna relación negativa entre él y la congresista Uribe Medina que condicione su credibilidad, sin embargo, este Despacho ha llegado a la conclusión de que su testimonio no ha podido ser contrastado con base en corroboraciones periféricas que permitan su empleo como elemento válido de cargo.

21. En efecto, como ha quedado evidenciado no puede considerarse la solidez e idoneidad del testimonio de las secretarias que respaldarían la versión del ex Director, pues, además de la declaración de la Congresista Cenaida Uribe Medina, se cuenta con el testimonio de otros cuatro testigos que niegan haberlas visto aquel día en el lugar de los hechos; aserción que cobra mayor virtualidad si se toma en cuenta el breve tiempo en el que se desarrolló la conversación entre el ex Director y la congresista, ya que esta duró entre diez y quince minutos conforme lo han señalado ambos intervinientes. Ahora bien, el testimonio de cargo de las citadas secretarias no sólo es descartado sobre la base de una mera comparación cuantitativa, sino también por la documentación que obra en los actuados de la investigación.

22. Así, se tiene que, en el caso de la señora Aurea Evangelista Trebejo, quien afirmó haberse desempeñado en el cargo de secretaria de la Dirección, y desde su puesto, haber recibido a la Congresista el día de su visita, existe el documento que obra a fs. 490, correspondiente a copia fedateada del **Memorándum Nº 232-DIE-AU-2013 de fecha 16 de julio de 2013,** remitido por el ex Director Apolinar Quispe Vizcarra a la señora **Ada del Pilar Ortiz Tello**, mediante el cual se le encargó a esta última las funciones de Secretaria de la Dirección; asimismo, se precisa en el memorándum que para efectos de la entrega de los documentos pendientes, así como las llaves de la oficina, debía efectuar las coordinaciones respectivas con la señora Aurea Evangelista Trebejo, quien se había desempeñado hasta esa fecha como secretaria de la Dirección.

23. Ciertamente, las trabajadoras Ortiz Tello como Evangelista Trebejo afirman haber desempeñado el cargo de secretaria a la fecha en que se produjo la visita de la congresista investigada, habiendo señalado ambas, además, que sus funciones las realizaban en el mismo lugar pues sus escritorios se ubicaban próximos el uno del otro; ello no descarta, como es posible inferir, que las labores por ellas desempeñadas, hayan sido compartidas llevando a cabo tareas comunes. Sin embargo, los elementos objetivos con que se cuenta, y, en particular, el citado Memorándum, acreditan que el cargo de secretaria de la Dirección a la fecha de la visita de la Congresista, era desempeñado por la señora **Ada del Pilar Ortiz Tello**, información que es ratificada, también, con el **Oficio Nº 056-2014-DIE-"AU"-UGEL03** emitido por el actual Director de la IEE Alfonso Ugarte, en el que señala que al mes de octubre de 2013, la señora Aurea Evangelista Trebejo, se desempeñaba como personal de apoyo a la Secretaría de la Dirección, así como encargada de la Mesa de Partes del plantel, mientras que la señora Ada del Pilar Ortiz Tello, era quien se desempeñaba como secretaria de la Dirección. Finalmente, en este punto cabe acotar que, si bien al rendir su declaración indagatoria, la trabajadora Evangelista Trebejo acompañó copia del Memorándum Nº 031-SDADM-IE-2013 de fecha 05 de marzo de 2013, que le dirigió la Subdirectora Administrativa de la institución educativa Marina Goetendía Alarcón, a través del cual se le encargó a partir de la indicada fecha, las funciones de secretaria de la Dirección, empero, a través del Memorándum Nº 232-DIE-AU-2013

antes señalado, fue la señora **Ada del Pilar Ortiz Tello**, quien asumió dicho cargo de Secretaria desde el 16 de julio de 2013, no obrando en los actuados documento alguno que permita constatar que con posterioridad a esa fecha, y durante el mes de octubre de 2013, Aurea Evangelista, haya retomado el cargo de Secretaria.

24. Por su parte, en el caso de la señora **Guísela Rocío Apolaya Ayllón** se tiene que, de acuerdo al referido **Oficio Nº 056-2014-DIE- "AU"-UGEL03,** la antes citada ostenta el cargo de Oficinista II, desempeñándose como secretaria de la Subdirección del nivel primario hasta la actualidad. Sobre su presencia el día de los hechos en la oficina de la Dirección, según el **Oficio Nº 113-2014-DIE-"AU"-UGEL03,** que obra en copia a fs. 485, el actual Director de la IEE Alfonso Ugarte informó que la antes citada no realizó despacho alguno en la Dirección de la Institución Educativa el día 01 de octubre de 2013, como indicó en su declaración indagatoria. En este sentido, si bien la citada secretaria Guísela Apolaya Ayllón afirmó haber acudido al despacho de la Dirección el día de la visita de la Congresista, no se cuenta con elementos objetivos que corroboren dicha afirmación, y, consecuentemente, que permitan sostener que, en efecto, haya oído la supuesta frase amenazante que la congresista Uribe Medina le habría dirigido a Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra.

25. Contrariamente a lo señalado por el ex Director Quispe Vizcarra, así como por las testigos Evangelista Trebejo y Apolaya Ayllón, cobra virtualidad lo referido por la parlamentaria investigada, en el sentido de que acudió a la IEE Alfonso Ugarte con fines de fiscalización. En efecto, de los actuados de la investigación se desprende que la referida congresista había tomado conocimiento de denuncias por presuntos malos manejos en la gestión económica de la IEE Alfonso Ugarte, lo que, como ha señalado, fue el motivo de la visita inopinada que realizó. En este sentido, obra en los actuados a fs. 987/1021, copia fedateada del acta de la sesión de fecha 09 de setiembre de 2013, de la Comisión de Educación, Juventud y Deporte del Congreso de la República en la que, su Presidente, congresista Daniel Mora Zevallos, dio cuenta de la visita que realizó al referido colegio, oportunidad en la cual recibió quejas del personal administrativo y de servicio contra autoridades de la institución. Asimismo, en su declaración indagatoria de fs. 974/983 la congresista Uribe Medina mencionó que personal de la IEE Alfonso Ugarte se le acercó para hacerle llegar denuncias contra su entonces director Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra y, como prueba de ello adjunta copia del **Oficio Nº 101 -2013-2014/CUM-CR de fecha 16 de setiembre de 2013** (fs. 891), que la congresista cursó a la entonces Ministra de Educación Patricia Salas O'Brien, informándole que la comunidad educativa de la referida institución le había manifestado su preocupación debido a que se vendrían produciendo irregularidades en el manejo financiero de la concesión de la cochera y demás áreas del Colegio, entre otras observaciones sobre la gestión del ex Director Quispe Vizcarra. Como puede inferirse de los documentos a los que se ha hecho referencia, existían razones para que la congresista de la República acudiera al citado Colegio y realice las labores de fiscalización que ha señalado, las mismas que, además, resultan acordes al marco legal que regula sus actuaciones, tal como es de verse en el literal f) del artículo 23 del Reglamento del Congreso de la República que establece que los congresistas deben atender las denuncias debidamente sustentadas y documentadas de la población, y fiscalizar a las autoridades respectivas; asimismo, de acuerdo a lo señalado en el Oficio Nº 0788-5605-4-2013-2014-DGP/CR suscrito por el Director General Parlamentario obrante a fs. 1044/1045, tanto el citado Reglamento como el Código de Ética Parlamentaria, no regulan deber alguno de los congresistas de informar las visitas realizadas en su labor de fiscalización, a excepción del informe anual previsto en el artículo 5 del citado Código de

Ética, informe cuya fecha de presentación para el presente período correspondiente a la legislatura 2013-2014 aún no ha vencido.

26. Ahora bien, prosiguiendo con el análisis del presente caso, se tiene que, tal como se desprende de la información periodística de autos, la supuesta amenaza dirigida contra Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra se habría materializado con el cese de sus funciones en el cargo de Director. Al respecto, conforme es de verse a fs. 794, mediante la Resolución Directoral Nº 15542-UGEL 03 de fecha 23 de diciembre de 2013, el Director de Programa Sectorial II de la Unidad de Gestión Educativa Local Nº 003, Marco Antonio Arriaga La Rosa, resolvió dar por concluido el destaque y encargatura de la Dirección de la IEE Alfonso Ugarte a Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra por los motivos señalados en los considerandos de la resolución. Analizado el citado resolutivo se observa que, en él sólo se hace referencia al Memorándum Nº 2072-2013-UGE.03/OD dirigido por el citado Director a la Especialista Administrativa de Personal Gladys Pisconti Sánchez, y que en copia fedateada se acompaña a fs. 795 a través del cual le solicita que elabore el proyecto de resolución respectivo dando por concluida la encargatura de Quispe Vizcarra; en este caso, el documento tampoco hace mención a circunstancia o razón que motive dicha medida.

27. Al rendir su declaración indagatoria, obrante a fs. 917/922, el ex Director de la UGEL 03, Marco Antonio Arriaga La Rosa señaló que la medida dispuesta del cese de la encargatura a favor del ex Director Quispe Vizcarra, se encuentra amparada en la ley, y tuvo su justificación en los hallazgos efectuados por los funcionarios que realizaron una auditoría al manejo contable que venía realizando en la IEE Alfonso Ugarte. Estos hallazgos ponían en evidencia una serie de observaciones, las cuales pese a habérselas puesto en conocimiento, y cursado las respectivas comunicaciones apercibiéndolo para que cumpla con subsanarlas, no lo hizo, demostrando una actitud renuente y poco transparente, motivos por los cuales tomó la decisión de dar por concluido su destaque y encargatura, en resguardo de los fondos con que cuenta la institución educativa. Sobre los motivos por los cuales no se consignó en la Resolución Directoral N" 15542-UGEL 03 los hallazgos de la auditoría realizada, según refirió, ello se debió a que dichas observaciones constitutivas de posibles infracciones, debían seguir su trámite a través del procedimiento respectivo, al final del cual se determinarían las responsabilidad a que hubiera lugar.

28. Lo señalado por el citado ex Director de la UGEL 03 se corrobora con la copia del Informe Nº 037-2013-UGEL.03/AGA-CONT, suscrito por los contadores Carlos Sialer Ubillús y Linda Huayta Bonifacio de fecha **04 de diciembre de 2013** (fs. 554/558), que establece que el Director de la IEE Alfonso Ugarte, en su condición de Presidente del Comité de Gestión de Recursos Propios habría venido incumpliendo las obligaciones establecidas en la normativa vinculada a la gestión de recursos propios, conforme a las observaciones establecidas en el análisis contenido en el citado Informe. Adicionalmente, a fs. 560/561 obra copia del Informe Nº 48-AC-UGA-DRELM-2013 de fecha **20 de diciembre de 2013** suscrito por la contadora Linda Huayta Bonifacio, y, a fs. 563/565, aparece copia del Informe Nº 039-2013-UGEL.03/AGA-CONT de fecha **23 de diciembre del mismo año**, suscrito por el contador Sialer Ubillús; en ambos se señala que, si bien el ex Director Quispe Vizcarra remitió el Oficio Nº 00631-DIE-AU-2013 acompañando documentación variada, no cumplió con levantar las observaciones que le fueron comunicadas, más aún si el Director de la UGEL 03, mediante Oficio Nº 009627-2013-UGEL.03/OD de fecha **05 de diciembre de 2013,** cuya copia obra a fs. 414, lo había exhortado bajo responsabilidad funcional

a dar cumplimiento estricto de lo señalado en el citado Informe Nº 037-2013-UGEL.03/ AGA-CONT.

29. De lo expuesto hasta el momento se desprende que, no se cuenta con elemento alguno que permita afirmar que el cese del destaque y encargatura del ex Director Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra, haya sido producto del cumplimiento de la amenaza que supuestamente le dirigió la congresista de la República Cenaida Uribe Medina; por el contrario, los documentos a los que se ha hecho referencia, y, los alcanzadas por el citado ex Director de la UGEL 03 Marco Antonio Arriaga La Rosa, según comunicación obrante a fs. 198/200, acreditan que al momento de expedirse la Resolución Directoral Nº 15542-UGEL 03, existían observaciones que, según los especialistas tanto de la UGEL 03 como de la Dirección Regional de Educación de Lima, no habían sido levantadas y que determinaban adoptar medidas urgentes y concretas para cautelar el patrimonio de la Institución.

30. Por su parte, al rendir su declaración indagatoria, el representante legal de la empresa Punto Visual S.A., Carlos Antonio Sotomayor Castillo[4], obrante a fs. 924/933, descartó cualquier vinculación de la empresa con la congresista Uribe Medina, ya que para efectos de las negociaciones o renovaciones de sus contratos de publicidad, cuentan con el personal especializado del área de Marketing y Ventas, no habiendo solicitado ni aceptado ofrecimiento alguno de la congresista para que interceda por la empresa ante alguna autoridad.

31. Es preciso señalar, además, que el ex Director Apolinar Lizandro Quispe Vizcarra, sostiene su versión en que la empresa Punto Visual S.A. tenía conocimiento previo de la decisión de dar por concluido su destaque y encargatura, basado en que en su carta de fecha 26 de diciembre de 2013, obrante a fs. 376 vuelta/377 -la misma fecha en que se le comunicó su cese de funciones-, se consignó que en su condición de Director, se encontraba imposibilitado de llevar adelante el proceso de licitación para el alquiler de los paneles publicitarios; sin embargo, el citado representante de Punto Visual S.A., precisó que dicha carta fue cursada en respuesta a la forma arbitraria en que presuntamente venía conduciendo dicho proceso de licitación, y porque, además, según información brindada por trabajadores de la institución educativa Alfonso Ugarte, quienes no proporcionaron sus nombres, habían tomado conocimiento de la visita realizada por funcionarios de la UGEL 03 en la que se habían hallado observaciones respecto del manejo económico en la institución educativa; tomando conocimiento, a la vez, que en tanto estas no sean levantadas, el Comité de Gestión de Recursos Propios no podría ejecutar las funciones contenidas en los literales e), g) y h) del artículo 8 del Decreto Supremo Nº 028-2007-ED que regula su funcionamiento.

32. Revisada la carta cursada a Apolinar Quispe Vizcarra, no se desprende de su tenor referencia alguna al cese de su encargatura como Director de la IEE Alfonso Ugarte; es más, según se observa, esta carta le fue cursada en su condición de Director de dicho plantel, hecho que revelaría la contradicción incurrida por el referido ex Director Quispe Vizcarra, sí se tiene en cuenta que supuestamente ya habían tomado conocimiento de su cese de funciones.

33.. Como se puede colegir, no se cuenta en el presente caso con suficientes elementos de cargo que permitan atribuir a la congresista investigada Cenaida Cebastiana Uribe Medina, la presunta comisión de los ilícitos investigados, dado que, como ha quedado evidenciado,

4 Ver, copia del registro de vigencia de poder, otorgado por la empresa Punto Visual S.A a favor de Carlos Antonio Sotomayor Castillo, obrante a fs 934.

los testimonios incriminatorios en su contra no han podido ser corroborados con otros elementos que los doten de virtualidad, impidiéndose, a la vez, alcanzar en la presente investigación, indicios que lleven a sostener una sospecha razonable que fundamenten la formulación de una denuncia constitucional ante el Congreso de la República.

V.2.1. Sobre la visita a la IEE Melitón Carvajal

34. Según las informaciones periodísticas posteriores al reportaje de Cuarto Poder de fecha 09 de febrero del presente año, la congresista investigada, en la visita que realizó a la IEE Melitón Carvajal el día 01 de abril de 2013, también habría solicitado información respecto del panel publicitario que tiene instalado dicho Colegio, con la intención supuestamente de favorecer a la empresa Punto Visual S.A. Al respecto, a fs. 571/577 obra la declaración de **Maribel Antonio Sánchez Vargas,** quien se desempeñaba como Subdirectora Administrativa de la citada institución, manifestando que el día de la visita de la congresista Uribe Medina, el director Renato Cajahuamán Bravo la convocó al frontis del plantel, donde también se encontraba la congresista, percatándose que estaban hablando del pintado de la fachada de la institución. Cuando se acercó al Director para preguntarle cuál era el motivo de la visita de la congresista, éste le refirió que había venido por el tema de la publicidad. Adicionalmente a ello, la citada Sánchez Vargas indicó que en el momento que se encontraban en el frontis del plantel, la congresista se encontraba hablando por teléfono, posiblemente con un ejecutivo de la empresa Punto Visual S.A., ya que lo hacía mirando hacia el panel publicitario.

35. A fs. 758/766 obra la declaración del citado Renato Ramiro Cajahuamán Bravo, quien en su condición de Director de la IEE Melitón Carvajal refirió que, en efecto, la congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina realizó una visita al centro educativo el día 01 de abril de 2013 al promediar las 12:30 horas aproximadamente[5]. En dicha visita conversaron sobre temas generales vinculados al deporte en el colegio y las necesidades del plantel; asimismo, le dijo que había traído un donativo consistente en bolsos conteniendo materiales deportivos. Posteriormente, le preguntó si contaba con alguna alumna con condiciones para practicar el vóley, a lo que le dijo que sí, haciéndose acreedora de una beca deportiva. Luego, hicieron un recorrido del colegio, siendo que durante el desarrollo del mismo, casi al final de la visita, y encontrándose próximos a la puerta de ingreso, la congresista le dijo que le iba a hacer entrega de los bolsos con materiales deportivos que tenía en su vehículo, momento en el cual divisó el panel publicitario con el que cuenta la institución educativa, preguntándole a quién se lo alquilaban, respondiéndole que a la empresa Best Spot. Ante ello, ésta le preguntó a cuánto ascendía el monto que les pagaba dicha empresa, indicándole que este ascendía a la suma de S/. 50 000,00 Nuevos soles[6]. Ahora bien, en cuanto a si la congresista se encontraba hablando por teléfono con algún representante de la empresa Punto Visual S.A. señaló únicamente que la referida parlamentaria constantemente se encontraba conversando a través de su celular.

36. Al rendir su declaración indagatoria, la congresista Cenaida Uribe Medina negó haber tratado con el Director Cajahuamán Bravo, aspectos relativos a la suscripción del contrato suscrito por la IEE Melitón Carvajal para la colocación de un panel publicitario, mucho menos el monto acordado, ya que la visita realizada tuvo por finalidad, además de la

5 Ver, cuaderno de ocurrencias del día 01 de abril de 2013, obrante en copia a fs. 191/192, en el que se registra el ingreso de la Congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina, a las 12:34 horas.

6 Ver, copia del Convenio de Cooperación Mutua entre la institución educativa Melitón Carvajal y la empresa MR Publicidad S.A.C. (BEST SPOT), obrante a fs. 184/186.

entrega de los bolsos con material deportivo, la verificación in situ de la correcta marcha de la actividades en la institución educativa y conocer las necesidades que pudieran presentar.

37. En este sentido, es de tomar en cuenta, que en el caso de esta visita, ninguno de los testigos antes referidos han mencionado la existencia de algún tipo de intervención concreta o sugerida de la Congresista de la República Uribe Medina, con la finalidad de favorecer los intereses de la empresa Punto Visual S.A.; máxime si como se puede observar en las vistas fotográficas de fs. 1051, la visita realizada por la congresista investigada a la IEE Melitón Carvajal, tuvo por cometido el señalado por ella en su declaración indagatoria, las mismas que, al igual que en el caso de la visita realizada a la IEE Alfonso Ugarte, se encuentran dentro del marco de sus legales atribuciones.

VI. Conclusión

38. En consecuencia, no se ha verificado en los actuados de la investigación, elementos que acrediten que la Congresista de la República Cenaida Uribe Medina, valiéndose de su alto cargo, haya patrocinado ilegítimamente los intereses de la empresa Punto Visual S.A. ante la IEE Alfonso Ugarte o Melitón Carvajal, o que, indebidamente en forma directa, indirecta o por acto simulado se haya interesado, en provecho propio o de tercero, por la renovación del contrato que dicha empresa tenía con la IEE Alfonso Ugarte.

39. Más aún, llama la atención el prolongado espacio de tiempo que distó entre la visita efectuada por la Congresista a la IEE Alfonso Ugarte (mes de octubre de 2013) y la denuncia interpuesta en su contra, ante el Congreso de la República (mes de enero de 2014), presentada, incluso, por una persona que no estuvo presente durante dicha visita. Igualmente, en el caso de la visita realizada a la IEE Melitón Carvajal, que tuvo lugar el 01 de abril de 2013, solo se tuvo conocimiento de ella hasta la difusión de las informaciones periodísticas del mes de febrero del presente año; siendo que, en ninguno de ambos casos, los Directores que atendieron a la mencionada Congresista, pusieron en conocimiento de alguna autoridad las supuestas presiones o injerencias que habrían recibido.

40. Por consiguiente, no contándose con elementos de juicio que posibiliten la formulación de una denuncia constitucional contra de la congresista Cenaida Uribe Medina, corresponde archivar los actuados de la investigación.

Siendo esto así, de conformidad con las atribuciones conferidas por el artículo 159, inciso 4, de la Constitución Política del Estado, el artículo 1 de la Ley Nº 27399, y, en concordancia con lo establecido en el inciso artículo 334.1 del NCPP.

SE RESUELVE:

NO HA LUGAR a formular denuncia constitucional contra la Congresista de la República **Cenaida Cebastiana Uribe Medina,** por la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de **Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible,** en agravio del Estado, archivándose los actuados de la materia.

Regístrese, notifíquese y archívese.-

Dr. José Antonio Peláez Bardales

Fiscal de La Nación

§ 36. Negociación incompatible y patrocinio ilegal: Investigación N.º 037-2014 (12/09/2014)

a. Negociación incompatible. Ámbito de competencias. Para poder imputar el delito de Negociación Incompatible *materia de investigación, no basta con que tenga el status de funcionario público, y, por tanto, se encuentre impedido, al igual que la generalidad de los funcionarios públicos, de contratar con el Estado, sino que es necesario que posea adicionalmente una competencia específica para intervenir en un contrato u operación vinculado a la administración pública, esto es, que pueda desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.*

Ello, por cuanto, como ya se ha señalado, el funcionario al que se refiere el tipo penal es portador de un deber especial de corte institucional, consistente en privilegiar en los referidos contratos u operaciones en los que intervenga por razón de su cargo -como parte estatal-, los intereses de la administración pública, anteponiéndolos a cualquier tipo de interés privado, sea suyo o de tercero. Es la infracción de dicho deber, a través de una injerencia incompatible con el rol funcional del agente, la que fundamenta la responsabilidad por el delito materia de análisis.

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos, ello con el objeto de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen tales entidades, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.

El artículo 15º de la Ley menciona los tipos de procesos de selección para realizar las contrataciones estatales, a saber: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujetos a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, y, asimismo, establece quiénes conducirán cada uno de dichos procesos: un Comité Especial designado por la Entidad en las licitaciones públicas, Comités Especiales Permanentes o un Comité Especial ad hoc para las adjudicaciones directas, mientras que los procesos de adjudicación de menor cuantía estarán a cargo del órgano encargado de las contrataciones, aun cuando, de considerarlo conveniente, el titular de la entidad podrá designar un Comité Especial ad hoc o permanente.

En la medida que los procesos de contratación del Estado involucran la participación de diversos funcionarios de las entidades públicas contratantes, en ámbitos temporales determinados, cuyas responsabilidades y niveles de decisión varían de acuerdo a la naturaleza de cada proceso,

el artículo 5º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, identifica expresamente a los funcionarios y órganos encargados de las contrataciones. Ellos son: ***1)*** *El titular de la entidad, que aprueba, autoriza y supervisa los procesos de contrataciones,* ***2)*** *El área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación,* ***3)*** *El órgano encargado de las contrataciones, que es el que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad, y* ***4)*** *El Comité Especial como órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridas por el área usuaria a través de una determinada contratación. Estos son los funcionarios, servidores y órganos competentes para intervenir en dichos procesos de contratación.*

b. Patrocinio ilegal. Atipicidad del comportamiento. *Es de concluir que no existen elementos de convicción que de manera siquiera razonable abonen a la existencia de un acto concreto que ponga en evidencia que, valiéndose de su posición privilegiada al interior de la Administración Pública, el congresista* ***Gagó Pérez****, haya ejercido algún tipo de influencia o presión directa o indirecta, sobre los funcionarios que llevaron a cabo los procesos de selección en los que resultó ganadora la empresa Copy Depot S.A.*

Es más, cobra sentido lo expresado por éste, en cuanto afirma que el acto de convocar a una reunión para exponer la nueva forma de trabajo para venderle al Estado, facturando a nombre de Copy Depot S.A., no supone patrocinar, defender, representar o interceder frente a una autoridad o funcionario, pues en dicha reunión no intervino ningún funcionario sino solo particulares, por lo que no se genera un riesgo prohibido ni se afecta el bien jurídico protegido por este delito, cual es el ejercicio libre de presiones de los funcionarios encargados de las contrataciones del Estado.

De ahí que la conducta desplegada por el congresista investigado, al impartir las instrucciones para las ventas al Estado sin llegar a tener contacto, directo o indirecto, con algún funcionario de las entidades estatales contratantes, no configure el delito de Patrocinio Ilegal, sin perjuicio de que la misma pueda adecuarse a otros tipos penales, dada la simulación que implicó la estrategia diseñada, consistente de utilizar el nombre de Copy Depot S.A., empresa registralmente ajena a la familia Gagó Pérez -pero bajo su dirección en la práctica-, para facturar las ventas al Estado de las empresas Maquinarias Jaam S.A. y Faga Motors S.A., que sí son de propiedad de dicha familia, y, de ese modo burlar la prohibición de contratar con el Estado que alcanzaba al congresista ***Gagó Pérez*** *a partir de su proclamación como tal. Estando a lo expuesto, corresponde desestimar la denuncia por el delito de Patrocinio Ilegal.*

Investigación N° 037-2014

Investigado : Julio César Gagó Pérez

Delitos : Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal

Lima, 12 de septiembre del 2014

VISTA:

La investigación preliminar seguida contra el Congresista de la República Julio César Gagó Pérez por la presunta comisión de los delitos de Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal, en agravio del Estado; y,

CONSIDERANDO:

I. Competencia de la Fiscalía de la Nación

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 99° de la Constitución Política del Estado corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a diversos altos funcionarios públicos, entre ellos a los Congresistas de la República, *"... por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas."*
2. En concordancia con dicho dispositivo constitucional, el artículo 1° de la Ley N° 27399 faculta a la Fiscalía de la Nación para realizar los actos preliminares de investigación al citado procedimiento de acusación constitucional contra los altos funcionarios comprendidos en el mencionado artículo 99°, a quienes asiste la garantía constitucional del antejuicio.
3. **Julio César Gagó Pérez** fue elegido como Congresista de la República en las Elecciones Generales del 2011, las cuales se llevaron a cabo el 10 de abril de 2011, y proclamado como tal, el 01 de junio de 2011. Es por ello que, en atención a las normas de competencia *rationae personae* glosadas en los apartados precedentes, este Despacho inició la presente investigación en su contra, por los presuntos delitos de Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal en agravio del Estado, y, habiendo culminado a la fecha las diligencias programadas, corresponde emitir el pronunciamiento de ley.

II. Antecedentes

4. Con fecha 23 de febrero de 2014, los programas periodísticos "Sin Medias Tintas", de Frecuencia Latina, y "Día D" de ATV Televisión[1], difundieron dos reportajes en los que se informaba que el Congresista de la República **Julio César Gagó Pérez**, accionista junto con sus hermanos Carmen Aurora, Adrián Gerardo y María de la Paz Gagó Pérez, de la empresa Maquinarias Jaam S.A, luego de jurar el cargo, habría seguido contratando con el Estado, ya no a través de la empresa de la que es accionista, sino a través de la empresa Copy Depot S.A.
5. Habiendo tomado conocimiento de la referida noticia criminal, el Despacho de la Fiscalía de la Nación, mediante Disposición de fecha 24 de febrero del presente año, y acorde a las facultades previstas en la Ley N° 27399, resolvió promover diligencias preliminares contra el referido congresista (fojas 6/7-T. I). Asimismo, por Disposición de fecha 27 de

1 Ver Acta de Visualización y Transcripción de fojas 2047/2070-T. XI, que contiene los reportajes titulados ¿La pantalla de Gagó?, difundido por "Día D" el 23 de febrero de 2014, y "El manual del perfecto proveedor del Estado", propalado por el programa "Sin Medias Tintas" en la misma fecha; y, además, la segunda y tercera parte de este último reportaje, emitidas los días 2 y 9 de marzo de 2014.

febrero de 2014, acogiendo en parte la denuncia formulada por la Procuraduría Especializada Anticorrupción por los mismos hechos, los calificó preliminarmente como delitos de Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal (folios 42-T. I).

III. Marco fáctico de imputación

6. De acuerdo a lo señalado en las Disposiciones de fecha 24 y 27 de febrero de 2014, los hechos atribuidos al congresista de la República **Julio César Gagó Pérez,** accionista de la empresa Maquinarias Jaam S.A., radican en haber quebrantado la prohibición de contratar con el Estado, prevista en el artículo 92° de la Constitución Política y la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto, luego de jurar el cargo, habría seguido contratando con el Estado, a través de la empresa Copy Depot S.A., que, a pesar de no estar registrada a su nombre ni de sus familiares, estaría bajo su dirección.
7. La empresa Copy Depot S.A. fue constituida por Juan Teogonio Gavino Hinostroza y Amancio Virgilio Armas Vílchez -tío y trabajador de confianza de Gagó Pérez, respectivamente-, y estaría vinculada directamente a Jaam S.A, pues su local, sito en el Jr. Lampa N° 970-A, se encuentra a unos metros del local de esta última, ubicada en el Jr. Lampa N° 990, Cercado de Lima, y, además, serían trabajadores de Jaam S.A., los que habrían realizado las cotizaciones a nombre de Copy Depot S.A., siendo instruidos por el gerente de licitaciones de esta empresa, Fernando Espinoza, para que eviten consignar en las cotizaciones que enviaran por correo electrónico a nombre de Copy Depot S.A., el número telefónico de Jaam S.A. Además, el mismo congresista **Gagó Pérez** habría indicado a los trabajadores que se designarían a dos personas que trabajarían con Copy Depot S.A. y se encargarían exclusivamente de las ventas al Estado, como se desprende de los audios difundidos por la prensa, lo cual denotaría su injerencia en la gestión de dichas empresas.
8. De este modo, si bien a partir de la gestión parlamentaria de **Julio Gagó Pérez**, Jaam S.A dejó de licitar con el Estado, sin embargo, Copy Depot S.A pasó de ganar 7 licitaciones a más de 80, obteniendo un total S/.6 984 628 nuevos soles en los últimos tres años.

IV. Delitos atribuidos

9. Por los hechos señalados se imputa al congresista **Julio César Gagó Pérez** los delitos de Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible, previstos en el Código Penal en el Capítulo relativo a los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.
10. El bien jurídico protegido en ambos casos es la "Administración Pública", que se revela como un bien de tipo funcional y no de tipo estático, puesto que lo que se intenta tutelar es el "correcto funcionamiento de la Administración Pública" y no un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social. Lo que se pretende proteger de forma primordial es la función o tarea constitucional de la Administración Pública: servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. Desde esta posición la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales.[2]
11. Todo funcionario público tiene por definición "deberes de garante" para con la sociedad y el Estado, es decir, está en el imperioso deber de cumplir diligente y óptimamente sus funciones evitando la producción de resultados lesivos a la administración pública y los intereses ciudadanos. El funcionario público tiene el deber de fomentar y asegurar la

2 Feijoo Sánchez, Bernardo. "Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas." En: *Delitos contra la Administración Pública.* Francisco Heydegger y Jhuliana Altahuamán Coordinadores. Idemsa, Lima. 2013. pp. 15-16.

institución positiva de la administración pública, de su corrección y éxito en tanto gama de funciones y servicios públicos destinados en su gran mayoría a los ciudadanos.[3] Es el quebrantamiento de dichos deberes el que fundamenta la responsabilidad penal.

12. Así pues, los delitos de Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible son delitos de infracción de deber, pues sólo puede ser autor de los mismos quien tiene un deber especial extrapenal de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, esto es, un funcionario o servidor público; siendo el fundamento de la sanción la infracción de dicho deber especial.

IV.1. El delito de Patrocinio Ilegal

13. El delito de **Patrocinio ilegal** se encuentra previsto en el artículo 385° del Código penal, cuyo texto señala:

> "El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

14. El objeto del bien jurídico directamente atacado consistiría en el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios.[4]

15. Para Salinas Siccha, el hecho punible se configura cuando el sujeto activo que tiene la condición de funcionario o servidor público, por sí mismo o por intermedio de un tercero, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses, legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración pública.[5]

16. En el mismo sentido, Abanto Vásquez señala que patrocinar significa algo más que interesarse. Se exige la verificación de actos concretos ante la Administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.). Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el "uso indebido" de la "autoridad" que reviste el cargo de funcionario.[6]

17. Lo que la norma penal criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de sus calidades en el orden social para privilegiar a sus favorecidos, los cuales tienen que ser necesariamente particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas).[7]

18. Respecto a los elementos típicos del delito referidos a "valerse de la calidad de funcionario o servidor público" y "patrocinar intereses de particulares ante la administración pública", la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Sentencia de Casación N° 226-2012-Lima, ha establecido que se trata de elementos normativos del tipo que no

3 Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, 3ª reimpresión Grijley, Lima, 2007. p. 166.

4 Abanto Vásquez. op. cit. p. 274-275.

5 Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Iustita, Lima, 2009. p. 276.

6 Abanto Vásquez. op. cit. p. 274-275.

7 Rojas Vargas. op. cit. p. 435.

pueden ser interpretados de forma aislada, sino que necesariamente su interpretación tiene que ser conjunta.[8]

19. Señala, en cuanto al primer elemento:

> *"El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan –con relación a un particular- en una posición privilegiada al interior de la administración pública. Es gracias a esa función que él puede ejercer directamente el poder conferido a su persona dentro de los límites de su función. Asimismo, en razón del cargo, él puede tener algún tipo de influencia, directa o indirecta, sobre otro funcionario público.*
>
> *(...)*
>
> *Al analizarse este elemento tiene que ser contrastada la función o servicio público desempeñado y su importancia con el interés particular que se desea patrocinar. De esta forma, la idoneidad de la conducta estará en relación con el nexo entre el cargo desempeñado y el patrocinio del interés."*[9]

20. Respecto al segundo elemento normativo "patrocinio de intereses de particulares", precisa que:

> *"La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa (...).*
>
> *El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la administración pública. Por "interés del particular" se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la administración pública. La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la administración pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la administración pública en el que se le va a favorecer".*[10]

21. Es de acotar que la descripción típica no exige un patrocinio directo, esto es, que el sujeto activo acuda personalmente ante el funcionario en el que quiere influir. El tipo penal sólo requiere que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar, de manera que cuando éste solicita a otra persona que acuda ante un funcionario que tiene en sus manos una decisión sobre un particular, ya está patrocinando intereses privados, y, por tanto, su conducta resulta subsumible en el tipo penal materia de análisis.

22. Se trata de un delito de peligro, de mera actividad o de emprendimiento, por tanto, se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio prohibidos; a efectos de la consumación no importa si ello se verifica con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el sujeto activo.

23. En cuanto al tipo subjetivo, el funcionario o servidor público debe actuar dolosamente, es decir, consciente de que se halla impedido de patrocinar intereses particulares y con la voluntad de contrariar la prohibición legal.[11]

---

8 Sentencia de Casación Nº 226-2012-Lima, de fecha 26 de setiembre de 2013, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (fundamento décimo primero).

9 Fundamento décimo segundo de la misma Sentencia de Casación.

10 Fundamento décimo tercero.

11 Abanto Vásquez. op. cit. p. 297.

IV.2. El delito de Negociación Incompatible

24. El delito de **Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo,** se encuentra previsto en el artículo 399° del Código Penal, el cual establece que:

"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."[12]

25. En cuanto al objeto de protección, Fidel Rojas sostiene que *"el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas."*[13]

26. Por su parte, Sancinetti señala que lo que se protege es la transparencia de los actos administrativos y, en ese sentido, la acción prohibida por el tipo penal se configura *"... por la manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero. Lo constitutivo es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la Administración Pública".*[14]

27. Se trata de un delito especial, ya que sólo puede ser cometido por un sujeto especialmente calificado, como es un funcionario o servidor público que intervenga en los actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación. Pero, además, se exige una vinculación funcional específica, puesto que el contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor; o sea, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba -o por lo menos pueda- formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.[15]

28. Así, para que se configure el tipo objetivo del delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades, lo que ocurre cuando el funcionario o servidor que actúa como parte estatal y, por tanto, con el deber de interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado, sin embargo orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, demostrando una injerencia que resulta incompatible con su rol funcional; de modo que el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública.[16]

---

12 Texto vigente hasta el 26 de noviembre de 2013, en que se publicó la Ley N° 30111, que modificó el artículo 399°, estableciendo además de las penas privativa de libertad e inhabilitación, la pena de multa no menor de 180 ni mayor de 365 días-multa.

13 Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4° edición, 3ª reimpresión, Grijley, Lima, 2007. p. 818.

14 Sancinetti, Marcelo A. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, fascículo III, Septiembre -Diciembre 1986. Madrid. pp. 876-878.

15 Creus, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo 2, 6° edición, actualizada y ampliada, 1ª reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998. p. 301.

16 Rojas Vargas. op. cit. p. 825.

29. Enfatiza Fidel Rojas que, la calidad funcional requerida por este tipo penal con relación al autor concuerda con el rol que juega éste en la estructura de la negociación o contratación. Así, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo en las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo.
30. Ahora bien, el núcleo del injusto radica en "interesarse", de manera directa, indirecta o por acto simulado, en provecho propio o de tercero. Ello ocurre cuando el sujeto orienta su comportamiento a facilitarse una participación en el negocio o actuación que deba llevar a cabo en el ejercicio de su función, manifestando un interés particular indebido.
31. El aprovechamiento al que se refiere el precepto implica que el sujeto utiliza su condición de funcionario y se aprovecha de las funciones inherentes a su cargo para procurarse una participación indebida en un negocio o asunto. Lo relevante del tipo no es que el sujeto no se abstenga cuando tenga el deber de hacerlo sino que se prevalga del cargo para facilitarse una participación en un asunto o negocio, mostrando un interés que privilegia intereses particulares o de terceros frente a los de la Administración Pública.
32. En tal sentido, puntualiza Abanto Vásquez, que como el "interés" se produce dentro del "contrato" u "operación" que tiene a su cargo el funcionario, se dice que habría un "desdoblamiento": en una misma operación el funcionario interviene como representante del Estado y como particular interesado.[17]
33. Acorde con ello, la Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de febrero de 2013, recaída en el R.N. Nº 253-2012-Piura, ha establecido que:

> *"(...) no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo".*

34. Finalmente, desde el tipo subjetivo se exige un actuar doloso, es decir que el sujeto activo actúe conociendo el deber de lealtad que tiene de intervenir en los contratos y operaciones priorizando los intereses estatales que representa, y decidiendo de manera voluntaria supeditar el interés público a un interés particular orientado a obtener un provecho ilícito.

V. Análisis y Evaluación

V.1. Consideraciones preliminares

35. El Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159º de la Constitución Política del Estado y el artículo 11º del Decreto Legislativo Nº 052 –Ley Orgánica del Ministerio Público–, es el defensor de la legalidad y titular exclusivo de la acción penal pública, la misma que es ejercida de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, y, sobre la base de la aplicación del principio de legalidad penal, según el cual *"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."* (Artículo 2º, inciso 24, literal "d" de la Constitución).

17 Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*. Palestra, Lima, 2001. p. 274.

36. El Tribunal Constitucional ha señalado respecto al ejercicio de la acción penal, que se trata de una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, pero ha precisado también que en tanto órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, éste no puede ejercerla irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.[18] Criterios a tenerse en cuenta en el presente pronunciamiento.

5.2 Descargos del congresista Julio César Gagó Pérez y conclusiones finales de su defensa

37. En su informe de descargo[19], el congresista **Julio César Gagó Pérez** sostiene que no ha tenido injerencia alguna en el proceso de constitución de la empresa Copy Depot S.A, ocurrido el 21 de setiembre de 1999, ni ha tenido el cargo de accionista, director, funcionario o gerente de la misma, como tampoco ha ejercido alguna función de dirección o gestión de dicha empresa desde 1999 hasta la fecha. Agrega que Copy Depot S.A. es una empresa que distribuye diversos productos de oficina que compra a diversos distribuidores -y no sólo a Maquinarias Jaam S.A.- y que vende a diversos compradores -y no sólo al Estado-, y que no es una empresa de fachada creada exprofesamente para contratar con el Estado, sino una empresa que tiene autonomía financiera, bancaria, tributaria y es absolutamente independiente de su persona. Por último, sostiene que no ha tenido ninguna injerencia en los concretos y específicos procesos de contratación estatal de la empresa Copy Depot S.A., ni ha intermediado a favor de cualquier otra empresa.

38. En sus conclusiones finales[20], reitera los argumentos de su descargo y agrega que, dada la autonomía de Copy Depot S.A., no es él quien decide sus compras, ventas y estrategias de marketing, ni interviene dando instrucciones, pautas o consejos de cómo debe administrarse esta empresa, más allá del aislado incidente que un audio ilegal y descontextualizado recoge, y que tampoco ha recibido alguna suma de dinero, depósito, cheque u otro título valor de parte de esta empresa o su gerente general Amancio Virgilio Armas Vílchez, pues el único vínculo que tiene con Copy Depot S.A. es que la misma es una de las distribuidoras de Maquinarias Jaam S.A., empresa de la que es accionista junto con sus hermanos.

39. Por lo demás, refiere que no reúne la competencia especial exigida por el tipo penal del delito de Negociación Incompatible[21], pues no está encargado de los contratos y operaciones del Estado; y, además, no existen elementos de convicción que permitan afirmar que se ha interesado de manera directa o indirecta en las contrataciones del Estado con Copy Depot S.A., menos que haya realizado actos de intermediación a favor de cualquier otra empresa, pues ni siquiera los testigos de cargo han afirmado que ello haya ocurrido, tampoco los audios y e-mails aportados revelan incitación al delito, ni los funcionarios de las entidades estatales que contrataron con Copy Depot S.A. han relatado una intervención directa o indirecta del congresista, la que además deviene improbable si se tiene en cuenta que los contratos de Copy Depot S.A. se realizaron a través del Convenio Marco[22].

18 Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de setiembre de 2008 – Exp. N° 2725-2008-PHC-TC, fundamento jurídico 3. (Caso Chauca Temoche) Consultada en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02725-2008-HC.html

19 Ver Informe de Descargo presentado por el congresista Julio César Gagó Pérez, obrante a folios fojas 2598/2600-T. XIII y 2601/2617-T. XIV

20 Escrito de fecha 28 de abril de 2014. Referencia: Exponemos conclusiones finales y solicitamos archivo de la investigación (fojas 3048/3073-T. XVI).

21 Escrito de fecha 14 de julio de 2014. Referencia: Ampliamos conclusiones finales y solicitamos archivo de investigación por el delito de Negociación Incompatible (fojas 4404/4430-T. XXIII).

22 El Convenio Marco es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de

40. Afirma que se le imputa haber convocado a una reunión en la que expuso a los trabajadores la nueva forma de trabajo para venderle al Estado, facturando a nombre de la empresa Copy Depot S.A., sin embargo, se alude a una reunión informal donde no interviene funcionario alguno, sino sólo particulares, por lo que la conducta atribuida se encuentra en el ámbito del riesgo permitido y no afecta el bien jurídico protegido, máxime si no existe elemento alguno que dé cuenta de visitas a oficinas, reuniones, llamadas o correos para que los funcionarios compren o contraten con Copy Depot S.A.; es decir, no se han verificado actos concretos ante la administración que impliquen una intervención efectiva del congresista **Gagó Pérez** a favor de intereses particulares.[23]
41. Por último, en su escrito de fecha 12 de agosto de 2014, solicita el archivo definitivo de la investigación por el delito de Patrocinio Ilegal, al haber operado la prescripción de la acción penal.[24]

V.3. Análisis de las diligencias de investigación

V.3.1. La actividad empresarial del investigado Julio César Gagó Pérez

42. En el curso de la investigación se han recabado diversos elementos de convicción que acerca de la actividad empresarial del congresista **Gagó Pérez** y de un grupo de empresas vinculadas, entre ellas Maquinarias Jaam S.A., Representaciones Jaam S.A. y Faga Motors S.A., y otras empresas con estrechas relaciones comerciales dedicadas a la comercialización de bienes y a actividades complementarias a ello, como son Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L.

V.3.1.1. Empresas inscritas en los Registros Públicos

43. De la información registral recabada en la presente investigación se ha establecido que el congresista **Julio César Gagó Pérez**, junto con sus hermanos, son titulares de las siguientes empresas:
44. La empresa Maquinarias Jaam Sociedad Anónima (MAQUIJAAMSA) fue constituida mediante escritura pública de fecha 20 de diciembre de 1993, por Julio Adrián Gagó Hinostroza y sus hijos Julio César, Adrián Gerardo, María de la Paz y Carmen Aurora Gagó Pérez, con el objeto de dedicarse a toda clase de actividades comerciales e industriales, especialmente a la distribución y venta al por mayor y menor de artículos de escritorio, libros útiles escolares, etc.[25]
45. Mediante escrituras públicas del 14 de setiembre y 15 de octubre de 1999, se designó como gerente a **Julio César Gagó Pérez**, quien ocupó el cargo hasta el **30 de junio de 2011**, fecha en la cual la Junta General de Accionistas acordó aceptar su renuncia y nombrar en su reemplazo a su hermano Adrián Gerardo Gagó Pérez.

Convenio Marco. El Director Técnico Normativo (e) del OSCE, mediante Memorando N° 344-2014/TDN de folios 3082-T. XVI, ha informado que Copy Depot S.A. ha suscrito los siguientes Acuerdos de Convenio Marco: i) Acuerdo de Convenio Marco de Impresoras, Consumibles y Accesorios, al haber resultado proveedor adjudicatario de la Licitación Pública N° 001-2012-OSCE/CM, y ii) Acuerdo de Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyectores y Escáneres, como proveedor adjudicatario del Procedimiento de Incorporación de Proveedores derivado de la Licitación Pública N° 002-2012-OSCE/CM.

23 Escrito de fecha 14 de julio de 2014. Referencia: Ampliamos conclusiones finales y solicitamos archivo de investigación por el delito de Patrocinio Ilegal (fojas 4431/4453-T. XXIII).

24 Escrito de fecha 12 de agosto de 2014. Referencia: Solicito el archivo de la investigación por prescripción del delito de Patrocinio Ilegal (folios 4518/4522-T. XXIII).

25 Ver la copia literal de la partida registral N° 00246115 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, que obra a folios 1315/1334-T. VII.

46. De otro lado, la empresa Representaciones Jaam S.A. (REPREJAAMSA), fue constituida mediante escritura pública de fecha 14 de abril de 1994, por Julio Adrián Gagó Hinostroza y sus hijos Julio César, Adrián Gerardo, Carmen Aurora y María de la Paz Gagó Pérez, para dedicarse a toda clase de actividades comerciales, industriales y publicitarias, especialmente a la distribución y venta de artículos de escritorio. Por escritura pública del 14 de setiembre de 1999, se designó al directorio, conformado por **Julio César Gagó Pérez** (presidente), Julio Adrián Gagó Hinostroza y Carmen Aurora Gagó Pérez, nombrándose como gerente general a Adrián Gerardo Gagó Pérez. Posteriormente, en la Junta General de Accionistas del 20 de octubre de 2005, se aceptó la renuncia de los miembros del directorio y se nombró como nuevos miembros a Juan Teogonio Gavino Hinostroza (presidente), Amancio Virgilio Armas Vílchez y Janes del Rosario Gavino Gagó (hija de Juan Teogonio y Rosa Eustaquia Gagó Páucar de Gavino).[26]

47. De la información registral de folios 1335/1337-T. VII se desprende que por escritura pública del 03 de abril de 1986, los accionistas mencionados en los apartados precedentes junto con Manuel Gerardo Pérez Taboada, constituyeron la empresa **Editorial Gráfica Gagó S.R.L.**

48. Adicionalmente, mediante escritura pública de fecha 19 de marzo de 2008, los hermanos Gagó Pérez fundaron la empresa **Faga Motors S.A.**, dedicada a la representación, distribución, comercialización para la compra y venta de autos, camionetas, suv, pick ups, camiones, maquinaria pesada, motos y todo tipo de vehículos motorizados sean nuevos o usados; asimismo, para dar servicio de taller de mecánica para vehículos motorizados, servicio técnico, mantenimiento, pintura, como también podrá realizar la conversión de gasolina a gas, podrá comprar y vender repuestos, partes, accesorios para todo tipo de vehículos motorizados y maquinaria pesada.[27]

49. Por otro lado, a través de la escritura pública del 14 de junio de 2010 y escritura aclaratoria del 25 de agosto de 2010, los hermanos Gagó Pérez constituyeron la empresa **Service Faga S.A.C.**, con el objeto de dedicarse a la venta, alquiler y servicio técnico automotriz, ya sea en reparación y/o mantenimiento, venta de repuestos y servicios afines o conexos siempre y cuando estén relacionados con el parque automotor, sin restricción alguna.[28]

5.3.1.2 Otras empresas vinculadas a las operaciones comerciales de la familia Gagó Pérez

50. Ahora bien, durante la investigación se han recibido las declaraciones de Víctor Miguel Choque Orellana[29], Ana María Mercado Luna[30], Javier Arturo Rodrigo Mantilla[31], José Antonio Rodrigo Quispe[32], Barry Elmo Matzza Tagle[33] y Sara Añazgo Ruiz[34], quienes afirman ser ex trabajadores de Maquinarias Jaam S.A. y precisan que los hermanos Gagó Pérez

26 Así consta de la partida registral N° 00281808, obrante a folios 1386/1396-T. VII.

27 Así aparece registrado en la partida N° 12142110 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, que obra a folios 1341/1350-T. VII.

28 Ver la copia literal de la partida 12556253 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, obrante a folios 1351/1352-T. VII.

29 Ver la declaración indagatoria de Víctor Miguel Choque Orellana de folios 533/539-T. III.

30 Ver la declaración indagatoria de Ana María Mercado Luna, obrante a folios 524/527-T. III.

31 Ver la declaración indagatoria de Javier Arturo Rodrigo Quispe que obra a fojas 1573/1585-T. VIII.

32 Ver la declaración indagatoria de José Antonio Rodrigo Quispe de fojas 1586/1590-T. VIII.

33 Ver la declaración indagatoria de Barry Elmo Matzza Tagle de fojas 1636/1640-T. IX.

34 Ver la declaración indagatoria de Sara Añazgo Ruiz de fojas 3665/3672-T. XIX.

no sólo dirigen las empresas antes señaladas, que aparecen formalmente registradas a su nombre, sino también otras empresas vinculadas, que fueron inscritas exprofesamente a nombre de terceros de su entorno cercano antes de que el investigado fuera elegido como congresista, pero que siguen funcionando hasta la fecha, y que eran utilizadas de acuerdo a las circunstancias en las que Maquinarias Jaam S.A. no podía facturar, y para evadir el pago de obligaciones laborales.

51. Las empresas vinculadas a las actividades comerciales de la familia Gagó Pérez son, entre otras, Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L.

52. **Copy Depot S.A.** fue constituida mediante escritura pública de fecha 21 de setiembre de 1999, por Juan Teogonio Gavino Hinostroza (tío del congresista Gagó Pérez) y Amancio Virgilio Armas Vílchez, siendo su objeto dedicarse a toda clase de actividades comerciales e industriales, para la venta al por mayor y menor, especialmente a la importación, representación y exportación de toda clase de equipos de oficina y de artes gráficas nuevos y usados como son fotocopiadores, computadoras, impresoras, encuadernadoras, duplicadoras digitales, copiadoras de planos, impresoras offset, insoladoras, entre otros.[35]

53. Esta empresa inició sus actividades el 02 de noviembre de 1999, como aparece de la consulta en línea al Registro Único de Contribuyentes de la SUNAT de fojas 1474/1482-T. VIII, y su directorio quedó constituido, en ese entonces, por sus fundadores y, además, por Rosa Eustaquia Gagó Páucar de Gavino. Posteriormente, el 06 de enero de 2009, Juan Gavino Hinostroza transfirió la totalidad de sus acciones a Alex Fernando Armas Astete, hijo de Amancio Armas Vílchez, y por Acuerdo de la Junta Extraordinaria Universal de la misma fecha, el directorio quedó integrado por este último, como presidente, Alex Armas Astete y María Antonieta Ponce Hidalgo, quienes fueron ratificados en sus cargos por Acuerdo de la Junta de fecha 07 de enero de 2013.

54. Por otro lado, la empresa **Digital Copier Solution E.I.R.L** fue constituida por Julio César Ponce Huamán, mediante escritura pública del 28 de febrero de 2008, con un capital de S/.5 000,00 nuevos soles, para dedicarse a brindar, a personas naturales y jurídicas a nivel local y nacional, servicio de desarrollo de mercadeo en todos sus procesos, servicios de telemercadeo, gestión de procesos en ventas y afines, en especial a ventas por teléfono.[36]

5.3.1.3 Desarrollo de las actividades de las empresas Maquinarias Jaam S.A., Representaciones Jaam S.A. y las empresas vinculadas Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L.

55. En su informe de descargo ratificado en las conclusiones finales formuladas por su defensa[37], el congresista **Gagó Pérez** ha señalado que junto con sus hermanos son propietarios de las empresas Maquinarias Jaam S.A. y Representaciones Jaam S.A., más no tienen ningún tipo de participación en la dirección y/o gestión de las empresas Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L., las cuales tienen sus propios titulares, como aparece de las inscripciones registrales respectivas.

35 Ver copia literal de la partida registral N° 11134425 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, obrante a folios 1400-T. VII/1406-T. VIII.

36 Así consta de la copia literal de la partida registral N° 12134727 del Registro de Personas Jurídicas de Lima que aparece a folios 1382/1383-T. VII.

37 Ver informe de descargo de fojas 2598/2600-T. XIII y 2601/2617-T. XIV y conclusiones finales 3048/3073-T. XVI.

56. En el mismo sentido, su hermana Carmen Aurora Gagó Pérez[38] ha señalado que sólo unen a estas empresas vínculos de índole comercial, a través de contratos de distribución y de *outsourcing*.[39] Así, Maquinarias Jaam S.A., como importadora y representante de la marca Konica Minolta, tiene como una de sus distribuidoras a la empresa Copy Depot S.A., que viene a ser una intermediaria entre el importador Maquinarias Jaam S.A. y el consumidor final, que puede ser el Estado o cualquier persona natural o jurídica[40]. Asimismo, para el desarrollo de sus actividades, Maquinarias Jaam S.A. tiene celebrado un contrato de *outsourcing* con Digital Copier Solution E.I.R.L, en virtud del cual esta última se encarga de todo su proceso de ventas[41], y contrata también, vía *outsourcing*, a Representaciones Jaam S.A., para que se encargue de su contabilidad y otros temas administrativos e informáticos.

57. Al respecto, sobre la base de la información contable de las mencionadas empresas, incautada en virtud de la autorización judicial de fecha 20 de marzo de 2014[42], los analistas adscritos a este Despacho han elaborado el Informe de Análisis Financiero Nº 029-2014[43], en el cual se ha establecido que existen relaciones comerciales y contables durante los años 2011, 2012 y 2013, entre las empresas Digital Copier Solution E.I.R.L. con Maquinarias Jaam S.A. y Copy Depot S.A., y de Representaciones Jaam S.A. con Copy Depot S.A. y Maquinarias Jaam S.A., en virtud de contratos de distribución y *outsourcing*.[44]

58. Adicionalmente, el citado Informe señala que las empresas Maquinarias Jaam S.A. y Copy Depot S.A. han realizado ventas que les permiten tener capacidad económica para poder afrontar sus obligaciones hacia terceros, por las cuales han tributado de manera independiente ante la SUNAT.

59. Amparado en dicho Informe el congresista **Gagó Pérez** sostiene que ha quedado acreditada la autonomía financiera y tributaria de las empresas en mención, lo que descarta la tesis de que la empresa Copy Depot S.A. le pertenezca y haya sido utilizada para venderle al Estado, ante la incompatibilidad que alcanzaba a su empresa Maquinarias Jaam S.A.

60. No puede soslayarse el hecho de que el Informe de Análisis Financiero Nº 029-2014, efectuado por Peritos del Ministerio Público, se ha realizado, esencialmente, sobre la base de los documentos contables de cada empresa, los que, en efecto, evidencian contabilida-

38 Declaración indagatoria de Carmen Aurora Gagó Pérez de fojas 1753/1761-T. IX.

39 El *outsourcing* es un neologismos inglés que alude a la subcontratación o tercerización; es el proceso económico en el que una empresa delega los recursos orientados a cumplir ciertas tareas a una empresa externa, dedicada a la prestación de diferentes servicios especializados, por medio de un contrato. Para ello, estas últimas, pueden contratar sólo al personal, caso en el cual los recursos los aportará el cliente (instalaciones, *hardware y software*), o contratar tanto el personal como los recursos.

40 A fs.2802/2805-T. XV corren los Contratos de Distribución celebrados entre Maquinarias Jaam S.A. y Copy Depot S.A., uno vigente del 02 de enero de 2009 al 01 de enero de 2012, y el otro del 02 de enero de 2012 al 02 de enero del 2015, en virtud de los cuales Copy Depot S.A., como distribuidora, se obliga a vender y distribuir los productos adquiridos al proveedor Maquinarias Jaam S.A, bajo su razón social y cuenta y riesgo, y sin efectuar transformación alguna a los productos adquiridos.

41 A fs. 2964/3000-T. XV y 3001/3005-T. XVI obran los Contratos de Outsourcing del Servicio de Telemarketing y Ventas celebrados con periodicidad anual entre Maquinarias Jaam S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L, desde al año 2009 hasta el 2014

42 Resolución Número UNO (01), de fecha 20 de marzo de 2014, expedida por el Juez Supremo de Investigación Preparatoria, de fojas 2028/2035-T. XI,

43 El Informe de Análisis Financiero Nº 029-2014, obra a folios 3760/3815-T. XIX.

44 Información proveniente del sistema Starsoft utilizado por la empresa Representaciones Jaam S.A., cuya base de datos fue incautada por autorización judicial.

des independientes, de manera que el resultado determinará necesariamente situaciones contables diferenciadas. Dicho informe está premunido de las condiciones de imparcialidad y objetividad, propio de la actividad de los peritos designados por el Ministerio Público.

61. Los testigos Víctor Miguel Choque Orellana[45] y José Antonio Rodrigo Quispe[46] han señalado que **Copy Depot S.A.**, aun cuando figura registrada a nombre de Amancio Virgilio Armas Vílchez y otro, en realidad forma parte y es de titularidad real del grupo empresarial de la familia Gagó Pérez, integrado además de Maquinarias Jaam S.A. y Representaciones Jaam S.A., por Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L, entre otras; empresas creadas a nombre de terceras personas cercanas a los Gagó Pérez, como son Amancio Armas Vílchez, que en realidad es el responsable de la empresa Gráfica Gagó, y Julio César Ponce Huamán, quien, sostienen, es realmente el Jefe de Ventas de Maquinarias Jaam S.A..

62. Sobre el particular, el señor Amancio Virgilio Armas Vílchez ha señalado en su declaración indagatoria[47], que es el propietario de la empresa Copy Depot S.A., la cual fundó junto a Juan Teogonio Gavino Hinostroza (tío del congresista Gagó Pérez), con la finalidad de vender fotocopiadoras; en un inicio, máquinas de segundo uso, pero actualmente máquinas nuevas, las cuales compra, entre otros, a Maquinarias Jaam S.A. Asimismo, ha precisado que la familia Gagó Pérez no tiene ninguna injerencia en su empresa Copy Depot S.A. -máxime si Teogonio Gavino Hinostroza dejó de ser accionista de la misma en el año 2009, y sus acciones fueron adquiridas por Alex Fernando Armas Astete-, y que sólo lo une a Maquinarias Jaam S.A. una relación comercial, por ser ésta la distribuidora exclusiva de la marca Konica Minolta, cuyos productos comercializa Copy Depot S.A.

63. Por su parte, Julio César Ponce Huamán[48] ha manifestado ser el titular de la empresa Digital Copier Solution E.I.R.L, la que fundó en el año 2008, y a través de la cual brinda servicios de "outsourcing" de vendedores a las empresas Jaam S.A. y Copy Depot S.A. Para ello, afirma, se encarga de captar a los vendedores, capacitarlos, entrenarlos y supervisarlos, y, asimismo, de abonarles sus remuneraciones y comisiones de ventas.

64. Debe destacarse sobre la base del Informe de Análisis Financiero Nº 029-2014[49] se ha establecido que existen relaciones comerciales y contables durante los años 2011, 2012 y 2013, entre las empresas Digital Copier Solution E.I.R.L. con Maquinarias Jaam S.A. y Copy Depot S.A., y de Representaciones Jaam S.A. con Copy Depot S.A. y Maquinarias Jaam S.A., en virtud de contratos de distribución y *outsourcing*; situación que configura el empleo de contratos típicos y permitidos por nuestro ordenamiento jurídico y que no revela ni sirve como indicador de alguna actividad delictiva o siquiera irregular en las relaciones comerciales de dichas empresas.

65. El hecho de que haya una relación comercial entre empresas dentro de un mismo rubro y actividad es común y una práctica extendida en el tráfico económico moderno, sin que una relación comercial, no negada -sino abiertamente reconocida por los diversos testigos-, pueda ser tomada como indicador de una conducta disvaliosa o antijurídica.

45 Indagatoria de Víctor Miguel Choque Orellana de folios 533/539-T. III.

46 La declaración indagatoria de José Antonio Rodrigo Quispe obra a fojas1586/1590-T. VIII.

47 Ver la declaración indagatoria de Amancio Virgilio Armas Vílchez, obrante a fojas 2037/2046-T. XI.

48 Ver la declaración indagatoria de Julio César Ponce Huamán, que obra a folios 2956/2963-T. XV.

49 El Informe de Análisis Financiero Nº 029-2014, obra a folios 3760/3815-T. XIX.

66. Asimismo, se debe puntualizar que la empresa Copy Depot S.A. fue constituida mediante escritura pública de fecha **21 de setiembre de 1999**, por Juan Teogonio Gavino Hinostroza (tío del congresista Gagó Pérez) y Amancio Virgilio Armas Vílchez, siendo su objeto dedicarse a toda clase de actividades comerciales e industriales, hecho que revela que su creación y funcionamiento ha sido anterior en aproximadamente doce (12) años al ejercicio del cargo Congresal del señor Julio Gagó Pérez. En este sentido, no existe indicadores fiables y objetivos de que la empresa Copy Depot S.A. en el período 1999 a 2010 haya sido utilizada como empresa de fachada por la empresa Maquinarias Jaam S.A. u otra empresa del rubro o que su actividad económica o financiera dependiera del señor Julio César Gagó Pérez.

V.3.2. La incompatibilidad o no del congresista Julio César Gagó Pérez para contratar con el Estado.

67. El artículo 39° de la Constitución Política del Estado establece que todos los funcionarios y trabajadores públicos, entre ellos los Congresistas de la República, están al servicio de la Nación.

68. De acuerdo con el artículo 90° de la Constitución el número de congresistas es de 130 y son elegidos por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley.

69. Mediante Decreto Supremo N° 105-2010, de fecha 05 de diciembre de 2010, se convocó a las Elecciones Generales del 2011, en las cuales participó como candidato por el Partido "Fuerza Popular", el investigado **Julio César Gagó Pérez.** Las elecciones se llevaron a cabo el 10 de abril de 2011, siendo éste elegido en la primera vuelta electoral y proclamado el 01 de junio del 2011.

70. La Constitución Política del Estado regula el estatuto de los congresistas, estableciendo las incompatibilidades que les alcanzan; así, señala en su artículo 92° que:

> *"La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.*
>
> *El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.*
>
> *La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.*
>
> *La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones."*

71. En el mismo sentido, el artículo 10° inciso a) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, impide ser participantes, postores y/o contratistas en todo proceso de contratación pública, hasta dos (12) meses después de haber dejado el cargo, a los Congresistas de la República.

72. De manera complementaria, el artículo 237° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que: *"Adicionalmente a los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley, se encuentran impedidos de*

ser participantes, postores y/o contratistas aquellas personas naturales o jurídicas a través de las cuales una autoridad, funcionario público, empleado de confianza, servidor público o proveedor pretenda eludir su condición de impedido valiéndose de cualquier modalidad de reorganización societaria y/o la utilización de testaferros para participar en un proceso de selección."

V.3.2.2 De la infracción de las incompatibilidades y prohibiciones derivadas del cargo

73. Los testigos Víctor Miguel Choque Orellana, Ana María Mercado Luna, Javier Arturo Rodrigo Mantilla, José Antonio Rodrigo Quispe, Barry Elmo Matzza Tagle y Sara Añazgo Ruiz, han señalado de manera coincidente que el congresista **Julio César Gagó Pérez** y sus hermanos son propietarios no solo de las empresas Maquinarias Jaam S.A. y Representaciones Jaam S.A., sino también de Copy Depot S.A. y Digital Copier Solution E.I.R.L, que, si bien fueron creadas cuando aún no había sido elegido Congresista, a nombre de terceros, en realidad son dirigidas por éstos y fueron creadas para utilizarlas cuando fuera conveniente y para incluir en sus planillas a los trabajadores que prestaban labores para el Grupo Jaam S.A., con el fin de que figuren como trabajadores de pequeñas empresas y no de las del referido grupo, a efectos de minimizar el pago de sus obligaciones como empleador.

74. Asimismo, sostienen que todas estas empresas, que integran el que denominan "Grupo Jaam S.A.", son dirigidas personalmente por el congresista **Julio César Gagó Pérez** quien, en la práctica, afirman, es quien toma todas las decisiones sobre la gestión de dichas empresas, y, por tal razón, consciente de la incompatibilidad de contratar con el Estado que le alcanzaba por haber sido elegido congresista, diseñó una estrategia tendiente a burlar la prohibición normativa, instruyendo a los trabajadores de todas las empresas del Grupo Jaam S.A., para que las ventas al Estado se realicen a nombre de la empresa Copy Depot S.A., de la que ni él ni sus familiares eran dueños, y no a nombre de las empresas registradas formalmente a nombre suyo y de sus familiares.

75. Cabe señalar que las relaciones comerciales entre empresas, la dirección o no que tengan y/o ejerzan terceros o particulares sobre las mismas, o la injerencia de funcionarios públicos en su actividad por expreso mandato del art. 159 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no pueden ser objeto de pronunciamiento en la medida que no reflejen la realización y/ejecución de actividad (aparentemente) delictiva.

76. El Ministerio Público como órgano constitucional autónomo encargado de perseguir el delito no puede ni debe pronunciarse por actos no penales dentro del ámbito de la administración pública o por ciertos ilícitos administrativos que de ser el caso deben ser investigados por la instancia correspondiente. En todo caso si lo que se cuestiona es la infracción de la Ley de Contrataciones del Estado no es el Ministerio Público el órgano constitucional competente para pronunciarse sobre la existencia o no de aparentes ilícitos administrativos, debido a que de producirse un pronunciamiento en este sentido sería interferir e invadir competencias en el marco de atribuciones de otras instituciones y sectores de la administración pública que son los llamados por ley para investigar dichos ilícitos administrativos o de otro orden.

77. En efecto, corresponde al Congreso de la República a través de su Comisión de Ética o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el investigar y pronunciarse sobre infracciones al Código de Ética parlamentaria por determinados hechos cometidos dentro y durante el ejercicio de la función estatal o sobre la infracción de aparentes ilícitos administrativos cometidos por los agentes económicos que contratan con el Estado.

78. El Ministerio Público está sometido y sujeto a un expreso mandato constitución (art. 159.1 y art. 159.4) de respetar el principio de legalidad penal, en materia de delitos y penas. Solo debe pronunciarse por aquellas infracciones que suponen la violación de la ley penal en la forma de realización del injusto típico y culpable; y no por otras acciones o aparentes ilícitos que son competencias de otras áreas del derecho como son el derecho parlamentario o el derecho administrativo sancionador. Solo así se logra y alcanza una justicia penal más justa, equitativa y eficaz, limitando la intervención del Ministerio Público a ámbitos propios de su competencia constitucionalmente asignada como es el de perseguir el delito.

79. La Fiscalía de la Nación, persecutora eficaz del delito y firme guardián de los derechos fundamentales (art. 1 de la LOMP), toma en cuenta la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del **DE LA CRUZ FLORES CONTRA. PERÚ** de fecha 18 de noviembre del 2004 que ha señalado que: "corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico" (Parr. 82); de tal manera que efectuando una interpretación conforme a la Convención estimamos que no solo el juez, sino también el fiscal está obligado a respetar y atenerse estrictamente a lo dispuesto por la ley penal.

80. Por otro lado, es el caso que durante toda la investigación el congresista **Gagó Pérez** ha cuestionado los audios entregados por el testigo Choque Orellana, señalando, en un primer momento, que estaban descontextualizados y que no correspondían a la fuente original, y, posteriormente que han sido objeto de edición, sustentando dicha afirmación en el Dictamen Pericial Fonográfico Audio, elaborado por el perito judicial fonográfico (audio y vídeo), grafotécnico y dactiloscópico Rafael Juan Zárate Flores.[50]

81. El citado Dictamen establece en su Conclusión B, que las copias de los nueve archivos de audio entregados por Víctor Miguel Choque Orellana a la Fiscalía de la Nación, presentan cambios bruscos espectrales que revelan evidentes indicios de adulteración, montaje, edición, interrupción, cortes, que desnaturalizan la continuidad de los diálogos en los referidos registros, y que impiden establecer el carácter fidedigno de las grabaciones.

82. No obstante lo expuesto, en la investigación se ha recibido el Dictamen Pericial de Audio Nº 1314/14, elaborado por el perito físico forense de la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, Pedro J. Infante Zapata[51] -que amplía el Dictamen Pericial de Audio Nº 914/14[52]-, que concluye que:

> *"CONCLUSIÓN:*
>
> *1. En los nueve (09) archivos analizados se han detectado edición, cortes laterales e interrupciones que han experimentado cada uno de ellos, no se han detectado cortes intermedios en los archivos analizados ya que la edición practicada ha sido realizada de un modo no lineal y no destructivo, ya que la línea de tiempo permanece continua en ese intervalo de tiempo (diálogos).*

50 Dictamen Pericial Fonográfico Audio de folios 4130/4164-T. XXI.

51 Dictamen pericial de audio de Nº 1314/14-T. XX, elaborado a pedido de este Despacho, a fin de que se explique si la "edición" advertida en los nueve (09) archivos de audio peritados, según lo expuesto en el Dictamen pericial de audio Nº 914/14, supone una adulteración, montaje o corte que desnaturalice la continuidad de los diálogos de dichos audios.

52 Dictamen pericial de audio Nº 914/14 de folios 2914/2917-T. XV.

2. *La edición detectada no desnaturaliza los diálogos analizado en los nueve (09) archivo ya que estos no experimentan cortes que interrumpan la línea de tiempo, por lo que las expresiones se desenvuelven con continuidad, lógica y coherencia en las interlocuciones de los hablantes que participan."*

83. Adicionalmente, debe anotarse que si bien, en sus conclusiones finales, la defensa del investigado precisó que los audios en los que se escucha la voz de su patrocinado -la cual éste no desconoce- están descontextualizados; sin embargo, en el escrito de conclusiones finales por el delito de patrocinio ilegal, ha explicado el "real contexto" de los mismos, como es una reunión informal entre privados en la que no se indica que intercedería ante algún funcionario público; contexto que se tendrá en cuenta para el análisis del presente caso.

V.4 Adecuación típica al delito de Patrocinio Ilegal

84. A efectos de realizar el juicio de adecuación típica de la conducta atribuida al congresista **Julio César Gagó Pérez** en el tipo penal del delito de Patrocinio Ilegal, corresponde, en principio, verificar si éste reúne los requisitos para ser considerado como sujeto activo, esto es, si es un funcionario o servidor público, y, por lo tanto, un sujeto sometido a un régimen de deberes marcado por una serie de incompatibilidades que lo obligan a conducir sus actos en estricta observancia da la Constitución, las leyes y los fines de la administración pública, que no son otros que los del servicio a la sociedad y la afirmación del poder estatal.[53]

85. Según lo normado en los artículos 39° y 90° de la Constitución Política los representantes al Congreso son funcionarios públicos, y son elegidos por un período de cinco años mediante un proceso electoral, esto es, son funcionarios electos por voluntad popular. Asimismo, el artículo 425° numeral 2) del Código penal, en su texto vigente en el año 2011 -año al que se remontan las reuniones de las que dan cuenta los audios aportados a la presente investigación- establece que son funcionarios o servidores públicos, a efectos de poder imputar cargos delictivos, los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, como es el caso de los Congresistas de la República.

86. No obstante, respecto a estos funcionarios elegidos por voluntad popular surge el inconveniente de delimitar el momento desde el que pueden ser considerados como tales. Si bien una lectura excesivamente restringida del texto legal puede vincular esta consideración al desempeño efectivo del cargo, empero, un criterio material sustentado en la capacidad del sujeto para vincular al Estado con sus decisiones, permite adelantar el concepto de funcionario público desde el momento su elección.[54]

87. En este ámbito, para determinar el acceso a la función pública "por elección", no puede tomarse en cuenta el resultado extraoficial, pues allí todavía no ha quedado manifestada de manera indubitable y definitiva la decisión popular. Ya a partir de la proclamación oficial hecha por el órgano competente existe una "elección" de un funcionario público

53 Rojas Vargas. Op. cit. p. 168.

54 Esta posición ha recogida en la Ley N° 30124, publicada el 13 de diciembre de 2013, que modifica el artículo 425° numeral 6) del Código Penal, y considera como funcionario o servidor público a los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. Por la vigencia del principio de legalidad en su ámbito temporal la Ley N° 30124 no es de aplicación retroactiva.

(en sentido penal) claramente establecida. Y ello es independiente de si el funcionario posteriormente retira la credencial o juramenta.[55]

88. Es decir, que el *status* de funcionario público por elección popular se adquiere desde el momento de la proclamación y a partir de entonces recaen sobre el sujeto calificado los deberes e incompatibilidades establecidos en la Constitución, leyes y reglamentos, siendo una de ellas la de contratar con el Estado, prevista en el artículo 92° de la Constitución Política, el artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 237° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a la que se ha hecho referencia a lo largo de la presente Disposición.

89. En el caso analizado, el congresista **Julio César Gagó Pérez** fue proclamado el 01 de junio de 2011, como aparece de la Resolución N° 474-2011-JNE, de manera que desde esa fecha es considerado funcionario público a efectos de cualquier imputación de carácter penal.

90. Ahora bien, en cuanto a la conducta prohibida por el tipo penal del delito de Patrocinio Ilegal, consistente en valerse del cargo para patrocinar intereses de particulares, el congresista investigado sostiene que en ningún momento ha patrocinado o favorecido a alguna empresa y que ello ni siquiera es afirmado por los testigos de cargo, ni por los funcionarios encargados de las contrataciones del Estado.

91. El congresista cita párrafos concretos de la transcripción del audio N° 03, en el que, afirma, se aprecia el **real contexto** en el que se dieron las frases que se le atribuyen, de lo que queda claro que no incentivó la comisión de alguna falta administrativa o algún ilícito penal, ni la vulneración de alguna prohibición.

92. Cita las siguientes expresiones que se le atribuyen:

> *"El que haya pensado por ahí que yo voy a hacer arreglos, que yo los voy ayudar en algo, está pensando piedras... al contrario ahora tengo más que nunca me tengo que cuidar."*
>
> *"... el que está pensando que yo lo voy a ayudar a arreglar algo... totalmente... ¿cómo se llama?... equivocado. Vamos a trabajar en la misma... forma, trabajaremos legalmente como lo estamos haciendo, yo no voy ayudar a nadie en nada..."*
>
> *"Entonces seguimos trabajando en la misma forma. Así hemos progresado y seguiremos progresando, la ventaja que ustedes van a tener por partida es, que muchos les van a comprar porque siempre hay un apoyo indirecto. ¿Entienden lo que quiero decir?... por congraciarse conmigo prefieren comprar, un alcalde a veces requiere del Congresista para tal cosa, pero ahí no hay ni acuerdos, ni nada por el estilo, si eso se da a buena hora si eso no se da tampoco... tiene que darse un buen precio, tenemos que atender, o sea, hay que dar buen precio, ustedes saben acá que lo que rige es el... precio, y el servicio, y seguiremos en la misma mecánica..."*
>
> *(...) yo no voy por un sueldo al Congreso, o sea, el que está acá pensando, alucinando que el doctor Gagó ahora es Congresista y que va a ganar un montón de... ¿cómo se llama... de plata, en el Congreso, siguen haciéndose pajas... ¿cómo se llama?... mentales. Yo no voy por ese tema, yo voy por otro tema más importante, no de plata, sino de ayuda... de ayuda social."*

93. Las afirmaciones del congresista permiten rescatar que ciertamente se reunió con los vendedores de Maquinarias Jaam S.A. y Copy Depot S.A. ante la inminencia de la asunción

55 Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano.* Palestra, Lima, 2001. p. 21-22.

del cargo público de Congresista para el que había sido proclamado el 01 de junio de 2011.

94. Sin embargo, de los audios materia de escucha y transcripción no se advierten elementos que abonen a que el congresista haya tenido una intervención directa, sea a través de visitas, reuniones, llamadas telefónicas o correos electrónicos, ante los funcionarios y servidores encargados de las contrataciones de las entidades, para promover los intereses de Copy Depot S.A., como, ciertamente, se lee de las transcripciones de los audios.

95. Incluso se escucha que, al momento de hablar a terceros para que expliquen a los clientes que se facturaría a nombre de Copy Depot S.A. porque es su distribuidor autorizado para el Estado, les indica:

> ***Julio Gagó:*** *Exactamente... no van a contarles la historia, ¡no! Sabe qué el doctor Gagó se le ocurrió postular al Congreso en el año tal... así, así... Miren, eso no afecta porque no pasa absolutamente nada, pero pierde ¿cómo se llama?... de frente nuestro distribuidor autorizado para el Estado es...*
>
> ***Trabajadores:*** *Copy Depot.*
>
> ***Julio Gagó:*** *... punto, hay algunos que les gusta contar cuentos y comienzan a contar Alibaba y los cincuenta ladrones, mire tatata... y se pasaron una hora contándole todo el cuento al ...¿cómo se llama?... no le tienes que contar porque todos los clientes saben de Jaam S.A. inclusive como se llama el Congresista de la República, no hay ningún cliente que no sepa, porque paso por la calle y todos saben, así que eso no es nada...¿cómo se llama?... oculto, ni nada por el estilo.*

96. Ahora bien, cierto es que se le escucha decir que los funcionarios del Estado querrían congraciarse con él, comprando los productos ofrecidos por sus vendedores, pero, aún en ese escenario, alude a la decisión de los funcionarios de las entidades contratantes, más no al despliegue de algún medio o acción determinada que pudiera influir en su decisión. Incluso se le escucha decir que sería preferible que no se mencione su nombre:

> *"(...) tiene que darse un buen precio, tenemos que atender, o sea, hay que dar buen precio, ustedes saben acá que lo que rige es el... precio, y el servicio, y seguiremos en la misma mecánica... (No se entiende claramente)...sí la máquina vale 1000 la vendería 4000, que la máquina vale 1000 se la vendo a 6000, eso sería un mal... ¿cómo se llama?...un mal comienzo. Eso no va a suceder, entonces eso queda claro... ¿cómo se llama?... Eso sería un mal comienzo y eso... ¿cómo se llama?..., no va a...¿cómo se llama?... a suceder. Entonces, entonces, eso queda claro para los que han estado pensando... no hay nada de eso; seguimos en la misma forma, yo sigo confiando en la capacidad de ustedes para venderle al... Estado, toda la misma mecánica que hemos venido haciendo y si es posible, el que no sabe, no debe mencionar ni siquiera mi.... mi nombre, porque a la final Copy Depot no tiene nada de ninguno de los Gagó, nada, absolutamente...legalmente es una compañía legalmente distinta y eso es lo que acá prima y lo que aquí vale".*

97. Corrobora el contenido del audio lo expresado por el principal testigo Choque Orellana, quien afirma que el congresista **Gagó Pérez** no les indicó que se ocuparía de coordinar o llamar a los funcionarios públicos encargados de las compras del Estado, ni que intervendría en las mismas; asimismo, lo indicado por el señor Rodrigo Quispe, quien señala que no le consta que el congresista haya demostrado interés en algún contrato. Tampoco mencionan que ellos mismos hayan invocado en algún caso el nombre del congresista para favorecer sus propias ventas. Incluso, según lo señalado por el señor Rodrigo Mantilla, si bien los clientes a quienes visitó para efectuar ventas a nombre de Copy Depot S.A.

eran los mismos a los que antes vendía a nombre de Maquinarias Jaam S.A., no brindó mayores explicaciones sobre el cambio de la empresa a nombre de la cual se facturaría.

98. De igual modo, en sus declaraciones rendidas en este Despacho, los funcionarios y servidores estatales que integraron los Comités que llevaron a cabo los procesos de selección ganados por Copy Depot S.A., han afirmado de manera coincidente que no tenían conocimiento de que Copy Depot S.A. tuviera alguna relación con Maquinarias Jaam S.A., y tampoco con el congresista **Gagó Pérez**, a quien no conocen personalmente, sino únicamente a propósito de su pública condición de Congresista de la República, y con quien no han tenido ningún contacto, sea directo o indirecto; precisando que en su desempeño funcional actuaron de manera autónoma, evaluando las propuestas de los postores, sin recibir ningún tipo de recomendación y/o presión del congresista Gagó Pérez o de alguna otra persona.

99. Así se lee de lo declarado por Magaly García Vílchez, Erika Elvira Alejandro Huamán y Jhon Gorbalán Benites[56], integrantes del Comité Permanente que llevó a cabo el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 008-2011-RENIEC; María Ana Clemencia Christen Verdeguer, Carlos Augusto Matienzo Florez y Edgardo Andros Gutiérrez Menéndez[57] miembros del Comité Especial de la Licitación Pública N° 008-2011-ZRLIMA (Primera Convocatoria); Liliana Paola Vidal Reyna[58], integrante del Comité Especial de la Licitación Pública N° 007-2011-CE/MSI -Primera Convocatoria, de la Municipalidad de San Isidro; Diana Karina Oblitas Bustamante y Enma Alicia Quintanilla Tueros[59], miembros del Comité Especial del Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2012-INVERMET-BS, convocado por el Fondo Metropolitano de Inversiones -INVERMET; Carlos Getzel Ochoa Oros[60], integrante del Comité Especial de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2012-CEP-UNAJ (Primera Convocatoria), convocada por la Universidad de Juliaca; Carlos Alberto Rojas Quispitongo[61], presidente del Comité Permanente de la Adjudicación Directa Selectiva N° 025-2012-IPD/UL, convocada por el Instituto Peruano del Deporte; Jorge Luis Junco Romero y Edwin Iván Farro Pacífico[62], integrantes del Comité Ad Hoc que llevó a cabo el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 002-2012-CE-AD HOC, convocado por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión; y Germán Arturo Torres, presidente del Comité Especial de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 050-2013-RE, derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 002-2012-RE, referida al suministro de insumos para los equipos de procesamiento automático de datos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

56 Ver declaraciones de Magaly García Vílchez a fojas 3644/3647-T. XIX, Erika Elvira Alejandro Huamán (analista de contrataciones del RENIEC, dependiente de la Subgerencia de Logística de la Gerencia de Administración) a fojas 3648/3651-T. XIX, y Jhon Gorbalan Benites a fojas 4022/4025-T. XXI.

57 Ver declaraciones de María Ana Clemencia Christen Verdeguer (administradora patrimonial de la Zona Registral IX) a fojas 3661/3664-T. XIX, Carlos Augusto Matienzo Flores (personal del órgano de contrataciones) a fojas 3608/3611-T. XIX y Edgardo Andros Gutiérrez Menéndez (ingeniero de sistemas de la Zona Registral IX) a fojas 3604/3607-T. XIX.

58 Ver indagatoria de Liliana Paola Vidal Reyna a fojas 4110/4113-T. XXI.

59 Ver declaraciones de Diana Karina Oblitas Bustamante (especialista de logística de INVERMET hasta diciembre de 2013) a folios 3635/3638-T. XIX, y Enma Alicia Quintanilla Tueros (especialista del área de planeamiento y presupuesto de INVERMET) a fojas 3639/3641-T. XIX.

60 Ver declaración de Carlos Getzel Ochoa Oros de folios 3612/3615-T. XIX.

61 Ver declaración de Carlos Alberto Rojas Quispitongo de fojas 4106/4109-T. XXI.

62 Las declaraciones de Jorge Luis Junco Romero y Edwin Iván Farro Pacífico obran a folios 4026/4029 y 4030/4033-T. XXI.

100. Adicionalmente, diversas entidades públicas que contrataron con Copy Depot S.A. han emitido documentos que abonan a la tesis de defensa del investigado, en el sentido que éste no tuvo ninguna intervención, no se interesó de cualquier forma ni se comunicó con algún funcionario a fin de favorecer a dicha empresa. Así lo expresan: **1)** Los Informes N° 142-2014-AMAG/LOG y 014-2014-AMAG/ESP. LOG de la Academia de la Magistratura (fojas 3866 y 3867-T. XX); **2)** El Informe N° 111-2014-GRT-DRSTC-OA-UABAST emitido por la Dirección Regional Sectorial de Transportes y Comunicaciones de Tumbes (fojas 3898-T. XX); **3)** El Informe N° 166-2014-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS/ORAD de fojas 3900-T. XX; **4)** La Carta N° 492-2014-G.R.AMAZONAS/DRSA/RSB/DE de la Dirección Regional de Salud de Amazonas, Dirección de Red de Salud Bagua (fojas 3805-T. XX); **5)** El Oficio N° 0881-2014-GRA-DRA/OA-UL de la Dirección Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Ancash (fojas3907-T. XX); **6)** El Oficio N° 176-2014-INPE/18-04 de la Oficina Regional de Lima del Instituto Nacional Penitenciario (fojas 3908-T. XX); **7)** El Oficio N° 410-2014-P/IPD del Instituto Peruano del Deporte (fojas 3909-T. XX); **8)** El Oficio N° 00580-2014-CG/DC de la Contraloría General de la República (fojas 3912-T. XX); **9)** El Informe N° 216-2014-MEM-OGA/LOG del Ministerio de Energía y Minas (fojas 3915/3916-T. XX); 10) El Oficio N° 400-2014-INPE.11 del Instituto Nacional Penitenciario (fojas 3917-T. XX); 11) El Oficio N° 142-2014-DV/P de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas – DEVIDA (fojas 3921-T. XX), 12) El Informe N° 250-2014-GRL-DRA-OA-AL del Gobierno Regional de Lima (fojas 3922/3923-T. XX); 13) El Oficio N° 118-2014-MINAM/SG/OGA del Ministerio del Ambiente (fojas 3931-T. XX); 14) El Informe N° 068-2014-UGEL-AN/D.AAD/ABAS de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Norte (fojas 3934-T. XX; 15) El Oficio N° 272-2014-GRJ/ORAF del Gobierno Regional de Junín (fojas 3937-T. XX); 26) El Informe N° 216-2014-EF/43.03 del Ministerio de Economía y Finanzas (fojas 3940-T. XX).

101. Por su parte, el Ministerio Público indicó, en el Informe N° 108-2014-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fojas 3876-T. XX, que las comunicaciones y coordinaciones se efectuaron a través de los señores Marcelino Nájera Ponce y Sandro Simón Soto; mientras que el Consejo Nacional de la Magistratura, en el Informe N° 087-2014-OAF-CNM de fojas 3871-XX, ha señalado no contar con información sobre la intervención del congresista Gagó Pérez en las adquisiciones efectuadas por dicha entidad a Copy Depot.

102. Así las cosas, es de concluir que no existen elementos de convicción que de manera siquiera razonable abonen a la existencia de un acto concreto que ponga en evidencia que, valiéndose de su posición privilegiada al interior de la Administración Pública, el congresista **Gagó Pérez**, haya ejercido algún tipo de influencia o presión directa o indirecta, sobre los funcionarios que llevaron a cabo los procesos de selección en los que resultó ganadora la empresa Copy Depot S.A.

103. Es más, cobra sentido lo expresado por éste, en cuanto afirma que el acto de convocar a una reunión para exponer la nueva forma de trabajo para venderle al Estado, facturando a nombre de Copy Depot S.A., no supone patrocinar, defender, representar o interceder frente a una autoridad o funcionario, pues en dicha reunión no intervino ningún funcionario sino solo particulares, por lo que no se genera un riesgo prohibido ni se afecta el bien jurídico protegido por este delito, cual es el ejercicio libre de presiones de los funcionarios encargados de las contrataciones del Estado.

104. De ahí que la conducta desplegada por el congresista investigado, al impartir las instrucciones para las ventas al Estado sin llegar a tener contacto, directo o indirecto, con algún funcionario de las entidades estatales contratantes, no configure el delito de Patrocinio

Ilegal, sin perjuicio de que la misma pueda adecuarse a otros tipos penales, dada la simulación que implicó la estrategia diseñada, consistente de utilizar el nombre de Copy Depot S.A., empresa registralmente ajena a la familia Gagó Pérez -pero bajo su dirección en la práctica-, para facturar las ventas al Estado de las empresas Maquinarias Jaam S.A. y Faga Motors S.A., que sí son de propiedad de dicha familia, y, de ese modo burlar la prohibición de contratar con el Estado que alcanzaba al congresista **Gagó Pérez** a partir de su proclamación como tal. Estando a lo expuesto, corresponde desestimar la denuncia por el delito de Patrocinio Ilegal.

5.4. Sobre la prescripción de la acción penal por el delito de Patrocinio Ilegal

105. El Congresista **Gagó Pérez** solicita que se declare la prescripción de la acción penal por el delito de Patrocinio Ilegal, toda vez que, desde el año 2011 - fecha en que se grabaron los audios que sirven de sustento a la investigación en su contra-, hasta febrero de 2014 -fecha de inicio de la investigación- han transcurrido más de dos años, que es la pena máxima del referido delito y, por tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal[63].

106. Respecto a la prescripción, el Tribunal Constitucional ha señalado que desde la óptica penal ésta 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 puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella.[64]

107. De acuerdo a lo señalado, la prescripción operaría respecto de un hecho que tenga caracteres de delito, supuesto que no concurre en el caso bajo análisis, al haberse establecido que no existe un comportamiento penalmente relevante que se adecue a la descripción típica del delito de Patrocinio Ilegal y que exija la persecución del Estado. De ahí que carezca de objeto emitir pronunciamiento sobre la prescripción de la acción penal solicitada por el investigado.

5.5 Adecuación típica al delito de Negociación Incompatible

108. A efectos del juicio de subsunción típica del comportamiento atribuido al congresista **Julio César Gagó Pérez** en el tipo penal del delito de **Negociación Incompatible**, es de anotar que éste tenía la condición de Congresista de la República electo, desde el 01 de junio de 2011, fecha en la que fue proclamado por el Jurado Nacional de Elecciones, por lo que, desde esa fecha tiene la condición de funcionario público.

109. No obstante, para poder imputarle el delito de **Negociación Incompatible** materia de investigación, no basta con que tenga el *status* de funcionario público, y, por tanto, se encuentre impedido, al igual que la generalidad de los funcionarios públicos, de contratar con el Estado, sino que es necesario que posea adicionalmente una competencia específica para intervenir en un contrato u operación vinculado a la administración pública, esto es, que pueda desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.

63 Según el artículo 80° del Código Penal, primer párrafo, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

64 Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de abril de 2012 – Exp. N° 01388-2010-PHC/TC-Pasco, fundamento jurídico 3 (Caso Cirilo Cornelio Salvador). Consultada en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01388-2010-HC.html

110. Ello, por cuanto, como ya se ha señalado, el funcionario al que se refiere el tipo penal es portador de un deber especial de corte institucional, consistente en privilegiar en los referidos contratos u operaciones en los que intervenga por razón de su cargo -como parte estatal-, los intereses de la administración pública, anteponiéndolos a cualquier tipo de interés privado, sea suyo o de tercero. Es la infracción de dicho deber, a través de una injerencia incompatible con el rol funcional del agente, la que fundamenta la responsabilidad por el delito materia de análisis.

111. La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos[65], ello con el objeto de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen tales entidades, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.[66]

112. El artículo 15º de la Ley menciona los tipos de procesos de selección para realizar las contrataciones estatales, a saber: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujetos a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, y, asimismo, establece quiénes conducirán cada uno de dichos procesos: un Comité Especial designado por la Entidad en las licitaciones públicas, Comités Especiales Permanentes o un Comité Especial ad hoc para las adjudicaciones directas, mientras que los procesos de adjudicación de menor cuantía estarán a cargo del órgano encargado de las contrataciones, aun cuando, de considerarlo conveniente, el titular de la entidad podrá designar un Comité Especial ad hoc o permanente.[67]

113. En la medida que los procesos de contratación del Estado involucran la participación de diversos funcionarios de las entidades públicas contratantes, en ámbitos temporales determinados, cuyas responsabilidades y niveles de decisión varían de acuerdo a la naturaleza de cada proceso, el artículo 5º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, identifica expresamente a los funcionarios y órganos encargados de las contrataciones. Ellos son: **1)** El titular de la entidad, que aprueba, autoriza y supervisa los procesos de contrataciones, **2)** El área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, **3)** El órgano encargado de las contrataciones, que es el que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad, y **4)** El Comité Especial como órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridas por el área usuaria a través de una determinada contratación. Estos son los funcionarios, servidores y órganos competentes para intervenir en dichos procesos de contratación.

114. En el presente caso, de la información remitida por el OSCE[68] se tiene conocimiento que la empresa Copy Depot S.A., a través de sus agentes de ventas -incluidos en su mayoría en las planillas de Digital Copier Solution E.I.R.L.-, celebró entre los años 2011 y 2014, 214 contratos con diversas entidades estatales, a través de las modalidades de Adjudicación de Menor Cuantía, Adjudicación Directa Selectiva, Adjudicación Directa Pública y Licitación Pública; de manera que los funcionarios competentes que intervinieron por razón de su

65 Ver la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 1.- Alcances.

66 Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 2.-Objeto.

67 Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 24.- Del Comité Especial.

68 Ver Oficio Nº 0558-2014/SG de folios 2427/2438-T. XIII.

cargo en los referidos procesos son los titulares de las entidades estatales contratantes, quienes aprobaron y autorizaron los procesos de contratación; asimismo, los funcionarios y servidores de las áreas usuarias, que formularon los requerimientos de bienes; los funcionarios y servidores de los órganos encargados de las contrataciones, generalmente dependientes de las Oficinas de Administración, y los integrantes de los Comités Especiales Permanentes o ad hoc, que declararon a Copy Depot S.A. como ganadora de la buena pro en cada caso.

115. Ahora bien, de la información acopiada en la investigación se ha establecido que el investigado **Gagó Pérez** desarrolla en el Congreso actividades que se ciñen a su investidura parlamentaria, esto es, tiene los derechos funcionales previstos en el artículo 22° del Reglamento del Congreso,[69] más no existen datos objetivos que lo vinculen con las contrataciones de dicho Poder del Estado, ni con otra entidad estatal, en la que sea titular de una competencia específica para intervenir en los contratos y operaciones.

116. Ello se desprende también de lo declarado ante este Despacho por los funcionarios y servidores públicos que llevaron a cabo los procesos de selección ganados por Copy Depot S.A., quienes señalan de manera coincidente que su designación como miembros de los Comités se debe necesariamente al vínculo laboral con las entidades contratantes, lo que desvirtúa la intervención de alguna persona que no tenga dicha relación laboral, como sería el caso del congresista **Gagó Pérez**, quien en el ámbito estatal sólo tiene vínculo laboral con el Congreso de la República.

117. Estando a lo expuesto, habiéndose acreditado que el congresista **Gagó Pérez** no es competente para intervenir de alguna manera en las contrataciones de las entidades estatales que celebraron contratos con la empresa Copy Depot S.A., no concurre en su caso la condición de obligado especial que exige el artículo 399° del Código Penal, por lo que la denuncia en su contra por el delito de Negociación Incompatible debe ser desestimada por falta de subsunción típica.

118. Como se ha desarrollado en los apartados precedentes, no existen elementos de convicción que abonen a la existencia de un acto concreto que ponga en evidencia que, valiéndose de su posición privilegiada al interior de la administración pública, el congresista Gagó Pérez, haya ejercido algún tipo de influencia o presión directa o indirecta, sobre los funcionarios que llevaron a cabo los procesos de selección en los que resultó ganadora la empresa Copy Depot S.A.

69 "Derechos Funcionales. Artículo 22.- Los Congresistas tienen derecho:
a) A participar con voz y voto en las sesiones del Pleno y cuando sean miembros, en las de la Comisión Permanente, de las Comisiones, del Consejo Directivo, de la Junta de Portavoces y de la Mesa Directiva, de acuerdo con las normas reglamentarias. Podrán participar con voz pero sin voto, en las sesiones de cualquier otra comisión y de las que no sean miembros o, siendo integrantes de una de ellas, tenga la calidad de accesitario y el titular se encuentre presente. (...).
b) A pedir los informes que estimen necesarios a los órganos del Gobierno y de la Administración en general y obtener respuesta oportuna de ellos, en ejercicio de la facultad que les concede el artículo 96 de la Constitución Política.
c) A presentar proposiciones de ley y las demás proposiciones contempladas en el presente Reglamento.
d) A elegir y postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.
e) A presentar pedidos por escrito para atender las necesidades de los pueblos que representen.
f) A contar con los servicios de personal, asesoría y apoyo logístico para el desempeño de sus funciones. (...)
(...)"

VI. Conclusión

En consecuencia, la Fiscalía de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 159° de la Constitución Política del Perú, el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 052 –Ley Orgánica del Ministerio Público, el artículo 1° de la Ley N° 27399 y los artículos 452° y 453° del Código Procesal Penal;

DISPONE:

PRIMERO: NO HA LUGAR A FORMULAR DENUNCIA CONSTITUCIONAL contra el Congresista de la República **Julio César Gagó Pérez,** por la presunta comisión de los delitos de Patrocinio Ilegal y Negociación Incompatible, en agravio del Estado; en consecuencia, archivar definitivamente la investigación en este extremo; careciendo de objeto pronunciarse sobre el pedido de prescripción de la acción penal formulado por la defensa.

SEGUNDO: DEJAR a salvo la competencia de este despacho para decidir la investigación de conductas de relevancia penal cometidas en el ejercicio del cargo de Congresista de la República de Julio César Gagó Pérez; en cuanto y en tanto existan o se aporten nuevos elementos de convicción, conforme lo establece el artículo 335° del Código Procesal Penal.

Regístrese, ofíciese y notifíquese.-

IV

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SOBRE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

§ 37. Negociación incompatible: Exp. Nº 00092-2011-6-1826-JR-PE-01 (10/06/2013)

a. Negociación incontable. Absolución por insuficiencia probatoria.

Indicio a. La interpretación literal de la norma en cuestión, el término "especialización" no se refiere restrictivamente a tener "título de especialista", sino que se refiere a la obtención de la destreza necesaria que se logra con la segunda especialidad, siendo admisible que se interprete en sentido amplio, esto es, de haber concluido los estudios de la especialidad en la Unidad de Postgrado de la correspondiente universidad, lo cual puede acreditarse con la constancia de especialista. *Sobre este indicio que denotaría el interés para favorecer a la postulante Acorda Sifuentes, quien no tenía el título de especialista, la defensa del acusado Moreno Chacón sostiene que la mencionada ley no señala cómo se acredita la especialización, puede ser mediante título o constancia, mientras que Guibovich Mesinas sostiene que el Reglamento General de Salud establece que los únicos requisitos para ejercer la profesión de médico, es el título de médico cirujano, estar debidamente colegiado y encontrarse hábil por el Colegio Médico y, que en el Decreto Ley Nº 20009, que aprueba el Reglamento de los Cargos Administrativos en la Gestión Pública, figura que los médicos tienen que tener título de médico cirujano y acreditar algún conocimiento de la especialidad (documento oralizado en juicio oral folios 316 al 321).*

Del debate se advierte que la interpretación literal del Juez Enríquez Sumerinde da como resultado una norma, pero puede obtenerse otra de su sentido literal, y es que el término "especialización" no se refiere restrictivamente a tener "título de especialista", sino que se refiere a la obtención de la destreza necesaria que se logra con la segunda especialidad, siendo admisible que se interprete en sentido amplio, esto es,

de haber concluido los estudios de la especialidad en la Unidad de Postgrado de la correspondiente universidad, lo cual puede acreditarse con la constancia de especialista.

Indicio b: Elaboró los términos de referencia con los cuales se da inicio al proceso de selección. Se advierte que no se ha establecido un criterio de tabla para la asignación de puntaje en las evaluaciones, ya sea entrevista o curricular, por lo que la Oficina Ejecutiva de Administración utiliza un modelo estándar para todas las convocatorias CAS. Por tal motivo, no se tiene por acreditado que el encausado habría tenido interés en favorecer a terceros al elaborar los términos de referencia para el concurso CAS. *Sobre este indicio, se debe considerar que el numeral 6.1.4. de la Directiva Nº 148-MINSA/OGA/OGGRH.V.01., establece que la selección comprende la evaluación curricular y la entrevista y que a propuesta del área usuaria podrá incluir una evaluación escrita y/o psicológica en razón de las características del servicio. Que se otorgará un puntaje máximo de 100, divididos de la siguiente manera: evaluación curricular (30 puntos), evaluación escrita (20 puntos) y entrevista (50 puntos). De no optarse por la evaluación escrita, se considerará un puntaje de 50 para la evaluación curricular.*

[...] *Asimismo, se debe considerar que la doctora Zarela Solís Vásquez, Directora del HNAL informó que en los procesos de selección CAS no se ha establecido un criterio de tabla para la asignación de puntaje en las evaluaciones, ya sea entrevista o curricular, por lo que la Oficina Ejecutiva de Administración utiliza un modelo estándar para todas las convocatorias CAS. El modelo estándar se acredita con el Formato 1 "Formato de evaluación curricular para selección de personal que será contratado bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicio", en el cual en el rubro Título Universitario se consignó el puntaje máximo de 15 a los 05 postulantes, entre ellos a la postulante Acorda Sifuentes, quien obtuvo* ***puntaje cero en experiencia laboral.***

[...] *Por tal motivo, no compartimos la conclusión expuesta en el fundamento 11.12 de la sentencia, en el sentido que se tiene por acreditado que Moreno Chacón habría tenido interés en favorecer a terceros al elaborar los términos de referencia para el concurso CAS 01-2011, al consignar "Título de especialidad o constancia de haber culminado la especialidad" y no consignar experiencia laboral alguna en la especialidad. Sin embargo, es conveniente en aras de la transparencia que informa a la Administración Pública que la normativa establezca parámetros objetivos y razonables en la calificación curricular, pues el formato establece un máximo de 30 puntos, dividido en: título universitario (15 puntos); capacitación (12 puntos) y experiencia laboral (3 puntos). Por otro lado, si se precisa de la especialización como requisito mínimo, es razonable que se le otorgue un puntaje en la evaluación curricular.*

Indicio c): participó directamente de la etapa de evaluación curricular en una fecha anterior a la prevista en la convocatoria. Se encuentra desvirtuado tal indicio. *En cuanto al* ***indicio***

c) consistente en haber participado de la evaluación curricular en una fecha anterior a la prevista en la convocatoria, se tiene lo siguiente: La Evaluación Curricular de folios 155 del expediente judicial sin fecha, acredita que Moreno Chacón declaró aptos a los 07 postulantes, lo que evidencia que consideró el puntaje máximo de 15 por el título universitario conforme el Formato Nº 1. Luego sólo parecen 05 Formatos Nº 1 con fechas 24-25 enero (folios 149 al 153), en los que se detalla título universitario, capacitación y experiencia y en los que ya no se comprende a los postulantes Garavito Rentería y Ramírez García, formatos suscritos por los tres miembros de la Comisión Evaluadora, luego de lo cual aparece la Evaluación Curricular suscrita por los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona que da cuenta en el rubro observación, que a los postulantes mencionados se les consideró no aptos por no presentar título ni constancia de especialista.

Al respecto, Morales Tarazona sostiene que al haberse presentado varios postulantes de distintas áreas, se acostumbra que los representantes de las áreas usuarias correspondientes efectúen una pre evaluación y luego los dos miembros permanentes dan la conformidad luego de verificar la documentación, versión que a nuestro criterio encuentra sustento en el documento de folios 155 suscrito solo por el acusado Moreno Chacón, sin que de esta tramitación pueda obtenerse un indicio de mala justificación.

Indicio d). Para el Colegiado queda claro que correspondió a los miembros permanentes efectuar la evaluación curricular con el requerimiento y la convocatoria publicada, de ese modo se hubiese verificado que los contenidos eran distintos y se hubiese tomado una decisión que garantice la no afectación al derecho fundamental de acceso a la función pública de médicos cirujanos que no contaban con la especialidad en gastroenterología, por lo que resulta legítimo que los postulantes con título de especialista en gastroenterología y que concursaron se hayan sentido defraudados cuando se publicó la fe de erratas.

*En cuanto al **indicio d)** consistente en guardar silencio del error de la convocatoria se sostiene en la sentencia que se efectuó la convocatoria (publicación en la página web de la institución) con un perfil profesional distinto al que fuera consignado en los términos de referencia del área usuaria, habiendo asumido ese error el personal que labora en el Área de Administración, Eduardo Tomás Escajadillo Gonzales y Sarita Lucero Saldaña Valdivia, quienes procedieron a subsanar el error mediante una fe de erratas que se publicó el 25 de enero de 2011 en horas de la tarde, el mismo día que Moreno Chacón les avisó telefónicamente del mismo.*

A criterio del Juez constituye un indicio el hecho que Moreno Chacón guardó silencio del error de la convocatoria publicada respecto del perfil profesional y lo manifestó después de haber culminado la evaluación curricular de Acorda Sifuentes. En relación a este indicio, debe considerarse como contraindicio que la testigo Sarita Saldaña Valdivia reconoció que los términos de referencia son remitidos por las áreas usuarias y ella los tipeaba para las convocatorias, admitiendo haber incurrido en

error. Para el Colegiado queda claro que correspondió a los miembros permanentes efectuar la evaluación curricular con el requerimiento y la convocatoria publicada, de ese modo se hubiese verificado que los contenidos eran distintos y se hubiese tomado una decisión que garantice la no afectación al derecho fundamental de acceso a la función pública de médicos cirujanos que no contaban con la especialidad en gastroenterología, por lo que resulta legítimo que los postulantes con título de especialista en gastroenterología y que concursaron se hayan sentido defraudados cuando se publicó la fe de erratas.

Indicio e). La normatividad mencionada no establece un plazo para la obtención y entrega de preguntas, lo cierto y concreto es que entregó el banco de preguntas en un USB en sobre cerrado al Presidente de la Comisión. *En relación al* ***indicio e)*** *consistente en haber obtenido las preguntas con más de dos días de anterioridad al examen escrito, se ha acreditado que el procesado obtuvo un banco de preguntas de parte de la médico asistente del Servicio Gloria Vargas Cárdenas, según refiere Moreno Chacón con dos días o más antes del examen escrito que se llevó a cabo el 26 de enero de 2011. A nuestro criterio no es un indicio de interés directo en la contratación, toda vez que la normatividad mencionada no establece un plazo para la obtención y entrega de preguntas, lo cierto y concreto es que entregó el banco de preguntas en un USB en sobre cerrado el día 24 de enero, al Presidente de la Comisión, su coacusado Guibovich Mesinas (Memorándum Nº 016-HNAL-SG-11). También se ha acreditado que la verificación, apertura de sobres lacrados, elección al azar de las 20 preguntas para el examen escrito y las claves de respuestas los efectuaron Guibovich Mesinas, Morales Tarazona, en presencia de los veedores, entre otros, el acusado Moreno Chacón y el representante del Colegio Médico Luís Alberto Montoya Galdós, conforme se ha anotado en el detalle de oralización de documentos.*

Indicio f: el Colegiado reitera que en la Administración Pública se precisa de parámetros objetivos en los procesos de selección, más aún cuando una entrevista personal tiene el 50% del puntaje total del concurso. *Respecto al* ***indicio f)*** *consistente en haber participado directamente en la entrevista personal realizando preguntas que solo podían ser contestadas por personas que laboraban o asistían al HNAL, siendo la única postulante apta la médico Acorde Sifuentes, ha quedado acreditado que la mayoría de postulantes realizaron su residentado o especialización en el mencionado hospital, conforme a las declaraciones vertidas en juicio oral y contenido de los currículos, los que estaban en condiciones de responder las preguntas, en mayor o menor intensidad, vinculadas a las funciones, especialidades médicas, organigrama, etc., del mencionado hospital.*

En este punto, el Colegiado reitera que en la Administración Pública se precisa de parámetros objetivos en los procesos de selección, más aún cuando una entrevista personal tiene el 50% del puntaje total del concurso.

De lo actuado se evidencia que el referente procesado conoce a la postulante en cuestión, otorgándole una constancia que no era de su competencia, sin embargo, este indicio único no tiene la fuerza acreditativa que sustente la responsabilidad penal de un acusado. *Finalmente, en relación al* ***indicio a)*** *referido a que Moreno Chacón conocía a la postulante Acorde Sifuentes, en autos se encuentra acreditado que éste le otorgó una constancia de haber realizado una pasantía, en el Servicio de Gastroenterología, la que ha sido cuestionada por el Director General del HNAL, al no existir documento que acredite que ella mantuvo vínculo laboral con la institución y que no registra ninguna solicitud de asistente libre ni como pasante en la misma. Tal proceder evidencia que la conoce, otorgándole una constancia que no era de su competencia, sin embargo, este indicio único no tiene la fuerza acreditativa que sustente la responsabilidad penal de un acusado.*

b. Negociación Incompatible. Absolución. De lo actuado en el proceso- prueba indiciaria y la elaboración del examen escrito el mismo día que se evaluó a los postulantes- se advierten irregularidad que no son de contenido penal, las que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar. *En relación a los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, el Colegiado considera correcta la absolución decretada por el juez Enríquez Sumerinde, teniendo en cuenta el análisis de la prueba indiciaria en relación al acusado Moreno Chacón efectuada por este Colegiado, y considerando que se ha acreditado que el examen escrito se elaboró el mismo día en que se evaluó a los postulantes con presencia de veedores, y el hecho de que la entrevista personal corresponde al área usuaria, en este caso al Servicio de Gastroenterología, ambos señalados como contraindicios en el fundamento 11.28 de la sentencia impugnada. Sin embargo, como ya se anotó en el proceso de selección CAS Nº 01- 2011 se cometieron irregularidades que no son de contenido penal, las que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar.*

En este extremo, consideramos que constituye otra irregularidad por parte de los acusados el hecho que pese a que en la convocatoria de conocimiento público se consignó como requisito de postulación el título de especialista; sin embargo, se presentaron tres postulantes que contaban con la constancia de especialización, requerimiento formulado por el acusado Moreno Chacón y que era de conocimiento de los tres miembros de la comisión. Por tal motivo, si bien se ha dispuesto que la situación de los postulantes Acorda Sifuentes, Garavito Rentería y Ramírez García que se presentaron sólo con la constancia de especialización se investigue a nivel fiscal a efectos de que se deslinde la responsabilidad penal de los referidos concursantes, al pronunciarnos por la absolución debe dejarse sin efecto la remisión de copias decretada en el fundamento 11.15 de la sentencia impugnada.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente	:	00092-2011-6-1826-JR-PE-01
Ministerio Público:	:	Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Asistente Jurisdiccional	:	Leiva Díaz, Mario
Imputado	:	Moreno Chacón, Carlos Renato y otros
Delito	:	Negociación Incompatible
Agraviado	:	El Estado Peruano
Materia	:	Apelación de sentencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución Nº 6

Lima, diez de junio de dos mil trece.-

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública de apelación de sentencia, por los Señores Jueces Superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones, magistrados ***Susana Ynes Castañeda Otsu, Presidenta y Directora de Debates, Sara del Pilar Maita Dorregaray y Rafael Ernesto Vela Barba***; y en la que intervienen:

Como parte apelante: **a)** el Fiscal Superior Martín Felipe Salas Zegarra, en representación del Ministerio Público; **b)** la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, representada por la abogada Ethel Mijaila Torres Ortiz: y, **c)** el acusado Carlos Renato Moreno Chacón asistido por su abogado de libre elección Rolando Zagret Risco Valera.

Participan también los acusados absueltos Alex Alberto Guibovich Mesinas y Dora Amalia Morales Tarazona, asesorados por sus abogados de libre elección Richard Vivar Pineda y Jorge Paredes Pérez, respectivamente.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Es materia de apelación la sentencia de fecha 01 de febrero de 2013, expedida por el señor Juez del Primer Juzgado Unipersonal, magistrado Víctor Joe Manuel Enríquez Sumerinde, que **ABSUELVE** a **Dora Amalia Morales Tarazona** y **Alex Alberto Guibovich Mesinas** de la acusación fiscal formulada en su contra en calidad de coautores del delito contra la Administración Pública -Negociación Incompatible, en agravio del Estado; y **CONDENA** a **Carlos Renato Moreno Chacón** como autor del mencionado delito, y como tal le impone **04 años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de 03 años**, bajo el cumplimiento de cuatro reglas de conducta. Además, la pena limitativa de derechos de **Inhabilitación**, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercía dentro del Ministerio de Salud - Hospital Nacional Arzobispo Loayza, así como la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de 02 años; y fija en la suma de S/. 5,000 nuevos soles, el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor del Estado y el pago de costas generadas a consecuencia del proceso.

2. La sentencia ha sido impugnada por:

2.1. El Fiscal Provincial en cuanto a 02 extremos, la absolución de los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona; y la pena impuesta al acusado Moreno Chacón en calidad de condicional. En la formalización de su recurso, en relación a los 02 primeros sostiene que la sentencia carece de una adecuada motivación[1] y valoración de la prueba por indicios, al no haber sustentado cuales son los contraindicios que sustentan la absolución. Respecto al acusado Moreno Chacón, incurre en afirmación inexacta al consignar que el Ministerio Público ha solicitado 06 años de pena privativa de la libertad, cuando solicitó 05 años, además no ha sustentado las razones por las cuales se reduce la pena al mínimo legal.

Su pretensión es que se condene a los 02 primeros como coautores del delito imputado y en cuanto al acusado Moreno Chacón se le imponga una pena privativa de la libertad de 05 años e inhabilitación conforme a su requerimiento acusatorio, al igual que a los 02 absueltos.

2.2. Por el Procurador Público Adjunto Especializado en Delitos de Corrupción, en el extremo que absuelve a los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, quien en la formalización de su recurso se sustenta en la afectación al derecho a la motivación de las resoluciones, pues se absuelve sobre el argumento que los indicios probatorios de cargo son numerosos pero no concomitantes, pero no precisa de qué forma los indicios de descargo contribuyen a la desacreditación de los de cargo. Pese a que se concluye por la existencia de un interés de favorecimiento a terceros por parte de los acusados absueltos y que faltaron a los principios de objetividad e imparcialidad al calificar el currículo de la postulante Acorda Sifuentes, se ha acreditado un hecho antijurídico, sin que la judicatura se haya pronunciado al respecto. Su pretensión es que se fije una reparación civil en S/. 9,000 nuevos

2.3. Por la defensa del acusado Moreno Chacón por afectación al derecho a la motivación de las resoluciones, existiendo deficiencia en la motivación externa e indebida valoración de los indicios y de los contraindicios, afectando la presunción de inocencia. Su pretensión es que se le absuelva de la acusación fiscal.

3. Esta Sala Penal de Apelaciones es competente para conocer los mencionados recursos conforme al artículo 27.1 del Código Procesal Penal[2] (*en adelante CPP*) y numeral 1 de su artículo 409, que nos otorga competencia para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

1 Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el artículo 139.5 de la Constitución. Derecho que exige a los jueces que al resolver las causas expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión, razones que deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp. N°1480-2006-AA/TC, entre otros).

2 Artículo 27.1 del CPP: Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores: 1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales -colegiados o unipersonales.

II. CONSIDERANDOS:

II.1. *Sustento normativo*

Tipo penal imputado a los acusados absueltos

4. Los hechos imputados a los tres acusados es el delito de Negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, cuyo texto al momento de los hechos, es el siguiente[3]:

> ***Artículo 399.- Negociación Incompatible***
>
> *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 la libertad de no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal."*

4.1. Bien jurídico protegido.- Es un delito "especial propio"[4] y de "infracción del deber", esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal o Ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas[5], 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 disciplinaria. 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. En rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales.

4.2. Imputación objetiva.- Dentro de la estructura del tipo penal de negociación incompatible se aprecian entre otros elementos normativos, los siguientes:

Sujeto activo, autoría y coutoría.- 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 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. El artículo 23 del Código Penal regula las modalidades de la autoría: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo **cometan conjuntamente** serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

Como se ha formulado acusación a título de coautores, la coautoría requiere de tres presupuestos, **a)** Ejecución conjunta del hecho delictivo. Hay una división de trabajo de los

3 Según la modificación introducida mediante Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004, modificación aplicable al caso de autos cuyos hechos datan de enero de 2011.

4 Porque la cualidad 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 ostentan un estatus jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo legal común.

5 Los deberes y roles funcionales se encuentran contenidos en las la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros.

intervinientes en el plan global; **b)** co-dominio funcional del hecho. Ejecutar tácticamente y controlando su aporte esencial (táctico) del hecho delictivo (estratégico); **c)** aporte objetivo de cada interviniente, esto es, el aporte de una contribución al plan global del hecho, en la fase de la ejecución del delito, ya que sin tales aportes no se hubiese cometido el delito.

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[6]. 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. esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución. 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.

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.

Provecho de tercero.- La actuación ilegal 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 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 en las subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, contratación de administración de servicios- CAS, entre otros; y como persona pública.

4.3. 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 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[7] y 12[8] del Código Penal.

6 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 excluidas 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 Luís, "Negociación incompatible", en REYNA ALFARO, Luís Miguel (Director), *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 197.

7 "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas (...) penadas por la ley".

8 "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa".

4.4. 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 contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación Pública. No cabe la tentativa.

4.5. Sujeto pasivo y agraviado.- El sujeto pasivo y agraviado es la entidad u órgano concreto del Estado, como titular del bien jurídico penal protegido.

Valoración de la prueba

5. El artículo 425.2 del CPP, en relación al recurso de apelación de sentencia, estipula que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. En relación a la prueba personal establece como un límite que, no puede otorgarle diferente valor probatorio a la 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.

6. En cuanto a la valoración de la prueba el mencionado texto legal se adscribe al "sistema de libre valoración"[9], consagrando un conjunto de disposiciones generales y específicas a partir de su Título Preliminar. Por ejemplo, precisa que el juez en primer término procederá a examinar individualmente y luego conjuntamente las demás; así mismo que, en la valoración de la prueba se respete las reglas de la sana critica, especialmente los principios de la lógica, la ciencia o los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia (arts. 393.2,158.1 y 393.2), entre otras reglas.

7. La Sala Penal Permanente[10] ha interpretado que la sentencia de segunda instancia no vulnera la garantía de motivación suficiente si se remite a la sentencia de primera instancia, siempre y cuando esta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada. Asimismo, en relación al numeral 2 del artículo 425 del CPP, sostiene que con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, lo que reduce el criterio fiscalizador de la Sala de Apelaciones pero no lo elimina. Acepta la existencia de "**zonas abiertas**" accesibles al control, referidos a los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba que si pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, experiencia y los conocimientos científicos[11].

8. Conforme se advierte de lo actuado en juicio oral y de la sentencia impugnada, el Juez Enríquez Sumerinde ha emitido sentencia amparado en la prueba indiciaria, la misma que se encuentra regulada en el artículo 158.3 del CPP, y que tiene suficiente entidad para enervar la presunción de inocencia, que como derecho fundamental le asiste a todo imputado. Prueba que se define como aquella que directamente lleva al convencimiento al órgano judicial sobre la verdad de hechos periféricos o de aspectos del hecho penalmente

9 Resulta correcta la afirmación de Pablo Talavera, cuando sostiene que el Código además se decanta por una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituye pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ver: TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, 2o reimpresión, AMAG, Lima, 2009, p. 109.

10 Sentencia de Casación Nº 05-2007- Huaura, del 11 de octubre de 2007.

11 Es en base a esta línea interpretativa que el Colegiado ha verificado la prueba personal actuada en juicio oral.

relevante que no están directamente referidos al procesado, pero que en atención a leyes científicas, reglas de la lógica, máximas de la experiencia permiten tener razonablemente por cierta la intervención del procesado en el hecho penalmente relevante[12].

9. En relación a la prueba indiciaría, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que esta no se opone al derecho a la presunción de inocencia. Respecto al indicio precisa: **"a)** este hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de los 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 táctico 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 (....)[13]. Y es que en efecto, los indicios son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante[14], los que aceptan diversas clasificaciones, una de ellas, la del criterio de temporalidad, que los diferencia en indicios antecedentes, concomitantes y subsecuentes[15].

10. El artículo 150 del CPP prescribe: *"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aún de oficio, los defectos concernientes:* **d**) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución"[16]. Disposición que en relación a la omisión de la sentencia respecto al pronunciamiento sobre imposición de consecuencias jurídico-civiles a los acusados absueltos, postulado por el representante de la Procuraduría Pública debe ser concordada con los artículos 171 y tercer párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil.

11. Establecido el sustento normativo, en base al principio de limitación[17] que rige la actividad recursiva, por el cual el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse sólo en relación a las pretensiones y agravios invocados por el impugnante, nuestro pronunciamiento luego de valorar lo actuado en juicio oral y en el juicio de apelación, debe determinar: **i)** si la prueba actuada y su valoración por el titular del Primer Juzgado Unipersonal fundamenta la sentencia en su extremo condenatorio y absolutorio; o, **ii)** Si debe declararse su nulidad por infracción al derecho a la debida motivación de las resoluciones, indebida aplicación de la prueba indiciaría y omisiones al pronunciamiento de consecuencias jurídicas civiles.

12 GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba por indicios en el proceso penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2010, p. 31.

13 R. N. Nº 1912-2005-P1URA, de 06 de setiembre de 2005; fundamento que ha sido recogido por el Acuerdo Plenario Nº 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre de 2006.

14 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 187.

15 Los indicios antecedentes, se producen con anterioridad al hecho punible; los concomitantes, resultan de la ejecución del hecho; y, los subsecuentes, aparecen con posterioridad al delito.

16 Por tal motivo, el Acuerdo Plenario Nº 5-2011/CJ-I 16 del 06 de diciembre del 201116 indica que la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo 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.

17 Conocido como *"tantum apellatum quantum devolutum"*.

11.2. *Fundamentación Fáctica*

Hechos objeto de imputación fiscal y posición del Ministerio Público

12. El Ministerio Público en su requerimiento de acusación escrita de modo específico atribuye a Guibovich Mesinas (Director de la Oficina de Administración), Dora Morales Tarazona (Jefa de la Oficina de Personal) y Moreno Chacón (Jefe del Servicio de Gastroenterología), como integrantes de la Comisión Evaluadora del Proceso de Selección CAS N° 01-2011 para la contratación de dos médicos gastroenterólogos del Hospital Nacional Arzobispo Loayza (en adelante Comisión y HNAL), el haberse interesado de manera directa e indebida, generando dolosamente condiciones necesarias para favorecer en la contratación de la postulante Lisbeth Gladys Acorda Sifuentes para dicho cargo, quien resultó ganadora de 1 de las 2 plazas requeridas.

Que los acusados como integrantes de la Comisión, el primero Presidente, la segunda, miembro permanente y el tercero, miembro temporal; tendrían la condición de **coautores** del delito de Negociación incompatible en agravio del Estado. Según la tesis acusatoria, las pruebas directas e indirectas actuadas en el juicio oral permiten sustentar una condena, ya que se ha acreditado:

- En la publicación de la convocatoria para el Proceso de Selección CAS N° 01-2011 se requirió como perfil profesional, el Título de médico en gastroenterología, entre otros requisitos. Publicación e inscripción que según cronograma fue del 18 al 22 de enero de 2011; sin embargo, el 25 del mismo mes se publicó en la página web del HNAL la **fe de erratas** CAS N° 01-2011 que en el Perfil profesional además del mencionado requisito, consideró "**poseer constancia de haber concluido la especialidad"**
- La fe de erratas se materializó en la segunda etapa del proceso de selección, lo que implicó una modificación esencial o sustancial del perfil profesional, etapa en la cual la Comisión no puede realizar modificaciones conforme a la Directiva Administrativa 148-MINSAIOGA/OGRH.V.01 que establece el Procedimiento del Régimen Especial de Contratación CAS en el Ministerio de Salud. Que en este caso debió declararse desierta la convocatoria, luego de lo cual se puede proponer las modificaciones de los requisitos mínimos.
- La Comisión pese a la modificación del perfil profesional de la convocatoria no prorrogó el plazo para la inscripción, sino que además los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona desestimaron la reconsideración del postulante Luis Garavito Rentería, quien el 26 de enero de 2011 conforme al nuevo perfil en base a la cuestionada fe de erratas, presentó la "Constancia de haber culminado la especialidad en gastroenterología emitida por la universidad". Para desestimar su reclamo y del postulante Juan Felipe Ramírez García, argumentaron que la presentación del documento era extemporánea pues la fecha de presentación fue hasta el 22 de enero y además era una copia simple.

  Lo que no ocurrió con la postulante Acorda Sifuentes, quien también carecía del título, pero si pasó por la incorporación de la fe de erratas. Fue la única que presentó en su currículo la constancia de la universidad y también la del HNAL y, solo valoraron la de la universidad, más no la constancia del postulante Garavito Rentería porque fue emitida por el Hospital.

  En relación a lo anotado, constituye un indicio la suscripción del Acta de Reunión N° **01-CAS** del 25 de enero de 2011 a las 3.00 p. m. sin presencia de veedores, acta

que debió tener correlativamente la numeración 2.

- Moreno Chacón y sus 2 coacusados efectuaron la evaluación curricular en base a los requerimientos efectuados por el Servicio de Gastroenterología dirigido por Moreno Chacón como Jefe del área usuaria, y pese a que el primero supo desde el primer día de la publicación que existió un error material en la publicación procedió a la evaluación. A su criterio, de haberse evaluado conforme a las exigencias de la convocatoria de público conocimiento, Acorda Sifuentes hubiese sido descalificada desde el inicio en el "Cuadro de Resultados de Requisitos Mínimos". Un indicio de favorecimiento se dio en el momento de la publicación de la fe de erratas, en horas de la tarde del mencionado 25 de enero en la web del HNAL y en la pizarra al costado de la Dirección, cuando la mencionada postulante ya había sido calificada, evitando de este modo su exclusión.
- Acorda Sifuentes tuvo dos calificaciones en la prueba escrita, nota 18 en el cuadro suscrito por Morales Tarazona, y nota 19.8 en el cuadro suscrito por el representante de la OCI y el representante del Cuerpo Médico, Luis Alberto Montoya Galdós.
- Otro indicio del manifiesto interés de Moreno Chacón se evidencia al haber otorgado a la postulante Acorda Sifuentes, una Constancia de Pasantía en Pancreato Colangeografía Retrógrada Endoscópica (PCRE) en enero del 2011, mes en que se dio la convocatoria, pese a que la citada postulante nunca mantuvo vínculo laboral con el HNAL. Documento que si bien no fue valorado al momento de la evaluación curricular, su expedición evidencia la existencia de vínculos de dependencia entre ambos, siendo Moreno Chacón el que realizó la entrevista personal en la cual ella obtuvo el más alto puntaje del grupo, y para acreditar su capacitación hizo las preguntas a todos los postulantes en el ámbito especializado del PCRE.

- La selección de la postulante Acorda Sifuentes sin contar con título de especialista en gastroenterología acredita que la Comisión no tuvo en cuenta la Directiva Administrativa 148-MINSAIOGA/OGRH.V.01 que establece un proceso de selección objetivo relacionado con los requisitos y necesidades del servicio, que garantice los principios de méritos, capacidad e igualdad de oportunidades.

13. El **Ministerio Público**, al término del juicio oral consideró probadas las imputaciones formuladas inicialmente contra los 03 acusados con la prueba personal y documental actuada. En igual sentido, el Fiscal Superior en sus **alegatos de apertura y de clausura** sostiene que la responsabilidad de Guibovich Mesinas y Morales Tarazona se encuentra acreditada, pues se flexibilizaron las bases para permitir que se presenten postulantes sin tener título de especialista en gastroenterología y negaron a dos postulantes que sólo tenían constancia de especialización continuar en el concurso y sin otorgar un plazo a otros postulantes, actitud que tuvo como fin favorecer a la postulante Acorda Sifuentes, señalando los indicios que básicamente son los ya expuestos en la acusación fiscal, reiterando una indebida valoración de la prueba indiciaria en relación a los absueltos. En cuanto a Moreno Chacón reitera su pedido de una pena privativa de libertad con el carácter de efectiva ya que no se ha tenido en cuenta los presupuestos para fundamentar, determinar e individualizar la pena, conforme los artículos 45 y 46 del Código Penal y no tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena.

Alegatos de apertura de la Procuraduría Pública y de la defensa de los acusados.

14. El **representante de la Procuraduría Pública** en sus alegatos de apertura sostiene que existen indicios suficientes que configuran una conducta antijurídica, indicios que vinculan

a los acusados absueltos, entre otros, la publicación de una fe de erratas en una fecha posterior a la convocatoria que imposibilitó a los postulantes adjuntar el nuevo requisito que se solicitaba, solo pasó la postulante Acorda Sifuentes, quien presentó una constancia de pasantía suscrita por Moreno Chacón coincidentemente en fecha anterior próxima a la convocatoria. La conducta ilícita ha causado un daño extrapatrimonial incuantificable, considerando que debe ser reparado reiterando su pedido de reparación civil, que asciende a 9,000 nuevos soles.

15. La defensa del ***acusado Carlos Renato Moreno Chacón*** en sus alegatos de apertura y a la conclusión del juicio de apelación, en relación a la imputación fiscal y la valoración probatoria del juzgador, sostiene lo siguiente:

- Moreno Chacón actuó diligentemente y no vulneró las normas funcionales de contratación CAS ni la Ley General de Salud, cuyo artículo 22 señala como requisito para desempeñar actividades propias de la medicina el título profesional y cumplir con los requisitos de especialización. Se ha acreditado que la especialidad fue exigida expresamente desde el primer momento en que se formularon los requerimientos - 10 y 14 de enero de 2011-. El tema es cómo se acredita la misma, con título o con constancia de la universidad, a su criterio puede ser con cualquiera de los mencionados.
- Moreno Chacón evaluó a los 7 postulantes, declarando apto a todos, incluidos los tres postulantes que no tenían título de especialista en gastroenterología: Acorda Sifuentes, Garavito Rentería y Ramírez García. La evaluación curricular consta en un formato y en él lo que se evalúa es el título universitario, por eso a todos les puso 15 puntos, no había un rubro dedicado a especialidad. Si luego Guibovich Mesinas y Morales Tarazona declararon aptos a los dos primeros por un tema formal, al no presentar la constancia de especialización fedateada por la universidad, esta decisión no es imputable a su patrocinado.

  En cuanto a la experiencia laboral que según el juez no fue requerida, si fue considerada por Moreno Chacón al momento de evaluar el currículo, donde consta que la postulante Acorda Sifuentes fue calificada con cero.
- En lo que respecta a la fe de erratas, el requerimiento de la contratación de 02 médicos especialistas en gastroenterología se pasó a la Oficina General de Administración, y los testigos Sarita Saldaña Valdivia y Escajadillo Gonzáles asumieron el error tanto al momento del tipeo del requerimiento en la publicación de la convocatoria. Moreno Chacón no ocultó el error de la publicación.
- La constancia de pasantía que se constituye un indicio para el juez porque denotaría que él conocía a la postulante Acorda Sifuentes, no es tal, ya que no fue considerada en la evaluación, en el formato no hay ningún puntaje para pasantía.
- Respecto a que su patrocinado como Jefe del área usuaria debió abstenerse y enviar a un representante, tal conclusión del Juez es falsa ya que no hay impedimento para que Moreno Chacón participe y aun cuando hubiese nombrado a otro en su lugar, todos los médicos conocían a los postulantes pues todos fueron residentes del hospital.
- En cuanto a las preguntas para la prueba escrita no hay ninguna irregularidad, él las recibió en sobre lacrado y de ese modo la entregó a Guibovich Mesinas. Respecto a la entrevista personal, se tiene como indicio que las preguntas se formularon sólo en relación al área de gastroenterología para permitir que solo Acorda Sifuentes se encuentre en aptitud de responder, indicio que considera desvirtuado con los testimonios de los postulantes quienes en juicio oral refirieron que estuvieron en la aptitud de contestar.

16. Finalmente formularon sus **alegatos de apertura y de clausura l**os abogados de los acusados absueltos **Guibovich Mesinas y Morales Tarazona**, quienes sustentan que no hubo conducta dolosa de parte de ellos, sino errores administrativos siendo relevante destacar indistintamente dada su condición de miembros de la Comisión, los siguientes argumentos:

- No se ha probado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, en especial el interés indebido para favorecer a tercero, pues en juicio oral declararon más de 15 testigos, quienes señalaron que no hubo ninguna irregularidad ni parcialización para favorecer a la postulante Acorda Sifuentes.
- Moreno Chacón consignó en su requerimiento que se necesitaba 02 médicos con título de especialista en gastroenterología o la constancia de especialización, y desde el primer día de la publicación de la convocatoria hizo notar a la secretaria de la Presidencia de la Comisión la existencia de un error material, pues se omitió colocar en el perfil del médico la constancia de especialización. En otras áreas también se presentaron médicos sin título de especialista.
- La teoría del caso del Ministerio Público se sustenta en la fe de erratas, la cual no constituye una irregularidad ya que la secretaria Sarita Saldaña Valdivia aceptó que el error partió de ella, pues los términos de referencia le dieron en forma escrita y al tipearlos se produjo el error, testigo que señaló que la fe de erratas no precisa de una resolución administrativa ni fue ordenada por los miembros de la Comisión. Versión corroborada por el testigo Escajadillo Gonzáles, asistente del área administrativa.
- No hay norma administrativa que disponga que se debió prorrogar o ampliar el plazo de presentación de documentos.
- El testigo Garavito Rentaría manifestó que cuando fue declarado no apto acudió a su jefe inmediato Moreno Chacón, quien lo condujo con la acusada Morales Tarazona la que le permitió que regularice la constancia de especialización y reconoció que no presentó la emitida por la universidad, sino en copia simple, por lo que fue descalificado. Igual ocurrió con el postulante Felipe Ramírez García.
- La constancia de pasantía no fue valorada con puntaje alguno por la Comisión, y en cuanto a la nota escrita si bien se pusieron dos notas a la postulante Acorda Sifuentes prevaleció la nota menor, con lo cual no hubo favorecimiento.
- Finalmente, la defensa de Guibovich Mesinas señala como contraindicios que no conocía a la postulante Acorda Sifuentes, él no generó el error en la fe de erratas, la corrección de la convocatoria fue hecha a pedido de Moreno Chacón, entre otros. Y sobre un pago por concepto de reparación civil, el daño de carácter extra patrimonial no ha sido objeto de juicio y está en duda si hubo daño o no en la contratación de la postulante Acorda Sifuentes, ya que la doctora Vargas quien elaboró las preguntas como profesora, cuando se refirió a su perfil profesional dijo que era muy dedicada al estudio y era natural que sea la ganadora. Que no es verdad que su patrocinado tenga una alta experiencia en la Administración, ya que recién el 2011 apenas a un mes de la convocatoria fue nombrado director, su amplia experiencia es de médico tratante.

17. El acusado Moreno Chacón y los acusados absueltos Guibovich Mesinas y Morales Tarazona luego de ser informados de sus derechos, manifestaron que declararían, ejerciendo

además el derecho que les confiere el artículo 424.5 del CPP[18]. Afirman ser inocentes de las imputaciones formuladas.

18. En cuanto a la prueba actuada en el juicio de apelación, se oralizaron diversos documentos[19] relacionados con el Proceso de Selección N° 01 Convocatoria Contratos Administrativos de Servicios, que complementados con la oralización de documentos en juicio oral permite establecer las etapas del proceso de selección N° 1 CAS, del siguiente modo:

a) ***Memorándum N° 010-HNAL-SG-11, del 10 de enero de 2011***[20]. Suscrito por Moreno Chacón y cursado a Guibovich Mesinas, solicitando la contratación del servicio de dos médicos especialistas en gastroenterología para cubrir las dos plazas vacantes por el cese del doctor Rodrigo Espinoza y la renuncia de la doctora Rosario Uribe (folios 135). Adjunta la relación de requerimientos mínimos necesarios para la contratación, entre otros requisitos: título de médico cirujano, título de especialista **y/o constancia de haber terminado la especialidad** y currículo vitae documentado y fedateado (resaltado nuestro).

b) ***Carta de fecha 14 de enero de 2011***[21].

Cursada por Moreno Chacón a Guibovich Mesinas, mediante la cual adjunta los términos de referencia para la contratación del servicio de dos médicos especialistas en gastroenterología (folios 138). Acredita la reiteración del requerimiento, adjuntando los términos de referencia del contrato, que en lo principal son los indicados en el memorándum antes indicado.

c) ***Documento denominado Proceso de Selección N° 01 Convocatoria Contratos Administrativos de Servicios.***

El que contiene el cronograma y requisitos del referido proceso:

i) Publicación e inscripción del 18 al 22 de enero del 2011; **ii) Selección** del 24 al 27 de enero de 2011, la cual se subdivide en b.1) evaluación del curriculum vitae del 24 al 25 de enero de 2011; b.2) evaluación escrita el 26 de enero de 2010 y b.3) entrevista personal el 27 de enero de 2010; **iii) Publicación de resultado final** el 27 de enero del 2010 (folios 140-142). Acredita la existencia de errores de fecha en las dos sub etapas y la última etapa, por cuanto se consigna el año 2010 debiendo ser 2011. En lo que es relevante para este caso, en el rubro *"Perfil profesional y/o técnico"* solo se consigna **Título de Médico en Gastroenterología**; y en el rubro "Documentos a presentar" debe ser **fedateado**, consignándose una cláusula de exclusión: "A Falta de algunos de estos documentos y/o requisitos se excluirá del proceso de selección".

d) ***Acta de Reunión N° 01 CAS N° 01/2011, del 24 de enero de 2011.***

Reunión que se inicia a horas 8:30 a.m. y culmina a horas 5.00 pm, suscrita por los miembros de la Comisión Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, con la presencia

18 Consistente en el denominado "derecho a la última palabra".

19 Artículo 424.4 del CPP: Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

20 Documento recepcionado por Mesa de Partes del Hospital Nacional Arzobispo Loayza con fecha 11 de enero de 2011.

21 Documento recepcionado por Mesa de Partes del Hospital Nacional Arzobispo Loayza con fecha 15 de enero de 2011.

de dos veedores, mediante lo cual se aprueba el Cuadro de Resultados de Requisitos Mínimos, de un total de 7 postulantes - Anexo 2, y el Cuadro de Resultados de la Evaluación Curricular, 5 postulantes aptos - Anexo 3 (folios 143-145). Acredita además que fueron 08 departamentos, servicios y oficinas que efectuaron requerimiento, el de mayor cantidad de postulantes el departamento de Técnico de Enfermería, donde se presentaron 104 postulantes.

e) ***Memorándum N" 016-HNAL-SG-11, de fecha 24 de enero de 2011.***

Dirigido por Moreno Chacón a Guibovich Mesinas mediante el cual le envía en sobre cerrado y lacrado las preguntas requeridas para el concurso, en formato USB que le entregó la doctora Gloria Vargas Cárdenas, Médico Asistente del Servicio y docente de dos universidades. A la vez sustenta que Moreno Chacón se acredita como representante del Servicio en la Comisión Evaluadora (folios 156).

f) ***Fe de erratas- CAS N° 01-2011.***

Publicado sin fecha y firma, en la cual se consigna: Perfil profesional: 1.3 **Título de médico en gastroenterología**. Debe decir: 1.3 **Título de médico en gastroenterología o poseer constancia de haber concluido la especialidad** (folios 158). Acredita que existió un error sustancial en la publicación de la convocatoria.

g) ***Acta de Reunión N° 01-CAS N° 01-2011, del 25 de enero de 2011.***

Acredita que el indicado día, entre las 03:00 a 03:45 de la tarde, Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, acordaron no considerar aptos a los postulantes Jorge Luís Garavito Rentería y Juan Felipe Ramírez García, por cuanto al revisar los expedientes se constata que no presentan título de especialista, ni constancia de haber concluido la especialidad emitida por su respectiva universidad (folios 157).

h) ***Acta de Reunión N° 04-CAS N° 01-2011, del 26 de enero de 2011 a horas 11:00-11:45 am.***

Suscrita por Guibovich Mesinas, Morales Tarazona y el doctor Luis Alberto Montoya Galdos representante del Cuerpo Médico para atender el reclamo presentado en la evaluación curricular por el postulante Garavito Rentería. Los Miembros de la Comisión se ratificaron en no declararlo apto, por lo siguiente: a) La presentación de su constancia era extemporánea ya que el sábado 22 de enero fue la fecha límite para la presentación de currículos de acuerdo al cronograma publicado; y b) por haber presentado copia simple de la constancia y no fedateada (folios 162).

i) ***Carta N° 001-CE-HNAL-2011, del 26 de enero de 2011.***

Mediante la cual Morales Tarazona y Guibovich Mesinas dan respuesta al reclamo planteado por el postulante Garavito Rentería, ratificándose en declararlo no apto a la postulación por las razones antes expuestas (folios 137).

j) ***Cuadro de resultados de la prueba escrita del Proceso de Selección CAS N° 01-2011.***

Documento suscrito por Morales Tarazona, donde se consigna como puntaje de la prueba escrita 18 a la postulante Acorda Sifuentes (folios 164), mientras que en folios 165 aparece el mismo cuadro, pero se le consigna la nota 19.8, documento en el cual se aprecia que las 05 notas han sido llenadas a mano y con bolígrafo negro y está firmado por Luís Alberto Montoya Galdos y otras 02 personas cuyos nombres no se consignan salvo en uno de ellos la sigla OCI.

k) Acta de Reunión N° 06 CAS N° 01/2011, del 27 de enero de 2011 de 08:30 am. a 03:00 pm.

Suscrita por Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, en la que se consigna que participan diversos veedores, entre ellos, Moreno Chacón como representante del Servicio de Gastroenterología, y en donde se da cuenta del inicio de la entrevista personal de todos los postulantes que aprobaron los procesos de evaluación curricular y prueba escrita de todos los requerimientos de la Convocatoria CAS N° 01-2011. Se aprobó el cuadro de méritos de los postulantes que participaron en la entrevista personal, y se declara ganadores a los postulantes que obtuvieron como mínimo 55 puntos. En la entrevista personal en relación al Servicio de Gastroenterología quedaron 04 postulantes, apareciendo que la postulante Acorda Sifuentes obtuvo la nota 45. Se advierte otro error en el formato, pues en la columna correspondiente al puntaje de entrevista personal se ha colocado **puntaje prueba escrita** (folios 166-167).

l) Cuadro de resultado final CAS N° 01 correspondiente al Servicio de Gastroenterología

Firmado por los procesados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, en el que figura un listado con 04 postulantes con el siguiente puntaje final: Acorda Sifuentes con 90 puntos, Tania Karina Reyes Mugruza con 80 puntos, Gerardo Alonso Uehara Miyagusuku con 77.8 puntos y Sandra Angélica Pando Huarcaya, con 75.8 puntos (folios 199).

ll) Constancia de fecha enero de 2011.

Emitida por el acusado Moreno Chacón en enero de 2011, donde se deja constancia que la doctora Lisbeth Gladys Acorda Sifuentes realizó una pasantía en Pancreato Colangeografía Retrógrada Endoscópica (PCRE), en el Servicio de Gastroenterología del HNAL en el periodo julio de 2010 a enero de 2011 (folios 169).

k) Oficio N° 664-DEG-HNAL-2011 del 12 de abril de 2011

Emitido por el Director General (e) del HNAL, doctor Dante Aliaga Barrera, en el cual informa sobre la Convocatoria CAS 01- Gastroenterología. Acredita que expone argumentos sobre la inexistencia de irregularidades administrativas y que ante los resultados los denunciantes Augusto Nago Nago, Mario Valdivia Roldan, Magdalena Astete Benavides, Manuela B. Brignole Martínez, Adelina Lozano Miranda y Corina Mayuri Bravo de Rueda y no los postulantes al concurso, presentaron un recurso de apelación, el mismo que ha sido elevado al Tribunal del Servicio Civil- SERVIR, del Ministerio de Economía y Finanzas (folios 179 a 184).

Análisis de los hechos objeto de imputación fiscal y pronunciamiento en relación a la responsabilidad o no de los acusados

19. El Juez Enríquez Sumerinde en la sentencia de primera instancia ha cumplido con señalar la normativa correspondiente al Régimen Especial de la Contratación Administrativa de Servicios: Decreto Legislativo N° 1057; su Reglamento, el Decreto Supremo 075-2008-PCM -vigente hasta el 26 de julio del año 2011-, el cual establece las cuatro etapas del procedimiento de la Contratación: preparatoria, convocatoria, selección y suscripción y registro de Contrato. Además, ha señalado la normativa especial en contratación del Sector Salud, regulada por la Directiva Administrativa N° 148-MINSA/OGA/OGGRH. V.01, que establece el Procedimiento Especial para la Selección, Contratación y Ejecución del Régimen Especial de Contratación Administrativa del Servicios en el Pliego 011- Ministerio de Salud, en mérito a la cual se da la participación de los acusados mencionados

como miembros de la Comisión Evaluadora del Proceso de Selección Nº 01-CAS, cuyo cronograma presentó las siguientes etapas:

Etapas	Fechas
1. Publicación e inscripción	18 al 22.01.11
2. Selección	24 al 27.01.11
2.1. Evaluación de currículum vitae	24 a 25.01.11
	Fe de erratas (25.01.11)
2.2. Evaluación escrita	26.01.11
2.3. Entrevista personal	27.01.11
3. Publicación de resultados	27.01.11

20. El mencionado proceso no se limitó a la selección de dos médicos gastroenterólogos, sino que atendió el requerimiento de 08 áreas, el Departamento de Anatomía Patológica y Departamento de Cirugía General, entre otros (folios 144 del expediente judicial) con un total de 141 postulantes. Se precisa que conforme a la normativa especial, el Jefe del área usuaria se constituye en miembro temporal de la Comisión Evaluadora.

21. El A quo en el fundamento 11.29 de la sentencia, interrelaciona los indicios que considera plurales y concomitantes durante todo el proceso de selección y que determinan la responsabilidad penal de Moreno Chacón: **a)** conocía a la postulante Acorda Sifuentes; **b)** elaboró los términos de referencia con los cuales se da inicio al proceso de selección; **c)** participó directamente de la etapa de evaluación curricular en una fecha anterior a la prevista en la convocatoria; **d)** guardó silencio del error de la convocatoria respecto del perfil procesional y lo manifestó después de haber culminado la evaluación curricular, **e)** obtuvo las preguntas con más de dos días de anterioridad al examen escrito, y, **f)** participó directamente en la entrevista personal.

22. En relación al **indicio b)** en primera instancia y ante este Colegiado ha quedado acreditado que, el acusado Moreno Chacón efectuó el requerimiento como Jefe del Servicio de Gastroenterología - área usuaria- durante los días 10 y 14 de enero de 2011 y consignó como requisitos en cuanto al perfil profesional: "Contar con título de la especialidad o constancia de haber culminado la especialidad".

A criterio del Juez, cuando formuló tal requerimiento incumplió lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley Nº 26842, Ley General de Salud, que textualmente establece: "Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley". A lo que agrega, que el requisito del título de especialización si fue considerado en los requerimientos efectuados por las otras aéreas según los términos de referencia remitidos por las Áreas del Servicio de Traumatología, Departamento de Anatomía Patológica, por citar dos ejemplos.

Sobre este indicio que denotaría el interés para favorecer a la postulante Acorda Sifuentes, quien no tenía el título de especialista, la defensa del acusado Moreno Chacón sostiene que la mencionada ley no señala cómo se acredita la especialización, puede ser mediante título o constancia, mientras que Guibovich Mesinas sostiene que el Reglamento General de Salud establece que los únicos requisitos para ejercer la profesión de médico, es el

título de médico cirujano, estar debidamente colegiado y encontrarse hábil por el Colegio Médico y, que en el Decreto Ley N° 20009, que aprueba el Reglamento de los Cargos Administrativos en la Gestión Pública, figura que los médicos tienen que tener título de médico cirujano y acreditar algún conocimiento de la especialidad (documento oralizado en juicio oral folios 316 al 321).

23. Del debate se advierte que la interpretación literal del Juez Enríquez Sumerinde da como resultado una norma, pero puede obtenerse otra de su sentido literal, y es que el término "especialización" no se refiere restrictivamente a tener *"título de especialista"*, sino que se refiere a la obtención de la destreza necesaria que se logra con la segunda especialidad, siendo admisible que se interprete en sentido amplio, esto es, de haber concluido los estudios de la especialidad en la Unidad de Postgrado de la correspondiente universidad, lo cual puede acreditarse con la constancia de especialista.

24. En relación al mencionado indicio b) señala además otro indicio, que los demás requerimientos de servicios distintos al de Gastroenterología, consignaron dentro de los términos de referencia el requisito de experiencia laboral en la especialidad, y que el acusado Moreno Chacón no consignó ninguna experiencia en la especialidad de gastroenterología. La defensa de Moreno Chacón sostiene que tal experiencia si fue considerada al momento de evaluar el currículo, donde consta que la postulante Acorda Sifuentes fue calificada con cero.

Sobre este indicio, se debe considerar que el numeral 6.1.4. de la Directiva N° 148-MINSA/OGA/OGGRH.V.01., establece que la selección comprende la evaluación curricular y la entrevista y que a propuesta del área usuaria podrá incluir una evaluación escrita y/o psicológica en razón de las características del servicio. Que se otorgará un puntaje máximo de 100, divididos de la siguiente manera: evaluación curricular (30 puntos), evaluación escrita (20 puntos) y entrevista (50 puntos). De no optarse por la evaluación escrita, se considerará un puntaje de 50 para la evaluación curricular.

Asimismo, se debe considerar que la doctora Zarela Solís Vásquez, Directora del HNAL informó que en los procesos de selección CAS no se ha establecido un criterio de tabla para la asignación de puntaje en las evaluaciones, ya sea entrevista o curricular, por lo que la Oficina Ejecutiva de Administración utiliza un modelo estándar para todas las convocatorias CAS[22]. El modelo estándar se acredita con el Formato 1 "Formato de evaluación curricular para selección de personal que será contratado bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicio", en el cual en el rubro Título Universitario se consignó el puntaje máximo de 15 a los 05 postulantes, entre ellos a la postulante Acorda Sifuentes, quien obtuvo **puntaje cero en experiencia laboral.**

Por tal motivo, no compartimos la conclusión expuesta en el fundamento 11.12 de la sentencia, en el sentido que se tiene por acreditado que Moreno Chacón habría tenido interés en favorecer a terceros al elaborar los términos de referencia para el concurso CAS 01-2011, al consignar "Título de especialidad o constancia de haber culminado la especialidad" y no consignar experiencia laboral alguna en la especialidad. Sin embargo, es conveniente en aras de la transparencia que informa a la Administración Pública que la normativa establezca parámetros objetivos y razonables en la calificación curricular, pues el formato establece un máximo de 30 puntos, dividido en: título universitario (15 puntos); capacitación (12 puntos) y experiencia laboral (3 puntos). Por otro lado, si se

22 Oficio N° 2344-DG-HNAL-2011, de fecha 28 de diciembre de 2012 y Oficio N° 2237-DG-HNAL-2011, de fecha 13 de diciembre de 2011, en este oficio se indica que la entrevista personal no está sujeta a parámetros.

precisa de la especialización como requisito mínimo, es razonable que se le otorgue un puntaje en la evaluación curricular.

25. En cuanto al **indicio c)** consistente en haber participado de la evaluación curricular en una fecha anterior a la prevista en la convocatoria, se tiene lo siguiente: La Evaluación Curricular de folios 155 del expediente judicial sin fecha, acredita que Moreno Chacón declaró aptos a los 07 postulantes, lo que evidencia que consideró el puntaje máximo de 15 por el título universitario conforme el Formato Nº 1. Luego sólo parecen 05 Formatos Nº 1 con fechas 24-25 enero (folios 149 al 153), en los que se detalla título universitario, capacitación y experiencia y en los que ya no se comprende a los postulantes Garavito Rentería y Ramírez García, formatos suscritos por los tres miembros de la Comisión Evaluadora, luego de lo cual aparece la Evaluación Curricular suscrita por los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona que da cuenta en el rubro observación, que a los postulantes mencionados se les consideró no aptos por no presentar título ni constancia de especialista.

26. Al respecto, Morales Tarazona sostiene que al haberse presentado varios postulantes de distintas áreas, se acostumbra que los representantes de las áreas usuarias correspondientes efectúen una pre evaluación y luego los dos miembros permanentes dan la conformidad luego de verificar la documentación, versión que a nuestro criterio encuentra sustento en el documento de folios 155 suscrito solo por el acusado Moreno Chacón, sin que de esta tramitación pueda obtenerse un indicio de mala justificación.

27. En cuanto al **indicio d)** consistente en guardar silencio del error de la convocatoria se sostiene en la sentencia que se efectuó la convocatoria (publicación en la página web de la institución) con un perfil profesional distinto al que fuera consignado en los términos de referencia del área usuaria, habiendo asumido ese error el personal que labora en el Área de Administración, Eduardo Tomás Escajadillo Gonzales y Sarita Lucero Saldaña Valdivia, quienes procedieron a subsanar el error mediante una fe de erratas que se publicó el 25 de enero de 2011 en horas de la tarde, el mismo día que Moreno Chacón les avisó telefónicamente del mismo.

A criterio del Juez constituye un indicio el hecho que Moreno Chacón guardó silencio del error de la convocatoria publicada respecto del perfil profesional y lo manifestó después de haber culminado la evaluación curricular de Acorda Sifuentes. En relación a este indicio, debe considerarse como contraindicio que la testigo Sarita Saldaña Valdivia reconoció que los términos de referencia son remitidos por las áreas usuarias y ella los tipeaba para las convocatorias, admitiendo haber incurrido en error. Para el Colegiado queda claro que correspondió a los miembros permanentes efectuar la evaluación curricular con el requerimiento y la convocatoria publicada, de ese modo se hubiese verificado que los contenidos eran distintos y se hubiese tomado una decisión que garantice la no afectación al derecho fundamental de acceso a la función pública[23] de médicos cirujanos que no contaban con la especialidad en gastroenterología, por lo que resulta legítimo que los postulantes con título de especialista en gastroenterología y que concursaron se hayan sentido defraudados cuando se publicó la fe de erratas.

28. En relación al **indicio e)** consistente en haber obtenido las preguntas con más de dos días de anterioridad al examen escrito, se ha acreditado que el procesado obtuvo un

23 Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 23.1 "Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) "de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

banco de preguntas de parte de la médico asistente del Servicio Gloria Vargas Cárdenas, según refiere Moreno Chacón con dos días o más antes del examen escrito que se llevó a cabo el 26 de enero de 2011. A nuestro criterio no es un indicio de interés directo en la contratación, toda vez que la normatividad mencionada no establece un plazo para la obtención y entrega de preguntas, lo cierto y concreto es que entregó el banco de preguntas en un USB en sobre cerrado el día 24 de enero, al Presidente de la Comisión, su coacusado Guibovich Mesinas (Memorándum N° 016-HNAL-SG-11). También se ha acreditado que la verificación, apertura de sobres lacrados, elección al azar de las 20 preguntas para el examen escrito y las claves de respuestas los efectuaron Guibovich Mesinas, Morales Tarazona, en presencia de los veedores, entre otros, el acusado Moreno Chacón y el representante del Colegio Médico Luís Alberto Montoya Galdos, conforme se ha anotado en el detalle de oralización de documentos.

29. Respecto al **indicio f)** consistente en haber participado directamente en la entrevista personal realizando preguntas que solo podían ser contestadas por personas que laboraban o asistían al HNAL, siendo la única postulante apta la médico Acorde Sifuentes, ha quedado acreditado que la mayoría de postulantes realizaron su residentado o especialización en el mencionado hospital, conforme a las declaraciones vertidas en juicio oral y contenido de los currículos, los que estaban en condiciones de responder las preguntas, en mayor o menor intensidad, vinculadas a las funciones, especialidades médicas, organigrama, etc., del mencionado hospital.

En este punto, el Colegiado reitera que en la Administración Pública se precisa de parámetros objetivos en los procesos de selección, más aún cuando una entrevista personal tiene el 50% del puntaje total del concurso.

30. Finalmente, en relación al **indicio a)** referido a que Moreno Chacón conocía a la postulante Acorde Sifuentes, en autos se encuentra acreditado que éste le otorgó una constancia de haber realizado una pasantía, en el Servicio de Gastroenterología, la que ha sido cuestionada por el Director General del HNAL, al no existir documento que acredite que ella mantuvo vínculo laboral con la institución y que no registra ninguna solicitud de asistente libre ni como pasante en la misma. Tal proceder evidencia que la conoce, otorgándole una constancia que no era de su competencia, sin embargo, este indicio único no tiene la fuerza acreditativa que sustente la responsabilidad penal de un acusado.

31. En relación a los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, el Colegiado considera correcta la absolución decretada por el juez Enríquez Sumerinde, teniendo en cuenta el análisis de la prueba indiciaría en relación al acusado Moreno Chacón efectuada por este Colegiado, y considerando que se ha acreditado que el examen escrito se elaboró el mismo día en que se evaluó a los postulantes con presencia de veedores, y el hecho de que la entrevista personal corresponde al área usuaria, en este caso al Servicio de Gastroenterología, ambos señalados como contraindicios en el fundamento 11.28 de la sentencia impugnada. Sin embargo, como ya se anotó en el proceso de selección CAS N° 01- 2011 se cometieron irregularidades que no son de contenido penal, las que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar.

32. En este extremo, consideramos que constituye otra irregularidad por parte de los acusados el hecho que pese a que en la convocatoria de conocimiento público se consignó como requisito de postulación el título de especialista; sin embargo, se presentaron tres postulantes que contaban con la constancia de especialización, requerimiento formulado por el acusado Moreno Chacón y que era de conocimiento de los tres miembros de la

comisión. Por tal motivo, si bien se ha dispuesto que la situación de los postulantes Acorda Sifuentes, Garavito Rentería y Ramírez García que se presentaron sólo con la constancia de especialización se investigue a nivel fiscal a efectos de que se deslinde la responsabilidad penal de los referidos concursantes, al pronunciarnos por la absolución debe dejarse sin efecto la remisión de copias decretada en el fundamento 11.15 de la sentencia impugnada.

Sobre el pago de la Reparación Civil solicitada por la Procuraduría Pública

33. En cuanto a la reparación civil impuesta al acusado Moreno Chacón, se advierte que fue fijada por el juez de primera instancia considerando que los hechos tenían contenido penal, omitiendo pronunciarse respecto de los acusados Guibovich Mesinas y Morales Tarazona, no obstante que del tenor de la sentencia fluye que han incurrido en infracción de normas de contenido administrativo y se ha producido un hecho antijurídico y un daño que resarcir. En este sentido, tratándose de 03 integrantes de una comisión evaluadora, el pronunciamiento acerca de las consecuencias jurídicos-civiles conforme a los artículos 11 y 12.3 del CPP y artículos 92, 93 y 95 del Código Penal, **debe ser único.**

Motivos por los cuales, al haber omitido el juez pronunciarse sobre lo solicitado por el Actor Civil debe declararse la nulidad de la sentencia en este extremo, debiéndose emitir nueva sentencia por el mismo juez que llevó a cabo el juicio oral y en el cual se respetaron los derechos de las partes y se actuaron las pruebas. El Colegiado precisa que por tratarse de una materia que procesalmente se rige por las reglas del Código Procesal Civil, no resulta de aplicación el artículo 425.3. a) del CPP en concordancia con el artículo 426.1 del texto acotado.

En relación a las Costas Procesales

34. El artículo 497.1 del CPP establece por regla general que toda decisión que ponga fin al proceso penal o resuelva un incidente de ejecución, establecerá quien debe soportar las costas. Por otro lado, su artículo 499.1 estipula qué personas o instituciones se encuentran exentas de dicho pago, entre las que se encuentran los señores Fiscales del Ministerio Público y los miembros de las Procuradurías Públicas del Estado. En el caso de autos, al haber formalizado recurso de apelación el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, se encuentran exentos del pago de costas por mandato legal. En cuanto al acusado Moreno Chacón, considerando que ha ejercitado el derecho a la pluralidad de instancia, y que no ha incurrido en maniobra obstruccionista, también debe ser exonerado de este pago.

III. Decisión

Por las consideraciones expuestas, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de conformidad con los artículos 150, 409.1, 417.1, 419 y 425.3 del Código Procesal Penal, por unanimidad, ***RESOLVEMOS***:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 01 de febrero de 2013, expedida por el señor Juez del Primer Juzgado Unipersonal, magistrado Víctor Joe Manuel Enríquez Sumerinde, en el extremo que **ABSUELVE** a **Dora Amalia Morales Tarazona y Alex Alberto Guibovich Mesinas,** de la acusación fiscal formulada en su contra en calidad de coautores del delito contra la Administración Pública -Negociación incompatible, en agravio del Estado.
2. **REVOCAR** la mencionada sentencia, en el extremo que condena a **Carlos Renato Moreno Chacón** como autor del delito contra la Administración Pública -Negociación incompatible, en agravio del Estado, y como tal le impuso **Cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de Tres años**, bajo el cumplimiento de cuatro reglas de conducta. Además, la pena limitativa de derechos de Inhabilitación, consistente en la

privación de la función, cargo o comisión que ejercía dentro del Ministerio de Salud - Hospital Nacional Arzobispo Loayza, así como la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de dos años; **Y REFORMÁNDOLA: ABSOLVIERON** a **Carlos Renato Moreno Chacón** de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito contra la Administración Pública -Negociación incompatible, en agravio del Estado; en consecuencia dispusieron el **ARCHIVO DEFINITIVO de lo actuado y la anulación de los antecedentes** que se hubieran generado en su contra. Quedando subsistente el pago de las costas en primera instancia al no haber sido objeto de impugnación.

3. **DECLARAR la nulidad** de la sentencia en el extremo que impuso a Carlos Renato Moreno Chacón la suma de S/. 5,000 nuevos soles por concepto de reparación civil. **DISPUSIERON** la remisión del presente expediente al señor Juez Enríquez Sumerinde, a fin que emita una nueva sentencia referente a la imposición de las consecuencias jurídico-civiles al mencionado acusado, y los acusados Alex Alberto Guibovich Mesina y Dora Amalia Morales Tarazona.
4. **DECLARAR** que **no procede el pago de costas** en esta instancia a ninguno de los sujetos procesales.
5. **DEJARON** sin efecto la remisión de copias contra las personas de Lisbeth Gladys Acorda Sifuentes, Jorge Luis Garavito Rentería y Juan Felipe Ramírez García, dispuesto por el señor juez Enríquez Sumerinde en el fundamento 11.15 de la sentencia impugnada.
6. **DISPUSIERON** la remisión de los actuados al señor Juez para que cumpla con la ejecución de la sentencia en los extremos que quedan ejecutoriados.

S.S.

Susana Ynes Castañeda Otsu (Presidenta y D.D.)

Sara del Pilar Maita Dorregaray (Jueza Superior)

Rafael Ernesto Vela Barba (Juez Superior)

§ 38. Negociación incompatible: Exp. N.° 00066-2011-10-1826-JR-PE-03 (31/01/2013)

a. Negociación incompatible. Culpabilidad de la encausada se encuentra acreditada con una suma de indicios. Prueba indiciaria. *La sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien elaboraba la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba, para que con su visto bueno sea elevado a sus superiores jerárquicos en esa época, el sub Gerente de Servicios Generales (Linares Pachari) y el Gerente de Servicios (Valdéz Ortiz).*

[...] Está acreditado que la sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien recibía los requerimientos de refrigerios, solicitando para ello a los proveedores las respectivas cotizaciones, siendo su función servir de primer filtro o tamiz con relación a los pedidos formulados por diversas áreas usuarias, encargándose de evaluar la mejor propuesta económica, situación que no se dio en las cuatro órdenes de servicios materia de imputación (Nº 2609, Nº 2838, Nº 2852 y Nº 2975), pues eligió a un proveedor que no se encontraba inscrito como tal ante el Ministerio Público, conforme lo han declarado los testigos Antony Terri Eduardo Jara Acevedo y Justina Acevedo Capani.

b. Se encuentra acreditado el interés indebido con la siguiente suma de indicios: se infiere válidamente que la sentenciada pretendía favorecer a dicho proveedor, ya que este fue elegido como proveedor antes de serlo, no verifico la información de los proveedores que estaban registrados en el Ministerio Público. No se observó las cotizaciones del proveedor favorecido. si bien la sentenciada no era quién tomaba la decisión final para elegir al proveedor, pues solo es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial, que en el caso vendría a ser la elección del proveedor; aunado a todo esto se tiene la declaración del proveedor favorecido. *En relación a la orden de servicio Nº 2609, de fecha 15 de abril de 2010, está acreditado que cuando se eligió a Jara Acevedo como el proveedor, éste no era proveedor del Ministerio Público, ya que conforme se oralizó en audiencia, obra la carta de fecha 16 de abril de 2010, donde el mencionado Jara Acevedo remite a la Gerencia Central de Logística su número de código de cuenta interbancaria. Apreciándose objetivamente la discrepancia entre ambas fechas, pues Jara Acevedo fue elegido como proveedor antes de serlo, situación que permite inferir válidamente que la sentenciada Niño de Guzmán Solier pretendía favorecer a dicho proveedor, demostrándose así su interés indebido.*

[...] *Las ordenes de servicio Nº 2838 y 2852 del mes de abril también fueron generadas a favor de Jara Acevedo, proveedor que no estaba registrado como tal en el Ministerio Público, incluso se aprecia de dichas ordenes que se dieron de manera subsiguiente, la primera el 29 de abril de 2010 y la segunda el 30 del mismo mes y año. Para días después, seguir generando la orden de servicio Nº 2975 (03 de mayo de 2010) a favor del mismo proveedor. Lo que acreditaría su interés de sólo favorecerlo a él.*

[...] *Respecto a la orden de servicio Nº 2975, se tiene que para la conformidad del servicio por el área usuaria, la cotización que se adjuntaba debería tener la firma del proveedor, situación que no se dio conforme lo ha señalado el testigo Wilfredo Ángel Ureta Torres, quien observó ello, dicho riesgo que creó con su conducta la sentenciada Niño de Guzmán Solier de no observar la cotización de Jara Acevedo acreditaría su interés para favorecerlo.*

[...] *Otro indicio que acredita el interés indirecto de la sentenciada a favor de un tercero, es que pese a que entre sus funciones tenía el de*

"realizar verificaciones específicas sobre información que los encargados han ingresado al módulo informático registro de procesos de selección", es decir, la información de los proveedores que estaban registrados en el Ministerio Público, no verificó tal información con relación a Jara Acevedo, pues de haberlo hecho habría advertido que no era proveedor.

[...] *Que si bien la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme lo ha referido en audiencia no era quién tomaba la decisión final para elegir al proveedor, si lo seleccionaba para el requerimiento respectivo, debe tenerse en cuenta que para la configuración del interés indebido no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial, que en el caso vendría a ser la elección del proveedor Jara Acevedo para prestar el servicio de refrigerios.*

[...] *La testigo Acevedo Capani ha señalado en juicio no conocer a la sentenciada Niño de Guzmán Solier, ni haber concurrido al Ministerio Público, lo que en cierta manera desvirtuaría la declaración de la mencionada sentenciada en relación a que una persona señaló ser la madre del proveedor Jara Acevedo se acercó al Ministerio Público a entregar una cotización.*

[...] *Un indicio posterior lo constituye lo señalado por el testigo Jara Acevedo en relación a que la sentenciada Niño de Guzmán Solier fue la persona que después de ocurrido los hechos materia de imputación, lo asesoró respecto a cómo declarar en relación a los servicios de refrigerio, versión que no ha sido desacreditada por ningún medio probatorio, y el dicho de la sentenciada Niño de Guzmán Solier que lo conoció recién en juicio es un indicio de mala justificación.*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente	:	00066-2011-10-1826-JR-PE-03
Jueces	:	Castañeda Otsu/ Quezada Múñante / Vela Barba
Ministerio Público	:	Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Asistente Jurisdiccional	:	Tarazona Matos, Kelly
Imputada	:	Niño de Guzmán Solier, Luz Natali
Delito	:	Negociación incompatible
Agraviado	:	El Estado
Materia	:	Apelación de Sentencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución N° 06

Lima, treinta y uno de enero del año dos mil trece. -

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán Solier, cuyas generales de ley obran en autos, contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública - Negociación incompatible, en agravio de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción; interviniendo como director de debates el señor Juez Superior **Raúl Emilio Quezada Muñante; y CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN

La sentencia condenatoria obrante a folios 35 al 50, su fecha 13 de noviembre de 2012, que le impusiera cuatro años de pena privativa de la libertad en calidad de suspendida, por el plazo de tres años y bajo las siguientes reglas de conducta: a) La prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización del Juzgado; b) Comparecer cada sesenta días al local del Juzgado encargado de la Ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, debiéndolo hacer el primer día hábil del mes correspondiente; y c) Reparar el daño ocasionado a la parte agraviada, a través del pago de la reparación civil establecida en la presente sentencia; bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal. Asimismo, le impuso la pena de inhabilitación por el plazo de dos años, conforme al artículo 36, incisos 1) y 2) del Código Penal. Fijó en ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles el monto que deberá abonar la sentenciada a favor del Estado agraviado; sin costas.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa de la sentenciada Niño de Guzmán Solier en la formalización de su recurso de apelación obrante de folios 54 a 66 como en lo señalado en audiencia sustancialmente señala:

a) Se ha incurrido en vicio por defecto estructural de la motivación, por cuanto que no ha motivado debidamente la subsunción típica en relación a los elementos objetivos del tipo penal de negociación incompatible con la conducta imputada a su patrocinada. Pues se va demostrar que su patrocinada realizó una conducta neutra, conforme a la normatividad vigente en su centro de trabajo y no vulneró norma ni se coludió con persona alguna.

b) La sentencia al fundamentarse en la prueba indiciaría, no ha seguido los presupuestos establecidos en el artículo 158.3 del CPP, ni los lineamientos de la Corte Suprema establecidos en el precedente vinculante N° 1912-2005, del 13 de octubre de 2005, para poder validar este tipo de prueba, pues en la recurrida se encuentra ausente, sólo hace referencia como indicio a la reunión de su patrocinada con Jara Acevedo con posterioridad a los hechos materia de imputación.

c) La recurrida incurre en errores de hecho en diversos considerandos, pues no ha merituado adecuadamente lo señalado por diversos testigos, entre ellos el señor Antony Jara Acevedo, quien precisa que su empleador Cabrera Ocsas tenía como modalidad empresarial usar a terceras personas con la cual se presentaba a diversas instituciones para participar como proveedor. Asimismo, no valora diversos documentos, que acreditan que el señor Jara Acevedo era proveedor del Ministerio Público, por lo que existe insuficiencia probatoria de la imputación fiscal.

En tanto que en su alegato final, precisa que el tipo penal exige la acreditación de un interés indebido, sea en forma directa o indirecta, y no se ha podido acreditar el actuar indebido de su patrocinada, pues no existía una norma interna que estableciera el procedimiento a seguir tratándose de prestación de servicios menores a 3 UIT. No existe argumentación suficiente que destruya la presunción de inocencia, pues el actuar de su patrocinada fue neutro, además del hecho de no conocer a Jara Acevedo, y de no existir medio probatorio que acredite algún vínculo con Cabrera Ocsas.

La sentenciada efectuando su derecho a la última palabra conforme al artículo 424.5 del Código Procesal Penal reitera su inocencia, señalando que el señor Jara Acevedo se encuentra registrado en el portal de transparencia económica de proveedores desde el año 2009. No teniendo antecedentes penales ni judiciales, y en estos 17 años de servicio al Ministerio Público obran cartas de felicitaciones con relación a su desempeño laboral, su único interés ha sido cubrir la necesidad del área usuaria, actuando de buena fe.

TERCERO.- ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Fiscal Superior ha solicitado en audiencia la confirmación de la sentencia recurrida, pues existen pruebas respecto a la culpabilidad de la sentenciada Niño de Guzmán Solier en el delito de negociación incompatible, debido a que firmó las ordenes de servicios Nº 2609, 2838, 2852 y 2975, entre abril y mayo del año 2010 para favorecer a un supuesto proveedor Jara Acevedo a sabiendas que Cabrera Ocsas era quien prestaba el servicio, este último condenado como cómplice primario, no existiendo ningún vicio procesal. En tanto que en su alegato final reitera su pedido, agregando que si existen suficientes indicios para construir la prueba indiciaría que acreditan la culpabilidad de la sentenciada, pues existen contradicciones en lo declarado por la sentenciada en investigación fiscal y lo dicho en juicio oral con relación a Jara Acevedo, existe coherencia entre lo dicho por Cabrera Ocsas en el juicio donde fue condenado y del testigo Jara Acevedo, con relación a que Niño de Guzmán Solier tenía conocimiento de las irregularidades. Incluso este último señala que la sentenciada fue quien le indicó como mentir en su declaración a brindar al Fiscal. Se comprueba el interés de favorecer a Jara Acevedo, por cuanto que una de las órdenes de servicios se dio un día antes que el mencionado proveedor presente su carta ante el Ministerio Público como proveedor, incluso al mencionado Jara Acevedo se le dio las órdenes de servicios por los servicios de refrigerio de manera rápida. Otro indicio está en las declaraciones de los funcionarios del Ministerio Público, que precisan que se debe recibir 02 cotizaciones y en ninguno de los casos se ha recibido tales.

CUARTO.- ARGUMENTOS DE LA PARTE CIVIL

Por su parte la señorita Procuradora Pública si bien no impugnó el extremo de la reparación civil, en audiencia en sus alegatos de apertura refiere que la procesada en su condición de funcionaria del Ministerio Público incumpliendo con sus deberes de lealtad y probidad ha afectado a su institución con dicho hecho delictivo, sin considerar que representa a la sociedad en juicio y que actúa con objetividad y legalidad, por lo que solicita se tenga en cuenta el monto fijado como reparación civil, en salvaguarda del Estado. En tanto que en su alegato final reitera su solicitud, señalando que el tipo penal de negociación incompatible alude la inobservancia del servidor público al momento de realizar el trámite, trámite irregular que si fue realizado por la sentenciada, pues era el primer filtro para seleccionar a los proveedores y los aprobaba teniendo por ello el dominio del hecho, pues la fiscalización y la comprobación del proveedor lo tenía como función la sentenciada. Existe un daño al correcto funcionamiento de la administración público, pues el cuestionamiento es en relación al ingreso del proveedor, en base a un procedimiento irregular.

QUINTO.- HECHOS IMPUTADOS POR EL TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL

Se le atribuye a Luz Natali Niño de Guzmán Solier, ser autora del delito de Negociación incompatible, pues como servidora pública y en razón de su cargo, al ser la única encargada del servicio de refrigerios en el Ministerio Público, se habría interesado indirectamente en provecho de un tercero, en la contratación de los servicios de refrigerios que aparentemente ofrecía el supuesto proveedor Antony Terri Eduardo Jara Acevedo, así se tienen 04 Órdenes de Servicio como son: la N°2609, del 15 de abril de 2010; la N°2838, del 29 de abril de 2010; la N°2852, del 30 de abril de 2010; y la N°2975, del 03 de mayo de 2010; todas a favor del supuesto proveedor Jara Acevedo; siendo su competencia solicitar las cotizaciones respectivas para el servicio de refrigerio, pero debiendo optar por aquellas que ofertaban el menor precio, y al ser su responsabilidad verificar y evaluar dichas cotizaciones no lo hizo así, pues escogió al supuesto proveedor Jara Acevedo, en base a un vínculo de amistad existente entre el condenado Carlos Enrique Cabrera Ocsas, y la sentenciada absuelta Rosa Elena Vallejos Ragas, esta última con el cargo de Analista de la Gerencia Central de Logística del Ministerio Público, es decir compañera de trabajo de la acusada y amiga de Carlos Enrique Cabrera Ocsas; por lo que optó por las cotizaciones que presentaba Jara Acevedo, a efectos de favorecer a Cabrera Ocsas y Vallejos Ragas, sus cómplices, pues nunca se habría comunicado con Jara Acevedo, aceptando dichas cotizaciones a sabiendas que no era aceptada por este último. Hecho producido en el Cercado de Lima, entre los meses de abril y mayo de 2010.

SEXTO.- ACTIVIDAD PROBATORIA EN APELACIÓN DE SENTENCIA

6.1. ***Examen de la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán Solier*** sustancialmente refiere, que trabaja en el Ministerio Público desde el año 1997, precisando que entre abril y mayo del año 2010 se encargaba de la atención del servicio de refrigerios, llegando a su persona una hoja de ruta autorizado por sus jefes respectivos, en el cual solicitaba el servicio de refrigerio y lo atendía; y si dicho pedido era menor de 3 UIT no había un manual de funciones para determinar los proveedores, pero si era quien elaboraba el requerimiento y la requisición, firmado por el subgerente de Servicios Generales, el Gerente de Servicios Generales, la Gerencia de Programación y el Gerente Central de Logística. Señala haber elaborado las ordenes de servicios N° 2609, N° 2838, N° 2852 y la N° 2975, escogiendo para dichas ordenes como proveedor a Jara Acevedo, quien se encontraba en la lista de proveedores del Ministerio Público desde el 16 de abril del año 2010, comunicándose al teléfono que aparecía consignado de dicho proveedor, pero personalmente no recuerda conocerlo, y tampoco se ha reunido con él con antelación a los hechos imputados, sino recién en el juicio, agregando que de esas órdenes de servicio las 03 primeras se cancelaron a su cuenta corriente interbancaria y la última no. Precisa en relación a la orden N° 2975 se realizó en la semana del aniversario del Ministerio Público y del día de la Madre, y la cotización por la suma de S/. 3,250 nuevos soles, en la que aparecía el nombre de Jara Acevedo le fue entregada en ventanilla por una persona que decía ser su madre, no pidiéndole identificación, pues de ello se encarga el personal de seguridad del Ministerio Público; y si bien en su informe N° 004-2010 refiere que lo solicitado por el proveedor Jara Acevedo le parecía excesivo, era el que estaba accesible. Refiere que la cotización de un proveedor no necesariamente tenía que consignar su firma, pues las coordinaciones se hacían por teléfono, modalidad de trabajo que tienen otros operadores en el Ministerio Público. Precisa que si bien elegía al proveedor y era el primer filtro para calificar las cotizaciones, siempre estaba supeditada a la aprobación de sus jefes inmediatos superiores, quienes aprobaban las cotizaciones, colocando sus vistos, y recién ahí se atendía el requerimiento. Finalmente señala, que no tiene amistad con el

señor Carlos Enrique Cabrera Ocsas, pero si sabe que ha sido proveedor del Ministerio, y que por la investigación tiene entendido que se puso de acuerdo con Jara Acevedo para brindar refrigerios, pues los proveedores se asocian con otras personas para seguir brindando servicios.

Declaraciones testimoniales

6.2. ***Examen del testigo Antony Terri Eduardo Jara Acevedo***, quien refiere sustancialmente que conoce a Carlos Cabrera Ocsas hace 03 años porque trabajaba para él como chofer, quien tenía una empresa donde trabajaban como 10 personas, el referido Cabrera Ocsas brindaba servicio a diversas instituciones del Estado como el Ministerio de Transportes-Provías, no sabiendo si era proveedor del Ministerio Público. Señala que Cabrera Ocsas le pidió sus recibos por honorarios, quien cobraba con ellos, también le dijo que saque una cuenta de crédito en el BCP, cuenta Interbank; señala que los recibos eran para su amiga de Cabrera Ocsas que trabajaba en la Fiscalía, la señora Rosa Vallejos Ragas, asimismo, retiró dos veces dinero de las cuentas que aperturó, y por eso le daba S/. 10.00 o S/. 20.00 nuevos soles, entregando el dinero a Cabrera Ocsas. Refiere que conoció a Rosa Vallejos Ragas cuando lo llamaron de la Fiscalía, pues el señor Cabrera Ocsas le dijo que hable con ella, concurriendo a la avenida Abancay, siendo ella quien lo recibió en el Ministerio Público, quién le dijo que subiera al segundo o tercer piso para hablar con Natali Niño de Guzmán Solier para que le pueda orientar, dicha persona le manifestó que al Fiscal le gusta molestar a los proveedores, que diga que si ha trabajado con ellos, que ha prestado los servicios de refrigerio, que ha ido a los eventos, presentado las cotizaciones, todo eso que mienta, porque están los papeles, conversando media hora con ella, conociéndola recién en dicha oportunidad personal y físicamente. Refiere que nunca ha trabajado como proveedor del Ministerio Público ni como proveedor de Provías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sino trabajador. Que en la primera declaración que brindó ante el Ministerio Público lo hizo conforme a la orientación de la señora Niño de Guzmán Solier, que trabajaba con el Ministerio Público, ya en su segunda declaración precisó que no había hecho ningún servicio, señalando la verdad de lo ocurrido, y cuando le mostraron diversos rostros por pantalla recién identificó a la señora Niño de Guzmán Solier. Precisa que su madre no llevó ninguna cotización por 250 refrigerios al Ministerio Público en el mes de mayo 2010.

6.3. ***Examen del testigo Wilfredo Ángel Ureta Torres***, quien refiere sustancialmente que en abril del año 2010 se desempeñaba como Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía de Prevención del Delito, habiendo participado en la actividad de juramentación de fiscales escolares en el Agustino, solicitando 250 refrigerios para dicha actividad de manera antelada ante la Gerencia de Logística, elaborando para ello el oficio Nº 59-2010. Concluida dicha actividad, a las dos o tres semanas se acercaron a su despacho para que firme la conformidad, de dicho documento apreció que había un exceso en el monto consignado, pues a su criterio el costo debería ser de S/. 5.00 a S/. 6.00 nuevos soles, y lo que aparecía era un monto de S/. 13.50 nuevos soles por refrigerio, por lo que la Gerencia de Logística le precisó que iban a enviar otra conformidad en forma disgregada, habiendo conversado de esto con el señor Valdez, quien es un superior de la señora Niño de Guzmán Solier, observando también que la cotización no estaba firmada por la persona que había presentado el documento. Señala que por el servicio de los 250 refrigerios se presentaron 02 cotizaciones, una general y otra disgregada, y en ambas las cotizaciones no tenían la firma del proveedor. Señala que conoce a Luz Natali Niño de Guzmán Solier por el trabajo, porque en su oficina se ha dejado documentos, la conocía de vista, pero el

día de los hechos supo su nombre, siendo su vínculo laboral. Precisando que no conoce a Jara Acevedo ni tiene vínculo con él, así como tampoco conoce al sentenciado Cabrera Ocsas. Agregando, que en otras oportunidades han pedido otros bienes, pero refrigerios le parece que no, y en el pedido de otros bienes si venían firmadas las cotizaciones.

6.4. ***Examen del testigo Wilfredo José Linares Pachari,*** quien precisa que entre abril y mayo del 2010 era subgerente de mantenimiento de la Gerencia de Servicios Generales. Señala en relación a los servicios de refrigerios que se solicitó a Niño de Guzmán Solier entre en abril y mayo del 2010 recuerda la orden de servicio N° 2975 por el monto de S/. 3,250 nuevos soles por servicio de refrigerio. Refiere que las órdenes de servicio o solicitudes de requerimiento N° 3119, N° 3479, N° 3490 entre mayo y abril del 2010 la efectuó la señora Niño de Guzmán Solier, al ser la encargada de hacer las operaciones de refrigerio, pues su función era tramitar un requerimiento de la entidad usuaria, realizar el estudio de mercado, determinar la mejor oferta y luego elevar a través de una solicitud de requerimiento a la Gerencia de Programación, área que formula la requisición que es firmado por dicha área como por el Gerente Central de Logística autorizando la compra o servicio; agregando que todos los operadores tienen autonomía para escoger a los proveedores en función a lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado. Precisa que no necesariamente las cotizaciones llevan la firma de los proveedores, pues se podía recibir por fax, correo electrónico, probablemente después se podía convocar al proveedor para que refrende esa proforma, pero ello no era una práctica exigida, pero debería hacerse. Señala que antes del inconveniente suscitado no existía manual para la prestación de servicios menores a 3 UIT, posteriormente se da una disposición interna con relación a este tipo de servicios, refiriendo que 02 proformas son necesarias para una compra menor.

6.5. ***Examen del testigo Enrique Francisco Chi Calmet*** quien básicamente señala que es proveedor del Ministerio Público desde el año 2009, y para ser considerado como tal, presentó su documento señalando su registro de la OSCE y su cartera de clientes, refiriendo que entre los meses de abril y mayo del año 2010 presentó sus documentos y lo llamaron de logística para cotizar, no recordando el funcionario que lo llamó. Refiere que el Fiscal Ureta Torres le pidió que cotizará unos refrigerios, referido a gaseosas, galletas, sandwich, frugos (60), quien no le mencionó que el pago iba a ser efectuado a 50 días, siendo el costo del servicio de S/. 2225.00 nuevos soles, pues en dicha cotización saca sus costos, agregando su margen de utilidad, la movilidad, incluso dentro del costo incluye lo que es imprevisto, como que el pago de parte de la entidad se va demorar; agregando que cuando eran refrigerios él mismo lo llevaba y se lo entregaba al usuario que los pedía, no a logística. Precisa que la cotización se puede dar por correo, pues si es urgente, de un día para otro, llamaban por teléfono y uno pasaba su correo con la cotización. Finalmente señala que la señora Niño de Guzmán Solier nunca le pidió nada a cambio a fin de favorecerlo como proveedor.

6.6. ***Examen de la testigo Justina Acevedo Capani,*** quien sustancialmente refiere que su hijo Antony Jara Acevedo entre abril y mayo del año 2010 trabajaba como chofer del señor Carlos Cabrera Ocsas, desconociendo si eran muy amigos. Señala que su hijo no fue proveedor de refrigerios, ni del Ministerio Público, así como tampoco le pidió que presentara una cotización por la suma de S/. 3,250.00 nuevos soles a Niño de Guzmán Solier, a quien no conoce, ni tampoco concurrió al Ministerio Público.

Oralización de prueba documental

6.7. Consistente en: a) Orden de servicio N° 2609[1]; b) Solicitud de requerimiento N° 03119 del 15 de abril de 2010; c) Requisición N° 02643-2010 del 15 de abril de 2010, elaborada por Natali Niño de Guzmán; d) Recibo por Honorarios N° 001-000026 de Antony Terri Jara Acevedo del 16 de abril de 2010, por la suma de S/. 4,000.00 nuevos soles[2]; e) Comprobante de Pago N° 006089 del 13 de mayo de 2010[3]; f) Oficio N° 76-2010-1RAFPPDL-MP-FN, del 06 de abril del 2010 que cursa la Fiscal de Prevención del delito a la Gerencia de Logística del Ministerio Público; g) Funciones del Especialista Administrativo -Funciones Específicas, puntos a, b, c, d, e y II; h) Informe N° 004-2010-MP-FN-GG-GECLOG-SGESER suscrito por Natali Niño de Guzmán Solier, en los extremos solicitados; i) Reporte de Órdenes de Servicio generadas por el periodo contratistas y fuentes de financiamiento de mayo de 2010; j) Informe 616-2010-MP-FN, del 05 de mayo de 2010; K) Memorando 1573-2011-MP-FN-GG- GECLOG-GESER del 06 de julio de 2011, dirigido a Luz Natali Niño de Guzmán Solier del Gerente Ornar Valdez Ortiz; 1) Informe N° 001-2011-MPFN-GG-GECLOG-GESER-SGESESR-NNS de fecha de recepción por parte de la Gerencia de Servicios Generales del 08 de julio de 2011; m) Oficio N° 1800-2011-MP-FN-GCFIN-GDTES del 17 de agosto de 2011 y la carta de fecha 16 de abril de 2010 suscrita por Antony Terri Eduardo Jara Acevedo.

SÉTIMO: FUNDAMENTACION JURÍDICA

El representante del Ministerio Público en su requerimiento de acusación y lo expuesto en la audiencia calificó los hechos fácticos atribuidos a la acusada por delito contra la Administración Pública - Negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado, 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".*

7.1. El bien jurídico tutelado: Es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Precisando al respecto Rojas Vargas que *"El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella"*[4]. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración[5].

1 De exacta similitud las ordenes de servicios N" 2852, N° 2838 y la N° 2975, se va tener por oralizada estas con cargo a que el Colegiado verificará.

2 En igual tenor los recibo por honorarios N° 001-000031 y N° 001-00033, variando en relación al importe y la fecha.

3 En igual sentido, el comprobante de pago N° 007602. del 13 de mayo de 2010.

4 ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública, Grijley. Lima, 2007. p. 818.

5 Cfr. MANZINI, Vincenzo, "Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública", tomo VIII, p. 323. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis, "Negociación incompatible", en Delitos contra la administración pública, Jurista Editores, 2009, pp. 578-579.

7.2. Elementos objetivos del tipo:

a) **Sujeto activo**: Al ser un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos.

En el caso de autos, la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán tiene la condición de servidora pública, pues en el momento de los hechos se encontraba laborando como Operadora de la Gerencia de Servicios Generales que pertenece a la Gerencia Central de Logística del Ministerio Público, estando a lo señalado por la misma sentenciada en audiencia.

b) **Comportamiento delictivo**: El tipo penal conforme se encuentra estructurado tiene como verbo rector el *"interesarse indebidamente"*. Al respecto, al término interesar significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros[6]. Incluso como bien señala Rojas Vargas, el mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas[7]. A su vez, dicho interés no es necesario que sea contrario al del Estado, sino únicamente que se produzca dicho interés particular del agente, siendo tal interés de naturaleza económica. Y en ese sentido, se precisa que *"se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p. ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)"*[8]

El interés que se demuestre puede ser directo o indirecto, pero en el caso de autos sólo se analizará el indirectamente, al ser el elemento normativo materia de imputación fiscal. Y en ese sentido, cuando se alude a interesarse de manera indirecta el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido. A su vez, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales.

Vinculación funcional: El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de la competencia del agente, así como los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. 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

6 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, segunda edición, Grijley, Lima, 2011, p. 555.

7 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 821.

8 CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo II, 6ta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998. p. 300.

poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.

A mayor abundamiento del propio tenor del artículo 399 del Código Penal se desprende que el sujeto activo de la infracción ha de ser necesariamente un funcionario público. La conducta incriminada debe consistir en la utilización del contrato u operación en la que le corresponda intervenir en ejercicio de sus atribuciones. Han de concurrir acumulativamente varios elementos constitutivos a saber la condición de funcionario, la ventaja indebida en provecho propio o de un tercero y la utilización de las atribuciones propias del cargo que ejerce[9], como el sucedido en el caso que nos ocupa.

OCTAVO.- ANÁLISIS Y VALORACIÓN

El nuevo modelo procesal penal contiene dos dispositivos relevantes que versan sobre los límites de actuación de la Sala Penal de Apelaciones en materia de apelación de sentencias, el artículo 425.2 del CPP, que estipula que sólo se valorara independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. A su vez, el artículo 419.1 precisa las atribuciones de la Sala Penal de Apelaciones, señalando dentro de los límites de la pretensión impugnatoria examinará la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

La valoración de la prueba, importa un trabajo intelectual que realiza el Juez con la finalidad de otorgar, establecer determinado valor a las pruebas actuadas en juicio oral, siendo que en nuestro sistema procesal penal, la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada, ello conforme a lo establecido en el artículo 158 del código adjetivo, respetando las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En virtud de ello, el juzgador tiene la libertad para evaluar los medios probatorios actuados lícitamente sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.

La valoración puede ser positiva, negativa y conjunta, estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado; por lo que se procederá a valorar las pruebas actuadas. En esta instancia se ha verificado actividad probatoria, consistente en 05 declaraciones testimoniales, además de haberse oralizado diversa documentación en la etapa procesal correspondiente.

Respecto a la prueba indiciaría, se precisa que ésta se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que a través de la lógica, la sana crítica y de las reglas de la experiencia, se puede inferir la participación de los acusados, la cual es idónea para destruir la presunción de inocencia. Tanto la prueba directa y la indiciarla, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional.[10] En el presente caso es de aplicación la prueba indiciaría conforme a los parámetros establecidos en el Código Procesal Penal y a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de la República.

Del análisis y valoración de las pruebas actuadas, con el fin de poner en pie la igualdad de armas entre el ente acusador y el acusado, se ha probado la responsabilidad penal de la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán Solier, por lo que a continuación se detalla:

9 CHIRINOS SOTO, Francisco, *Código penal comentado*, RHODAS.

10 SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, tomo II, Grijley, segunda edición, Lima, 2003, p. 853.

a) La sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien elaboraba la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba, para que con su visto bueno sea elevado a sus superiores jerárquicos en esa época, el sub Gerente de Servicios Generales (Linares Pachari) y el Gerente de Servicios (Valdéz Ortíz).

b) Está acreditado que la sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien recibía los requerimientos de refrigerios, solicitando para ello a los proveedores las respectivas cotizaciones, siendo su función servir de primer filtro o tamiz con relación a los pedidos formulados por diversas áreas usuarias, encargándose de evaluar la mejor propuesta económica, situación que no se dio en las cuatro órdenes de servicios materia de imputación (N° 2609, N° 2838, N° 2852 y N° 2975), pues eligió a un proveedor que no se encontraba inscrito como tal ante el Ministerio Público, conforme lo han declarado los testigos Antony Terri Eduardo Jara Acevedo y Justina Acevedo Capani.

c) Que las cotizaciones por parte de los proveedores se podían requerir de manera telefónica, por correo, pero que si bien no necesariamente podría tener la firma del cotizante, si debería ser una previsión que debería tener el funcionario a cargo de dicha función, dado su deber de garante con los bienes de la administración pública, así lo ha precisado el testigo Wilfredo José Linares Pacharí. El referido testigo también señaló que si bien antes de los hechos no existía un manual referente a la prestación de servicios menores a 3 UIT, lo idóneo era que deberían haber 02 proformas para seleccionar al proveedor, situación que luego se plasmó en una disposición interna en la institución, y que en el caso concreto, la sentenciada no tuvo tal previsión.

d) En relación a la orden de servicio N° 2609, de fecha 15 de abril de 2010, está acreditado que cuando se eligió a Jara Acevedo como el proveedor, éste no era proveedor del Ministerio Público, ya que conforme se oralizó en audiencia, obra la carta de fecha 16 de abril de 2010, donde el mencionado Jara Acevedo remite a la Gerencia Central de Logística su número de código de cuenta interbancaria. Apreciándose objetivamente la discrepancia entre ambas fechas, pues Jara Acevedo fue elegido como proveedor antes de serlo, situación que permite inferir válidamente que la sentenciada Niño de Guzmán Solier pretendía favorecer a dicho proveedor, demostrándose así su interés indebido.

e) Las ordenes de servicio N° 2838 y 2852 del mes de abril también fueron generadas a favor de Jara Acevedo, proveedor que no estaba registrado como tal en el Ministerio Público, incluso se aprecia de dichas ordenes que se dieron de manera subsiguiente, la primera el 29 de abril de 2010 y la segunda el 30 del mismo mes y año. Para días después, seguir generando la orden de servicio N° 2975 (03 de mayo de 2010) a favor del mismo proveedor. Lo que acreditaría su interés de sólo favorecerlo a él.

f) Respecto a la orden de servicio N° 2975, se tiene que para la conformidad del servicio por el área usuaria, la cotización que se adjuntaba debería tener la firma del proveedor, situación que no se dio conforme lo ha señalado el testigo Wilfredo Ángel Ureta Torres, quien observó ello, dicho riesgo que creó con su conducta la sentenciada Niño de Guzmán Solier de no observar la cotización de Jara Acevedo acreditaría su interés para favorecerlo.

g) Otro indicio que acredita el interés indirecto de la sentenciada a favor de un tercero, es que pese a que entre sus funciones tenía el de "realizar verificaciones específicas sobre información que los encargados han ingresado al módulo informático registro de procesos de selección", es decir, la información de los proveedores que estaban registrados en el Ministerio Público, no verificó tal información con relación a Jara Acevedo, pues de haberlo hecho habría advertido que no era proveedor.

h) Que si bien la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme lo ha referido en audiencia no era quién tomaba la decisión final para elegir al proveedor, si lo seleccionaba para el requerimiento respectivo, debe tenerse en cuenta que para la configuración del interés indebido no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial, que en el caso vendría a ser la elección del proveedor Jara Acevedo para prestar el servicio de refrigerios.

i) La testigo Acevedo Capani ha señalado en juicio no conocer a la sentenciada Niño de Guzmán Solier, ni haber concurrido al Ministerio Público, lo que en cierta manera desvirtuaría la declaración de la mencionada sentenciada en relación a que una persona señaló ser la madre del proveedor Jara Acevedo se acercó al Ministerio Público a entregar una cotización.

j) Un indicio posterior lo constituye lo señalado por el testigo Jara Acevedo en relación a que la sentenciada Niño de Guzmán Solier fue la persona que después de ocurrido los hechos materia de imputación, lo asesoró respecto a cómo declarar en relación a los servicios de refrigerio, versión que no ha sido desacreditada por ningún medio probatorio, y el dicho de la sentenciada Niño de Guzmán Solier que lo conoció recién en juicio es un indicio de mala justificación.

NOVENO: PENA Y REPARACIÓN CIVIL

En el caso de autos, la señora Juez Unipersonal ha realizado la determinación de la pena a imponer a la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme se aprecia en los fundamentos 17 y 18 de la sentencia impugnada.

En relación a la pena privativa de la libertad se tiene que ha valorado las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, estableciendo la que consideró aplicable al caso, encontrándose acorde a los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, amparada por las normas pertinentes. En tal sentido, los 04 años de pena privativa de la libertad impuesta con el carácter de suspendida le impedirá cometer nuevo delito[11].

Asimismo, la pena limitativa de derechos impuesta reúne los requisitos del artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal.

Respecto a la reparación civil, este Colegiado se encuentra de acuerdo con la suma impuesta de ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles, en atención al daño causado y cuya cuantificación expresa un contenido reparador a favor de la entidad agraviada.

DECIMO.- EN RELACIÓN A LAS COSTAS PROCESALES

El Código Procesal Penal establece que toda decisión que ponga fin al proceso penal o resuelva un incidente de ejecución, establecerá quien debe soportar las costas. En ese sentido, el artículo 497.3 del CPP precisa que las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional

11 Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia del expediente Nº 3953-2004-HC/TC, del 29 de diciembre de 2004 precisó dos clases de presupuestos para que el juez decida suspender la ejecución de la pena, "unos son objetivos respecto a que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Otros son subjetivos, respecto a que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hagan prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. Con relación a la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, deben ponderarse como criterios relevantes, en un juicio de necesidad y suficiencia, la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible falta de protección a las víctimas". Fundamento 9.

puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.

En el caso de autos, este Colegiado no advierte que la recurrente Luz Natali Niño de Guzmán Solier haya obrado con temeridad o mala fe, sino que al amparo del derecho a la pluralidad de instancias ha recurrido a esta instancia, y si bien el recurso le ha sido adverso a sus intereses, debe eximírsele del pago de costas, por lo en aplicación del artículo 497 del código adjetivo, no se imponen costas.

Resolución:

Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, impartiendo justicia a nombre de la Nación, **RESOLVIERON**:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de folios 35 a 50, su fecha 13 de noviembre del 2012, que **CONDENA** a **LUZ NATALI NIÑO DE GUZMÁN SOLIER** como autora del delito contra la Administración Pública- Negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, y le impone **CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad** en calidad de suspendida, por el plazo de tres años, sujeta a las siguientes reglas de conducta: a) La prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización del Juzgado; b) Comparecer cada sesenta días al local del Juzgado encargado de la Ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, debiéndolo hacer el primer día hábil del mes correspondiente; y c) Reparar el daño ocasionado a la parte agraviada, a través del pago de la reparación civil establecida en la presente sentencia; bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal. Asimismo, le impuso la pena de inhabilitación por el plazo de dos años, conforme al artículo 36, incisos 1) y 2) del Código Penal, que corresponde a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía; así como a su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Fijó como reparación civil la suma ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles el monto que deberá abonar la sentenciada a favor del Estado agraviado; sin costas.
2. **EXONERAR** en esta instancia el pago de costas.
3. **DEVOLVER** los actuados al Juzgado de origen para que se cumpla con la ejecución de la sentencia.

S.S.

Susana Ynes Castañeda Otsu (Presidenta)

Raúl Emilio Quezada Muñante (Juez Superior y Director de D.)

Rafael Ernesto Vela Barba (Juez Superior)

§ 39. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo: Exp. Nº 00023-2012-5-1826-JR-PE-03 (15/10/2013)

a. Negociación incompatible. Absolución. No se ha probado en el transcurso del proceso penal que el interés de la imputada en la suscripción del contrato (de su empresa Camal de Yerbateros EIRL –única propietaria- y la SACIP EIRL del cual era administradora judicial) haya sido en provecho de ésta o de tercero.

Como ya se ha señalado no ha existido discusión alguna sobre el hecho que la sentenciada Paredes Córdova en su condición de Administradora Judicial de la empresa SACIP, al poco tiempo de asumir el cargo, creó la empresa Camal de Yerbateros EIRL donde era la única propietaria, con la misma dirección de la empresa SACIP, para luego suscribir entre ambas un contrato de Asociación en Participación.

[...] *Sin embargo, no se ha probado en el transcurso del presente proceso penal que este interés de la imputada en la suscripción del contrato antes mencionado haya sido en provecho de ésta o de tercero; significándose, que el titular de la acción penal, ni el actor civil han demostrado que Paredes Córdova se haya visto beneficiada con el tantas veces referido contrato, ni mucho menos un tercero.*

[...] *Cabe agregar, que a lo largo de la investigación judicial la imputada Paredes Córdova ha señalado que su accionar como Administradora Judicial tuvo como única finalidad poder gestionar y administrar la empresa SACIP, toda vez, que al asumir el cargo la encontró con una deuda millonaria ante la SUNAT y con todas las cuentas embargadas, siendo esta la única opción en que podía viabilizar el cargo que se le encomendó; destacándose, que las partes procesales contrarias a ésta no han podido demostrar tampoco que la decisión adoptada por la ahora imputada no era la más conveniente, no habiendo precisado además otras posibilidades para la gestión de la empresa SACIP.*

[...] *Que lo expresado por la precitada sentenciada, se encuentra corroborado por lo declarado por la testigo Yovanna Consuelo Fernández Velazco funcionaria de la SUNAT quien concurrió al juicio oral y cuyo testimonio fue valorado por la Juzgadora bajo los principios de inmediación y concentración, el mismo que de conformidad con el artículo 425.2 del Código procesal penal no puede dársele una valoración distinta.*

[...] *Que a ello se suma, que la sentenciada Paredes Córdova comunicó al Cuadragésimo Quinto Juzgado Penal que la designó como administradora judicial, su decisión de crear la empresa Camal de Yerbateros EIRL y mediante la cual suscribió un contrato con SACIP de Asociación en Participación para su administración, órgano jurisdiccional que ante su informe emitió el correspondiente decreto de téngase presente, sin realizar ninguna objeción.*

b. Reparación civil. No se ha sustentado debidamente los presupuestos para establecer la responsabilidad civil. si bien se señala la existencia de un ilícito civil al haber incumplido la sentenciada su obligación funcional como administradora judicial de la empresa SACIP contenida en los artículos 776 y 780 del código procesal civil, también lo es, que estos están referidos a la administración judicial de bienes en procesos no contenciosos, lo que no corresponde al caso materia de análisis, en la que existía un litigio penal en la que se concedió como medida cautelar genérica en forma de administración judicial de la empresa SACIP a la ahora imputada. *En tal sentido, se advierte que, en la sentencia recurrida, la juzgadora no ha sustentado debidamente los presupuestos para establecer la responsabilidad civil, toda vez que si bien señala la existencia de un ilícito civil al haber incumplido la sentenciada su obligación funcional como administradora judicial de la empresa SACIP contenida en los artículos 776 y 780 del Código Procesal Civil[1], también lo es, que estos están referidos a la administración judicial de bienes en procesos no contenciosos, lo que no corresponde al caso materia de análisis, en la que existía un litigio penal en la que se concedió como medida cautelar genérica en forma de administración judicial de la empresa SACIP a la ahora imputada Blanca Rosa Paredes Córdova la que quedó sujeta a las obligaciones contenidas en el artículo 671 del Código Procesal Civil[2], conforme se advierte de la copia de la resolución Nº 08 del 07 de abril de 2009 que corre a fojas 54 del expediente judicial, en las que no se consigna como obligación la autorización judicial previa.*

En consecuencia, el Colegiado considera que al no haber incumplido la administradora judicial con sus obligaciones que le establecía la norma pertinente, no es factible establecer que existe un ilícito civil pasible de ser sancionado y por ende la aplicación de consecuencias jurídico-civiles, al no haberse acreditado el daño.

1 Artículo 776 del CPC: "El administrador judicial de bienes requiere autorización del Juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Esta le será concedida oyendo al Consejo de familia, cuando así lo disponga la ley". El artículo 780 del CPC: "El administrador judicial de bienes sujetos a régimen de copropiedad puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración. Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del Juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados".

2 Artículo 671 del CPC: "El administrador está obligado, según corresponda al bien o empresa, a: 1. Gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social; 2. Realizar los gastos ordinarios y los de conservación; 3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan; 4. Pagar tributos y demás obligaciones legales; 5. Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley; 6. Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión; 7. Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos; y 8. Las demás señaladas por este Código y por la ley".

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente	:	00023-2012-5-1826-JR-PE-03
Jueces	:	Castañeda Otsu/ Maita Dorregaray/ Lizárraga Rebaza
Ministerio Público	:	Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Especialista	:	Leiva Díaz, Mario
Imputado	:	Paredes Córdova, Blanca Rosa
Delito	:	Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo
Agraviado	:	El Estado Peruano
Materia	:	Apelación de sentencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución Nº 05

Lima, quince de octubre del año dos mil trece.-

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por el Actor Civil, el representante del Ministerio Público y la sentenciada Blanca Rosa Paredes Córdova respectivamente, contra la Resolución Nº 03, que contiene la sentencia absolutoria del 10 de julio de 2013, de folios 26 a 44, en los extremos impugnados; mterviniendo como ponente y director de debates el señor Juez Superior Marco Antonio Lizarraga Rebaza; y

CONSIDERANDO:

Es materia de alzada, la sentencia de fecha 10 de julio de 2013, en los extremos que falló: **Absolviendo a Blanca Rosa Paredes Córdova**, de la imputación penal en su contra, como presunta autora del delito contra la Administración Pública -**Negociación Incompatible** (tipificado en el artículo 399º del Código Penal)-, en agravio del Estado (Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción); y declaró **Fundada en parte la pretensión civil** planteada por dicha Procuraduría Pública, fijando en la suma de **S/.20,000.00 (veinte mil nuevos soles)**, el monto que se encuentra obligada la sentenciada absuelta Blanca Rosa Paredes Córdova a abonar como **consecuencias jurídicos civiles** a favor del Estado agraviado.

AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público sustenta el recurso de apelación interpuesto, bajo los siguientes argumentos: **a)** La empresa Camal de Yerbateros EIRL fue una empresa que se creó específicamente con la finalidad de suscribir el mencionado contrato de asociación con la empresa SACIP; **b)** No puede considerarse como contra indicios las cláusulas del cuestionado contrato en el extremo que el asociante asumirá el íntegro de las pérdidas que se pudieran generar; **c)** El escrito de comunicación al Juzgado es con fecha posterior a la celebración del contrato, fecha en que se habría consumado el delito de negociación incompatible por ser

este delito de mera actividad o de peligro y por tanto se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato. Solicitando que se revoque la sentencia apelada y se condene a la acusada Paredes Córdova por el delito imputado a la pena de 04 años de pena privativa de libertad y 01 año de inhabilitación.

En la audiencia de apelación, la Fiscal Superior señala que en un primer momento, en su recurso escrito, se impugnó la referida sentencia, solicitando la revocatoria de la misma, sin embargo, lo que se va alegar son fundamentos de nulidad de la recurrida, por dos razones: **i)** La omisión en la valoración de los medios de pruebas, y, **ii)** La indebida valoración de dos medios de prueba.

Asimismo, respecto a su pedido de nulidad, alega que existen pruebas que deberían ser evaluadas en un próximo juicio oral; refiriendo que la señora Juez debió analizar la responsabilidad del asociante al asociado, y no del asociante hacia terceros porque no se está valorando la naturaleza jurídica de este tipo contractual, mal hace la Juez en colocar como indicio de que no habría perjuicio contra terceros ni con la empresa asociada, que no habría una desmejora en la situación de la empresa. Estas cosas que se advierten de la sentencia no son consistentes para concluir que hay la inexistencia del elemento subjetivo que exige el tipo penal que es el dolo.

AGRAVIOS DEL ACTOR CIVIL

El representante de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción sustenta el recurso de apelación interpuesto, señalando que la Juzgadora no ha valorado ni observado el "interés" en beneficio propio, que tuvo la acusada Blanca Paredes Córdova al celebrar el 15 de mayo, de 2009 un contrato de Asociación en Participación entre la empresa SACIP de la cual era administradora judicial desde el 20 de abril de 2009 y la empresa Camal de Yerbateros EIRL, la cual creó y cuya inscripción registral ocurrió entre el 09 y 12 de mayo de 2009.

En la audiencia de apelación, solicita que se fije el monto de la reparación civil en S/. 100,000.00 (cien mil nuevos soles), ya que en la sentencia venida en grado se había fijado en S/. 20,000.00 (veinte mil nuevos soles); sin embargo, alega también, que con respecto a los puntos controvertidos que no fueron valorados en la sentencia, solicita que se declare la nulidad de la misma.

Sostiene su pedido de nulidad, señalando que no se ha valorado debidamente los fundamentos respecto a las consecuencias jurídico civiles; la juzgadora no verificó en juicio si efectivamente se presentaron los informes mensuales al 45° Juzgado Penal y si en dichos informes se acreditaría o no la función que debía ejercer como administradora judicial, lo cual tiene relación directa con el daño extra patrimonial que causó al Estado, y que si bien fue considerado para fijar el monto de la reparación civil, no ha sido debidamente sustentado en cuanto al monto otorgado.

AGRAVIOS DE LA DEFENSA TECNICA DE LA SENTENCIADA BLANCA ROSA PAREDES CÓRDOVA

En su recurso impugnatorio señala la inexistencia del hecho generador del daño debido a que la recurrente no tenía que pedir permiso al Juzgado para celebrar el contrato de Asociación en Participación entre la empresa SACIP y la empresa Camal de Yerbateros EIRL - indebida aplicación de normas por parte del Juzgador (Vulneración a la Tutela Judicial efectiva); una indebida motivación de la resolución judicial impugnada en razón a que las pruebas actuadas en juicio revelan la atipicidad de la conducta imputada a la recurrente, por tanto, no sería pasible de una sanción civil.

En el juicio de apelación, dicha parte alega que en cuanto a la reparación civil se encuentra indebidamente fijada, hay una interpretación errónea de normas inadecuadas como son las normas que la rige como administradora, que no se ha defraudado a la autoridad.

Señala además, que en su afán de demostrar su inocencia presentó el informe que tenía a la mano, no habiendo el Ministerio Público solicitado todos los informes que presentó al 45° Juzgado Penal de Lima. No habiéndose apropiado en ningún momento de los bienes de la empresa SACIP o que haya perjudicado a dicha empresa; por el contrario, se comprometió y realizó labores de gestión tales como pagar deudas, a los trabajadores y diversas instituciones con los que se encontraba en situación de deuda; y que era imposible que en un año se pueda pagar toda la deuda de 59 millones, que se venía arrastrando desde el año 97.

Habiendo informado al 45° JPL sobre su gestión y la celebración del contrato, y en ningún momento dicho Juzgado, Procurador de la SUNAT o Fiscal, cuestionaran su labor; siendo removida de su cargo porque culminó el proceso penal y no por mala gestión, no habiendo realizado ningún acto de disposición, sino un contrato para gestionar la empresa SACIP que se encontraba en una situación caótica, financiera y tributaria, por lo tanto no hay daño. Solicita se confirme la sentencia absolutoria y se declare infundado el pedido de reparación civil fijado en la recurrida.

HECHOS Y TIPO PENAL MATERIA DE LA ACUSACIÓN

El recurso de apelación comprende la absolución y la fijación de consecuencias jurídicos civiles, en relación a los hechos que se le imputan a Blanca Rosa Paredes Córdova, quien fue designada Administradora Judicial de la empresa Sociedad Anónima Industrial Comercial Peruana-SACIP, siendo que el 20 de abril de 2009 asume efectivamente la administración judicial por encargo del 45° Juzgado Penal de Lima, no obstante ello, pese haber trascurrido pocos días, esto es, el 06 de mayo de 2009, crea una empresa denominada Camal de Yerbateros EIRL, donde era la única propietaria, para con fecha 15 mayo de 2009 celebrar un contrato de Asociación en Participación entre la empresa SACIP con la empresa Camal de Yerbateros EIRL; Asociación en participación por el cual se otorgaba en comodato los bienes de la empresa SACIP, la infraestructura, y el personal que trabajaba en la misma, poniéndose a disposición de la empresa Camal de Yerbateros EIRL; por lo que habría existido un interés particular por parte de la acusada Paredes Córdova en celebrar esta operación, más aún si se toma en consideración que en ningún momento solicitó la autorización judicial para realizar esta gestión que efectivamente atañe a la empresa SACIP, y teniendo en cuenta que la empresa Camal de Yerbateros EIRL fue constituida con un capital ascendente a S/.1,000.00 (un mil nuevos soles). Desprendiéndose de dicha imputación penal, que la acusada Paredes Córdova se habría interesado indebidamente en dicha operación con la intención de beneficiarse económicamente, toda vez que la empresa Camal de Yerbateros EIRL asumió todos los bienes y patrimonio de la empresa SACIP, más aún, cuando aquella fue creada por la acusada precisamente para suscribir dicho contrato de Asociación en Participación en beneficio propio.

La conducta descrita del delito previsto y sancionado en el artículo **399 del Código Penal vigente** al momento de los hechos, que 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 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal".

Es un delito especial propio, en el cual sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos.

No es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. 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.

El tipo penal conforme se encuentra estructurado tiene como verbo rector el "interesarse indebidamente"; al respecto, el término interesar significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta del delito de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros[1].

El mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas. A su vez, dicho interés no es necesario que sea contrario al del Estado, sino únicamente que se produzca dicho interés particular del agente, siendo tal interés de naturaleza económica. Y en ese sentido, se precisa que *"se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p. ej., que el funcionario con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)"*[2].

El acto simulado alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales.

El bien jurídico tutelado es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Precisando al respecto Rojas Vargas que *"El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella"*[3]. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración[4].

ACTUACIÓN PROBATORIA EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

En la audiencia de apelación, los sujetos procesales no solicitaron la oralización de documental alguno, teniendo en cuenta además que no hubo actuación de medios probatorios.

1 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 2da edición, Grijley, Lima, 2011, p. 555.

2 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6ta edición, ASTREA, Buenos Aires, 1998, p. 300.

3 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 818.

4 MANZINI, VINCENZO, "Delitos contra la administración pública", citado por CASTILLO ALVA, José Luis, *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 578-579.

EXAMEN DE LA SENTENCIADA BLANCA ROSA PAREDES CÓRDOVA:

La sentenciada Paredes Córdova en la audiencia de apelación, al ser interrogada señala que fue administradora de SACIP desde el 16 de abril de 2009 hasta julio de 2010, que celebró un Contrato de Asociación en participación entre SACIP y la empresa Camal de Yerbateros, porque encontró una deuda con la SUNAT y unas acreencias laborales entre otros. Culminada su labor en el año 2010 no canceló la deuda con la SUNAT de S/. 59 millones, porque estaba en un proceso concursal ante INDECOPI, pero sí amortizó, entre estos, las acreencias laborales de acuerdo a sus posibilidades. Estando a que el Camal no tenía bienes, activos y sólo tenía deudas, consultó con sus abogados especialistas en derecho civil y tributario, y con el Despacho judicial en qué hacer para operar el camal, ya que estaba en una difícil situación económica conforme lo ha dicho la representante de la SUNAT, por eso en asesoramiento con sus abogados le propusieron el contrato de Asociación en Participación para poder operar el camal por la situación en la que se encontraba. Ella era la asociante y el asociado SACIP, esta última empresa aportó la licencia de funcionamiento, no tenía activos ni maquinarias. En ese momento Camal Yerbateros aportó la empresa, aval, administración, gestión y operatividad. Refiere que informó al Juzgado sobre el contrato de asociación en participación, y que su intención no fue aprovecharse sino administrar lo mejor posible el camal. Que los informes mensuales que presentaban al Juzgado se resolvían, proveían y se corrían traslado al procurador y a la fiscalía. Se pagaron deudas laborales, así como los servicios de luz y agua. No hubo ningún tipo de liquidez ni utilidades, más bien hubo una pérdida. Cuando ingresa al camal encuentra mobiliario físico como muebles, sillas, escritorios, y eso puso en la constitución. Por tener representación en mayoría de todos los bienes de su padre Mario Paredes Cueva se le nombra administradora de SACIP. Sus obligaciones impuestas por el 45° JPL como administradora judicial era básicamente informar mensualmente al juzgado. Ninguna de las partes cuestionó su función como administradora judicial, salvo la apelación respecto a su nombramiento, pero luego fue confirmada por la Sala. Presentaba sus informes mensuales al 45° JPL y a la Cuarta Sala Penal.

Haciendo uso de su derecho a la autodefensa, manifiesta que su intención en la celebración de este contrato no ha sido perjudicar ni al Estado, ni a la empresa SACIP, sino administrar lo mejor posible esta empresa. Indica que no estaba dentro de sus obligaciones pedir autorización judicial para este contrato, pero sí que informara, para ella esto no fue un acto de disposición porque no vendió, ni transfirió nada, sino administró. Refiere que no tiene bienes, cuentas corrientes, vehículos, vive de su trabajo como abogada litigante. Este contrato no ha sido sometido a ninguna nulidad de acto jurídico, ineficacia ninguna acción civil. La fiscalía ni la procuraduría objetivamente no han demostrado su responsabilidad civil ni penal, porque no han querido. Ha demostrado haber cumplido con su obligación, y por eso está siendo juzgada.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA MATERIA DE APELACIÓN

Al respecto, se advierte que la Juez de Juzgamiento sustenta su fallo absolutorio señalando que al no tenerse la acreditación del elemento "interesarse en provecho propio", descrito en el artículo 399° del Código Penal, por la no construcción de Prueba Indiciaría que la sustente (conforme al artículo 158.3° del Código Procesal Penal) no se acredita la tesis fiscal de comisión del delito de Negociación incompatible imputado a la acusada Blanca Rosa Paredes Córdova, por ende corresponde emitirse una decisión de contenido absolutorio conforme a lo señalado en el artículo 398.1° del Código Procesal Penal.

Asimismo, en cuanto a la fijación de consecuencias jurídico civiles indica que se encuentra acreditada la responsabilidad civil de la acusada Paredes Córdova, a quien le corresponde reparar el daño ocasionado al Estado, y si bien el Actor civil solicitó la suma de S/. 100,000.00 (Cien

mil nuevos soles) por concepto de daño extra patrimonial; sin embargo, la juzgadora ha determinado la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil nuevos soles), teniendo en cuenta la vulneración a su obligación funcional propiamente dicha de no solicitar autorización judicial previa para realizar el acto jurídico de contrato de Asociación en Participación, esto es, S/.7,000.00 (siete mil nuevos soles) por defraudar a la autoridad judicial, y S/.3,000.00 (Tres mil nuevos soles), de incremento por su calidad de abogada, concluyendo como cuantía total por concepto de indemnización (por daño extra patrimonial), la suma de veinte mil nuevos soles.

RESPECTO A LA SENTENCIA IMPUGNADA

En relación a lo anotado, el nuevo modelo procesal penal contiene dos dispositivos de singular relevancia que constituyen los límites de actuación de la Sala; Penal Superior en materia de apelación de sentencias, estos son, el artículo 419.1 del Código Procesal Penal, el cual dispone que la Sala Penal de Apelaciones dentro de los límites de la pretensión impugnatoria examinará la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho; y, **el artículo 425.2** del acotado código, según el cual sólo se valorara independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, sin que se pueda 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.

La valoración de la prueba, importa un trabajo intelectual que realiza el Juez con la finalidad de otorgar, establecer determinado valor a las pruebas actuadas en juicio oral, siendo que en nuestro sistema procesal penal, la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada, ello conforme a lo establecido en el artículo 158 del código adjetivo, respetando las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En virtud de ello, el juzgador tiene la libertad para evaluar los medios probatorios actuados lícitamente sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.

La valoración puede ser positiva, negativa y conjunta, estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado; por lo que se procederá a valorar las pruebas actuadas. En esta instancia no se ha verificado actividad probatoria, además de no haberse oralizado documento alguno, a excepción de la realizada en la etapa procesal correspondiente.

Respecto a la prueba indiciaría, se precisa que ésta se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (*indicios*) que a través de la lógica, la sana crítica y de las reglas de la experiencia, se puede inferir la participación del acusado, la cual es idónea para destruir la presunción de inocencia. Tanto la prueba directa y la indiciaría, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional[5]. En el presente caso es de aplicación la prueba indiciaría conforme a los parámetros establecidos en el Código Procesal Penal y a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de la República.

FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

PRIMERO.- Con relación a la presunta responsabilidad penal de la sentenciada Paredes Córdova el Colegiado comparte la decisión de la Juzgadora en el sentido que no existe certeza o

5 SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, tomo II, Grijley, segunda edición, Lima, 2003, p. 853.

convicción que la misma sea autora del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible, en agravio del Estado por lo siguiente:

1.1. Que, si bien existieron en primer término indicios de la presunta comisión del ilícito penal por parte de la precitada imputada que mereció el inicio de un proceso investigatorio y juzgamiento, estos no resultan ser suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que consagra a favor de toda persona el artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, parágrafo "e" de la Constitución Política del Estado, tanto más, si en el decurso del proceso no se ha probado el actuar doloso de ésta.

1.2. Como ya se ha señalado no ha existido discusión alguna sobre el hecho que la sentenciada Paredes Córdova en su condición de Administradora Judicial de la empresa SACIP, al poco tiempo de asumir el cargo, creó la empresa Camal de Yerbateros EIRL donde era la única propietaria, con la misma dirección de la empresa SACIP, para luego suscribir entre ambas un contrato de Asociación en Participación.

1.3. Sin embargo, no se ha probado en el transcurso del presente proceso penal que este interés de la imputada en la suscripción del contrato antes mencionado haya sido en provecho de ésta o de tercero; significándose, que el titular de la acción penal, ni el actor civil han demostrado que Paredes Córdova se haya visto beneficiada con el tantas veces referido contrato, ni mucho menos un tercero.

1.4. Cabe agregar, que a lo largo de la investigación judicial la imputada Paredes Córdova ha señalado que su accionar como Administradora Judicial tuvo como única finalidad poder gestionar y administrar la empresa SACIP, toda vez, que al asumir el cargo la encontró con una deuda millonaria ante la SUNAT y con todas las cuentas embargadas, siendo esta la única opción en que podía viabilizar el cargo que se le encomendó; destacándose, que las partes procesales contrarias a ésta no han podido demostrar tampoco que la decisión adoptada por la ahora imputada no era la más conveniente, no habiendo precisado además otras posibilidades para la gestión de la empresa SACIP. -

1.5. Que lo expresado por la precitada sentenciada, se encuentra corroborado por lo declarado por la testigo Yovanna Consuelo Fernández Velazco funcionaria de la SUNAT quien concurrió al juicio oral y cuyo testimonio fue valorado por la Juzgadora bajo los principios de inmediación y concentración, el mismo que de conformidad con el artículo 425.2 del Código procesal penal no puede dársele una valoración distinta.

1.6. Que a ello se suma, que la sentenciada Paredes Córdova comunicó al Cuadragésimo Quinto Juzgado Penal que la designó como administradora judicial, su decisión de crear la empresa Camal de Yerbateros EIRL y mediante la cual suscribió un contrato con SACIP de Asociación en Participación para su administración, órgano jurisdiccional que ante su informe emitió el correspondiente decreto de téngase presente, sin realizar ninguna objeción.

1.7. Por otro lado no se han actuado otros actos de prueba que permitan acreditar la conducta dolosa de la sentenciada Paredes Córdova, que la hagan merecedora de una sanción penal, tanto más, que la sentenciada comunicó su decisión, si bien posterior a la creación de la empresa y a la suscripción del contrato, también lo es que no fue objetado por el referido Juzgado y por la Cuarta Sala Penal, ni por las partes procesales.

1.8. Razones por las que consideramos que este extremo de la sentencia se encuentra arreglada a derecho.

SEGUNDO.- Con relación a la nulidad de la sentencia planteada por la representante del Ministerio Público en la audiencia respectiva, se debe precisar:

2.1. El numeral 149 del Código Procesal Penal establece que la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.[6]

2.2.- Asimismo, 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 aún de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requiera su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución"*.

2.3.- El Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-I 16 del 06 de diciembre del 2011[7] ha señalado que la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo 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.

2.4. Es evidente de lo actuado que no se presenta en el caso materia de análisis ninguno de los supuestos que establece la norma adjetiva penal para admitir la nulidad planteada en este instancia por la representante del Ministerio Público, tanto más si se tiene en cuenta los argumentos esbozados en el primer considerando de la presente resolución, debiéndose precisar que la juzgadora en el extremo de la absolución ha cumplido con motivar adecuadamente su decisión de conformidad con el artículo 139, inciso 5° de la Constitución Política del Estado.

TERCERO.- En relación a las consecuencias jurídico-civiles impuestas por la juzgadora tenemos que precisar lo siguiente:

3.1. En cuanto a la reparación civil, es del caso señalar que el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116[8]: *"...7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código 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*

6 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la nulidad es entendida como aquel procesal por medio del cual se declara la inexistencia o la invalidación de un acto procesal do 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 implica una nueva realización de dicho acto, puesto que es inexistente, no pudiéndose considerar como un pronunciamiento fondal en el que se arribe a una decisión ya que sólo se ha advertido la existencia de un vicio insubsanable que hace necesaria la realización del acto anulado. (Expediente N°4230-2009-PHC/TC, Sentencia del 24 de noviembre del 2009).

7 Adoptado por el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

8 Adoptado por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, el 13.10.1006.

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 ex delicto, infracción /daño, es distinta}, el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. 8. Desde esta perspectiva 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 ocasionar tanto (1) 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-; cuanto (2) 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- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159)".

3.2. Al respecto, se advierte que el Código Procesal Penal, ha optado por un sistema de acumulación de la pretensión resarcitoria (de naturaleza civil) a la pretensión punitiva (de naturaleza penal), tramitándose ambas en el contexto del proceso penal, en virtud al principio de economía procesal; lo que no modifica la naturaleza de la pretensión civil.

La víctima o agraviado que ha sufrido un daño como efecto de la comisión de un acto delictivo, tiene una pretensión material de tipo resarcitorio frente al autor o partícipe que le ha causado dicho daño, por lo que de no conseguir una satisfacción directa a dicha pretensión, puede transformarla en una pretensión procesal, a través del ejercicio de la correspondiente acción, que la puede hacer valer en sede civil o en sede penal, utilizando en este último supuesto, el sistema de acumulación mencionado.[9]

Señala Ibérico Castañeda[10], que, el haber optado por un sistema de acumulación tiene el inconveniente de obligar a los magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnica jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa, con el agregado procesal que en materia de responsabilidad extracontractual (que es a la que pertenece la responsabilidad civil *ex delicto*) el dolo y la culpa se presumen, tal como lo establece el artículo 1969° del Código Civil, y por ende, el descargo corresponde al dañante, lo que significa una lógica de inversión de la prueba; situación que debe llamar a reflexión al juez penal de cara al respeto al principio constitucional de presunción de inocencia.

Concuerda, con ello Gálvez Villegas[11] cuando señala que, al cometerse un delito, en la mayoría de los casos, se afectan simultáneamente dos bienes o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (dos bienes jurídicos) uno constituido por el interés público de la sociedad (y del Estado en su representación) y otro constituido por el interés privado o particular del titular específico del bien jurídico u objeto de tutela afectado por la acción delictiva (el que también puede ser el propio Estado, pero en su actuación como un sujeto

9 IBERICO CASTAÑEDA, Fernando, "La constitución del actor civil como parte en el Código Procesal Penal del 2004: Requisitos, forma y oportunidad", en *Gaceta Jurídica*, N° 29, Lima: Noviembre 2011, pp. 191-192.

10 IBERICO CASTAÑEDA, Fernando, "La constitución del actor civil como parte en el Código Procesal Penal del 2004: Requisitos, forma y oportunidad", cit., pp. 193-198.

11 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, "Posibilidad de recurrir a la vía civil luego de concluido el proceso penal en el que el agraviado se ha constituido en actor civil y se ha amparado su pretensión. Análisis de la Casación N° 1221-2010-Amazonas", en Gaceta Jurídica, N°39, Lima: Setiembre 2012, p. 132-133.

particular, despojado del *ius imperium* que caracteriza su actuación pública. Y como cada uno de estos bienes jurídicos tienen distinto titular surgen contra el agente del delito, la pretensión punitiva del Estado y la pretensión civil resarcitoria del agraviado. La pretensión punitiva del Estado se ejercita judicialmente a través de la acción penal y la pretensión del agraviado a través de la pretensión civil que se inserta en proceso penal ya iniciado.

Agrega el autor que, en nuestro medio, los juristas consideran la reparación civil de naturaleza privada y resarcitoria, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito, lo que escapa al Derecho Penal. Por tanto, dicha pretensión resarcitoria queda regulada fundamentalmente por las normas del Código Civil, pero también por el Código Procesal Civil y las que correspondan del Código Penal y del Código Procesal Penal. Así, el agraviado se constituirá en actor o parte civil y deberá acreditar en el proceso penal la existencia del daño así como su entidad y magnitud.

Así, se advierte que, existiendo entre la acción penal y la acción civil derivada de la misma, una acumulación de pretensiones, la acción civil se rige por los presupuestos inherentes a la responsabilidad civil[12].

3.3. En tal sentido, se advierte que, en la sentencia recurrida, la juzgadora no ha sustentado debidamente los presupuestos para establecer la responsabilidad civil, toda vez que si bien señala la existencia de un ilícito civil al haber incumplido la sentenciada su obligación funcional como administradora judicial de la empresa SACIP contenida en los artículos 776 y 780 del Código Procesal Civil[13], también lo es, que estos están referidos a la administración judicial de bienes en procesos no contenciosos, lo que no corresponde al caso materia de análisis, en la que existía un litigio penal en la que se concedió como medida cautelar genérica en forma de administración judicial de la empresa SACIP a la ahora imputada Blanca Rosa Paredes Córdova la que quedó sujeta a las obligaciones contenidas en el artículo 671 del Código Procesal Civil[14], conforme se advierte de la copia de la resolución Nº 08 del 07 de abril de 2009 que corre a fojas 54 del expediente judicial, en las que no se consigna como obligación la autorización judicial previa.

3.4. En consecuencia, el Colegiado considera que al no haber incumplido la administradora judicial con sus obligaciones que le establecía la norma pertinente, no es factible esta-

12 Código Procesal Civil: Primera Disposición Complementaria y Final: "Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza ". Código Procesal Civil: Artículo 83º.- "**Pluralidad de pretensiones y personas.** En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva. La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".

13 Artículo 776 del CPC: "El administrador judicial de bienes requiere autorización del Juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Esta le será concedida oyendo al Consejo de familia, cuando así lo disponga la ley". El artículo 780 del CPC: "El administrador judicial de bienes sujetos a régimen de copropiedad puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración. Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del Juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados ".

14 Artículo 671 del CPC: "El administrador está obligado, según corresponda al bien o empresa, a: 1. Gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social; 2. Realizar los gastos ordinarios y los de conservación; 3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan; 4. Pagar tributos y demás obligaciones legales; 5. Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley; 6. Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión; 7. Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos; y 8. Las demás señaladas por este Código y por la ley".

blecer que existe un ilícito civil pasible de ser sancionado y por ende la aplicación de consecuencias jurídico-civiles, al no haberse acreditado el daño.

CUARTO.- DE LAS COSTAS.

El artículo 497.3 del Código Procesal Penal, establece que la regla general en cuanto a las costas es que éstas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. A su vez, el artículo 499 precisa las personas e instituciones exentas del pago de costas, señalando en su numeral 1, entre otras instituciones, al Ministerio Público y la Procuradurías Públicas del Estado.

En el presente caso, de conformidad al artículo 501 del citado que dispone en casos que el imputado es absuelto no se le impondrá costas y teniendo en cuenta que no se dan los supuestos expuestos en su literal b), el Colegiado considera que no merece su imposición a la sentenciada Paredes Córdova.

Por las consideraciones expuestas, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de conformidad con los artículos 417, 419 y 425 del Código Procesal Penal, por unanimidad, ***RESUELVEN***:

1. **CONFIRMAR** por **unanimidad** la sentencia de fecha 10 de julio de 2013, en el extremo que falla: **Absolviendo a Blanca Rosa Paredes Córdova**, de la imputación penal en su contra, como presunta autora del delito contra la Administración Pública -**Negociación incompatible** (tipificado en el artículo **399°** del Código Penal)-, en agravio del Estado (Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción).
2. **REVOCAR** por **mayoría** el extremo que **declara Fundada** en parte la pretensión civil planteada por la Procuraduría Pública Especializada en Corrupción que fija en S/. 20,000.00 (Veinte mil nuevos soles) el monto determinado como consecuencias jurídico civiles que deberá pagar la sentenciada absuelta a favor del Estado, y **REFORMÁNDOLA** la declararon **Infundada**.
3. No corresponde el pago de costas.
4. **ENTREGAR** copia de esta sentencia a las partes procesales presentes en esta sesión de lectura de sentencia.
5. **DEVOLVER** los actuados al Juzgado de origen para que se cumpla con la ejecución de la sentencia.

S.S.

Susana Y. Castañeda Otsu (Presidenta)

Sara Maita Dorregaray (Juez Superior)

Marco Lizárraga Rebaza (Juez Superior y Director de Debates)

El Voto No Concordado respecto a las consecuencias jurídico-civiles de la señorita Juez Superior Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones Susana Ynes Castañeda Otsu, es como sigue:

No comparto lo resuelto por mis distinguidos colegas, magistrados Sara Maita Dorregaray y Marco Lizárraga Rebaza, en relación a la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara **fundada** en **parte la pretensión civil** de la Procuraduría Pública especializada en delitos de Corrupción, por los siguientes fundamentos:

1. El artículo 93 del Código Penal estipula que la reparación civil comprende: la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y prejuicios. Por otro lado, el artículo 101 del indicado Código nos remite en lo pertinente a las disposiciones del Código Civil. En ese sentido, el Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116[15], sostiene que la reparación civil es una institución de naturaleza jurídico- civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta en cuanto a su contenido por el artículo 93 del Código Penal.
2. El Código Procesal Penal (en adelante CPP) regula el ejercicio de la acción civil en el proceso penal[16], el cual corresponde al Ministerio Público y especialmente al perjudicado por el delito. Conforme sostiene Del Rio Labarthe, la naturaleza absolutamente privada de la acción civil acumulada al proceso penal, se aprecia claramente en la regulación de los artículos 12, 13 y 14 de CPP, normativa que reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y por ello dispositiva[17].
3. Por otro lado, el artículo 12.3 del CPP faculta al juez a pronunciarse sobre la reparación civil, aun cuando se absuelva de la acusación al imputado o se dicte auto de sobreseimiento. Este dispositivo, a criterio de los señores jueces en lo Penal de la Corte Suprema constituye la modificación más importante en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal, habiendo establecido en el Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116[18]: "Esto significa en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho -siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal".
4. En esta misma línea, esta Sala Penal de Apelaciones tiene establecido que puede no haberse configurado el tipo penal pero sí los daños resarcibles, y por tanto, habrá responsabilidad civil. Que ello es así, debido que la reparación civil resulta procedente si se cumple con probar la materialización del daño propiamente tal, y se cumplen con los otros elementos de la reparación civil[19].
5. Expuestos los fundamentos en relación a la reparación civil, del recurso de apelación de la sentenciada absuelta Blanca Rosa Paredes Córdova formalizado el 17 de julio de 2013 y sustentado en audiencia, se advierte que pretende que no se le imponga ninguna suma por la consecuencia jurídico civiles, considerando que la juzgadora no ha motivado adecuadamente su decisión en este extremo.

   Sostiene que no ha incumplido las normas procesales y civiles que regulan la administración judicial, en específico los artículos 776 y 780 del Código Procesal Civil (en adelante CPC), pues a ella se le entregó la administración judicial SACIP a través de una medida

15 Acuerdo Plenario Nº 5-2008/0-116, del 18 de julio de 2008. Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada.

16 El artículo 11 del CPP prescribe: 1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en Actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. 2. Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93º del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.

17 DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, "La acción civil en el nuevo proceso penal", en: *Revista Derecho de la PUCP*, año 2011.

18 Acuerdo Plenario Nº 5-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011. Asunto: Constitución del Actor civil: Requisitos, oportunidad y forma. Fundamentos 7 y 13.

19 Sentencia de segunda instancia emitida en el Expediente 00115-2011-6-1826-JR-PE-01, del 24 de julio de 2012. Director de Debates Ramiro Salinas Siccha.

cautelar genérica, estableciéndole como obligaciones las contenidas en el artículo 671 del indicado código, las que cumplió formalmente. En tal sentido no necesitaba autorización judicial para celebrar el Contrato de Asociación en Participación entre la empresa Camal de Yerbateros EIRL (la asociante), representada por su gerente Blanca Rosa Paredes Córdova, y la empresa SACIP (la asociada), representada por su administradora judicial, la misma Blanca Rosa Paredes Córdova.

6. La suscrita considera que la señorita Juez Nayko Techy Coronado Salazar ha sustentado debidamente las razones por las cuales corresponde imponer consecuencias jurídico civiles a la mencionada sentenciada, conforme se advierte de los fundamentos 18 a 21 de la sentencia impugnada. En efecto, ha efectuado un análisis correcto de los elementos de la responsabilidad extracontractual establecida en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

   En cuanto a la antijuricidad, comparto su criterio en el sentido que se ha acreditado la existencia de un hecho ilícito, ya que no observó las normas procesales y civiles, que tratan la figura de la Administración Judicial y conexas, en especial no haber solicitado previa autorización judicial para la celebración del contrato de Asociación en Participación ya mencionado, conforme a lo establecidos en los artículos 776 y 780 del CPC.

7. Igualmente comparto su criterio en relación a los otros elementos de la responsabilidad civil, toda vez que, si bien fue nombrada administradora judicial como consecuencia del dictado de una medida cautelar y sus obligaciones a cumplir son las que consagra el artículo 671 del CPC, esta norma en el numeral 8 dispone que el administrador está obligado, según corresponda al bien o empresa, a: "Las demás obligaciones señaladas por este Código o la Ley". Dispositivo que debe ser concordado con el artículo 776 del CPC, que dispone que el administrador judicial de bienes requiere autorización judicial del juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil.

   Dispositivos que se complementan, debiéndose considerar que en el caso de los administradores judiciales no se está al tipo de procesos sino al de las obligaciones que adquiere la persona al asumir dicho cargo.

8. A mi criterio si se sustenta la responsabilidad civil de la sentenciada absuelta Paredes Córdova, debiendo precisar que se confirma la absolución de la responsabilidad penal por falta de elementos probatorios en cuanto al elemento del tipo "dolo", al considerar que comunicó la decisión de suscribir el contrato mencionado al juez penal correspondiente, pero para efectos civiles no obtuvo la autorización para la suscripción del mismo, incumpliendo las obligaciones contenidas en los artículos del Código Procesal Civil antes mencionados.

Por estas razones, **MI VOTO**: es porque se confirme la sentencia emitida por la titular del Tercer Juzgado Penal Unipersonal Especial de Lima en el extremo que declara **fundada en parte la Pretensión Civil** planteada por la Procuraduría Pública especializada en delitos de Corrupción de funcionarios; y en consecuencia FIJA la suma de Veinte Mil Nuevos Soles, el monto determinado como consecuencias jurídico civiles al que se encuentra obligada la sentenciada absuelta Blanca Rosa Paredes Córdova, a favor del Estado agraviado; debiendo abonar dicha cuantía bajo apercibimiento de proseguirse el procedimiento en el extremo de ejecución civil conforme a la acción correspondiente, estando conforme con lo demás que contiene.

SS.

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU

Presidenta

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa*, Nº 12, Alicante, 1992.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. PE* (a cura de Luigi Conti), 14ª ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2003.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. PG*, Madrid, Akal, 1986.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. PG*, Lima, Ara, 2004.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Mave, Buenos Aires, 2001.

CASTILLO ALVA, José Luis, "El delito de negociación incompatible", en Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director), *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2009.

CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Grijley, Lima, 2013.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima, Grijley, 2013.

CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, T. II, Madrid, Tecnos, 2001.

COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, 2ª ed., trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "En el límite entre el dolo e imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de Octubre de 1983)", en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo* (Director: Santiago Mir Puig), Bosch, Barcelona, 1992.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. PG*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. PE*, 2ª ed., T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros, Trotta, Madrid, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), Temis, Bogotá, 2008.

FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto penale. PE*, vol. I, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal. PG*, T. I, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Coimbra, 2012.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, T. VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.

GAROFOLI, Roberto, *Manuale di diritto penale. PE*, T. I, Giuffrè, Milano, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Marcial Pons, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal. PE*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia probatoria", en *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis / LAURENZO COPELLO, Patricia, *Comentarios al Código Penal. PE*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

HUERTA TOCILDO, Susana y Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. PG*, Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. PG*, Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. PG*, I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. PG*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. PG*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1981.

LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP", en *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Dolo y dolo eventual: reflexiones", en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, Manuales de formación continuada Nº 4, Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. PG*, Universitas, Madrid, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. PE*, trad. de José Ortega Torres, reimpr. de la 2ª ed., vol. III, Temis, Bogotá, 1985.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. PG*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2001.

MANTOVANI, Ferrando, *Los principios del derecho penal*, Ediciones Legales, Lima, 2004.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, T. 8, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediar, Buenos Aires, 1961.

MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, Giuffrè, Milano, 2004.

MAURACH, Reinhart y Heinz GOSSEL, *Derecho penal. PG*, T. I, trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 2004.

MILLÁN, Alberto, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970.

MIR PUIG, Santiago, "Conocimiento y voluntad en el dolo", en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Madrid, 1994.

MIR PUIG, Santiago, "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función", en *Los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MONER MUÑOZ, Eduardo, "El dolo y su control en el recurso de casación", en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. PG*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, T. VII, Lerner, Córdoba, 1975.

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. PE*, 9ª ed., vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. PE*, 2ª ed., T. V, Idemsa, Lima, 2014.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal", en *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005.

PULITANÒ, Domenico, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi, Federico Stella y Giuseppe Zuccala), 4ª ed., Cedam, Padova, 2003.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada, *Derecho penal. PG* (Director: José M. Zugaldía Espinar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, Jurista, Lima, 2014.

RODRÍGIUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., 1ª reimpr., Grijley, Lima, 2003.

ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 2ª ed., T. I, Giuffrè, Milano, 1995.

ROMANO, Mario, *I dilitti contro la Publica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, Giuffrè, Milano, 2002.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, T. I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, "¿Qué es la complicidad?", en *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. PG*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, T. II, Madrid, Civitas, 2014.

RUBIANES, Carlos, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1980.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1986.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

SEMINARA, Sergio, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi, Federico Stella y Giuseppe Zuccala),4ª ed., Cedam, Padova, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., 7ª reimpr., T. V, Tea, Buenos Aires, 1976.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. PG*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2005.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de derecho penal. PG*, Grijley, Lima, 2005.

VOLK, Klaus, "Concepto y prueba de los elementos subjetivos", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Grijley–Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. PG*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal. PG*, trad. de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los arts. 15 y 16 del Código Penal alemán*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", en *Anuario de Derecho Penal*, T. 39, fasc. 2, Madrid, 1986.