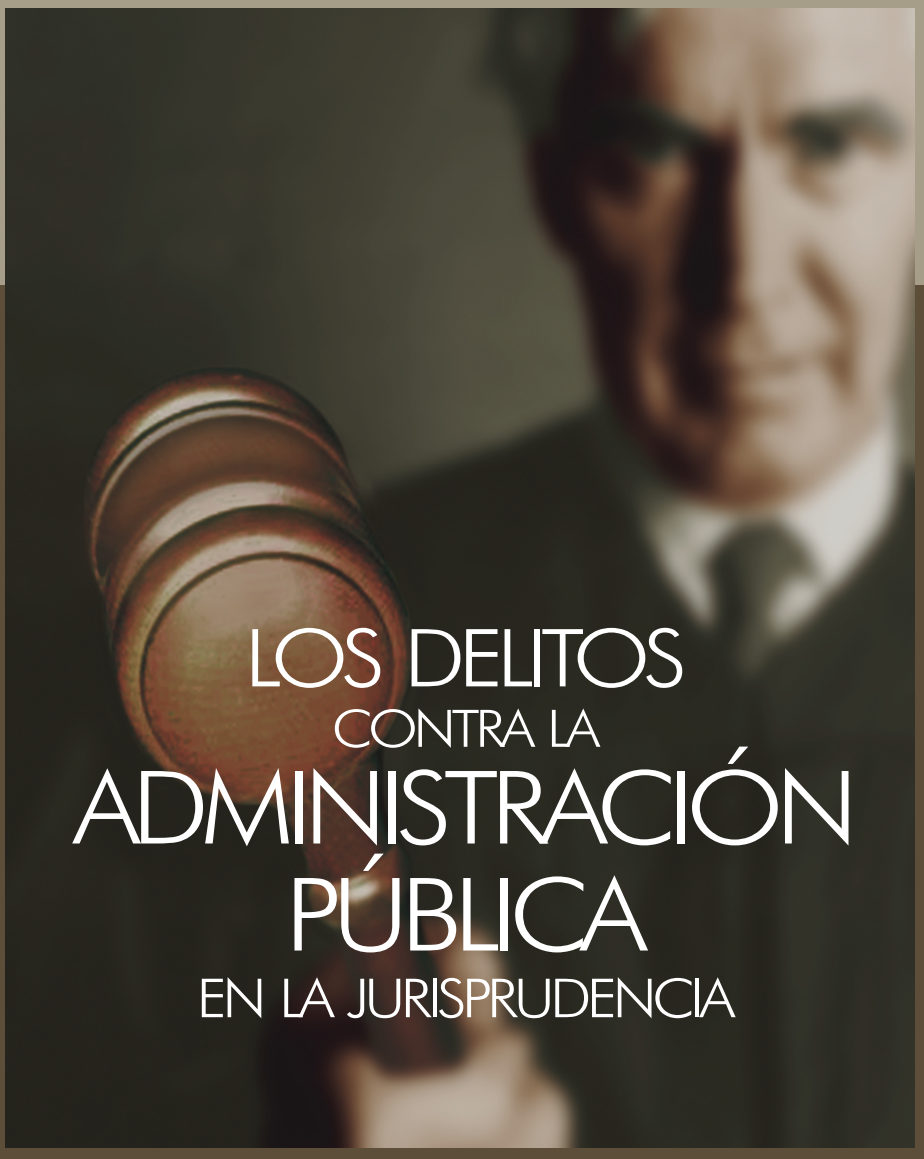
Estudio Introductorio
CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN

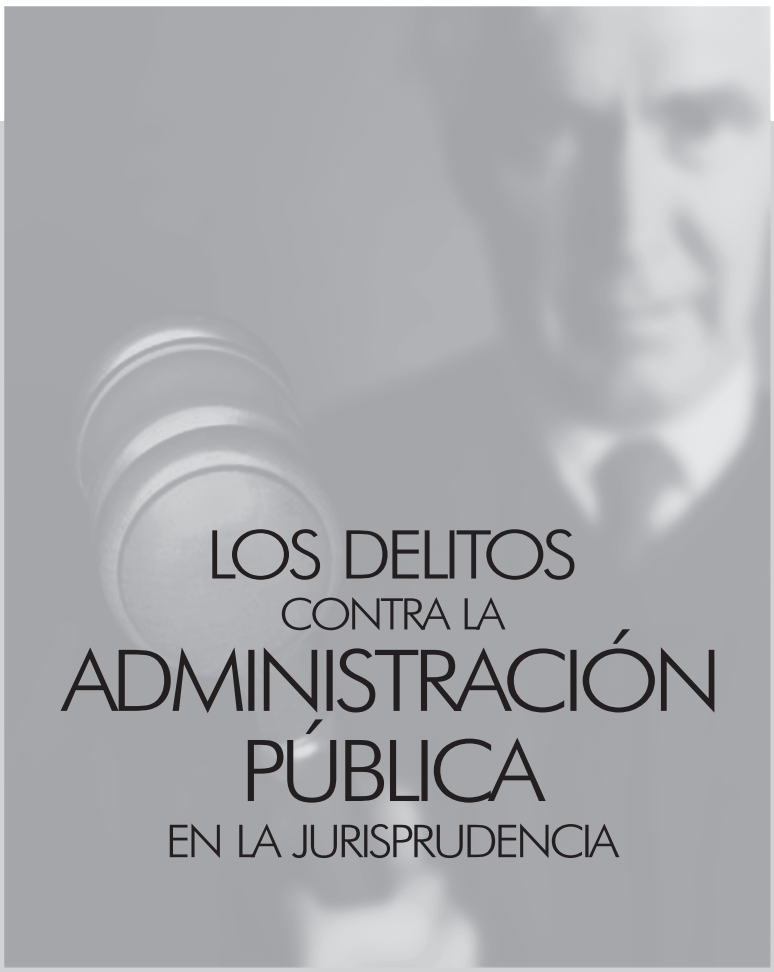


LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Estudio Introductorio

CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN



LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA

GACETA JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Como ya he confesado, al salir de mi querida Universidad de Lima consideraba que en los casos, además de la interpretación y aplicación correcta de la ley, se necesitaba un buen soporte doctrinario; la "clave" era el mejor empleo de la doctrina(1).

Pensaba que la jurisprudencia, estudiada como fuente de Derecho en la universidad, no existía en el país; por el contrario, estimé que muchas sentencias servían como demostración del error judicial, de ¡cómo no debía aplicarse el Derecho!

Hoy admito que es mucho más eficaz ante un juez fundamentar el caso, no en la mejor cita doctrinal, sino en sentencias que recojan la posición jurídica que se sostiene. Hay que reconocer que el juez "cree más en otro juez", que en la obra de Jakobs o Roxin, que suelen ser asumidos como "adornos" que no tienen por qué "colocarse" en la sentencia.

En el Derecho peruano se está construyendo un sistema jurídico en el que la jurisprudencia empieza a ser fuente de producción del Derecho; se comenzó con las Salas Civiles Supremas al resolver los recursos de casación; luego las sentencias del Tribunal Constitucional y, finalmente, las sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema.

Es una expresión de "debilidad institucional" de la Corte Suprema la "sustitución de facto" de la jurisprudencia por los llamados "acuerdos plenarios", cuyo valor doctrinario vuelvo a reconocer, pero cuestiono nuevamente el efecto vinculante que se les asigna por carecer de base normativa(2).

(1) Véase, NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "¿Potestad del juez de desvinculación de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo en lo Penal en el sistema jurídico peruano?", en prensa, *Athina*: Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2013.

(2) Ídem.

No es conveniente que la Corte Suprema exprese los criterios rectores de la justicia en acuerdos plenarios y a veces en "circulares" o "directivas" de la Presidencia de la Corte Suprema, en vez de hacerlo a través de: precedentes vinculantes, sentencias plenarias, fallos vinculantes, sentencias casatorias y plenos casatorios.

El "Derecho de los casos" viene avanzando en el país pero, como todo lo que se va construyendo, con problemas de colisión con garantías fundamentales; por ejemplo con el principio de legalidad; o respecto al entendimiento de la vinculación vertical al advertir que los jueces penales se apartan erradamente de los precedentes vinculantes, pues esta, salvo el supuesto del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial, es absoluta(3).

Las sentencias emitidas por el subsistema de justicia anticorrupción significaron el tratamiento inadecuado de varios temas; los dos más graves, por la cantidad de seres humanos que han afectado: la aplicación del concepto del funcionario de hecho para condenar, no a Vladimiro Montesinos Torres como autor, sino a todos los personajes de los tristemente célebres "vladivídeos" como cómplices de peculado a fin de ¡justificar! la imposición de penas privativas de la libertad efectivas(4); y las millonarias reparaciones civiles sin postular, probar y argumentar daño civil indemnizable, concepto distinto al daño penal, todo a fin de impedir que los condenados tengan beneficios penitenciarios y cumplan la totalidad de la pena por falta de "reparación" del daño.

En la etapa actual de la justicia anticorrupción no existe, por el momento, la misma turbulencia política y mediática, de ahí que se aprecia un nivel de problemática menos agresivo, sin Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo, al menos de manera sistemática, lo que no significa que se haya dejado de aplicar en casos concretos y en otros ámbitos fuera de este subsistema judicial.

Con estas reflexiones introductorias paso a comentar la importante compilación hecha por Gaceta Jurídica de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sobre delitos contra la Administración Pública.

(3) Ídem.
(4) Véase, NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Problemas de aplicación de la figura del funcionario administrador de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú", en *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera,* tomo I, Ara Editores. Lima, 2006, pp. 775 a 793.

En las sentencias seleccionadas se pueden apreciar temas de gran importancia en casos penales por delitos de colusión, peculado, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc., que exigen la verificación de una correcta aplicación de la ley por su gran incidencia, lamentablemente, en la Administración Pública y el significativo número de procesos penales que generan, a tal punto que en Lima hay dos subsistemas de justicia penal en función de la coexistencia del viejo Código de Procedimientos Penales y del nuevo Código Procesal Penal.

Resulta muy interesante hacer una comparación de calidad entre las sentencias que emite la Sala en el juicio del Código de Procedimientos Penales de 1940 y las que emite el Juzgado Unipersonal en el juicio del Código Procesal Penal del 2004. La celeridad del nuevo juicio; la inconstitucional, muchas veces, limitación en el tiempo de los alegatos de cierre(5); y el poco tiempo que el juez tiene para sentenciar, no permiten, según advierto, tratar casos de gran complejidad dogmática.

Los defensores en el nuevo juicio, no por problema del modelo, sino de mal criterio de los jueces, no podemos alegar suficientemente, por ejemplo, sobre por qué el concepto adelantado de funcionario público no existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción; la naturaleza del acto preparatorio punible del tráfico de influencias, etc.; a lo que se agrega la impresión de que algunos jueces no tienen la suficiente experiencia o conocimiento para efectuar "operaciones cardiovasculares rápidas".

Por la brevedad que corresponde en una oportunidad como esta, haré apuntes sobre temas que son materia de la jurisprudencia compilada por Gaceta Jurídica.

En el examen de las sentencias sobre tráfico de influencias se aprecia que no se ha continuado el intenso debate que se produjo en los casos; "Luchetti" y "de los dueños de los medios de comunicación televisivos", al discutirse si el tipo penal del artículo 400 del Código Penal de 1991 admite la participación

(5) El tiempo de un alegato de cierre solamente lo determinan: la complejidad del caso; el abuso del derecho de defensa, o la presentación de una defensa ineficaz por repetitiva o impertinente; no es admisible que el tiempo de duración dependa de factores de naturaleza administrativa, por ejemplo, el cronograma de causas del juez y menos su cansancio, comprensible, pero que debe significar la programación de una sesión para continuar el acto de alegación que se realiza en ejercicio de la garantía procesal constitucional a contar y utilizar con todos los medios y tiempo necesarios para presentar una defensa eficaz en juicio, conforme al artículo 14, inciso 3), parágrafo b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8, inciso 2), parágrafo c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

criminal, a fin de establecer si la persona que acepta la oferta de tráfico de influencias puede ser considerada instigador o cómplice.

Lamentablemente estos temas que motivaron brillantes intervenciones de autores nacionales como María del Carmen García Cantizano[6], José Leandro Reaño Peschiera[7], Julio Rodríguez Delgado[8], e informes jurídicos, entre los que destaco el realizado por los maestros españoles Jesús María Silva Sánchez y Ujala Joshi Jubert[9]; no terminaron con una sentencia de la Corte Suprema que fije posición sobre la materia debatida.

En la praxis judicial se condenan a los aceptantes de la oferta de tráfico de influencias sin mayor argumentación jurídica.

Pienso que el núcleo del problema aún no ha sido enfrentado por la jurisprudencia y doctrina nacional: el tráfico de influencias es un acto preparatorio punible[10] [11] [12]; una excepción a la regla de la no punibilidad de los actos preparatorios.

Las reglas sobre extensión de la tipicidad de los actos preparatorios punibles respecto a la participación y la tentativa siguen pendientes de desarrollo, las que ofrezco compartir con la comunidad jurídica en el libro que vengo trabajando sobre los delitos contra la Administración Pública, gracias una vez más a Gaceta Jurídica.

La insuficiencia en el tratamiento jurídico del tráfico de influencias la he apreciado en un reciente caso[13], que se sigue en el subsistema de justicia anticorrupción que aplica el Código del 2004; una negociación en la que no se llegó a celebrar la "compraventa" de influencias porque no se acordaron el "servicio de influencias a vender" ni el precio, por decisión del autor.

(6) GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Jurídica,* tomo 88, Gaceta Jurídica. Lima, 2001, pp. 59 a 62.
(7) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias,* Jurista Editores. Lima, 2004.
(8) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. "Solicitante de las influencias traficadas: ¿todos son culpables?", en *Ius et Veritas,* año XII, N° 24. Lima, 2002, pp. 264 a 275.
(9) Presentado en el "caso Luchetti".
(10) Ibídem, p. 523.
(11) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública,* 4ª edición, Grijley. Lima, 2007, p. 780.
(12) SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delito de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir, aspectos sustantivos y procesales,* Jurista Editores. Lima, 2002, p. 27.
(13) Expediente Nº 193-2012-8-1826-JR-PE-03. Actualmente la sentencia condenatoria contra nuestro defendido como cómplice primario de tráfico de influencias se encuentra en el procedimiento de recurso de apelación.

La acción típica que debe verificarse es: la celebración del "contrato criminal" o pacto de tráfico de influencias; formado por la oferta del traficante de venta de influencias sobre funcionarios públicos, en el caso que motiva el comentario, que intervinieron en un proceso administrativo de revocación de licencia de funcionamiento; y por la aceptación por el interesado de la oferta del traficante(14) (15) (16).

El momento consumativo del tráfico de influencias en la modalidad de "hacerse prometer una ventaja económica", es con la aceptación de la oferta, pues ahí se produce la celebración de la compraventa o pacto de influencia(17) (18).

Para que se produzca la aceptación tiene que haberse formulado una oferta o propuesta, que en el caso del tráfico de influencias exige la verificación de dos elementos: a) el "servicio" ofrecido por el traficante, y b) el precio a pagar por el interesado.

Para entender la acción típica del tráfico de influencias; una "compraventa", un "contrato criminal"; hay que distinguir que un elemento de la acción típica es la oferta del traficante; de ahí que para una adecuada comprensión del significado de la acción típica, es válido acudir como auxilio metodológico al Derecho Contractual, que trata como ninguna otra rama del Derecho a la oferta; con la exclusiva finalidad de conocer mejor su significado jurídico.

"La oferta es una declaración de voluntad en la que el ofertante manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que este quedará formado si recae la aceptación"(19).

El "contrato" criminal de compraventa de influencias tiene tres etapas; a) preparación; b) celebración o perfeccionamiento, y c) consumación, ejecución o periodo de cumplimiento.

(14) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit., p. 797.
(15) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* 2ª edición, Palestra. Lima, 2003, p. 534.
(16) REAÑO PESCHEIRA, José Leandro. Op. cit., p. 51.
(17) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 800.
(18) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit., pp. 534 y 535.
(19) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I: Introducción a la teoría del contrato,* 5ª edición, Civitas. Madrid, 1996, p. 283.

Las tratativas corresponden a la etapa de preparación; son los tratos iniciales, las negociaciones entre traficante e interesado para la formación de la oferta.

En nuestro caso, un audio fue la prueba de cargo principal; que da cuenta de tratativas en las que la oferta no llegó totalmente a formarse; faltaban elementos necesarios para su formación: a) el "servicio" que se ofertaría estaba pendiente de definir al no haberse determinado al servidor(es) o funcionario(s) público(s) sobre el (los) que influenciaría el traficante; tampoco se llegó a definir el precio, monto y forma de pago.

Las negociaciones se encontraban en la etapa preparatoria del delito de tráfico de influencias; la oferta no se llegó a formar; no se alcanzó la etapa de ejecución, pues esta se produce con la formación y formulación de la oferta por el traficante al interesado.

La acción típica exige que el traficante ofrezca en venta un "servicio", que el tipo penal del artículo 400 del Código Penal describe de la siguiente forma: "con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo".

El traficante no llegó a determinar el servicio que ofertaría en venta; concretamente, a qué funcionarios de la municipalidad distrital que participaron en el proceso administrativo de revocación de licencia de funcionamiento iba a influenciar.

El traficante tampoco llegó a establecer el precio; monto por el que se estaba negociando –US$. 5,000 o US$. 7,000–, ni la forma de pago –¿al contado?, ¿por partes?, ¿con un adelanto?, ¿contra resultado?–.

Tratándose de actos preparatorios punibles, la necesidad de establecer con rigor la acción típica, a fin de diferenciar actos de preparación y actos de ejecución, es imperativa, para no violentar aún más el límite material de la función punitiva del Estado, principio de lesividad o protección de bienes jurídicos fundamentales; norma IV del Título Preliminar - Principios generales del Código Penal; al condenar por actos preparatorios del tráfico de influencias. ¡Es inaceptable una condena por actos preparatorios de los actos preparatorios punibles!

En el caso comentado la jueza condenó con sentencia conformada, como autor de tráfico de influencias a una persona que solamente llegó a la etapa preparatoria, por cierto con la previa aprobación de su abogada; aquí otro tema

de interés no analizado; el consentimiento viciado por error del defensor de la conformidad de su defendido con la acusación.

En el juicio del caso, el traficante, sentenciado conformado, explicó que no continuó negociando porque "se sintió algo mal" por las negociaciones.

Aquí un tema que exige urgente reflexión: el desistimiento. Si el autor no continuó las negociaciones por su voluntad y así se recoge en la sentencia conformada, al no producirse la consumación porque no hubo pacto, peor aún, si solo se alcanzó la etapa preparatoria al no terminarse de formar la oferta, ¿por qué se le condenó?; y si hubo inicio de ejecución pero no consumación por voluntad del autor, el artículo 18 del Código Penal exigía considerar el desistimiento como causa de exclusión de la pena(20).

Para concluir con el análisis del tráfico de influencias, se observa una indebida aplicación de la figura agravada por ser el autor funcionario público.

Como es un delito de dominio, el tráfico de influencias puede ser cometido por particulares y por funcionarios públicos(21).

La posibilidad de que los funcionarios públicos sean autores del tipo básico de tráfico de influencias, exige establecer el fundamento dogmático jurídico del tipo agravado del segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal, a fin de respetar los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

Alguna razón jurídica tiene que justificar la pena distinta del funcionario autor del tipo base y del tipo calificado.

En el tipo base el funcionario público que trafica influencias no tiene competencia, no interviene en el proceso administrativo en el que ofrece influenciar,

(20) El tratamiento por la Corte Suprema del desistimiento es preocupante. En el "caso de la muerte del periodista Alberto Rivera Fernández" se condenó como cómplice de asesinato a "Trolón" que fue "contratado" como sicario, pero el día de los hechos, por su decisión, no acudió al lugar planeado, obligando al otro sicario, "Gatillo", a buscar quien lo ayude a matar al periodista, es decir a "Chino Lito", siendo ambos los coautores del homicidio calificado, ¿por qué la Sala Transitoria de la Corte Suprema no consideró el desistimiento de "Trolón"? En el "caso del congresista Violín", igualmente se estableció que él lleva a la cama a una trabajadora del Parlamento, le empieza a bajar la ropa contra su voluntad, pero al ver que ella lloraba el congresista se sintió "ofendido", increpándola por no ¡reconocer el honor! que un Parlamentario la deseaba, decidiendo retirarse del lugar. La Sala Penal Permanente señaló que no había desistimiento porque el autor no había continuado la ejecución "porque la víctima lloraba", considerando el caso como tentativa de violación sexual. Crasa confusión, si no solución mediática, de no diferenciar voluntad y finalidad; el desistimiento exige la voluntad del autor, no la valoración de su fin.

(21) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit., p. 527.

de ahí que se le equipare al particular; no hay un deber de función específico que le permita tener injerencia en la decisión de los funcionarios que tratará de influenciar(22).

En el tipo calificado el funcionario público que trafica influencias sí tiene competencia, interviene en el proceso administrativo, en este caso, de revocatoria de licencia de funcionamiento, de ahí que ejerce funciones que le permiten tener injerencia sobre otros funcionarios que sí participan, por ejemplo, el subgerente de comercialización y mercados o el gerente municipal(23).

En el caso de las sentencias por el delito de malversación de fondos, la Corte Suprema ha determinado que la duplicidad del plazo de prescripción ordinario que establece el artículo 41, último párrafo, de la Constitución de 1993, y el artículo 80, último párrafo, del Código Penal, no resulta aplicable por no tratarse de un delito que afecta el patrimonio del Estado; sentencias de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de marzo del 2012 (R. Nº 134-2011-Moquegua) y del 24 de mayo del 2012 (R. Nº 1424-2011-Loreto).

La Sala Penal Permanente establece que el bien jurídico protegido por el tipo penal de malversación de fondos es: "la regularidad y buena marcha de la Administración Pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos"; fundamento séptimo de la SSP/ del 24 de mayo del 2012.

El Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-16 del 16 de noviembre del 2010, fundamento 15, establece que la razón de ser de la duplicidad del plazo de prescripción que establece la Constitución, es "la lesión efectiva del patrimonio del Estado".

La Sala Penal Permanente ha determinado que el delito de función, malversación de fondos, no produce una lesión efectiva al patrimonio estatal, de ahí que solo aplique el plazo extraordinario del artículo 83 del Código Penal.

Igualmente, es importante considerar que la estructura típica del delito de malversación de fondos establece como objeto y tema de prueba, la afectación permanente del servicio público; el cual no es postulado y probado adecuadamente.

(22) CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. *Instigación al delito e interrupción de la prescripción,* Grijley. Lima, 2006, p. 73.
(23) Ídem.

En las diversas acusaciones se aprecia que el Ministerio Público no describe de manera clara, precisa y circunstanciada, como lo exige la garantía procesal constitucional de la determinación del hecho en la acusación o imputación necesaria, la afectación permanente del servicio público que produjo la desviación presupuestal de fondos públicos.

Las acusaciones defectuosas que no deberían superar un adecuado control en la etapa intermedia, llevan a que en varias sentencias, la mayoría, no se pruebe este elemento típico adecuadamente; o a la absolución por insuficiencia probatoria, como lo reclama la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia en los casos en que la Fiscalía no demuestre la afectación permanente del servicio.

Pienso que el deficiente tratamiento procesal del elemento típico sería una de las razones para considerar a la malversación de fondos como un delito que no lesiona el patrimonio estatal, pues queda por responder la pregunta: ¿la afectación permanente de un servicio público no menoscaba el patrimonio del Estado?

Otro tema pendiente de trabajar con mayor profundidad es el considerar como funcionario o servidor público, para efectos penales, a los integrantes de las empresas de economía mixta a través de las cuales el Estado realiza actividad empresarial.

El artículo 40 de la Constitución señala expresamente: "no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta".

El artículo 425, inciso 3), del Código Penal, fue modificado por la Ley Nº 26713 del 27 de diciembre de 1996; se varió la fórmula: "los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado"; por "todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con **entidades u organismos del Estado** y que en virtud de ello **ejerce funciones** en dichas entidades u organismos" (el resaltado es nuestro).

El Poder Judicial viene condenando a los integrantes de las empresas de economía mixta como autores de delitos de función; destaco como ejemplo el caso del exministro de Economía y Finanzas, Jorge Baca Campodónico, sentencia de la Sala Penal Especial del 26 de octubre del 2007 y sentencia de revisión de la Primera Sala Penal Transitoria del 3 de marzo del 2009.

Pienso que la argumentación utilizada como fundamento de la condena es insuficiente; por ejemplo, se razona que "ni la Constitución ni las leyes laborales pueden restringir el concepto penal de funcionario público"[24]; lo cual considero una mala comprensión del principio de supremacía constitucional y de las reglas de interpretación de las normas constitucionales.

Las materias de reserva constitucional, las expresamente tratadas en la Ley Fundamental, no pueden ser desconocidas o modificadas por leyes infraconstitucionales, ni siquiera de desarrollo constitucional.

Si la Constitución reconoce un derecho o establece una prohibición, ninguna ley infraconstitucional puede desconocer tal derecho o violar tal prohibición.

La Constitución, en el Título I, "De la persona y de la sociedad", Capítulo IV, "De la función pública", establece los principios que rigen a la función pública; en el artículo 40 ha excluido de la función pública a los ejecutivos de las sociedades de economía mixta; no puede interpretarse, arbitrariamente, que se trata de una norma de naturaleza previsional o laboral, pues en el artículo 41 establece la duplicidad del plazo ordinario de prescripción de la acción penal.

La jurisprudencia y la doctrina penal interpretan la Constitución como una ley ordinaria, aplican los métodos de interpretación que se aplican a las leyes penales[25]; sin embargo omiten aplicar las reglas que ofrece la teoría de la interpretación constitucional, a fin de hacer control adecuado de una opción penal que podría ser inconstitucional. Un Estado de Derecho, o un Estado constitucional exigen diferenciar el ámbito del poder constituyente y del poder constituido.

César NAKAZAKI SERVIGÓN

(24) Manuel Abanto Vásquez (Op. cit., p. 36) critica la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en un primer momento optó por entender que los "trabajadores de las empresas del estado y de sociedades de economía mixta" no eran funcionarios públicos para el Derecho Penal. Coincide con el criterio adoptado por las más recientes ejecutorias, respecto de que la exclusión que realizó la Constitución de 1993 no tiene efecto vinculante en el Derecho Penal, sino que fue un tema de limitar la obtención de beneficios sociales excesivos por parte de quienes trabajaban para las empresas del Estado.

(25) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit., p. 52.

SECCIÓN I

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CAPÍTULO I
ABUSO DE AUTORIDAD

El delito de abuso de autoridad está tipificado en el artículo 376 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley Nº 29703 de fecha 10/06/20011:

> ***Artículo 376.-*** *El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*
>
> *Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

001 Abuso de autoridad: Incumplimiento de deberes funcionales debe causar perjuicio

El delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que establece: "el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto a cargo (...)", es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien.

Recurso de Nulidad Nº 231-2011-TACNA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 25 de abril de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Tacna, contra la sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil diez de fojas mil cuatrocientos setenta y cinco, que absolvió de la acusación fiscal a: i) Francisco Roberto Zúñiga Iriarte, Juan Francisco Retamozo Villafuerte, Jesús Arnold Berrios Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez por el delito contra la Administración Pública –peculado doloso en agravio del Estado– Gobierno Regional de Tacna; ii) Julio Antonio Alva Centurión por el delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión, rehusamiento o demora en actos funcionales en agravio del Estado; y iii) Francisco Roberto Zúñiga Iriarte, Juan Francisco Retamozo Villafuerte, Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada, Alfredo Andrés Casanova Vélez y Julio Antonio Alva Centurión (autores) y Alberto Enrique Del Castillo Paredes (cómplice primario) por el delito contra la Administración Pública –colusión en agravio del Estado– Gobierno Regional de Tacna; interviene como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El señor Procurador Público fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil quinientos quince sosteniendo lo siguiente: i) ha quedado demostrado que la situación de emergencia para la rehabilitación y reforzamiento estructural y reparación de las instalaciones del Hospital Hipólito Unanue no genera ninguna situación de urgencia de acuerdo a su definición establecida en las normas legales, es más los daños causados por el sismo de junio de dos mil dos, ya habían generado el desalojo y traslado de pacientes a otras secciones adecuadas provisionalmente, es decir, tuvo la condición de urgencia en esa fecha y no posteriormente; ii) quedó acreditado que el Consejo Transitorio de Administración Regional de Tacna-CTAR TACNA, sin respetar los plazos establecidos para la suscripción del Contrato de Obra número treinta y seis-dos mil dos-CTAR TACNA convocó al segundo postor, el encausado Alberto Enrique Del Castillo Paredes, bajo la modalidad de precio unitario a setiembre de dos mil dos, otorgándole un adelanto de ciento treinta y seis mil setecientos veintiséis nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos a pesar que el postor ganador de la buena pro (Consorcio Ejecutores y Consultores) comunicó que había impugnado su exclusión del consorcio, vía recurso de revisión ante Consucode; iii) que las Resoluciones número ciento veinte-dos mil tres-CTAR TACNA; número ciento veintiuno-dos mil tres-CTAR TACNA y número ciento treinta y dos-dos mil tres-CTAR TACNA, expedidas por el encausado Julio Antonio Alva Centurión denotan el incumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, toda vez que en lugar de dejar sin efecto todo lo actuado e iniciar un nuevo proceso de designación de contratista, indebidamente reinició los trámites validando todo lo actuado en dicho proceso de selección; iv) que la modificación irregular de la modalidad estructural de parte del Comité Especial variando las bases elaboradas para el Proceso de adjudicación de menor cuantía número cero ochenta y nueve-dos mil dos-CTAR TACNA, que inicialmente oferta a precio unitario, lo invirtió a mano alzada; v) concluye que del proceso de construcción se advierte que los metrados finales de la obra ejecutada por el contratista presentados por la supervisión, respecto a las obras de reforzamiento y reparación del pabellón B, que es parte integrante del monto total contratado, se encuentra por debajo de los considerandos en el presupuesto de obra, por lo que valorizados los metrados que no se ejecutaron bajo la modalidad del precio unitario no se habrían pagado conforme aparece en el Informe Técnico número cero uno-dos mil tres-CG-ORAR-CTAR-TACNA, sin embargo, fueron cancelados bajo

la modalidad de suma alzada hasta por la suma de quinientos veintiocho mil ochocientos treinta y cuatro nuevos soles con ochenta y tres céntimos, lo que ha generado un perjuicio económico ascendente a ciento veinticinco mil once nuevos soles con catorce céntimos; por la cual solicita que al no encontrarse la sentencia arreglada a ley, se declare la nulidad de la misma.

SEGUNDO: Que, según la acusación fiscal de fojas mil ciento cuarenta y seis, se tiene como antecedentes que a través de la resolución Ejecutiva Regional número trescientos noventa y siete-dos mil dos-CTAR-TACNA, expedida el veintisiete de diciembre de dos mil dos, para la rehabilitación, reforzamiento estructural y reparación de las instalaciones del Hospital Hipólito Unanue de Tacna, se facultó al Consejo Transitorio de Administración Regional de Tacna, la contratación a través de una "Adjudicación directa de menor cuantía" (cuantía número cero ochenta y nueve-dos mil dos/CTAR-TACNA) por un valor referencial de un millón novecientos ochenta mil nuevos soles, con el propósito de que con fecha diecisiete de setiembre de dos mil dos, se convocara dicho proceso otorgándose la buena pro el doce de diciembre de dos mil dos, a favor de la empresa "Consorcio Ejecutores y Consultores"; sin embargo, al no haberse presentado para la suscripción del contrato se notificó al segundo postor el encausado Alberto Enrique Del Castillo Paredes con quien finalmente el representante del Gobierno Regional de Tacna suscribió el Contrato de Obra número treinta y seis-dos mil dos-CTAR-TACNA de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil dos; siendo así, la empresa excluida, realizó su reclamo recurriendo a las instancias administrativas respectivas, por lo que con fecha veintisiete de febrero de dos mil tres, el Tribunal de Contrataciones y Adjudicación del Estado a través de la Resolución número doscientos veinte /TC.S (Consucode) declaró Nulo el proceso de adjudicación de menor cuantía número cero ochenta y nueve-dos mil dos/CTAR-TACNA, disponiendo que la entidad adopte, bajo su responsabilidad, las medidas a la que se refiere el artículo ciento cinco de Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Que estando a los antecedentes indicados, se imputa a los procesados Francisco Roberto Zúñiga Iriarte (Gerente General Regional), Juan Francisco Retamozo Villafuerte (Gerente Regional de Asesoría Legal Jurídica) el delito de peculado, por cuanto no obstante de haber visado la Resolución Ejecutiva Regional número ciento treinta y dos-A-dos mil tres-G.R.TACNA señalando que las bases del proceso deben adecuarse estricta y únicamente para consignar el nombre, nueva fecha y plazo, suscribieron el contrato de Ejecución de Obra número cero cero uno, variando el sistema de contratación de la obra de precio unitario a suma

alzada, sin que haya justificación y menos aprobación e incluyendo presiones ajenas a la verdad, generando que la Entidad se vea afectada con ciento veinticinco mil once nuevos soles con catorce céntimos, corroborada con el informe técnico que tiene carácter de prueba preconstituida que obra a fojas ciento seis; asimismo, se incrimina a los encausados Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez, en su calidad de miembros del Comité Especial el haber modificado sin ninguna justificación el sistema de contratación, contrariamente a lo dispuesto por la resolución Ejecutiva Regional número ciento treinta y dos-A-dos mil tres-G.R.TACNA, generando así que la agraviada sea afectada por la suma en mención. Por otro lado, se imputa a los procesados Francisco Roberto Zúñiga Iriarte (Gerente General Regional), Juan Francisco Retamozo Villafuerte (Gerente Regional de Asesoría Legal Jurídica), Jesús Arnold Berríos Chalco (Presidente del Comité Especial), Fermín Javier Tejada, Alfredo Andrés Casanova Vélez (miembros del Comité) y Julio Antonio Alva Centurión (Presidente Regional de Tacna) como autores del delito de colusión desleal, el haberse coludido con el procesado Alberto Enrique Del Castillo Paredes (contratista) como cómplice primario para favorecerlo en la Adquisición de menor cuantía número cero ochenta y nueve - dos mil dos / CTAR-TACNA, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido, puesto que a pesar que ese postor obtuvo el segundo lugar en el proceso de selección y aún no había vencido el plazo otorgado al ganador de la buena pro (Consorcio Ejecutores y Consultores) para la suscripción del contrato de Ejecución de Obra número treinta y seis-dos mil dos-CTAR-TACNA, indebidamente celebraron el contrato con el segundo postor, el treinta y uno de diciembre de dos mil dos, por el monto de ochocientos mil novecientos noventa nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos, con precios a setiembre de dos mil dos y un plazo de ejecución de ochenta y cinco días calendarios entregándole a dicho contratista un adelanto de ciento treinta y seis mil ciento setenta y seis nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos. Por último, se imputa al encausado Julio Antonio Alva Centurión, el delito abuso de autoridad en su modalidad de incumplimiento de funciones, por cuanto en su condición de Presidente Regional de la Región Tacna, incumplió con lo dispuesto por el Tribunal de Consucode, consignado en la Resolución número doscientos veinte-dos mil tres-TC.S de fecha veintisiete de febrero de dos mil tres, que declaró nulo el proceso de adjudicación y que la entidad adopte las medidas conforme al artículo ciento cinco del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; emitiendo dicho procesado un pronunciamiento contrario a dicha resolución del Tribunal de Consucode.

TERCERO: 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 creación 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, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, 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, lógica-jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso.

CUARTO: En el presente caso, se imputa a los encausados, el delito de peculado –regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal–, que establece que el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos; así como, el delito de colusión, regulado en el artículo trescientos ochenta y cuatro de Código Penal, que sostiene: El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años; y, por último el delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que establece: "el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto a cargo (...)", es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los

verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien.

QUINTO: Respecto a los delitos de peculado y colusión, el señor Fiscal imputa a los procesados Francisco Roberto Zúñiga Iriarte (Gerente General Regional), Juan Francisco Retamozo Villafuerte (Gerente Regional de Asesoría Legal Jurídica), haber realizado actos no permitidos por la ley para así apropiarse y beneficiarse con los caudales del Estado, por cuanto al haber visado la Resolución Ejecutiva Regional número ciento treinta y dos-A-dos mil tres-G.R.TACNA respecto a que las bases del proceso deben adecuarse estricta y únicamente para consignar el nombre, nueva fecha y plazo, suscribieron el Contrato de ejecución de obra número cero cero uno, variando el sistema de contratación de la obra de precio unitario a suma alzada, sin que existiera justificación ni aprobación, generando que la Entidad se vea afectada con ciento veinticinco mil once nuevos soles con catorce céntimos, corroborado ello con el informe técnico de fojas ciento seis; asimismo, incrimina a los encausados Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez, en su calidad de miembros del Comité Especial el haber modificado sin ninguna justificación el sistema de contratación, contrariamente a lo dispuesto por la Resolución Ejecutiva Regional número ciento treinta y dos-A-dos mil tres-G.R.TACNA.

SEXTO: Sin embargo, del análisis de las pruebas actuadas, se tiene como antecedente que en el año dos mil dos, se emitió (por otra gestión ajena a los procesados) la Resolución Ejecutiva Regional número cuatrocientos cuarenta y tres-dos mil dos-CTAR-TACNA, con fecha dieciséis de setiembre de dos mil dos de fojas ciento veinticinco, en la que se aprueba la elaboración del referido proyecto de rehabilitación, reforzamiento estructural y reparación de las instalaciones del pabellón B del Hospital Hipólito Unanue de Tacna; fijándose el precio y el proceso de adjudicación directa a precio unitario, considerando para dicha obra el presupuesto referencial total de ochocientos ochenta y nueve mil ochocientos ochenta nuevos soles con cincuenta céntimos, precio al treinta y uno de agosto de dos mil dos; llevando a cabo por tanto el proceso de adjudicación, y como consecuencia de ello se firmó el Contrato número treinta y seis-dos mil dos/CTAR-TACNA de fojas ciento ochenta, efectuado por el representante del Gobierno Regional Víctor Liendo Calizaya y Alberto Enrique Del Castillo Paredes, de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil dos (contratación en la cual se advierte que ninguno de los procesados ha participado por ser de

diferente gestión), es de señalar que en este proceso, el representante de la empresa "Consorcio Ejecutores y Consultores" ante algunas irregularidades mostradas, presentó su apelación ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la misma que con fecha veintisiete de febrero de dos mil tres, emitió la Resolución número doscientos veinte-dos mil tres-TC-S uno, de fecha veintisiete de febrero de dos mil tres, que obra a fojas ciento diez, declarando Nulo el Proceso de adjudicación de menor cuantía número cero ochenta y nueve - dos mil dos/CTAR-TACNA, disponiendo que la entidad adopte, bajo su responsabilidad, las medidas a la que se refiere el artículo ciento cinco del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es de señalar que dicho artículo precisa lo siguiente: "de producirse los supuestos señalados en los artículos diecinueve y treinta y dos de la Ley, que determinen la necesidad de efectuar proceso de adjudicación de menor cuantía, la Entidad hará las adquisiciones o contrataciones mediante acciones inmediatas sobre la base de la obtención, por cualquier medio de comunicación que cumpla los requisitos establecidos en las Bases, con autorización expresa del Titular del pliego o de la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda", aunado a ello, el artículo diecinueve establece ciertas exoneraciones entre ellas cuando se trata de situación de emergencia o urgencia.

SÉTIMO: De lo anteriormente anotado se aprecia que lo declarado por el referido Tribunal - Consucode, fue cumplido mediante Resolución número ciento veinte-dos mil tres-G.R- ACNA de fojas ciento dieciséis, los procesados Francisco Roberto Zúñiga Iriarte (Gerente General Regional) y Juan Francisco Retamozo Villafuerte (Gerente Regional de Asesoría Legal Jurídica), dispusieron se dé cumplimento a dicha resolución; por ello, se emitió la Resolución número ciento veintiuno-dos mil tres-G.R.TACNA de fecha seis de marzo de dos mil tres de fojas ciento diecinueve, designándose un Comité Especial conformado por Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova; y, la Resolución número ciento veintitrés-A-dos mil tres-G.R.TACNA de fecha diez de marzo de dos mil tres de fojas ciento veintidós, que dispuso adecuar el proceso de adjudicación conforme a lo dispuesto por Consucode; siendo así, el referido Comité Especial, dentro de sus facultades realizó un nuevo proceso de adjudicación, con las respectivas bases, tal como se aprecia a fojas ciento treinta y cinco; llevándose a cabo el referido proceso; que, es de agregar, que dicho Comité estableció que dicho proceso debería realizarse como uno de suma alzada, ya que, si se efectuaba como proceso de precio unitario, el precio a la fecha (marzo de dos mil tres) variarían el

presupuesto designado en agosto de dos mil dos, –conforme se aprecia en la Resolución Ejecutiva Regional número cuatrocientos cuarenta y tres-dos mil dos-CTAR-TACNA de fojas ciento veinticinco, que se fija el precio y el tipo de proceso siendo este uno de adjudicación directa a precio unitario, con un presupuesto referencial de ochocientos ochenta y nueve mil ochocientos ochenta nuevos soles con cincuenta céntimos, precio al treinta y uno de agosto de dos mil dos–; por lo cual resultaría más beneficioso para la Entidad agraviada, es así que dentro de sus facultades, dispusieron que dicho proceso de adjudicación sea mediante el rubro de suma alzada, es de indicar que dicho pronunciamiento por parte del Comité Especial, no contraviene lo resuelto por el Tribunal de Consucode por cuanto dicha Institución no estableció la modalidad en la que debería llevarse a cabo dicha adjudicación, por el contrario solo hace referencia a que esta debe cumplir los lineamientos legales ya mencionados.

OCTAVO: Siendo así, el referido Comité Especial cumpliendo con lo dispuesto por el Tribunal de Consucode, realizó el proceso de adjudicación directa en la forma de suma alzada, ello con las indicaciones referidas en el Expediente Técnico de fojas cuatrocientos once, donde se considera que el monto pagado por la obra de rehabilitación, reforzamiento estructural y reparación de las instalaciones del pabellón B del Hospital Hipólito Unanue de Tacna, es de ochocientos mil ochocientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos; realizando la apertura de sobre conforme se aprecia en el Acta número cero cero uno - dos mil tres, Comité Especial Adjudicación de Menor Cuantía a fojas seiscientos setenta y cuatro, efectuada el doce de marzo de dos mil tres; donde se abrió dicho sobre en presencia de los miembros del Comité Especial por Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez, otorgándole la buena pro al procesado Alberto Enrique Del Castillo Paredes, ya que, cumplió con la propuesta económica y técnica, consignadas en el referido expediente técnico; y como consecuencia se firmó el Contrato de Ejecución de Obra número cero cero uno, de fecha catorce de marzo de dos mil tres de fojas ciento cuarenta y nueve, firmado por Alberto Enrique Del Castillo Paredes y Francisco Roberto Zúñiga Iriarte, por el monto de ochocientos mil ochocientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos. Situación por la cual este Supremo Tribunal considera que al no haberse configurado el delito de peculado –en relación al apropiado o utilizado los caudales del Estado para beneficiarse económicamente– imputado a los procesados, este extremo de la sentencia se encuentra arreglada a ley,

NOVENO: Por último, con estos mismos lineamientos, es de referir que no se evidencian medios de prueba que acrediten responsabilidad penal a los procesados Francisco Roberto Zúñiga Iriarte, Juan Francisco Retamozo Villafuerte, Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez, por el delito de colusión desleal, ya que, si bien la acusación fiscal sostiene que estos han incurrido en este delito, sin embargo, los materiales de prueba de cargo presentado por el defensor de la legalidad no son suficientes, esto por cuanto con los mismos elementos probatorios para demostrar el delito de peculado trata de sostener el delito en mención, situación por la cual este Supremo Tribunal considera que lo resuelto por la Sala Penal en este extremo se encuentra arreglado a ley, debiendo por tanto desestimarse la pretensión del recurrente.

DÉCIMO: Respecto al delito de abuso de autoridad en su modalidad de incumplimiento de funciones, imputado al procesado Julio Antonio Alva Centurión, por cuanto este no cumplió con lo dispuesto por el Tribunal de Consucode –que declaró Nulo el proceso de adjudicación de menor cuantía número cero ochenta y nueve-dos mil dos/CTAR-TACNA–; es de indicar, que de autos se aprecia todo lo contrario, por cuanto obra la Resolución Ejecutiva Regional número ciento veinte-dos mil tres-G.R-TACNA de fojas ciento dieciséis, que resuelve dar cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal de Contratación y Adjudicación del Estado-Consucode, en toda su extensión, disponiéndose que en un nuevo proceso de adjudicación se cumpla con lo regulado en el artículo ciento cinco del Reglamento de Contratación y Adjudicación del Estado y se adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de la Resolución número doscientos veinte-dos mil tres-TC-S uno. Se aprecia además que dicha Resolución Ejecutiva Regional se encuentra autorizada por el encausado Julio Antonio Alva Centurión en su condición de Presidente Regional de Tacna. Situación por la cual, en este caso se aprecia que el procesado sí dio cumplimento a lo consignado en la Resolución del referido Tribunal revisor, por tanto es de considerarse que al no cumplirse con los requisitos de tipicidad del referido delito, dicho extremo absolutorio se encuentra arreglado a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil diez de fojas mil cuatrocientos setenta y cinco, que absolvió de la acusación fiscal a: i) Francisco Roberto

Zúñiga Iriarte, Juan Francisco Retamozo Villafuerte, Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada y Alfredo Andrés Casanova Vélez (y no como erróneamente se consignó en la recurrida) por el delito contra la Administración Pública - peculado doloso en agravio del Estado - Gobierno Regional de Tacna; ii) Julio Antonio Alva Centurión por el delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión, rehusamiento o demora en actos funcionales en agravio del Estado; y iii) Francisco Roberto Zúñiga Iriarte, Juan Francisco Retamozo Villafuerte, Jesús Arnold Berríos Chalco, Fermín Javier Tejada, Alfredo Andrés Casanova Vélez y Julio Antonio Alva Centurión (autores) y a Alberto Enrique Del Castillo Paredes (cómplice primario) por el delito contra la Administración Pública - colusión en agravio del Estado - Gobierno Regional de Tacna, con lo demás que al respecto contiene y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Morales Parraguez y Villa Bonilla por vacaciones y licencia de los señores Jueces Supremos Salas Arenas y Neyra Flores, respectivamente.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUEZ

002 Abuso de autoridad y aprovechamiento indebido del cargo: Prescripción de la acción penal

Debe precisarse que estando al sustento fáctico de la acusación fiscal respecto a los delitos contra la Administración Pública - abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales y contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo, imputados a los encausados, estos constituyen un concurso ideal de delitos, conforme a lo previsto en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal; por tanto, atendiendo a que en el presente caso el delito más grave (aprovechamiento indebido de cargo) se encuentra sancionado con una pena no mayor de cinco años de pena privativa de la libertad, debe transcurrir siete años y seis meses para que opere el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, lo cual no acontece hasta la fecha; siendo esto así, la decisión judicial en la sentencia recurrida de declarar fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal respecto al delito contra la Administración Pública –abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales– no se encuentra arreglada a ley.

Recurso de Nulidad Nº 4268-2008-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 29 de enero de 2010

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los representantes de la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República y por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Piura contra la sentencia de fecha diez de julio de dos mil ocho, obrante a fojas cuatrocientos veintisiete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la representante de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la

Contraloría General de la República al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y tres, alega que en autos se encuentra acreditado que los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariella Jesús Frías Seminario, en sus condiciones de funcionarios públicos, actuaron guiados por el interés ilegal de favorecer a la empresa "Bloquetera Imperial Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" en el proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos-dos mil tres/MDLB, denominado "Implementación de Fábrica Bloquetera", para cuyo fin se habría incurrido en una serie de irregularidades detalladas en el informe especial realizado por su representada. De igual forma, el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Piura, al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y tres, alega que en autos existen suficientes elementos probatorios que acreditan la comisión de los delitos investigados y la responsabilidad penal de los encausados en los mismos; precisa que la sentencia recurrida indebidamente sustrae del proceso penal a los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariella Jesús Frías Seminario por los delitos materia de investigación, con lo cual se genera impunidad y ocasiona un perjuicio económico irreparable al Estado; indica finalmente, que en el presente caso nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, resultando aplicable el artículo ochenta del Código Penal, que establece que el plazo de prescripción de la acción penal opera cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, así como que en 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. **SEGUNDO**: Que, de autos se advierte, que el presente proceso penal tiene su origen en el Informe Especial número cero once-dos mil seis-CG/ORPI de la Contraloría General de la República, obrante a fojas dieciocho, referente a la acción de control realizada en la Municipalidad Distrital de La Brea - Negritos - Talara en el periodo comprendido entre enero y diciembre de dos mil tres, del cual se advierte lo siguiente: i) Que, en el mes de setiembre de dos mil tres, la Municipalidad Distrital de La Brea - Negritos, llevó a cabo el Proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos-dos mil tres/MDLB, denominado "Implementación de Fábrica Bloquetera", correspondiente a la adquisición de dos máquinas bloqueteras, tres maquinas compactadoras, una mezcladora en seco y un nivel automático; ii) Que, dicho proceso de adjudicación estuvo a cargo de un Comité Especial designado mediante Resolución de Alcaldía número doscientos treinta y uno-dos mil tres-MDLB de fecha doce de setiembre de dos

mil tres, obrante a fojas treinta y cuatro, presidido por el denunciado Floro Rumiche Chunga e integrada por las encausadas Mariella Jesús Frías Seminario y Ericka Juliana Mogollón Zurita; iii) Que, el expediente técnico y las bases administrativas respectivas, habían sido aprobadas mediante Resolución de Alcaldía número doscientos nueve-dos mil tres-MDLB, de fecha veintidós de agosto de dos mil tres, habiendo participado como empresas postoras "Bloquetera Americana", "Bloquetera Imperial Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" y "Tornería y Matricería Banda", otorgándosele la buena pro a la empresa "Bloquetera Imperial Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", el quince de setiembre de dos mil tres, suscribiéndose el contrato respectivo el día veinticinco del citado mes y año, por un monto de setenta mil cien nuevos soles; iv) Que, se detectó en el referido proceso de adjudicación una serie de irregularidades, como lo son, la omisión de cursar invitaciones a por lo menos tres postores, la tramitación de las propuestas fuera de los plazos establecidos, la presentación por parte de los postores de documentación fraguada, no haberse aplicado en contra de la empresa ganadora de la buena pro, la penalidad de mora por no haber entregado los equipos en la fecha pactada en el contrato (incumplimiento), así como no haberse procedido a la resolución del aludido contrato por dicho motivo; haberse efectuado un pago a la empresa de transportes "María Elena Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" por concepto de movilidad de la maquinaria adquirida, pese a que el contrato indicaba que el costo de dicho transporte estaba a cargo del proveedor, cancelándose el importe de mil ciento noventa nuevos soles que luego fueron deducidos del importe contractual. **TERCERO:** Que, según denuncia obrante a fojas ciento noventa y ocho-A, las irregularidades reseñadas en el proceso de adquisición materia de investigación le son atribuidas a Floro Rumiche Chunga (Gerente Municipal), Ericka Juliana Mogollón Zurita (Contadora) y Mariella Jesús Frías Seminario (encargada de Logística) de la Municipalidad Distrital de La Brea - Negritos, en sus condiciones de miembros del Comité Especial Permanente, los cuales por ser funcionarios públicos tenían deberes y obligaciones para con el Estado, por tanto, debieron salvaguardar los intereses y valores inherentes a la administración pública, sin embargo, actuaron en forma dolosa, aprovechándose indebidamente del cargo que ostentaban, infringiendo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su respectivo reglamento; precisándose en la acusación fiscal escrita, obrante a fojas trescientos treinta y uno, que los aludidos encausados en su condición de integrantes de la Comisión Especial de Adjudicación, estaban obligados a cumplir las normas establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

Estado y su respectivo reglamento, no siendo excusa exculpatoria el desconocimiento de las normas, debido a que al conformar la Comisión mencionada asumieron responsabilidades, encuadrándose dicha conducta en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, delito contra la Administración Pública –abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales–, que establece que: "El funcionario público que, ilegítimamente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)": de igual forma, se precisa que se les imputa a los referidos encausados haber omitido la aplicación de la penalidad de mora contra la empresa ganadora de la buena pro, debido a la demora de entrega de las maquinarias sin justificación valedera encuadrándose esta conducta en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal vigente –delito contra la Administración Pública– corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo, 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 (...)".
CUARTO: Que, revisada la sentencia recurrida se advierte que el sustento para absolver a los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariela Jesús Frías Seminario de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo–, consistió en haber precisado que el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –que es materia de acusación fiscal– fue modificado por el artículo uno de la Ley veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco de fecha seis de octubre de dos mil cuatro, cuyo texto original aplicable para el presente caso, estando a que los hechos ocurrieron en el mes de setiembre de dos mil tres, establecía que: "El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones (...) si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones sin faltar a sus obligaciones (...)"; indicándose que la citada norma establecía una acción dolosa unilateral en la conducta del agente que se orientaba a pretender corromper a un funcionario o servidor público, precisándose que se trata de un delito que puede ser cometido tanto por un particular como por otro funcionario público, en donde el sujeto activo trata de corromper con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase a otro funcionario o servidor público para que haga u omita

algo en violación de sus obligaciones o en un acto de sus funciones sin faltar a sus obligaciones; sin embargo, dichos presupuestos no se presentan en el caso investigado, dado que lo que se cuestiona es la participación simultánea de los encausados como funcionarios o servidores públicos y como parte interesada en el proceso de adjudicación de "Implementación de Fábrica Bloquetera". **QUINTO:** Que, si bien es cierto atendiendo al aspecto temporal de los hechos investigados, debe tenerse en cuenta para el presente caso, el texto original del tipo penal del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo (antes de su modificatoria por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro)–; también lo es que este no resulta ser el que se señala en la sentencia recurrida (texto original del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal) que estuvo referido al delito de corrupción activa de funcionario; sino el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, delito de aprovechamiento indebido de cargo (antes de su modificatoria por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, de fecha seis de octubre de dos mil cuatro), cuya descripción típica preveía 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años"; que siendo esto así, se advierte que el Colegiado Penal Superior a efectos de sustentar el extremo absolutorio de la sentencia recurrida utilizó o aplicó un tipo penal que no es materia de acusación fiscal (corrupción activa de funcionario), por tanto, resulta aplicable en este extremo la segunda parte del inciso tercero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. **SEXTO:** Que, de otro lado, debe precisarse que estando al sustento fáctico de la acusación fiscal respecto a los delitos contra la Administración Pública –abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales y contra la Administración Pública– corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo, imputados a los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariella Jesús Frías Seminario, estos constituyen un concurso ideal de delitos, conforme a lo previsto en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal; por tanto, atendiendo a que en el presente caso el delito más grave (aprovechamiento indebido de cargo) se encuentra sancionado con una pena no mayor de cinco años de pena privativa de la libertad, debe transcurrir siete años y seis meses para que opere el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, lo

cual no acontece hasta la fecha debido a que los hechos investigados datan del mes de setiembre de dos mil tres; siendo esto así, la decisión judicial en la sentencia recurrida de declarar fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal respecto al delito contra la Administración Pública –abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales– no se encuentra arreglada a ley. **SÉTIMO:** Que, por tanto, resulta necesario en el presente caso, que se emita un nuevo pronunciamiento por parte de otro Colegiado Penal Superior, en donde además en el nuevo juicio oral se deberá disponer la concurrencia obligatoria de los peritos suscriptores del Informe Especial número cero once-dos mil seis-CG/ORPI de la Contraloría General de la República que dio origen al presente proceso penal. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diez de julio de dos mil ocho, obrante a fojas cuatrocientos veintisiete, en el extremo que declaró fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal a favor de los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariella Jesús Frías Seminario, por el delito de abuso de autoridad –en la modalidad de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales–, en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Negritos; y reformándola declararon infundado dicho medio técnico de defensa en el referido extremo; **NULA** la misma sentencia en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a los encausados Floro Rumiche Chunga, Ericka Juliana Mogollón Zurita y Mariella Jesús Frías Seminario (y no Mariela Jesús Farías Seminario como erróneamente se ha consignado en la sentencia recurrida), por el delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios, en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Negritos; **MANDARON** que se emita nuevo pronunciamiento de fondo en el presente caso previa realización de un nuevo juicio oral por parte de otro Colegiado Penal Superior, quienes deberán disponer la concurrencia obligatoria de los peritos suscriptores del Informe Especial número cero once-dos mil seis-CG/ORPI, emitido por la Contraloría General de la República, que dio origen al presente proceso penal; y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

CAPÍTULO II
CONCUSIÓN

El delito de concusión está tipificado en el artículo 382 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

> ***Artículo 382.-*** *El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.*

003 Concusión: Tipicidad

Este tipo penal se configura cuando el funcionario o servidor público, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un beneficio patrimonial. El comportamiento del agente se da cuando este hace un mal uso del cargo público ejerciendo violencia o convencimiento sobre la víctima, quien es forzada en su voluntad a acceder a las ilegítimas pretensiones del autor, es decir, cuando la exigencia del beneficio patrimonial ha sido hecha sin causa justificada o debida, convirtiéndola en abusiva.

Recurso de Nulidad Nº 3151-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 11 de julio de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados doña Carolina Estefanía Baquerizo Aliaga, doña Asunto Victoria Terán Reátegui y don Alen Jiménez Zapata; con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas;

1. DECISIÓN CUESTIONADA:

Lo es la sentencia de cuatro de julio de dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante en los folios cinco mil ciento uno a cinco mil ciento diecinueve, que condenó a doña Carolina Estefanía Baquerizo Aliaga y don Alen Jiménez Zapata, como autores del delito contra la administración pública, en el tipo de tráfico de influencias, en agravio del Estado, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, y la suma de ocho mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del agraviado; condenó a doña Asunta Victoria Terán Reátegui, como autora del delito contra la administración pública, en el tipo de concusión, en agravio del Estado y de doña Liliana López López, don Carlos Miguel Martín Ghersi Ghersi, don Raúl Antonio Granda Arroyo y don Percy Edilberto Franco

Larrivieri, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el plazo de tres años; y fijó en dos mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado y mil nuevos soles por el mismo concepto a favor de cada uno de los agraviados López López, Ghersi Ghersi, Granda Río y Franco Larrivieri; e inhabilitación a los tres condenados por el término de tres años.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

2.1. La acusada Baquerizo Aliaga manifiesta su disconformidad con la sentencia condenatoria, la misma que en la parte considerativa correspondiente a los fundamentos jurídicos treinta y seis, treinta y siete y treinta y ocho, al valorarse los medios probatorios, se desvirtúa toda responsabilidad penal de la recurrente, quien es abogada y fue dirigente del partido político "Perú Posible" en el lapso dos mil - dos mil cuatro, sin embargo de manera incongruente dictaron fallo condenatorio; asimismo, la recurrente no conoce ni conocía al entonces Ministro de Trabajo don Carlos Alberto Almerí Veramendi, conforme este lo ha confirmado, cuya influencia presuntamente se invocaba; y que las únicas pruebas de cargo en su contra constituyen las testimoniales de doña Eleodora Miguel Rodríguez y don Enrique Cabello Gutarra, así como el video del reportaje denominado "El negocio de la sobrinísima" propalado en un programa televisivo, los cuales no han sido corroboradas con otras pruebas; por lo que ante la insuficiencia probatoria, procede su absolución.

2.2. Por su parte, la acusada Terán Reátegui sostiene haber sido condenada con evidente vulneración de los principios de legalidad, de motivación suficiente, e insuficiencia probatoria; además por un hecho atípico y extrapenal, no habiéndose acreditado el delito de concusión ni la responsabilidad de la impugnante, ya que se le ha condenado por el solo hecho de haber colaborado conjuntamente con algunos compañeros de trabajo con un aporte económico en forma libre y voluntaria para la candidatura electoral al Congreso de la República de don Marco Antonio Almerí Estrada, no habiéndose perjudicado los intereses del Estado ni de los colaboradores, razones por las cuales pretende su absolución.

2.3. Al fundamentar su recurso de nulidad el encausado Jiménez Zapata niega las imputaciones en su contra, en tanto que en la época de los hechos en su condición de biólogo de profesión laboraba en la institución estatal

Pro Abonos del Ministerio de Agricultura, de lunes a sábado hasta las veintiún horas, conforme lo ha sostenido en sus distintas declaraciones, lo cual contradice la testimonial de don Enrique Cabello Gutarra en el sentido que el deponente se encontraba con él en sitios públicos, como el Ministerio de Trabajo, no obrando prueba que corrobore esos dichos. Asimismo refiere no conocer al entonces Ministro de Trabajo don Carlos Alberto Almerí Veramendi, de quien presuntamente el recurrente invocó tener influencias, sindicación que fue desvirtuada por el mencionado al testimoniar que no conoce al impugnante; y las únicas pruebas en su contra resultan las testimoniales de doña Eleodora Miguel Rodríguez y don Enrique Cabello Gutarra, que no han sido corroborados con otras pruebas; asimismo, con relación a la testigo doña Miguel Rodríguez, en el sentido que le entregó su currículum vítae y dinero, no ha sido probado, pues aquella tenía más de sesenta y cinco años de edad sin profesión alguna y no cumplía con el perfil profesional para ingresar a laborar en el sector público; fundamentos por los cuales pretende ser absuelto de los cargos incriminados.

3. SÍNTESIS DEL *FACTUM:*

3.1. Se imputa a doña Asunta Victoria Terán Reátegui el delito contra la administración pública, en el tipo de concusión, toda vez que en su calidad de ex funcionaria del Programa Laboral "Pro Joven" del distrito de Comas y Carabayllo dependiente del Ministerio de Trabajo, en el mes de enero de dos mil seis, abusando de su cargo indujo a varias personas, entre ellas a doña Liliana López López, don Carlos Miguel Ghersi Ghersi y don Percy Edilberto Franco Larrivieri, a entregarle sumas de dinero a efecto de favorecer la campaña proselitista de su jefe el sentenciado Marco Antonio Almerí Estrada (hermano del ex Ministro de Trabajo), quien postulaba para congresista de la República en las elecciones de dos mil seis.

3.2. Asimismo, el señor Fiscal Superior, acusa a don Alen Jiménez Zapata y doña Carolina Estefanía Baquerizo Aliaga, el delito contra la administración pública, en el tipo de tráfico de influencias, toda vez que en su condición de militantes del partido político "Perú Posible", durante los primeros meses del año dos mil seis, invocando ciertas influencias y aprovechando la relación amical partidaria con doña Angie Karla Mezarina Almerí, hermana materna del sentenciado don Marco Antonio Almerí Estrada y del propio ex Ministro de Trabajo don Carlos Alberto Almerí Veramendi, ofrecieron puestos de trabajo a personas allegadas al citado partido político,

para cuyo efecto solicitaron entrega de dinero a distintas personas, entre ellas a doña Eleodora Miguel Rodríguez, la suma de quinientos nuevos soles y a don Enrique Alfonso Cabello Gutarra la suma de mil ochocientos nuevos soles a cambio de ubicarlos en un puesto de trabajo en el Ministerio en el Programa "Projoven"; siendo que tales hechos fueron revelados en el programa periodístico televisivo *Cuarto Poder* el veintiséis de marzo de dos mil seis, bajo el título "El negocio de la sobrinísima".

4. DICTAMEN DEL SEÑOR FISCAL SUPREMO:

En el dictamen que obra en los folios cincuenta y tres a sesenta y nueve, del cuaderno formado en esta Instancia Suprema, opina porque se declare no haber nulidad en la sentencia en los extremos recurridos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS TEMPORAL DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

Conforme se verifica del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento veinte a cinco mil ciento veintidós, consultados que fueron los encausados respecto del fallo, a su turno, manifestaron su disconformidad e interpusieron recurso de nulidad en dicho acto, cumpliendo con fundamentar Baquerizo Aliaga mediante escrito de dieciocho de julio de dos mil once que obra en los folios cinco mil ciento veinticuatro a cinco mil ciento veintisiete; la acusada Terán Reátegui mediante escrito de la misma fecha, que corre en los folios cinco mil ciento veintiocho a cinco mil ciento treinta y siete; y el acusado Jiménez Zapata mediante escrito que obra en los folios cinco mil ciento treinta y ocho a cinco mil ciento cuarenta y tres; los que fueron presentados dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que se encuentra la Sala Suprema habilitada para emitir pronunciamiento de fondo.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal, los hechos materia del presente proceso ocurrieron en los primeros meses del año dos mil seis y considerando la pena conminada para los delitos previstos en los artículos trescientos ochenta

y dos y cuatrocientos del Código Penal y en atención a lo previsto en los artículos ochenta y ochenta y tres último párrafo del precitado Código a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

3.1. El artículo once punto uno de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público con las garantías necesarias para su defensa".

3.2. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

3.3. El artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales determina la libertad del juzgador de apreciar todas las pruebas con criterio de conciencia.

3.4. El artículo doscientos ochenta y cinco del precitado Código señala que la sentencia condenatoria deberá contener la designación precisa del delincuente, la exposición del hecho delictuoso, la apreciación de las declaraciones de los testigos o de las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo (...).

CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

4.1. Sobre el delito de concusión:

4.1.1. Este tipo penal se configura cuando el funcionario o servidor público, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un beneficio patrimonial. El comportamiento del agente se da cuando este hace un mal uso del cargo público ejerciendo violencia o convencimiento sobre la víctima, quien es forzada en su voluntad a acceder a las ilegítimas pretensiones del autor, es decir, cuando la exigencia del beneficio patrimonial ha sido hecha sin causa justificada o debida, convirtiéndola en abusivo.

4.1.2. En el caso de autos la acusada Terán Reátegui durante la secuela del proceso y en su recurso de nulidad admite haber requerido y recibido dinero de los agraviados ya nombrados, siendo entonces materia de análisis las circunstancias que estos hechos se produjeron.

4.1.3. En ese sentido, se ha establecido que la citada procesada en los primeros meses del año dos mil seis ostentaba el cargo de Jefa del área de comunicaciones del programa "Projoven", dependencia del Ministerio de Trabajo, así como de asesora principal del candidato al Congreso de la República, el sentenciado don Marco Almerí Estrada, hermano del entonces titular de la cartera de trabajo, y como tal, tenía a su cargo personal administrativo subordinado, manteniendo relación directa con los funcionarios y servidores de otras áreas.

4.1.4. Dentro de este marco, la agraviada doña Liliana López López fue contratada como auxiliar de comunicaciones, laborando como subordinada de la procesada Terán Reátegui desde el mes de diciembre de dos mil cinco hasta agosto de dos mil seis, precisándose que fue contactada directamente por la citada acusada, por motivos de amistad, a efecto que labore en tal institución. En tales circunstancias, la acusada, valiéndose de su superioridad jerárquica, así como el hecho de haberla contactado y logrado que trabaje en dicha institución, le solicitó indebidamente dinero a la mencionada trabajadora para la campaña electoral del entonces candidato al congreso de la República, don Marco Antonio Almerí Estrada, requerimiento que se concretó en dos oportunidades, conforme se advierte de su manifestación policial que obra en el folio ciento setenta y siete, en la que precisa que dicha entrega de dinero a la acusada se produjo en las oficinas de "Projoven" y a Marco Antonio Almerí Estrada, en el Club Amazonas, ratificada en sede judicial al rendir su preventiva en los folios dos mil seiscientos ochenta y cuatro a dos mil seiscientos ochenta y seis, quien a cambio le ofreció puestos de trabajo.

4.1.5. Dicha conducta también se dio con el agraviado don Carlos Miguel Martín Ghersi Ghersi, quien se desempeñaba en el cargo de responsable de focalización y encargado de la Unidad Técnico Operativo de "Projoven", quien en su manifestación policial de los folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y siete, sostuvo que en el mes de febrero de dos mil seis, la procesada le solicitó mil nuevos soles

con el mismo propósito señalado en el acápite precedente, versión que ratificó en su preventiva de los folios dos mil seiscientos noventa y siete a dos mil setecientos; agregando que había cierta presión al tratarse del hermano del Ministro de Trabajo de ese entonces, del cual dependía el programa "Projoven"; asimismo, señaló que la indicada procesada le señaló que los demás estaban colaborando y que el deponente también "debería colaborar", tornándose una situación incómoda, por la manera insistente en que la procesada exigía esa entrega.

4.1.6. Asimismo en la sesión de audiencia pública de diez de febrero de dos mil once, ratificándose en lo dicho anteriormente, agregó que inclusive lo invitaron a una cena a la que no asistió, donde tenía que pagar entre cien o doscientos nuevos soles, lo que motivó su renuncia en el mes de marzo de dos mil seis. Situación similar ocurrió con el agraviado don Raúl Antonio Granda Arroyo, quien conforme a su manifestación en sede policial en los folios ciento sesenta y nueve a ciento setenta y dos, ratificada a nivel judicial en los folios dos mil setecientos uno a dos mil setecientos tres, refiere que se desempañaba en el cargo de asistente administrativo del Área de Comunicaciones, siendo su jefa la procesada Terán Reátegui, quien en su condición de superior jerárquico, le solicitó la colaboración de setenta dólares americanos.

4.1.7. De lo expuesto se colige que la procesada Terán Reátegui, abusando de su cargo y de la condición de asesora del hermano del titular del Ministerio de Trabajo, del cual dependía el programa "Projoven", donde trabajaban los agraviados, les requería sumas de dinero encontrándose comprometidos por la situación expectante en la que se encontraban, adecuándose la conducta en el tipo penal por el que ha sido posible de condena.

4.2. Sobre el delito de tráfico de influencias:

Este tipo penal, previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal se configura cuando el agente, particular o funcionario público, invocando tener influencias reales o simuladas, recibe o hace prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa de cualquier otra ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

La invocación de la influencia se da cuando el agente convence al interesado, expresamente o mediante actos sutiles, que ostenta una situación de predominio o situación favorable (reales o simuladas), ya sea por amistad o parentesco con relación a los centros de decisión, con la finalidad de dirigir la voluntad del *intraneus* hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado.

4.2.1. En el caso de autos, los hechos se suscitaron dentro de la campaña electoral del año dos mil seis, época que los procesados Baquerizo Aliaga y Jiménez Zapata, ostentaban cargos dirigenciales del partido político "Perú Posible" del distrito de Santa Anita; en tal condición realizaban reuniones partidarias semanales en el domicilio de la primera de las nombradas, donde concurría la testigo doña Eleodora Brígida Miguel Rodríguez.

4.2.2. Sobre el particular, la citada testigo en su declaración de los folios trescientos diecisiete a trescientos diecinueve con la participación del representante del Ministerio Público, luego de visualizar el reportaje televisivo de veintiséis de marzo de dos mil seis en el programa "Cuarto Poder" del canal cuatro, reconoce lo ahí expresado con relación a una conversación que sostuvo con otros afectados en el ofrecimiento de puestos laborales ante el Ministerio de Trabajo, afirmando a nivel preliminar que en el mes de octubre de dos mil cinco, cuando aquella contaba con cincuenta y nueve años de edad y no sesenta y cinco como alega el recurrente Jiménez Zapata, en una reunión sostenida en el inmueble de la procesada Baquerizo Aliaga, aquella ofreció trabajos a unas diez personas en dicha entidad, procediendo a entregar los currículos, los mismos que serían llevados por el procesado Jiménez Zapata, a quien había visto en algunas reuniones del partido, afirmación ratificada en su declaración de los folios dos mil seiscientos ochenta y nueve a dos mil seiscientos noventa y seis.

4.2.3. En ese sentido, se desvirtúa lo alegado por la recurrente Baquerizo Aliaga en su recurso impugnatorio, en el sentido que la agraviada Eleodora Miguel, en ningún momento ha referido que la mencionada procesada le ofreció algún puesto de trabajo; agregando a ello, afirmó la citada testigo que Jiménez Zapata la llamó por teléfono, solicitándole la suma de mil nuevos soles para conseguir-

le un trabajo, citándole por las inmediaciones del Hotel Sheraton, donde le entregó la suma de quinientos nuevos soles, que aceptó de mala voluntad, aduciendo que no le alcanzaba, y que le iba a pasar la voz.

4.2.4. También como prueba de cargo se tiene la testimonial de don Enrique Alfonso Cabello Gutarra, quien en su declaración de folios trescientos veinte a trescientos veintidós, con la participación del representante del Ministerio Público, así como en sede judicial en los folios dos mil seiscientos noventa y tres a dos mil seiscientos noventa y siete señaló que en primera instancia fue la inculpada Baquerizo Aliaga la persona que lo derivó con su coinculpado Jiménez Zapata, quien le pidió dinero a cambio de un puesto de trabajo acorde con su profesión (contador), citándolo a su domicilio, ubicado en el Óvalo de Santa Anita, donde en presencia del deponente, aquella llamó a su coinculpado, con quien se encontró posteriormente en el Jirón de la Unión, entregándole su currículum, refiriéndole que había un puesto de trabajo como auditor en el Ministerio de Trabajo, donde empezaría a laborar en quince días, para lo cual le solicitó la suma de dos mil nuevos soles, dándole únicamente mil nuevos soles y pasado los quince días, el testigo se comunicó con el acusado, contestándole este que tenía que esperar la oportunidad, solicitándole al mismo tiempo la cancelación de la suma restante, por lo que se constituyó al Ministerio de Trabajo y en el piso sexto, le hizo entrega de la suma de ochocientos nuevos soles.

4.2.5. Asimismo, en su relato el citado testigo manifestó, que al no conseguirle el puesto de trabajo Jiménez Zapata, la encausada Baquerizo Aliaga le citó para que concurra al restaurant "El Burrito", sito en la calle Risso de Lince, a fin de que se entreviste con doña Angie Karla Mezarina Almerí, indicándole que era la persona encargada de hacer las coordinaciones para conseguir el trabajo.

4.2.6. En consecuencia, del relato pormenorizado de los testigos se evidencia solidez y coherencia, por lo tanto constituye prueba idónea al no advertirse que las mismas tengan relaciones de odio, resentimiento, enemistad, o interés, antes ni durante sus declaraciones, con relación a cada uno de los encausados, que pueda incidir en una declaración parcializada que genere incredibilidad subjetiva; denotándose por el

contrario de las declaraciones del citado testigo que Jiménez Zapata desplegaba actos sutiles para hacerle creer que tenía influencias o vinculación con funcionarios del Ministerio de Trabajo, aunado a que comentaba expresamente que la inculpada Angie Mezarina era sobrina del entonces Ministro de Trabajo, comportamiento del encausado que convenció que el indicado testigo le entregue el monto restante de ochocientos nuevos soles, consumándose en dicho acto el delito de tráfico de influencias, siendo indiferente el hecho que el agente haya convencido o no al funcionario decisor en el proceso de selección de nombramientos para puestos de trabajo dentro del Ministerio de Trabajo, o inclusive que lo conozca, perteneciendo a la etapa del agotamiento del tipo penal; fundamentos por los cuales se concluye que la sentencia elevada en grado se encuentra ajustada a ley.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

ACORDAMOS:

DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de cuatro de julio de dos mil once, obrante en los folios cinco mil ciento uno a cinco mil ciento diecinueve, que condenó a doña Carolina Estefanía Baquerizo Aliaga y don Alen Jiménez Zapata, como autores del delito contra la administración pública, en el tipo de tráfico de influencias, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, y la suma de ocho mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria a favor del agraviado; condenó a doña Asunta Victoria Terán Reátegui, como autora del delito contra la administración pública, en el tipo de concusión, en agravio del Estado y de doña Liliana López López, don Carlos Miguel Martín Ghersi Ghersi, don Raúl Antonio Granda Arroyo –y no Raúl Enrique Granda Río, como erróneamente se consignó en la sentencia, véase folio ciento sesenta y nueve y dos mil setecientos uno– y don Percy Edilberto Franco Larrivieri, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el plazo de tres años; y fijó en dos mil

nuevos soles, la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado y mil nuevos soles por el mismo concepto, a favor de cada uno de los agraviados López López, Ghersi Ghersi, Granda Arroyo y Franco Larrivieri; e inhabilitación por el término de tres años a los tres condenados; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

004 Concusión: Configuración

Queda acreditado que en el accionar del procesado existió el ánimo de efectuar un cobro indebido a sabiendas que el trámite era gratuito, pues conforme a lo expuesto, fue comisionado mediante Resolución Jefatural N° 229-2004-JEF/RENIEC, que reglamentaba la "Campaña de tramitación y expedición del DNI en forma gratuita para la población indígena y población de zonas rurales y amazónicas en situación de pobreza", no siendo creíble el desconocimiento que aduce por cuanto, conforme reconoció, en anteriores oportunidades realizó la misma actividad en otras zonas.

Recurso de Nulidad Nº 790-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 27 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado Nicolás Quispe Pereira, contra la sentencia condenatoria de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, de fojas ochocientos cuarenta y siete, 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 Nicolás Quispe Pereira al fundamentar su recurso de nulidad de fojas ochocientos sesenta y seis, sostiene lo siguiente: i) que, existe una mala apreciación de los hechos y valoración de las pruebas que obran en el expediente por cuanto no se ha acreditado el delito de concusión que se le imputa, además de no tener la calidad de funcionario o servidor público; ii) que, en su condición de Terminalista del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, no ha abusado de su cargo realizando cobros indebidos a los usuarios del Reniec para obtener un provecho patrimonial a su favor, que en todo caso su conducta involuntaria se encontraría inmersa en una sanción de carácter administrativa y no de contenido penal, por lo que solicita la absolución de los cargos formulados. **SEGUNDO**: Que, conforme a la acusación fiscal de fojas quinientos noventa y siete se atribuye a Nicolás Quispe Pereira en su condición de Terminalista - Registrador del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) de Andahuaylas, haber realizado el cobro –indebido– de veintidós nuevos soles a diversos ciudadanos

en sus trámites pendientes de obtención del documento nacional de identidad a pesar de que el procedimiento de obtención era gratuito, hecho ocurrido en el mes de setiembre de dos mil cuatro, en circunstancias que fue comisionado al Distrito de San Antonio de Cachi. **TERCERO:** 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 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). **CUARTO:** Que, la conducta atribuida al encausado Nicolás Quispe Pereira, de acuerdo a la tesis fiscal, se subsume en la hipótesis normativa descrita en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, concordante con el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Asimismo, de acuerdo al inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, la condición de funcionario o servidor público incluye al vínculo de particulares contratados –bajo cualquier naturaleza, es decir, contratación en base al régimen privado o al sistema laboral público– por la administración pública, siempre que se refiera a personas que prestan sus servicios técnicos o profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales –en sentido amplio– y cuyas contribuciones llegan a constituir función pública. Que, en el caso del encausado tenía la condición de Terminalista en la agencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la ciudad de Andahuaylas, y era el encargado de realizar actividades de administración pública en general, conforme a los contratos de locación de servicios que obran en autos a fojas cincuenta y uno y trescientos noventa y seis, siendo en dicha

condición que fue comisionado al Distrito de San Antonio de Cachi con la finalidad de proporcionar atención en el trámite de cambio de libreta electoral de tres cuerpos por el documento nacional de identidad a personas de escasos recursos económicos, por tanto sus actividades se ajustan perfectamente a la condición especial del delito incriminado. **QUINTO:** Que, de la evaluación de los actuados se advierte que la responsabilidad penal del encausado Nicolás Quispe Pereira se encuentra plenamente acreditada con el material probatorio debidamente valorado por el Colegiado Superior; así se tiene el reconocimiento –parcial– de los hechos efectuado por el mismo encausado Nicolás Quispe Pereira a nivel preliminar, en sede sumarial y en el plenario –véase declaración policial de fojas veintinueve, ampliada a fojas setenta y siete, instructiva de fojas ciento ochenta y juicio oral de fojas setecientos veintitrés– en el sentido de haber exigido el pago de veintidós nuevos soles a los pobladores del Distrito de San Antonio de Cachi por el trámite concerniente a la obtención del documento nacional de identidad a quienes no tenían así como a quienes deseaban cambiar su libreta electoral de tres cuerpos, justificando su accionar en el desconocimiento de la gratuidad de dichos trámites, así como en el hecho de que en el lugar habían pobladores que eran omisos a la inscripción, respecto de quienes para lograr su inscripción, el Registrador Civil de la Municipalidad Distrital de San Antonio de Cachi, Félix Quispe Arcce, les exigió el pago de veintidós nuevos soles, quien a su vez le hizo entrega de lo cobrado a su persona, y a su llegada a la ciudad de Andahuaylas puso en conocimiento del Administrador Gonzáles Laupa y le entregó la suma cobrada, siendo este quien le indicó que los trámites para la obtención por primera vez del documento nacional de identidad eran gratuitos. **SEXTO:** Que, tal justificación ha sido desvirtuada con lo señalado por Félix Quispe Arcce –Registrador de la Municipalidad Distrital de San Antonio de Cachi– en su declaración de fojas trescientos sesenta de no tener conocimiento del proceder del encausado, así como desconocer si este hizo o no cobros indebidos porque realizaba su trabajo en un ambiente diferente. Asimismo, con el Informe número cero veinticinco guión dos mil cinco guión SGCF diagonal GO diagonal Reniec, emitido por la Sub Gerencia del Control y Fiscalización de la Gerencia de Operaciones del Reniec, obrante a fojas noventa y cinco, se acredita que el procesado fue encomendado a ese Distrito para que efectúe atención registral gratuita a efecto de que personas de bajos recursos económicos cambien su libreta electoral de tres cuerpos por el documento nacional de identidad, constituyendo un argumento de defensa lo manifestado en el sentido de desconocer la gratuidad del trámite. **SÉTIMO:** Que, si bien el examinado al deponer en el juicio oral, ha manifestado que por intermedio de su esposa María Juárez Huamán devolvió la suma cobrada

consistente en veintidós nuevos soles, a las personas de María del Carmen Pillpe Quispe, Celedonia Ramos Pure y Telesforo Quispe Rojas –quienes han ratificado tal aseveración en sus declaraciones de fojas doce, trece y dieciséis, respectivamente–; sin embargo, dichos usuarios no fueron los únicos afectados al cobro indebido efectuado por el encausado, por cuanto obra en autos las testimoniales de Crispín Farfán Vivanco, Julia Quispe Rojas, Esteban Osnayo Lara y Lucía Rodríguez Maucaylle, Rosa Pacheco Huayllas, Mauro Pelayo Buitrón Medina y María Ochicua Lazo, quienes han coincidido en señalar que pagaron la suma de veintidós nuevos soles y en algunos casos la suma de cincuenta nuevos soles al encausado por el trámite de obtención de su DNI, sea por primera vez como para la revalidación y cambio de documento de tres cuerpos; todo lo cual demuestra que en el accionar del procesado existió el ánimo de efectuar un cobro indebido a sabiendas que el trámite era gratuito, pues conforme a lo expuesto, fue comisionado mediante Resolución Jefatural número doscientos veintinueve guión dos mil cuatro guión JEF diagonal RENIEC, del cuatro de mayo de dos mil cuatro, que reglamentaba la "Campaña de tramitación y expedición del DNI en forma gratuita para la población indígena y población de zonas rurales y amazónicas en situación de pobreza", no siendo creíble el desconocimiento que aduce por cuanto, conforme él mismo lo ha reconocido, en anteriores oportunidades realizó la misma actividad en otras zonas de la Provincia de Andahuaylas, lo que ha sido ratificado por el Administrador del Reniec, Calixto Gonzáles Laupa, en el juicio oral –sesión de fojas setecientos setenta y seis– en el sentido que le hizo conocer en forma verbal al encausado Quispe Pereira de la gratuidad de los trámites de obtención del DNI, sea por primera vez, como por revalidación. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, de fojas ochocientos cuarenta y siete, que condenó a Nicolás Quispe Pereira, como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de concusión, en agravio del Estado (Reniec) a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de dos años e inhabilitación por el plazo de seis meses; y fijó en la suma de quinientos nuevos soles el pago por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

005 Concusión: Abuso del cargo para obligar o inducir la obtención de un beneficio patrimonial indebido son los presupuestos para su configuración

El delito de concusión tiene como referencia los verbos obligar e inducir, que a su vez requiere la concurrencia de otros elementos objetivos como el abuso de cargo, el que debe ser entendido como aquella situación que se produce cuando el funcionario o servidor público ejerce sus funciones fuera del ámbito de la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito; es así que, por su mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado, obtiene un beneficio patrimonial indebido para él o para un tercero.

Recurso de Nulidad Nº 3861-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 15 de agosto de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Carlos Alberto Pizarro Sutta, contra la sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil once, de fojas dos mil cincuenta y cinco, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de concusión, en agravio del Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el procesado al sustentar sus agravios mediante escrito de fojas dos mil ciento setenta y siete, alega que el Tribunal Superior no ha tenido en cuenta al momento de resolver los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, que señala no basta la enunciación de pruebas directas sino la valoración de los mismos, como ha sucedido en el caso de la recurrida; agrega,

que tampoco se ha tenido en cuenta que en el operativo policial no participó un representante del Ministerio Público; concluye indicando que el indicio mencionado en el fundamento vigésimo noveno de la recurrida, en cuanto al acta de registro domiciliario, no se explica con qué otro indicio ha sido concatenado este y bajo qué regla de la lógica; máxime, si el indicio a la mala justificación debe concatenarse con el principio de no autoincriminación, ni puede tenerse como sustento para incriminarlo.

SEGUNDO: Que, conforme consta de la acusación fiscal escrita y su dictamen complementario de fojas mil ochocientos setenta y cuatro, se atribuye al procesado Carlos Alberto Pizarro Sutta, que en su condición de Sub Oficial de Segunda de la Policía Nacional del Perú destacado en la Comisaría de Caja de Agua, junto a otros policías, participó en el operativo policial por presunta comercialización de drogas, fuera de su jurisdicción, sin participación, ni coordinación previa con el Ministerio Público, operativo a su mando realizado en la noche del día ocho de octubre de dos mil siete, en el local video pub "La Chocita" perteneciente a Elizabeth Aranda Farromeque y Miriam Elizabeth Cruz Aranda, de cuyo resultado se detiene a Miguel Ángel Chávez Bejarano como presunto microcomercializador, siendo este conducido a la Comisaría para la investigación respectiva, sin embargo, en dicho lugar el imputado solicitó dinero al detenido y su conviviente, siendo la versión de esta última dirigida a señalar que el ahora recurrente le solicitó tres mil nuevos soles "para no mandarlo al penal", pero al manifestarle que no tenía dinero acordaron la cantidad de mil quinientos nuevos soles, condicionando su actuación y obligación funcional para favorecer a Miguel Ángel Chávez Bejarano, en las investigaciones a su cargo y darle libertad, así como la devolución de sus artefactos comisados el día de la intervención.

TERCERO: Que, el contenido del tipo penal del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, que ha sido materia de acusación y de juzgamiento, tiene como referencia dos verbos rectores: obligar e inducir, que a su vez puede ser dividido hasta en dos conductas punibles claramente diferenciadas, empero, también es indispensable verificar la concurrencia de otros elementos objetivos que dan tipicidad al delito de concusión y que serían determinantes, así tenemos el abuso de cargo, el que debe ser entendido como aquella situación que se produce cuando el agente funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, sea para él o para un tercero. Este

abuso de cargo existe las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito.

CUARTO: Que, según la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga algún significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos, puede ser usada –al menos en principio–, como un medio de prueba. No debe sorprender, pues, que en la larga historia de las pruebas se hayan hecho muchos intentos por poner cierto orden en un terreno tan complejo y por idear algunas formas de clasificar sus casos más importantes(1); así una de las clasificaciones sistemáticas más aceptadas en todos los sistemas probatorios, lo constituyen aquellas que las catalogan como pruebas directas e indirectas, las primeras tienen que ver con la conexión existente entre los hechos principales en controversia y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba, contrariamente a estas, las pruebas indirectas están referidas a los medios de pruebas que versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante; esto es, otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, denominada "prueba indiciaria".

QUINTO: Que, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha venido considerando que la prueba indiciaria o circunstancial, en principio, ha de partir de hechos plenamente probados, y aunque no sea directa, es válida, constitucionalmente correcta y tiene consideración de prueba de cargo suficiente apta para destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia, para lo cual requerirá de los siguientes requisitos:

i) La concurrencia de una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes, o excepcionalmente únicos pero de una singular potencia acreditativa, así como la ausencia de contraindicios consistentes, los mismos que deben estar plenamente acreditados, toda vez que no se puede construir certeza sobre la base de meras probabilidades;

(1) TARUFFO, Michele. *La Prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2008, p. 59.

ii) La conexión entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a ciertos métodos –reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, como elementos del sistema de valoración– que han precedido a la "valoración de la prueba", puesto que la prueba indiciaria es suficiente e idónea para "comunicar" al sistema jurídico-penal acerca de la responsabilidad e intervención –dolosa o culposa– del imputado en el delito. Y por último;

iii) La necesidad de fundamentar el razonamiento utilizado por el juzgador a fin de determinar si lo valorado constituye o no una prueba apreciable; la Corte Suprema también ha precisado no solo que ante la ausencia de pruebas directas cabe recurrir a la prueba indiciaria y que esta debe ser examinada, sino que hace un análisis global de los diferentes indicios que puedan presentarse en la causa, tales como los indicios de capacidad comisiva, de oportunidad, de mala justificación y de conducta posterior[2].

SEXTO: Que, como primer hecho objetivo y probado de la conducta desarrollada por el recurrente, se tienen los siguientes:

i) su intervención en un lugar fuera de la jurisdicción de Caja de Agua, situación reconocida y no justificada legalmente por el ahora recurrente;

ii) un hecho singular consta en el acta de diligencia policial de fojas ciento noventa y siete, llevada a cabo con la intervención y dirección de un Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, realizada luego de la denuncia efectuada por Elizabeth Aranda Farromeque contra el Técnico de la Policía Nacional del Perú, Carlos Alberto Pizarro Surta, ahora procesado, operativo anticorrupción que si bien se frustró debido a que el entonces denunciado advirtió que lo seguían y tomó diferentes direcciones en su unidad vehicular, logrando alejarse de las calles, dejándose constancia en la mencionada acta, que facilitó su fuga la estrechez de las calles que hacían evidente cualquier seguimiento policial encubierto, no obstante ello, sí fue grabado el diálogo de la entrega de dinero que realizó Miriam Elizabeth Cruz Aranda –hija de la denunciante– al ahora procesado Pizarro Sutta,

(2) Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad Nº 4781-98, de fecha 19 de marzo de 1999 (Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 02, Lima 2001, pp. 696-699).

iii) otro hecho probado está constituido por que no solo se llevó a cabo el operativo policial sin la presencia de un representante del Ministerio Público, sino también, tampoco se le habría puesto en su conocimiento sobre el operativo policial ahora cuestionado;

iv) durante la irregular intervención se ingresó al domicilio del intervenido Miguel Ángel Chávez Bejarano y se incautaron, y comisaron diversos bienes muebles de su propiedad, conforme consta del acta de fojas cincuenta y cinco, empero, sin presencia del representante del Ministerio Público;

v) la denominada acta de entrega de especies de fojas noventa y uno, por intermedio del cual devolvieron a Miriam Elizabeth Cruz Aranda, conviviente del intervenido, los bienes que le habían sido incautados, empero, sin mandato judicial o disposición del representante del Ministerio Público;

vi) el denominado Informe número dieciséis-dos mil ocho-DIRCOCOR-PNP-OFINTE/UNINTE, de fojas doscientos tres, mediante el cual se informa sobre la trascripción de un audio contenido en un CD, marca Princo, acerca de la extorsión de personal de la Comisaría de Caja de Agua como consecuencia de la detención de Miguel Ángel Chávez Bejarano por tráfico ilícito de drogas, por parte de la División de Apoyo al Ministerio Público DIRCOCOR.

vii) que asimismo, no se ha constatado en los actuados un plan operativo de intervención;

viii) el empleo de un vehículo particular en el supuesto operativo y de propiedad del propio procesado, lo que denota una clara desvinculación con una actuación oficial de parte de la Policía Nacional del Perú; ahora bien a este respecto, la carencia de medios logísticos no es fundamento para justificar intervenciones de tal naturaleza, toda vez, que en esta cuestionada intervención también se utilizó una unidad policial –camioneta–;

ix) otro hecho importante y probado está constituido porque al presunto intervenido, Chávez Bejarano no se le encontró en posesión de droga alguna, pues la sustancia prohibida fue supuestamente hallada debajo de una mesa del bar donde se encontraba, por lo que, la propiedad de aquella podía ser de cualquier persona, tratándose de un lugar con acceso al público y por qué no inferir innumerables posibilidades, como la de haber sido colocada expresamente en el lugar para luego atribuirle la comisión de un delito;

x) no existe ningún parte o informe policial de carácter confidencial que haga suponer que el intervenido fue previamente objeto de un seguimiento de inteligencia, precisamente por su vínculo con el tráfico ilícito de drogas, para que así se respalde su intervención, contrariamente a ello, se advierte una acción proyectada con fines evidentemente ilícitos;

xi) que en cuanto a la actividad policial, sus facultades están delimitadas por circunscripciones territoriales, lo cual debe ser respetado rigurosamente por los custodios de la ley, a menos que surjan situaciones excepcionales que así lo sugieran por razones de urgencia o de grave peligro en la demora, que de ninguna manera han sido justificadas en el caso de autos;

La conclusión de estos hechos objetivos antes descritos, constituyen indicios plurales y concomitantes, mediante los cuales se ha logrado arribar, fuera de toda duda, que entre el procesado y los intervenidos subsistió una tratativa donde el primero de los mencionados obtuvo beneficio económico, desbaratándose así la tesis de defensa e infiriéndose, además, una explicación por parte del recurrente contradictoria e inverosímil.

SÉTIMO: Que, en cuanto a los cuestionamientos dirigidos respecto al indicio de mala justificación, cabe precisar, que el Tribunal Superior detalla expresamente las alegaciones que realiza el procesado en su defensa, empero, estas no resisten a un análisis lógico, así se tiene que es inaudito que el procesado haya ofrecido ayuda o favores a los intervenidos para conseguir trabajo y un documento de carácter personal, no obstante ello, estos últimos sin motivo alguno hayan decidido denunciar al recurrente, por ende, contrariamente al objetivo que persigue el recurrente, esta situación también constituye otro elemento de juicio determinante para colegir la responsabilidad del procesado, pues es a través de este evento, que se puede establecer sin duda alguna, que entre los intervenidos y el recurrente existieron relaciones y tratativas –que han sido reconocidas por el propio imputado– que fueron aprovechadas por el entonces servidor público para abusar de su cargo e inducir para sí un beneficio patrimonial; que siendo así, la condena es conforme a ley.

OCTAVO: Que, no obstante lo acotado precedentemente, este Supremo Tribunal está en la imperiosa necesidad de realizar precisiones respecto a la determinación judicial de la pena que realiza erróneamente el Tribunal Superior, toda vez, que este justifica la aplicación de una pena al recurrente sobre el parámetro máximo que establece el artículo trescientos ochenta y dos del Código

Penal –no menor de dos ni mayor de ocho años– sustentándose en la condición del sentenciado "de servidor público, cuyas facultades se vinculan a la protección de la vida, la seguridad y libertad personal de los ciudadanos, (...), que se traduce en descrédito, desconfianza y poco modo por las instituciones del Estado (...)", pero también, en que la Sala Penal Superior "(...) no puede soslayar es que si materialmente los hechos probados en este proceso –concusión con privación de la libertad como medio de amenaza y presión– son idénticos a los que prevé en abstracto el tipo penal de secuestro, la sanción en virtud de la particular apreciación jurídica en la construcción de los tipos: calidad de autor, detención arbitraria– difiere sustancialmente. Así en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal, se sanciona con pena no menor de veinte, ni más de treinta años de privación de la libertad (...)".

NOVENO: Que, al respecto la calidad o condición especial del agente –sentenciado Pizarro Sutta– no puede ser considerada como circunstancia agravante a tenerse en cuenta como una situación para imponer el parámetro máximo de la pena fijada por ley, toda vez, que un razonamiento de este tipo significa merituar una circunstancia agravante sobre otra situación gravosa existente, puesto que, el delito de concusión comprendida en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, está sistematizada dentro de los "delitos cometidos por funcionarios públicos", cuyos parámetros de penalidad han sido previstos por el legislador en un Capítulo aparte, valorando precisamente la calidad de funcionario o servidor público; en otros términos, los parámetros legales de punición, en su mínimo y máximo, han sido establecidos considerando la naturaleza del agente, esto es, porque cometió el delito como funcionario o servidor público, vulnerando sus deberes especiales con la Administración Pública en cualquiera de sus ámbitos, por lo tanto, es reprochable que tal condición sea nuevamente valorada para la imposición de la pena mayor en grado. El juicio de valor antes señalado no es caprichoso, contrariamente a ello guarda estrecha relación con una interpretación sistémica del Código Penal, que en su artículo cuarenta y seis "A", considera como circunstancia agravante la condición del sujeto activo de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad o funcionario o servidor público, pero solo cuando se tratan de "delitos comunes" y no así en los delitos contra la Administración Pública.

DÉCIMO: Que, otra situación que resulta cuestionable es que para efectos de modular o asumir una pena para arriba o hacia abajo, el razonamiento se ha realizado considerando el tipo penal de concusión como idéntico al tipo penal

de secuestro e incluso, se haya tenido en cuenta el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal y el parámetro que este fija, esto es, una sanción no menor de veinte ni mayor de treinta años de privación de la libertad, cuando el delito por el que fue condenado el sentenciado recurrente solo es concusión, cuyos parámetros son considerablemente inferiores.

DÉCIMO PRIMERO: Que, por lo antes mencionado y descartada la postura del Tribunal Superior de imponer una sanción considerando el parámetro mayor que establece el tipo penal de concusión, la nueva determinación judicial de la pena debe efectuarse atendiendo a la pena solicitada, por el señor Fiscal Superior, es decir, seis años de pena privativa de libertad. Nuestro Código Penal sigue un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley, que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial, en la vertiente de incorporación de ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como los criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena(3); en tal sentido, la valoración en la determinación de la pena, obedece a criterios expresados taxativamente en las normas o reflejados en los principios generales del derecho, en todo caso, ambos son tomados en cuenta a través de dos fases: a nivel legislativo y a nivel judicial.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, bajo los parámetros antes mencionados debemos tener en cuenta lo siguiente:

i) conforme es de observarse del dictamen de fojas mil ochocientos setenta y cuatro, el representante del Ministerio Público mediante acusación complementaria formuló acusación contra Carlos Alberto Pizarro Sutta como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de concusión, en agravio del Estado;

ii) mediante auto superior de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, de fojas mil ochocientos ochenta y seis, la Primera Sala Penal Liquidadora, ampliando el auto de enjuiciamiento de fecha veinticinco de marzo de dos mil once, de fojas mil ciento dieciséis, modificó la calificación legal de los hechos, para tenerlo como acusado solo por el delito de concusión;

(3) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I. Segunda Edición, Grijley, Lima, 2007, p. 914.

iii) que el Ministerio Público en su acusación complementaria de fojas mil ochocientos setenta y cuatro, solicitó la imposición al acusado de seis años de pena privativa de libertad;

iv) el delito de concusión que ha sido materia de acusación fiscal complementaria es el comprendido en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, que reprime la conducta del agente con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años;

v) el sentenciado recurrente carece de antecedentes conforme es de verse del certificado de anotaciones judiciales de fojas mil doscientos cuarenta y uno, al respecto, es necesario hacer mención en lo que a esto se refiere, que el Colegiado Superior sostuvo "aunque los antecedentes del acusado no revelan habitualidad o reincidencia" haciendo evidente alusión a que el sentenciado tenía antecedentes, lo cual no se ajusta a la realidad;

vi) que aun cuando la intervención que realizó el sentenciado sin duda alguna es cuestionable por el abuso de su cargo para obtener un beneficio patrimonial, sin embargo, no puede soslayarse que la intervención en referencia sí originó un atestado policial que dio origen a una investigación donde se obtuvieron manifestaciones y se recabaron documentos conforme es de apreciarse de las copias fotostáticas certificadas de fojas doscientos quince y siguientes, remitidas por el Comisario de la Comisaría de San Juan de Lurigancho de fojas doscientos catorce;

vii) el ahora sentenciado cuenta con carga familiar, dos menores hijos en edad escolar conforme es de apreciarse de las partidas de nacimiento que adjuntó a su escrito, que como anexo corre en el presente cuadernillo;

viii) que finalmente para los efectos de la graduación de la pena es menester valorar la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, en virtud del principio de racionalidad; en este sentido, debe realizarse una operación en la que intervienen una serie de valores que deben ser ponderados entre sí para establecer una medida objetiva entre el ilícito y la sanción, toda vez, que proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena es el

mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia [4];

Por todas estas razones, la sanción solicitada por el representante del Ministerio Público debe reducirse un año menos a fin de cumplirse con los fines de la pena.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

i) **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil once, de fojas dos mil cincuenta y cinco, en el extremo que condenó a Carlos Alberto Pizarro Sutta como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de concusión, en agravio del Estado;

ii) **HABER NULIDAD** en el extremo de la sanción que se le impuso ocho años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA** le impusieron al condenado Carlos Alberto Pizarro Sutta cinco años de pena privativa de libertad, la misma que computada desde el veintiuno de octubre de dos mil once, data en que se dictó la recurrida, vencerá el veinte de octubre de dos mil dieciséis; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO

(4) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Grijley, Primera Reirnpresión: julio, 2006, p. 117.

CAPÍTULO III
COLUSIÓN

El delito de colusión está tipificado en el artículo 384 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley Nº 29758 de fecha 27/07/2011 y la sentencia recaída en el Exp. Nº 00017-2011-PI/TC, que declaró inconstitucional la expresión "patrimonialmente":

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

006 Colusión: Tipicidad

El delito de colusión –de acuerdo a la última modificatoria introducida mediante Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, de fecha veintiuno de julio de dos mil once– sanciona al funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo, estableciéndose en el dispositivo legal precitado como agravante la defraudación de índole patrimonial –dispositivo legal que sería de aplicación, pues para el supuesto de defraudación no patrimonial, que se debe considerar en el caso sub examine*, esta norma legal establece parámetros punitivos menos gravosos.*

Recurso de Nulidad Nº 1730-2011-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 9 de mayo de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los sentenciados Néstor Ángel Villar Julca e Inosenta Mercedes Castillo Portillo contra la sentencia de fojas dos mil ciento veintiséis, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez, en el extremo que se les condenó por los delitos contra la Administración Pública - colusión desleal y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado –Municipalidad Provincial de Huancayo, y contra la Fe Pública– falsedad ideológica, en agravio del Estado por la compra de la Central Telefónica e instalación, a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de dieciocho meses, fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, los sentenciados Villar Julca y Castillo Portillo al fundamentar sus recursos de nulidad a fojas dos mil ciento ochenta y dos y dos mil ciento noventa y ocho, respectivamente, señalan que el delito de colusión exige un perjuicio como resultado de lo defraudación, lo cual no se ha acreditado en autos con pericia alguna; que en el delito de negociación incompatible se exige que el sujeto activo tenga facultades para intervenir en los contratos, circunstancia que no poseían, pues ello le correspondía al Director Municipal, Máximo Fuentes García; que, la prueba documental que supuestamente los incrimina no fue suscrita por sus personas; que, Castillo Portillo refiere que en tanto no hubo proceso de licitación, su función era solo la de impulsar la compra de la central telefónica; que, no se precisaron cuáles fueron los comportamientos de engaño, por lo demás, no intervino directa, ni indirectamente en los hechos que antecedieron al contrato, por ello no pudo realizar ningún pacto clandestino. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio de fojas mil ochocientos cinco, se imputa a los encausados Néstor Ángel Villar Julca e Inosenta Mercedes Castillo Portillo, que en sus condiciones de Presidente y Secretaria de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Huancayo, haberse coludido con los representantes de la Empresa Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta para el otorgamiento de la buena pro, para la adquisición por el monto de treinta y cuatro mil ochocientos sesenta y cuatro nuevos soles con cincuentiún céntimos de una Central Telefónica para el local de la Municipalidad Provincial de Huancayo, simulando el proceso de selección respectivo, por cuanto el contrato se firmó el día veinte de junio de dos mil uno, mientras que el Cuadro Comparativo de Cotizaciones número ciento treinta y cinco y el acta de otorgamiento de la buena pro son del once de octubre de dos mil uno; asimismo, el citado Comité habría adjudicado directamente y sin proceso de selección alguno, a la misma empresa (Telefónica del Perú) para la instalación de los equipos , adquiridos por un monto de cincuenta y nueve mil setecientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y cuatro céntimos, lo que hace un total de noventa y cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos, importe superior a lo previsto en el Expediente Técnico de "Estudio Central Telefónica y Anexos de la Municipalidad Provincial de Huancayo", en el que el valor referencial se estimó en setenta y siete mil setenta y siete nuevos soles con treinta y cinco céntimos, de lo que se advierte un exceso de diecisiete mil quinientos setenta y dos nuevos soles con diez céntimos. **TERCERO:** Que, toda sentencia condenatoria será el resultado de un análisis exhaustivo que el Juzgador debe efectuar, tanto de la prueba de cargo, como de la prueba de descargo que se haya podido recabar durante la

tramitación de un proceso penal, seguido con todas las garantías del caso, pues solo de la debida contrastación de estas, que genere a su conclusión certeza en el Juzgador respecto a la responsabilidad del procesado o procesados y, por ende, el desvanecimiento del principio de presunción de inocencia, se puede arribar a tal decisión jurisdiccional. **CUARTO:** Que, en el presente caso es materia de pronunciamiento por este Tribunal Supremo la sentencia condenatoria dictada en contra de los encausados Néstor Ángel Villar Julca e Inosenta Mercedes Castillo Portillo por los delitos de colusión, negociación incompatible y falsedad ideológica, previstos en los artículos trescientos ochenta y cuatro, trescientos noventa y nueve y cuatrocientos veintiocho, respectivamente, del Código Penal, toda vez que estos en sus calidades de Presidente y Secretaria de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Huancayo se habrían coludido con representantes de la Empresa Telefónica para efectos de contratar la adquisición de una central telefónica y su respectiva instalación, interesándose en forma indebida en dicha operación comercial, para lo cual incluso insertaron documentación con información falsa, a efectos de simular un pretendido proceso de selección. **QUINTO:** Que, en dicho orden de ideas, debe verificarse, en función a los recursos impugnatorios de nulidad interpuestos por los sentenciados, si el Colegiado Superior ha compulsado debidamente la prueba actuada en el presente caso, en ese sentido, se tiene que efectivamente la Municipalidad Provincial de Huancayo celebró con la empresa Telefónica un contrato para efectos de instalar una Central Telefónica, como se advierte del documento obrante a fojas doscientos sesenta y uno, de fecha veinte de junio de dos mil uno, por el monto de treinta y cuatro mil ochocientos sesenta y cuatro nuevos soles con cincuentiún céntimos, asimismo, se dispuso que dicha empresa sea la que se encargue del proceso de instalación del servicio, ello por un monto de cincuenta y nueve mil setecientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y cuatro céntimos, en tal sentido, resulta crucial determinar si en dichas operaciones comerciales existió o no un acuerdo colusorio entre los funcionarios de la Municipalidad supuestamente agraviada con los funcionarios de la Empresa Telefónica con la finalidad de defraudar al Estado, al respecto cabe indicar, que si bien se ha tomado como un elemento central de la imputación planteada por el representante del Ministerio Público, que tanto el Cuadro Comparativo de Cotizaciones número ciento treinta y cinco y el acta de otorgamiento de la buena pro son de fecha once de octubre de dos mil uno, de fojas trescientos treinta y tres y trescientos treinta y cinco, respectivamente, es decir, que se elaboraron con posterioridad a la suscripción del mencionado contrato, lo que pondría en evidencia que se simuló el proceso de selección, sin

embargo, debe verificarse si efectivamente existió o no la intención de defraudar al Estado con la suscripción de un contrato que se habría firmado para beneficio de los propios encausados o de terceros. **SEXTO:** Que, al respecto cabe precisar que en autos obran como anexos número dieciséis (de fojas doscientos sesenta y cinco), diecisiete (de fojas doscientos sesenta y nueve) y dieciocho (de fojas doscientos ochenta y cuatro) del Informe Especial número ciento once -dos mil cinco-CG / ORHU "Irregularidades en las Adquisiciones e Instalación de Central Telefónica y semáforos" Examen Especial a la Municipalidad Provincial de Huancayo - Región Junín (Periodo: julio dos mil uno a diciembre dos mil dos), emitido por la Contraloría General de la República, las cotizaciones que remitieron a la entidad edil para la adquisición de una central Telefónica, las empresas "Leadercom Sociedad Anónima" –por un monto de doce mil novecientos once dólares americanos–, de fecha veintitrés de mayo de dos mil uno, "Telerep" – por un monto de dieciséis mil cuatrocientos trece dólares americanos con ochenta centavos de dólar– de fecha veinticinco de mayo de dos mil uno y "Alcatel" –por un monto total de diez mil seiscientos cuarenta y ocho dólares americanos con dieciséis centavos de dólar– también del veinticinco de mayo de dos mil uno, de lo que se advierte que el mejor precio ofertado era el de la Empresa Telefónica, pues según hoja de financiamiento de fojas cuarenta y tres, el precio era de nueve mil novecientos treinta y dos dólares americanos con noventiún centavos de dólar, e incluso las condiciones de pago que ofrecía (treinta seis meses) resultaban ser más ventajosas que las de las otras empresas, que solicitaban, en el caso de las dos primeras, el pago del cincuenta por ciento del valor total con la orden de compra y el saldo financiado en letras de cambio, y en el caso de la tercera empresa mencionada, el pago al contado del precio ofertado, en tal sentido, de lo expuesto se puede precisar que tanto el precio como las condiciones ofertadas por "Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta" resultaban ser las más beneficiosas para la entidad edil, no evidenciándose que haya existido un favorecimiento o acuerdo colusorio alguno, en perjuicio de los intereses estatales. **SÉTIMO:** Que, ahora 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 última ratio, en los casos en que se evidencie acuerdo ilegal para beneficio de los funcionarios públicos o de terceros, hecho que en el presente caso, no se advierte,

pues claro está que el costo al que se adquirió la Central Telefónica dentro de la comparación de precios que se ofertaron por las otras empresas, era la más accesible para la entidad edil, siendo las fechas en que se firmó el contrato –veinte de junio de dos mil uno– y las de elaboración del Cuadro Comparativo y el otorgamiento de la buena pro –once de octubre de dos mil uno– meros indicadores del desorden que existió en dicho proceso de selección, pero que en modo alguno involucraron acuerdos o negociaciones de carácter tendenciosos para lograr un beneficio indebido, es más, en la sentencia materia de grado, el Colegiado Superior no ha podido identificar a los funcionarios de la Empresa Telefónica del Perú que se habrían puesto de acuerdo para defraudar a la entidad edil, ni tampoco, se ha indicado en qué habría consistido tal acto defraudatorio. **OCTAVO:** Que, el delito de colusión –de acuerdo a la última modificatoria introducida mediante Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, de fecha veintiuno de julio de dos mil once– sanciona al funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo, estableciéndose en el dispositivo legal precitado como agravante la defraudación de índole patrimonial –dispositivo legal que sería de aplicación, pues para el supuesto de defraudación no patrimonial, que se debe considerar en el caso *sub examine*, esta norma legal establece parámetros punitivos menos gravosos–; asimismo, en el delito de negociación incompatible se sanciona al 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, de lo que se advierte que ninguno de los supuestos típicos previstos en dichos tipos penales encuentran concordancia con lo actuado en el presente proceso, pues como se precisó en el considerando anterior no se ha podido acreditar acuerdo colusorio alguno, ni interés desmedido e indebido que los encausados hayan tenido en la contratación efectuada con la empresa "Telefónica del Perú", por ende, debe disponerse la absolución de los precitados, por dichos tipos penales. **NOVENO:** Que, ahora bien, en cuanto al delito de falsedad ideológica, cabe indicar que dicho ilícito sanciona al que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, al respecto cabe indicar que el Colegiado Superior ha fundamentado la condena en contra de los encausados por este tipo penal, en la redacción de los documentos

concernientes al Cuadro Comparativo de cotizaciones y otorgamiento de la buena pro, pues aduce que estos se habrían elaborado con la finalidad de dejar constancia que se llevó a cabo un procedimiento de selección que no se realizó en la realidad para la compra e instalación de la Central Telefónica, sin embargo, a criterio de este Supremo Tribunal el supuesto al que alude dicha figura jurídica no se presenta en el caso *sub examine*, pues tanto los citados documentos como la información insertada en ellos resultan ser fidedignos, esto es, resulta ser cierto que existieron varias ofertas económicas como se ha indicado en el cuarto párrafo del presente análisis, además, que se le otorgó la buena pro a la empresa Telefónica del Perú, en tal sentido, no existieron declaraciones falsas, en todo caso, el Colegiado Superior ha dejado entrever que la conducta ilícita estribaría en que estos con la elaboración del Cuadro Comparativo y el otorgamiento de la buena pro pretendieron simular un proceso de selección, al respecto debe señalarse que tal razonamiento a criterio de este Supremo Tribunal no resulta correcto, pues si así se hubiera querido actuar se hubiesen alterado las fechas de suscripción de tales documentos, pues no resulta lógico que quien quiera simular un proceso de selección, establezca en forma intencional una fecha para al otorgamiento de la buena pro posterior a la de suscripción del correspondiente contrato, de lo que se concluye, como se ha hecho en los párrafos precedentes, que ello respondió a un desorden administrativo e incumplimiento a los procedimientos adecuados para la realización del proceso de selección, pues no se advierte una conducta ilegal, tendenciosa y dolosa de los citados encausados en el cumplimiento de sus atribuciones, tanto más, si finalmente quien suscribió el contrato de compraventa de la Central Telefónica digital, de fojas doscientos sesenta y uno, con la empresa "Telefónica del Perú", fue el Director Municipal de la Municipalidad Provincial de Huancayo, Máximo Fuentes García –quien se encuentra como no habido– en consecuencia, en este extremo también debe disponerse la absolución de los encausados. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil ciento veintiséis, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez, en el extremo que condenó a Néstor Ángel Villar Julca e Inosenta Mercedes Castillo Portillo –y no como erróneamente se ha consignado en la sentencia recurrida– por los delitos contra la Administración Pública –colusión desleal y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado– Municipalidad Provincial de Huancayo, y contra la Fe Pública - falsedad ideológica, en agravio del Estado por la compra de la Central Telefónica e instalación, a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años bajo el cumplimiento de determinadas reglas

de conducta; inhabilitación por el plazo de dieciocho meses, fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada; **REFORMÁNDOLA**: **ABSOLVIERON** a los precitados Néstor Ángel Villar Julca e Inosenta Mercedes Castillo Portillo, de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio por los precitados delitos y agraviado; **DISPUSIERON:** el archivo definitivo de la presente causa en tales extremos, así como la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hayan generado en contra de los absueltos como consecuencia del presente proceso; con lo demás que al respecto contiene dicha sentencia; y, los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

007 Colusión: Características nucleares del tipo

Las características nucleares para interpretar los elementos consumativos del delito de colusión son: i) Fundamento de Imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de neminen laedere *o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional*(1)*. No obstante ello, esta exigencia formal de "funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria. ii) Naturaleza jurídica: de "lesión", pues no basta el simple acuerdo colusorio –base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad–, puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial "defraude al Estado".*

Recurso de Queja Nº 179-2011 NCPP-CUSCO

CORTE SUPREMA
SALA PENAL PERMANENTE DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
CUSCO
Lima, 27 de marzo de 2012

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Roger Willian Villantoy Ruiz contra la sentencia de fojas quinientos cuarenta

(1) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda edición, Madrid, 1997, p. 1006 y ss.

y dos del dieciocho de mayo de dos mil once; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Los recursos de nulidad presentados por: (i) el encausado Villantoy Ruiz, fundamentado a fojas quinientos ochenta y nueve alegando que: a) reconoce su firma en el segundo contrato con la empresa beneficiada pero que ello se debe a que incurrió en error de confianza al firmar varios ejemplares; b) no realizó ningún acuerdo con la empresa contratista; c) la gestión que lo sucedió continuó con la ejecución de la obra, y que los pobladores de Marcas han hecho llegar un memorial por su buena labor; por lo que, –en su opinión– ante la falta de elementos probatorios que demuestren su culpabilidad, debe ser absuelto de los cargos imputados; (ii) el representante del Ministerio Público, fundamentado a fojas seiscientos seis, alegando que la pena impuesta al encausado, por la comisión del delito de colusión desleal y peculado, resulta ínfima, debiendo fijarse la pena solicitada en la acusación fiscal, diez años de pena privativa de la libertad.

SEGUNDO: Que, según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos uno, se imputa al encausado Roger Willian Villantoy Ruiz, durante su gestión por el periodo comprendido del año dos mil tres a dos mil seis, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Marcas, se habría coludido con el representante de la empresa "AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales S.R.L.", el señor Manuel Rubén Alva Mayuri, puesto que, al otorgársele la buena pro a la empresa que representa, para la adquisición de materiales y alquiler de maquinarias, que se requerían en la ejecución de la obra denominada "Mejoramiento de la trocha carrozable Marcas Cuñi Parisa" irregularmente suscribió por un monto mayor –doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta y dos punto sesenta y siete nuevos soles–, al propuesto por la firma ganadora de la buena pro, al presentarse como postora –doscientos cuarenta y cinco mil setecientos setenta y cuatro punto doce nuevos soles–, además, pese a haber omitido exigir a esta firma la entrega de la garantía de cumplimiento por el valor del diez por ciento del monto del contrato, según lo dispuesto en el artículo doscientos quince del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por tratarse de un contrato cuyo monto ascendía a la suma de doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta

y dos punto sesenta y siete nuevos soles, dispuso el desembolso irregular de ochenta mil quinientos noventa y dos punto ochenta nuevos soles.

TERCERO: A manera de introducción, es del caso anotar, que en cuanto al delito de colusión tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, la norma sanciona al: "funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defraude al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con las interesadas en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)" –debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de la comisión del referido delito–.

CUARTO: Al respecto, este Tribunal Supremo considera pertinente desarrollar algunas características nucleares para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal; así: i) Fundamento de Imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminen laedere* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional(2). No obstante ello, esta exigencia formal de "funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria –las mismas que pueden concretizarse en: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio–, y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes- en razón de su cargo o de su comisión especial", que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo(3),

(2) JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* Segunda edición, Madrid, 1997, p. 1006 y ss.

(3) Vide GARCÍA CAVERO. "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Jose Luis. *El delito de Colusión*. Grijley, Lima, 2008, p. 32.

presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo; ii) Naturaleza jurídica: de "lesión", pues no basta el simple acuerdo colusorio –base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad– puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial "defraude al Estado"; iii) La expectativa normativa que protege –o bien jurídico protegido–: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública –en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos–. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública; bajo esta premisa: "defraudar al Estado" no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo –atento al principio de lesividad: artículo cuatro del Título Preliminar Código Penal– como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección –adquisición de bienes o servicios– acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido[4]; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo[5].

QUINTO: En ese sentido, tanto la materialidad del delito de colusión como la responsabilidad penal del encausado Villantoy Ruiz por el referido delito se encuentran debidamente acreditadas, toda vez que: i) el recurrente suscribió dos contratos con la empresa ganadora de la buena pro; el primero por la suma de doscientos cuarenta y cinco mil setecientos setenta y cuatro punto doce nuevos soles, conforme consta a fojas ciento treinta y cinco; mientras el segundo, obrante a fojas ciento cuarenta, por la suma de doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta y dos punto sesenta y siete nuevos

(4) GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Grijley, Lima, 2008, p. 49.
(5) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición, Grijley, Lima, 2002, p. 288.

soles; ii) al respecto, alega en un primer momento, conforme consta en su declaración instructiva –fojas doscientos noventa– y a nivel de juicio oral –fojas doscientos noventa y uno– que ello se debió a que se obvió consignar un ítem y que era necesario para la realización de la obra, sin embargo, de esta manera se afectó la igualdad que tienen los participantes de obtener la buena pro –quienes presentan sus ofertas ante un marco establecido por la empresa solicitante, a efectos de obtener la buena pro–, pues fue en base al primer parámetro de contratación –presentado por la Municipalidad Distrital de Marcas– que las empresas concursantes realizaron sus ofertas, en ese sentido, fue en base a dicho parámetro como debió firmarse el contrato y no conforme lo hicieron en el segundo contrato; en todo caso, al haberse percatado que se había soslayado un ítem, necesario para continuar con el proceso de contratación, debió paralizarse su desarrollo y realizarse una nueva convocatoria, consignándose los ítems que hubiesen sido necesarios y requeridos por la Municipalidad, para la realización de la obra; sin embargo, ello no fue así; cuestión que acredita que el recurrente benefició a la "Empresa AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales SRL" con la realización del segundo contrato; iii) asimismo, en cuanto a este último contrato, no se llevó a cabo un proceso de contratación –conforme lo requiere la Ley de Contrataciones del Estado–, pues el referido proceso terminó con la firma del primer contrato; además, su versión no ha sido uniforme, pues en un primer momento precisó que firmó un segundo contrato pues se soslayó un ítem, para posteriormente, en su recurso de nulidad precisar que firmó el segundo contrato porque lo hicieron incurrir en error; versiones que ha utilizado válidamente para defenderse pero que no son suficientes el caudal probatorio existente en autos y que corrobora que este, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de arcas, favoreció con la contratación –obrante a fojas ciento cuarenta–, a la "Empresa AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales SRL", pues para dicho contrato no se realizó un adecuado proceso de contratación; iv) además, otorgó demasiadas ventajas a dicha empresa, como es, el no exigir que esta cumpla con presentar la carta fianza del diez por ciento como garantía del cumplimiento de la obra, conforme lo exigen las normas de contrataciones del Estado, alegando que se olvidó de exigirla pues el representante de la empresa beneficiada con la buena pro se comprometió a entregársela –véase declaración instructiva fojas doscientos noventa y dos–, excusa que no tiene validez dada su condición de autoridad, que lo vincula a una institución positiva, la cual lo obliga a proteger los ámbitos de organización de la entidad a la cual está vinculado –Municipalidad Distrital de Marcas–. Debe precisarse además, que el acuerdo colusorio no depende únicamente de una autoridad, quien está vinculado a una institución positiva –en este caso el Alcalde– sino también de quien se beneficia con el acuerdo colusorio –*extraneus*–, en ese sentido, deben remitirse copias certificadas al representante del

Ministerio Público a efectos de que actúe conforme a ley, respecto de la empresa beneficiada en el referido proceso de contratación.

SEXTO: Respecto al delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, se configura cuando: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]". Este tipo penal es "un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional"(6); asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.

SÉTIMO: En ese sentido, de autos no se advierte un aprovechamiento para sí o para otro, de los caudales o efectos confiados a él en razón de su cargo; advirtiéndose, por el contrario, la existencia de un concurso aparente de leyes, por el cual su comportamiento podría enmarcarse bien en el delito de peculado o bien en el delito de colusión, sin embargo, en atención al principio de especialidad, necesario para solucionar el referido conflicto, el comportamiento del encausado Villantoy Ruiz se adecua únicamente al delito de colusión desleal y no así al delito de peculado, correspondiendo absolverlo por el referido delito.

OCTAVO: Finalmente, a efectos de verificar la dosificación de la pena impuesta debe estimarse que las exigencias que determinan su aplicación no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que constituye un límite al *ius puniendi* en tanto

(6) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Segunda edición, Madrid, 1997, p. 1006 y ss.

procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena –preventiva, protectora y resocializadora–, conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en los numerales veintiuno y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal; en ese sentido, se advierte que estos criterios legales y de razonabilidad fueron apreciados adecuadamente por el Colegiado Superior al imponer la sanción penal al condenado Villantoy Ruiz, al igual que sus condiciones personales establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, especialmente su condición social, su calidad de agente primario, sus carencias sociales y culturales, así como su situación económica; por lo que, atendiendo a los principios mencionados precedentemente y a la humanización de las penas, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta se encuentra conforme a derecho.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dieciocho de mayo de dos mil once, obrante a fojas quinientos cuarenta y dos, en el extremo que condenó a Roger Willian Villantoy Ruiz como autor del delito contra la administración Pública, en la modalidad de colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de Marcas, y le impuso dos años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que al respecto contiene.

II. **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a Roger Willian Villantoy Ruiz como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; en consecuencia: **DISPUSIERON** se proceda con la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del aludido encausado generados como consecuencia de la tramitación del citado delito y, posteriormente se archive definitivamente el proceso respecto al delito de peculado; y los devolvieron.– Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.

008 Colusión: Sujeto activo solo es el funcionario con cargo y capacidad de decisión directa de la contratación

No cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; en dicho contexto, se advierte que los encausados carecieron de cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, ya que no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos, por lo que su absolución resulta conforme a ley.

Recurso de Nulidad Nº 1105-2011-ICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 22 de agosto de 2012

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, contra la sentencia absolutoria de fojas mil cincuenta y nueve, del veintidós de junio de dos mil diez, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la Procuraduría Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, en su recurso de nulidad de fojas mil setenta y cuatro estima que no se compulsó el Informe Especial número 057-IE-25-2002-02-0309, de auditoría interna, el mismo que tiene carácter de prueba preconstituida y no fue considerado como tal, además de manera indebida no se aplicaron las normas establecidas para reparar y entregar como parte de pago una capilla de propiedad de la Beneficencia, sin embargo el Comité de Altas y Bajas aprobó ese procedimiento en su sesión de directorio; en tanto el Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas mil noventa y tres alega que las declaraciones de José Cecilio Huasasquiche De La Cruz, Jefe de la Oficina de Control Patrimonial y la de Roberto Alcides Hostia Flores, Jefe de Abastecimiento, resultan relevantes al dar cuenta que de manera exprofesa se favoreció a la Empresa del señor Acuña, transgrediéndose los procedimientos para otorgar la buena pro con la anuencia de Elena Isabel Cabrera Pacheco, Gerente de

la Beneficencia, reproduciendo su acusación fiscal que obra en autos, razones por las que considera se declare la nulidad de la sentencia impugnada, considerando que en el proceso no se ha realizado una adecuada valoración de la prueba acopiada. **SEGUNDO.-** Que conforme los términos de la acusación fiscal de fojas quinientos diecisiete se imputa a los acusados Elena Isabel Cabrera Pacheco (Gerente), Roberto Alcides Hostia Flores (Jefe de Abastecimiento), Miguel Ángel Vásquez Escote (Jefe de la Unidad de Proyectos y Obras), César Augusto Díaz Quispe (Jefe de Asesoría Legal), Lucio Orlando De La Cruz Chacaliaza (Miembro del Comité de Altas y Bajas), José Cecilio Huasasquiche De La Cruz (Jefe de la Oficina de Control Patrimonial) y Gustavo Javier Villaizan Robles (Miembro del Directorio y Miembro del Comité de Adquisiciones), haber incurrido en el delito de colusión desleal, sustentado en el Informe número 057-IE-25-2002-02-0309, Informe Especial sobre irregularidades en la Beneficencia Pública de Ica; que, con fecha veintitrés de agosto de dos mil uno, se entregó a la Fábrica de Ataúdes y Capillas Acuña S.R.L., de propiedad de Dionisio Acuña Terrones, dos capillas de primera con sus respectivos accesorios, sin contar previamente con el informe que sustente la necesidad de servicio, siendo el caso que una de las capillas de primera con código número 396429370003 (valorizada en S/. 12,668.24 nuevos soles) fue entregada en parte de pago (cotizándose en setecientos dólares), por la adquisición de un juego de capilla modelo americano, valorizado en la suma de S/. 7,000.00 nuevos soles, y la capilla restante entregada para su reparación e implementación se había cotizado el servicio en S/. 3,150.00 nuevos soles; teniéndose que con fecha veintidós de setiembre de dos mil uno, es decir, posteriormente, recién se requiere la adquisición de un juego de capilla modelo americano nuevo y la reparación de la capilla de primera, esto sin contar previamente con el informe que exponga las razones técnicas para realizar dicha operación; con posterioridad, con la finalidad de convalidar la disposición de los bienes se llevó a cabo un proceso simulado de adjudicación de servicio, siendo que el Comité Especial de Adquisiciones de Bienes, Prestaciones y Contrataciones de Servicios y Adjudicaciones, integrado por los procesados Elena Isabel Cabrera Pacheco (Gerente), Roberto Alcides Hostia Flores (Jefe de Abastecimiento), Miguel Ángel Vásquez Escate (Jefe de la Unidad de Proyectos y Obras), César Augusto Díaz Quispe (Jefe de Asesoría Legal), y Gustavo Javier Villaizan Robles, otorgaron en evidente proceso simulado la buena pro a la referida empresa de ataúdes, admitiéndose como postores a las empresas Fundesa y Fundición Artesanal Flores, cuyas razones sociales no existen, por lo cual se llevó a cabo sin la verificación correspondiente, todo ello con la finalidad de favorecer a la

Empresa Acuña, así como que dichos contratos fueron suscritos en forma irregular, es decir, ambos actos irregulares se llevaron a cabo después de cuarenta y siete días de haberse hecho la entrega física de las dos capillas, imputándoseles a los citados procesados el delito de colusión. **TERCERO.-** Que, el delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la "concertación", que consiste en ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse así mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública; que el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. **CUARTO.-** Que, del examen de los actuados se tiene que la imputación formulada a los citados acusados ha sido de manera genérica en relación al conjunto de hechos de naturaleza colusoria que habrían ocasionado perjuicio económico a la entidad agraviada, dicho relato no discrimina las conductas realizadas por cada uno de los implicados, desde esta perspectiva solo se sustenta en el informe número 057-IE-25-2002-02-0309, Informe Especial de auditoría interna de la Beneficencia pública sobre irregularidades en la Beneficencia Pública de Ica –fojas ciento noventa–, a efecto de poder evaluar la conducta que se atribuye a cada uno de los acusados y determinar su grado de participación en los ilícitos denunciados. **QUINTO.-** Que, es de puntualizarse que los integrantes del Comité Especial de Adjudicación de la Beneficencia Pública fueron designados mediante Resolución número 129-2001-SBI/P de fecha once de setiembre de dos mil uno –fojas ciento treinta y dos–, presidida por Elena Isabel Cabrera Pacheco, como secretario Roberto Alcides Hostia Flores, y como miembros César Augusto Díaz Quispe, Miguel Ángel Vásquez Escate y Gustavo Javier Villaizan Robles. **SEXTO.-** Que, es importante resaltar que se ha llegado a determinar que se entregaron las dos capillas de primera para su reparación por disposición verbal de la Gerente Elena Isabel Cabrera Pacheco sin informe técnico que lo sustente, se hizo intervenir a las empresas Función Artesanal Flores y Fundesa, cuya razón social de la primera no existe y la segunda no tenía el giro comercial para el que fuera convocado, entre otras irregularidades administrativas, y que si bien se han transgredido los procedimientos administrativos, que por lo demás se acredita en autos que fueron investigados y sancionados en sede administrativa –fojas doscientos cuarenta y cuatro–, sin embargo no se acreditó un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada. **SÉTIMO.-** Que asimismo para efectos de la configuración del delito de colusión, también se requiere que se acredite la concurrencia de otros dos elementos objetivos: a) el acuerdo colusorio con los interesados y, b) el perjuicio

patrimonial del Estado. En el primer caso es posible que se acredite mediante prueba directa o indirecta; en el segundo caso, es necesario que se acredite esencialmente mediante prueba directa, que suele estar sustentado por medio de un informe pericial. **OCTAVO.-** Que, en este sentido con relación al perjuicio patrimonial, ello tampoco se acreditó pues el citado Examen Especial de la Oficina de Auditorio Interna del Inabif –fojas ciento noventa– concluyó en que se ocasionó al Estado un perjuicio ascendente a S/. 22,818.24 nuevos soles, sin embargo este monto no concuerda con los posteriores informes periciales, en razón a que estos últimos solamente comprenden el perjuicio ocasionado por la transacción irregular de las capillas ardientes relevantes para el presente caso imputado; a) se tiene el Informe Pericial Judicial –fojas setecientos dieciséis–, que estableció respecto a las dos capillas: i) Se adquirió una capilla modelo americano que se valorizó en S/. 9,450.00 nuevos soles, siendo pagado de la siguiente manera: con S/. 7,000.00 nuevos soles en efectivo y con la entrega en parte de pago de una capilla ardiente (antigua) con Código número 396429370003 (valorizada en libros en S/. 12,668.24) que fue cotizada en $ 700.00 dólares americanos o 2,450.00 nuevos soles; indicaron los peritos que el valor actualizado de esta capilla antigua fluctuaba entre S/. 2,022.40 a S/. 2,528.00 –fojas setecientos veinticinco–; ii) la segunda capilla ardiente entregada para su reparación e implementación tuvo un costo de S/. 3,150.00 nuevos soles; sin embargo mediante Ejecutoria Suprema –fojas ochocientos cincuenta y nueve– se declaró nula la sentencia anterior –fojas ciento noventa y nueve– ordenando se lleve a cabo un Informe pericial contable ampliatorio –fojas mil tres–, en el cual precisó que si bien en el Informe Judicial anterior había concluido que existió un perjuicio patrimonial por sobrevaloración que ascendió a S/. 1,600.00 nuevos soles sin embargo, se arribó a esa conclusión teniendo como precio referencial en el mercado de una capilla nueva "estándar" y no a la de un Modelo Americano Octogonal Iluminada total como fue el modelo de la capilla nueva, de lo que se concluye que se trata de un modelo más caro que el considerado por el peritaje; siendo así, rectificaron su opinión pericial anterior pues tampoco tuvieron a la vista los modelos de las capillas –fojas mil diez y mil once–, desestimándose la aludida sobrevaloración, que en cuanto a la capilla ardiente que se dio en parte de pago, las peritos concluyeron que tenía un valor fluctuante entre S/. 2.022.40 a S/. 2,528.00 en el año dos mil uno, y que se encontraba dentro de los parámetros el valor por el cual fue entregada en parte de pago de S/. 2,450.00 nuevos soles, en consecuencia no existe perjuicio patrimonial a la entidad. **NOVENO.-** Que, de otro lado se tiene que en el proceso de adquisición y contratación que se imputa simulado y que es objeto de proceso penal se

tiene de las actas –fojas trescientos treinta y nueve– y del cuadro comparativo de cotizaciones de fojas trescientos cuarenta y cuatro, que los procesados Miguel Ángel Vásquez Escote y Gustavo Javier Villaizan Robles no intervinieron en dicho proceso de contratación, conforme también lo han referido en el acto oral –fojas novecientos sesenta y cuatro y novecientos ochenta y tres– señalando que no se les informó del proceso de adquisición; por lo que quedan descartadas sus participaciones en los hechos imputados; no siendo suficiente, para sustentar una condena, la incriminación primigenia de la Comisión Auditora respecto a Vásquez Escate que este tenía pleno conocimiento de las decisiones adoptadas por dicho comité, aceptando dicho órgano contralor que este no intervino en el proceso de contratación cuestionado y que tampoco participó en el otorgamiento de la buena pro, lo mismo ocurre con Villaizan Robles, ya que el órgano de control consiente en que este no participó en el proceso de contratación, pero que al haber aprobado dichas actividades de contratación en sesión de Directorio de fecha dieciocho de octubre de dos mil uno, donde intervino como Director, y que por tratarse de la única persona que integró el Comité Especial de Adquisiciones, con su silencio indujo a error al Directorio; esta imputación no puede configurar en lo absoluto el delito instruido y que es materia de juzgamiento, que como ya se expuso requiere que el funcionario o servidor público participe en razón de su cargo en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante. **DÉCIMO.-** Que, dentro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, en dicho contexto, se advierte que los encausados José Cecilio Huasasquiche De La Cruz (Jefe de la Oficina de Control Patrimonial) y Luis Orlando De La Cruz Chacaliaza (Miembro del comité de Altas y Bajas), no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos y de las versiones de estos en el acto oral –fojas ciento sesenta y novecientos sesenta y cuatro–, por lo tanto, al carecer del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, los referidos encausados no reúnen los presupuestos para ser considerados sujetos activos del delito de colusión; siendo así, en cuanto a estos acusados la absolu-

ción resulta conforme a ley. **DECIMOPRIMERO.-** Que, en dichas circunstancias no se acreditó fehacientemente la responsabilidad penal de los procesados Elena Isabel Cabrera Pacheco, Roberto Alcides Hostia Flores, Miguel Ángel Vásquez Escate, César Augusto Díaz Quispe, Lucio Orlando De La Cruz Chacaliaza, José Cecilio Huasasquiche De La Cruz y Gustavo Javier Villaizan Robles, comprendidos en mérito del Informe Especial de auditoría interna número 057-IE-25-2002-02-0309, aunado a la coherente y uniforme negativa de los procesados en los hechos juzgados, que, en este sentido, más allá de las infracciones a las normas extrapenales que regulan la administración de bienes públicos descritas en el citado informe, en autos no se acreditó una conducta de concertación y el perjuicio efectivo que debe existir para una vinculación objetiva del delito de colusión, hecho sobre el que no es posible sustentar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado. **DECIMOSEGUNDO.-** Que, es menester indicar que el aludido informe no determina la responsabilidad o irresponsabilidad de los encausados, siendo que el juzgador tiene la libertad para evaluar todos los medios probatorios actuados durante el proceso sin que estos tengan asignados un valor predeterminado, lo que al final lo lleva a una conclusión; que en el presente caso las imputaciones formuladas no han sido corroboradas con pruebas idóneas que determinen la comisión del delito denunciado ni la responsabilidad penal de los encausados por lo que la absolución se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cincuenta y nueve, del veintidós de junio de dos mil diez, que absolvió a Elena Isabel Cabrera Pacheco, Roberto Alcides Hostia Flores, Miguel Ángel Vásquez Escate, César Augusto Díaz Quispe, Lucio Orlando De La Cruz Chacaliaza, José Cecilio Huasasquiche De La Cruz y Gustavo Javier Villaizan Robles, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión ilegal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

009 Colusión: Delito de resultado según la jurisprudencia

La ley número veintiséis mil setecientos trece, que modifica el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que era la norma aplicable al caso concreto, pues era la vigente en la fecha de los hechos, sancionaba al "funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en el que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de quince años", sin embargo, el elemento típico "defraudar" resultaba discutible, en la medida que no se encuentra expresamente indicado en la norma, surgiendo aquí dos posiciones, una que indicaba que el ilícito se consumaba simplemente con la sola concertación, sin necesidad de plasmación del perjuicio económico; de otro lado, la segunda posición sostenía que este delito es uno de resultado, de manera tal que no basta la sola concertación para perjudicar los intereses del Estado, sino que esa conducta debe traer consigo un perjuicio económico, empero, la jurisprudencia nacional se ha adherido a esta última lógica interpretativa, calificándola con la terminología "perjuicio potencial", que en definitiva será el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal.

Recurso de Nulidad Nº 2264-2011-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 7 de agosto de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior y el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de El Alto, contra la sentencia de fecha veinte de junio de dos mil once, de fojas ochocientos ochenta y siete, que absolvió de la acusación fiscal a Manuel Agustín Muñoz Castillo, Ricardo Félix Palacios Núñez, Eduardo Tequen Gonzáles, Jorge Luis Herrera Atoche, Jim Henry Merino Merino y Floro Canales Flores, como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado doloso

y colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Alto y el 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 representante del Ministerio Público como el Procurador Público, mediante escritos de fojas novecientos siete y novecientos veinte, respectivamente, coinciden en señalar que el Tribunal Superior no ha valorado la ampliación de la pericia contable que obra a fojas setecientos cincuenta y cinco, a que concluye que la liquidación presentada por la Empresa Serico Sociedad Anónima, fue la misma que presentó Conata el quince de octubre de dos mil uno, con una deuda actualizada al quince de diciembre de dos mil, esto es, se le canceló en forma indebida por un trabajo que ya había sido ejecutado, limitándose a transcribir y plagiar; agregan, que para la configuración del delito de colusión no es necesario que exista perjuicio económico, siendo suficiente la simple concertación en el otorgamiento de una licitación a quien ilegalmente no le corresponde, el cual se encuentra ligado el bien jurídico protegido que no es precisamente el patrimonio, sino el correcto desempeño del funcionario público en las contrataciones y actos similares.

SEGUNDO: Que, se les atribuye a los procesados Manuel Agustín Muñoz Castillo, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad de El Alto, Ricardo Félix Palacios Núñez, ex administrador, Eduardo Tequen Gonzáles, Jefe de Rentas, Jorge Luis Herrera Atoche, exJefe de Rentas, Jim Henry. Merino Merino, exAsesor Legal y Floro Canales Flores, representante de la Empresa Serico, haber obtenido provecho económico, durante la contratación de una empresa para establecer la deuda tributaria que la Empresa Petróleos del Perú tendría con la Municipalidad agraviada que presumiblemente era de S/. 18’401,671.05, posteriormente, aduciendo inconsistencias se contrata a la Empresa Gomenzay’s Sociedad Anónima a fin de que realice dicho trabajo, estableciendo que la deuda tributaria asciende a la suma de S/. 100’543,975.05 nuevos soles, siendo desechada también esta liquidación y se contrata a la empresa Serico, la misma que en un mes brinda hasta tres sumas diferentes, irregularidad que es percibida por la Contraloría General de la República; finalmente, la deuda se ha establecido en S/. 617,509.96 nuevos soles, infiriéndose que esta última cantidad resulta manifiestamente desproporcionada y perjudicial, no obstante, sobre esta última suma se arribó a un acuerdo conciliatorio entre

la Municipalidad y la Empresa Petróleos del Perú. De otro lado, se sindica directamente la responsabilidad del funcionario Jim Henry Merino Merino, pues con su informe se llegó al acuerdo lesivo a la entidad edil; del mismo modo se atribuye responsabilidad penal a Floro Canales Flores, como representante de la Empresa Serico Sociedad Anónima, el mismo que evaluó las liquidaciones.

TERCERO: Que, el objeto de la tutela penal en el delito de Colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios.

CUARTO: Que, el delito en mención por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado; que a este respecto, cabe precisar, que el representante del Ministerio Público sustentó su imputación en la acusación fiscal escrita de fojas quinientos treinta y dos, básicamente en los siguientes términos "(...) aprobando también el acta de transacción extrajudicial con Petroperú Sociedad Anónima, por S/. 617,509.96 nuevos soles, monto bastante inferior a los anteriormente señalados, de lo que se colige que ha existido una concertación de voluntades con la finalidad de beneficiarse personalmente, con el consiguiente perjuicio de la entidad agraviada, por montos de dinero bastantes importantes (...)", consecuentemente, de esta premisa se infieren dos situaciones, la primera, referida a que no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación entre funcionarios ediles y los representantes de la empresa Serico, empero, la segunda, nos revela que propiamente no subsiste una atribución referida al delito de peculado doloso.

QUINTO: Que, el bien jurídico protegido en el delito de Peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado

de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los procesados, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del estado (Municipalidad Distrital de El Alto) a la esfera de dominio personal de los funcionarios públicos o de un tercero, debido los medios probatorios, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión, ello implica, la existencia de ciertos presupuestos elementales que debe tener presente el juzgador para cerciorarse de la responsabilidad del autor del delito. En dicho entendido y como se ha mencionado precedentemente, propiamente no existe una atribución sustentada en una apropiación de dinero, contrariamente a ello, la imputación formulada contra los procesados se refiere a una presunta concertación y favorecimiento al representante legal de la empresa Serico Sociedad Anónima en la contratación de servicios de fiscalización tributaria; que siendo así, no se observa los presupuestos constitutivos del delito de peculado.

SEXTO: Que, la ley número veintiséis mil setecientos trece, que modifica el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que era la norma aplicable al caso concreto, pues era la vigente en la fecha de los hechos, sancionaba al "funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en el que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de quince años", sin embargo, el elemento típico "defraudar" resultaba discutible, en la medida que no se encuentra expresamente indicado en la norma, surgiendo aquí dos posiciones, una que indicaba que el ilícito se consumaba simplemente con la sola concertación, sin necesidad de plasmación del perjuicio económico; de otro lado, la segunda posición sostenía que este delito es uno de resultado, de manera tal que no basta la sola concertación para perjudicar los intereses del Estado, sino que esa conducta debe traer consigo un perjuicio económico, empero, la jurisprudencia nacional se ha adherido a esta última lógica interpretativa, calificándola con la terminología "perjuicio potencial", que en definitiva será el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal dado que el caso submateria sucedió durante la vigencia de la mencionada disputa. Lo cierto es que tal discusión

se mantuvo con encono hasta la expedición de la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, de fecha veintiuno de julio de dos mil once, que puso final a esta cuestión, pues ahora se sanciona tanto la "concertación" como "el perjuicio".

SÉTIMO: Que, en el caso concreto no existe ningún elemento de juicio que genere convicción sobre evidencias de una afectación potencial al patrimonio estatal, menos aún, elementos que demuestren la concertación; y si bien el Tribunal Superior sí valoró las conclusiones de los dictámenes periciales que se practicaron conforme consta del considerando seis punto tres de la recurrida, también lo es que el dictamen ampliatorio de la pericia contable de fojas setecientos cincuenta y cinco, en ninguno de sus extremos concluye por la existencia de un posible perjuicio económico, pues solo se limita a señalar textualmente en su tercera conclusión "El veinticinco de octubre de dos mil uno, la Empresa Serico S.A. presenta su tercera liquidación por un monto bruto de S/. 1'328,051.32 nuevos soles, sin ningún sustento técnico que acredite tal trabajo, presentando los mismos cuadros que presentó Conata el quince de octubre de dos mil uno, con una deuda actualizada al quince de diciembre de dos mil, cobrando por tal trabajo S/. 109,229.26 nuevos soles", esto es, se cuestiona un posible plagio del examen realizado por las autoridades de Conata, pero en rigor, no subsiste un perjuicio, toda vez, que los resultados del examen de fiscalización tributaria por un mismo lapso de tiempo arroja un mismo resultado, entonces ¿dónde se encuentra el favorecimiento para reducir la deuda tributaria?, que nos haga inferir una concertación ilegal. En el contexto antes acotado, sin duda alguna podemos colegir que no se evidencia perjuicio económico potencial como tampoco indicios de un acuerdo confabulatorio entre los funcionarios ediles y los funcionarios de la Empresa Petróleos del Perú, pues finalmente dicha persona jurídica sería la única beneficiada con una posible reducción de la deuda tributaria, máxime, cuando el titular de la acción penal, no ha mencionado ¿en qué consistiría la presunta concertación? o ¿de qué forma se habría llevado a cabo esta?, y por lo demás, tampoco podría inferirse un acuerdo entre los funcionarios ediles y el representante de la Empresa Serico, pero para su contratación de un servicio de determinación tributaria que no iba a realizar sino a plagiar de un organismo estatal como es el Conata, con previo y expreso conocimiento y asentimiento de los funcionarios de la Municipalidad agraviada, sin embargo, además de que tampoco existe prueba al respecto, no fue materia de la acusación fiscal, por tanto, la imputación por el delito de

colusión tampoco ha sido demostrada, coligiéndose que lo resuelto por el Tribunal Superior resulta conforme a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de junio de dos mil once, de fojas ochocientos ochenta y siete, que absolvió de la acusación fiscal a Manuel Agustín Muñoz Castillo, Ricardo Félix Palacios Núñez, Eduardo Tequen Gonzáles, Jorge Luis Herrera Atoche, Jim Henry Merino Merino y Moro Canales Flores, como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado doloso y colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Alto y el Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

010 Colusión: Concertación, relación funcional y perjuicio patrimonial del Estado como presupuestos del delito

No se ha acreditado la relación funcional a través de suscripción de contratos, así como de perjuicio patrimonial del Estado y tampoco la concertación entre los funcionarios y la empresa contratada en el proceso de selección, por lo cual no se configura el delito.

Recurso de Nulidad Nº 1533-2011-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 13 de junio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior; con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

DECISIÓN CUESTIONADA:

Lo es la sentencia de los folios dos mil novecientos setenta y dos a tres mil cincuenta y cuatro, de treinta y uno de enero de dos mil once, que absolvió a don Luis Enrique Samalvides Santillana, don Luis Marlon Ponce Córdova, doña Rosario Emperatriz De la Cruz Tapia, don Hugo Rubén Montero Paucarchuco, doña Milagros Poma Palomino, don Oscar Mendoza Socualaya, don Antenor Edgar Cañari Huanta, don Alberto Ccente Lulo, don Gonzalo Moisés Galván Astete, don Serafín Ambrosio Ramos, don Jesús Mesías Bonilla Cairo, don José Calixto Gavino, don Lucio Ochoa Cárdenas, don Rolando Tapia Lazo, don Germán Samuel Lazo Cerrón, don Fred Magno Huaylinos Vílchez, don Fernando Torres Suárez, don José Cuadros Bollón, doña Nila Asto Gutarra, don Roberto Palomino Torres, don Apolonio José Arango Morote, don Richard Delgado Torres y don Gerardo Litto Rojas Choca, de la acusación fiscal por los delitos contra la administración pública, en el tipo de colusión ilegal y contra la fe pública, falsificación de documentos en general, en agravio de la Municipalidad de El Tambo y del Estado.

FUNDAMENTO DEL RECURSO DE NULIDAD:

2.1. Señor Fiscal Superior recurre a esta instancia Suprema manifestando su disconformidad con la sentencia absolutoria, alegando que el Colegiado Superior no ha efectuado una debida apreciación de los hechos ni ha compulsado adecuadamente la prueba actuada, por ende dicho pronunciamiento adolece de debida motivación.

2.2. Añade que de las pruebas actuadas se acredita que los encausados, en su calidad de funcionarios de la Municipalidad Provincial de El Tambo, se coludieron ilegalmente con los directivos de la empresa "DICSEG del Centro" Empresa Industrial de Responsabilidad Limitada, adjudicándoles la buena pro en los diversos procesos de selección y contratos de alquiler de diversas maquinarias pesadas.

2.3. Asimismo, sostiene que su Ministerio ha aportado suficientes medios probatorios que acredita que los procesados adulteraron distintos documentos en las cotizaciones, a fin de favorecer a dicha empresa; argumentos por los cuales pretende se declare nula la sentencia y se lleve a cabo un nuevo juzgamiento.

OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL:

En el dictamen de los folios ochenta y cinco a noventa y tres del cuaderno, el señor Fiscal Supremo en lo Penal propone se declare no haber nulidad en la sentencia recurrida en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS TEMPORAL DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

Conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios tres mil cincuenta y cinco y tres mil cincuenta y seis, consultado que fue el señor Fiscal Superior respecto del fallo, manifestó su disconformidad impugnando en dicho acto, recurso que fundamentó mediante escrito de los folios tres mil ochenta a tres mil ochenta y cuatro, de nueve de febrero de dos mil once, por lo que se halla dentro del plazo legal establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo

número novecientos cincuenta y nueve. En tal sentido cumple con el requisito temporal para su procedencia.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta que los hechos imputados se extienden al periodo dos mil uno-dos mil dos y estando a la imputación penal tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal; y en atención a lo previsto en los artículos ochenta y ochenta tres último párrafo del Código Penal a la fecha, la acción penal en cuanto a este ilícito se encuentra vigente.

TERCERO: SÍNTESIS DEL *FACTUM*

Conforme a la acusación fiscal de los folios mil cuatrocientos ochenta ocho a mil cuatrocientos ochenta y nueve, se imputa a don Luis Enrique Samalvides Santillana, ex Director de Desarrollo Urbano, doña Rosario Emperatriz De la Cruz Tapia, ex jefa de División de Obras, don Hugo Rubén Montero Paucarchuco, ex jefe de Abastecimientos, doña Milagros Poma Palomino, ex jefa de Abastecimientos, don Oscar Mendoza Socualaya, ex jefe de Abastecimientos, don Antenor Edgar Cañari Huanta, ex jefe de Adquisiciones, don Alberto Ccente Lulo, ex jefe de Adquisiciones, don Gonzalo Moisés Galván Astete, ex jefe de Adquisiciones, don Serafín Ambrosio Ramos, ex jefe de Adquisiciones, don Jesús Mesías Bonilla Cairo, ex residente de Obra, don José Calixto Gavino, ex residente de Obra, don Lucio Ochoa Cárdenas, ex residente de Obra, don Rolando Tapia Lazo, Emperatriz De la Cruz Tapia, ex jefa de División de Obras, don Hugo Rubén, ex residente de Obra, don Germán Samuel Lazo Cerrón, ex controlador de máquina, don Fred Magno Huaylinos Vílchez, ex controlador de máquina, don Fernando Torres Suárez, ex jefe de División de Obras, don José Cuadros Ballón, ex residente de Obra, doña Nilo Asto Gutarra, ex residente de Obra, don Roberto Palomino Torres, ex Residente de Obra, don Apolonio José Arango Morote, ex residente de Obra, don Richard Delgado Torres, ex residente de Obra y don Gerardo Litto Rojas Choca, ex residente de Obra; funcionarios de la Municipalidad Distrital de El Tambo, los siguientes hechos:

i) Haber adjudicado ilegalmente la buena pro en diversos procesos a la empresa DICSEG del Centro Empresa Individual de Responsabilidad Limitada por alquiler de maquinaria pesada por la suma de ciento veintiocho mil doscientos veintidós nuevos soles con veinticinco céntimos, y para tal efecto hicieron aparecer supuestas cotizaciones de las empresas "Trans-

porte Regina Sociedad Anónima", "JS Transportes Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", "T y T Sociedad Anónima Cerrada", "Cartellone del Perú Sociedad Anónima" y "Transporte Industrial del Centro-TRAINSA", las que hicieron aparecer solo para completar la terna postora exigida por ley.

ii) De la verificación del cuadro de cotizaciones de folio doscientos dieciséis, se evidencia que solo se hizo una cotización y otras fueron adulteradas, lo que acreditaría el concierto colusorio.

iii) Se encontró duplicidad de partes diarios de labor efectuada por una máquina en obras distintas y a la misma hora con firma que no corresponden a los operadores, así como falsas cotizaciones supuestamente presentadas por empresas postoras, evidenciándose haber falsificado dichos documentos.

iv) Además, realizado el cruce de información de los partes diarios, se ha determinado pagos por horas/máquina no trabajadas a favor del contratista, por la suma de sesenta y ocho mil cincuenta y seis nuevos soles con veinticinco céntimos en perjuicio de la Municipalidad Distrital de El Tambo.

CUARTO: SUSTENTO NORMATIVO

4.1. El artículo once punto uno de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

En concordancia con lo señalado precedentemente, el artículo dos, inciso veinticuatro de la Constitución Política del Perú, establece que: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado, artículo uno de la Constitución), así como en el principio *pro homine*.

4.3. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

4.4. El artículo doscientos ochenta y cuatro del mismo Código regula el contenido de la sentencia absolutoria, que deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que este no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad.

QUINTO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

5.1. El Tribunal Constitucional en el expediente número cero cero diez –dos mil dos– Al/TC (fundamento jurídico cuarenta y cinco) estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose por tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

5.2. El presente proceso se originó en mérito al Informe Especial número doscientos noventa y dos –dos mil tres– CG/ORHU, resultante del Examen especial efectuado a la Municipalidad Distrital de El Tambo, periodo enero dos mil uno-diciembre dos mil dos, practicado por la Contraloría General de la República, que obra de folio uno al veintiuno en el cual se concluye que los encausados funcionarios de la Municipalidad agraviada se habrían coludido con los representantes de la empresa DICSEG del Centro EIRL, en los distintos procesos de selección.

5.3. Sin embargo, respecto de los encausados Samalvides Santillana y Ponce Córdova, exDirectores de Desarrollo Urbano y exJefe de División de Obras, respectivamente; así como los exjefes de División de Obras Torres Suárez y de la Cruz Tapia, esta última además presidente de obra, los ex jefes de Adquisiciones Cañari Huanta, Ccente Luyo, Galván Astete y Ambrosio Ramos; los controladores de Maquinarias Huaylinos Vílchez y Lazo Cerrón; los residentes de obra Bonilla Cairo, Calixto Gavino, Tapia Lazo, Cuadros Bollón, Asto Gutarra, Palomino Torres, Arango Morote, Delgado Torres y Rojas Choca, no se ha acreditado en autos la relación funcional específica exigida por el tipo, esto es que los citados encausados hayan tenido la facultad o capacidad de representación e idoneidad para vincular jurídicamente a la Municipalidad de El Tambo, sea a través de contratos u otros actos jurídicos; siendo que el solo hecho de haber dado

la conformidad a los informes emitidos, no constatar el servicio o trabajos prestados, o no constatar la veracidad de determinados documentos, no configura la hipótesis típica del delito de colusión ilegal.

5.4. Si bien en el caso de los encausados Montero Paucarchuco, Poma Palomino y Mendoza Socualaya, sí existió tal vinculación funcional, dado, que en sus calidades de entonces –Jefes de la Unidad de Abastecimientos–, estuvieron a cargo de llevar a cabo los procesos de selección y otorgamiento de la buena pro a la empresa DICSEG del Centro Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, tampoco se ha acreditado en la secuela de la instrucción como del juicio oral, que dichos encausados hayan participado en la elaboración o presentación de cotizaciones falsas con la finalidad de complementar la terna postora y favorecer a la citada empresa, por cuanto se ha establecido que las cotizaciones eran función del área de Adquisiciones, conforme lo reconocieron los procesados Cañar Huanta, Ccente Lulo, Galván Astete y Ambrosio Ramos en sus respectivas declaraciones instructivas y en el juicio oral.

5.5. Por lo demás, tampoco se ha evidenciado que los encausados últimamente nombrados, en razón de sus cargos hayan participado en actos de concertación defraudatoria con la empresa DICSEG del Centro EIRL, tanto más si según el Informe Pericial de los folios dos mil setecientos dieciséis a dos mil setecientos veinticinco, emitido por los peritos judiciales don Rolando Poma Camarena y don Víctor Agilberto Araujo Yachi, señalaron que no ha sido posible determinar si ha habido perjuicio o no en contra de la Municipalidad de El Tambo, toda vez que de la compulsa de los partes diarios de máquinas que han sido materia de observación, están contenidos en los comprobantes de pago y debidamente facturados y asignados a cada una de las obras por el importe de ciento veintiocho mil doscientos veintidós nuevos soles con noventa y cinco céntimos por la citada empresa.

5.6. En suma, la ausencia de relación funcionarial precedentemente expuesta y del resultado antijurídico que se requiere para la configuración normativa del delito de colusión ilegal, en cuanto a un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, desde un plano de estricta y eficiencia del normal funcionamiento de la administración, supuestos que incide en un juicio negativo de tipicidad penal, acorde con los elementos normativos con-

tenidos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, no se ha comprobado con suficiente solvencia probatoria, la participación de los citados encausados en una presunta concertación colusoria con los interesados, conforme a las exigencias normativas del tipo en mención.

5.7. Asimismo, en cuanto al delito contra la fe pública, referido a las cotizaciones falsas, que a decir del recurrente sirvieron para el desembolso de dinero en perjuicio de la Municipalidad de El Tambo, aludiendo a las empresas "Transportes Regina S.A.", "J.S. Transport EIRL", "T y T SAC", "Cartellone del Perú SAC" y "Transportes Industrial del Centro TRAINSA", es del caso precisar, si bien la veracidad de dichas cotizaciones ha sido negada por los propios representantes de las citadas empresas, sin embargo no se ha acreditado fehacientemente la participación de algún servidor del Área de Adquisiciones o de algún funcionario de la Municipalidad agraviada en la presentación de dichos documentos falsos que se les atribuye, fundamentos por los cuales se concluye que la sentencia elevada en grado se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, de conformidad con la opinión del señor Fiscal Supremo en lo Penal; los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

ACORDAMOS:

DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de los folios dos mil novecientos setenta y dos a tres mil cincuenta y cuatro, de treinta y uno de enero de dos mil once, que absolvió a don Luis Enrique Samalvides Santillana, don Luis Marlon Ponce Córdova, doña Rosario Emperatriz De la Cruz Tapia, don Hugo Rubén Montero Paucarchuco, doña Milagros Poma Palomino, don Oscar Mendoza Socualaya, don Antenor Edgar Cañari Huanta, don Alberto Ccente Lulo, don Gonzalo Moisés Galván Astete, don Serafín Ambrosio Ramos, don Jesús Mesías Bonilla Cairo, don José Calixto Gavino, don Lucio Ochoa Cárdenas, Rolando Tapia Lazo, don Germán Samuel Lazo Cerrón, don Fred Magno Huaylinos Vílchez, don Fernando Torres Suárez, don José Cuadros Bollón, doña Nila Asta Gutarra, don Roberto Palomino Torres, don Apolonio José Arango Morote, don Richard Delgado Torres, don Gerardo Litto Rojas

Choca, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en el tipo de colusión ilegal y contra la fe pública, falsificación de documentos en general, en agravio de la Municipalidad de El Tambo y del Estado. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

011 Colusión: Debe acreditarse el acuerdo colusorio

El Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, y aplicable por ultractividad de la Ley Penal por ser más favorable conforme al artículo seis del Título Preliminar de dicho Texto Legal, establecía que "(...) El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones lo suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años (...)", en tal virtud, para dictarse una decisión de condena debe acreditarse el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular que dio origen a la relación contractual u otro semejante.

Recurso de Nulidad Nº 2949-2011

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
AMAZONAS
Lima, 29 de marzo de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los sentenciados Pedro Castañeda Gallac y Pedro Cachay Huamán contra la sentencia condenatoria de fojas mil seiscientos cincuenta y seis, de fecha diecisiete de agosto de dos mil once; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el sentenciado Castañeda Gallac al fundamentar su recurso de nulidad a fojas mil setecientos cinco, señala que no se encuentra acreditado el delito que se le imputa, además, no existe ningún medio probatorio que acredite la existencia del concierto de voluntades entre el Alcalde y su persona; que su persona hizo llegar su proforma o cotización debido a la invitación que se le hizo, como se advierte de fojas ciento veinte; que no pudo entregar todas las cajas de leche "Pura Vida" por no contar con el stock suficiente, por lo que tras llegar a un acuerdo con la Municipalidad entregó en su reemplazo la leche "Gloria", la misma que resulta ser más cara, por ello es

que recién hizo entrega del producto el día tres de febrero de dos mil tres; que se debe tomar en cuenta que dada la poca preparación del Alcalde Cachay Huamán, aunado a que la zona es alejada de la capital y que no existen profesionales es por ese motivo que no se firmó ningún contrato; que no se ha realizado pericia contable o valorativa alguna mediante el cual se demuestre el monto presuntamente defraudado a la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán; que, por tanto, no se puede afirmar que su persona se haya beneficiado con dicha venta y menos se podría precisar cuál es el monto presuntamente defraudado, por el contrario, lo que sí está acreditado es que la leche llegó a su destino con un retraso de un mes y no de un año como falsamente lo señala la sentencia condenatoria, incluso llegó leche de mejor calidad que la inicialmente ofrecida. Que, por su lado el sentenciado Cachay Huamán al fundamentar su recurso de nulidad a fojas mil setecientos veinte, señala que cuando pretendió construir la cochera, lo hizo con la finalidad de dar un buen resguardo a la camioneta de la Municipalidad y lo hizo en un terreno que fue cedido en uso por parte de la Iglesia Adventista del Sétimo Día; que en autos no existen pruebas que demuestren con certeza que su persona se haya coludido con Pedro Castañeda Gallac a efectos de ganar la buena pro, por el contrario su persona participó en su calidad de Alcalde para verificar que gane el mejor postor y el menor precio; que participaron tres postores, siendo ganadora la empresa de Pedro Castañeda Gallac, esto es Inversiones "Mary", sin embargo, este no pudo entregar todas las cajas de leche "Pura Vida" por no contar con stock, lo que le comunicó a su persona, tras lo cual se llevó a cabo una sesión de Concejo, aprobándose que se cambie la leche "Pura Vida" por la leche "Gloria", entrega que se hizo el tres de febrero de dos mil tres; que entonces, no hubo ningún perjuicio económico, es más durante el proceso no se ha realizado ninguna pericia contable que demuestre fehacientemente si hubo algún perjuicio económico a la entidad edil; que, en consecuencia, se le debe absolver de los cargos formulados por el Ministerio Público. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio de fojas ochocientos noventa y seis, y la acusación complementaria de fojas mil cuatrocientos veintisiete, se atribuye a Pedro Cachay Huamán en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán (Amazonas) haber concertado ilegalmente para defraudar al Estado con el procesado Pedro Castañeda Gallac, el día trece de diciembre de dos mil dos, la adquisición de ciento dos cajas de leche marca "Pura Vida" para el Programa del "Vaso de Leche" y, a pesar de habérsele cancelado, dicho proveedor solo entregó treintiún cajas con cuarenta y dos unidades, entregando la cantidad restante recién el día tres de febrero de dos mil tres, pero reemplazando el producto por leche

de la marca "Gloria", sin embargo, el mencionado Alcalde para encubrir tal irregularidad hizo firmar los documentos de recepción a los agentes municipales Emiliano Gómez Pulce y Florencio Sánchez Valerín, haciendo aparecer como si hubieran recibido tales productos en el mes de diciembre de dos mil dos (delito de colusión); que, asimismo, se imputa al encausado Pedro Cachay Huamán haber construido con fondos municipales un garaje en un solar de propiedad de su madre, Luzmila Huamán Ángeles, ubicado en el jirón San Martín de Cohechán (Amazonas), sin embargo, con fecha posterior a la constatación de dicho hecho –tres de febrero de dos mil tres– presentó un documento suscrito presuntamente el día veintidós de agosto de dos mil dos, en el que hace aparecer a sus padres Grimaldo Cachay Gromas y Luzmila Huamán Ángeles como si hubieran donado dicho terreno a favor de la Iglesia Adventista del Sétimo Día, representada por Josué Pingus, Rogelio Grandez Huamán, Eymer Vilca Salazar y Máximo Yalta Chávez, además, el mencionado encausado presentó otro documento de fecha veintisiete de febrero de dos mil doce, en el que los Directivos de la referida Iglesia ceden en uso dicho solar a la citada Municipalidad para la construcción de un garaje, habiendo ocasionado a la entidad edil un perjuicio económico ascendente a la suma de trescientos setenta nuevos soles (delito de peculado). **TERCERO:** Que, toda sentencia condenatoria será el resultado de un análisis exhaustivo que el Juzgador debe efectuar, tanto de la prueba de cargo, como de la prueba de descargo que se haya podido recabar durante la tramitación de un proceso penal, seguido con todas las garantías del caso, pues solo de la debida contrastación de estas, que genere a su conclusión certeza en el Juzgador respecto a la responsabilidad del procesado y, por ende, el desvanecimiento del principio de presunción de inocencia, se puede arribar a tal decisión jurisdiccional. **CUARTO:** Que, en el presente caso, resultan ser materia de evaluación por el presente Tribunal Supremo, la sentencia expedida por el Colegiado Superior obrante a fojas mil seiscientos cincuenta y seis, de fecha diecisiete de agosto de dos mil once, la misma que consta de los siguientes extremos: i) la condena impuesta a los encausados Pedro Cachay Huamán y Pedro Castañeda Gallac por el delito de colusión desleal, en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán y ii) la condena impuesta a Pedro Cachay Huamán por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrito de Conila - Cohechán. **QUINTO:** Que, en cuanto al delito de colusión materia de imputación, el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, y aplicable por ultractividad de la Ley Penal por ser más favorable conforme al artículo seis del Título Preliminar de dicho Texto Legal, establecía

que "(...) El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años (...)", en tal virtud, para dictarse una decisión de condena debe acreditarse el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular que dio origen a la relación contractual u otro semejante, sin embargo, en el presente caso, no ha sido factible acreditar dicho elemento del tipo penal, en efecto, si bien el representante del Ministerio Público ha dejado establecido, que en lo concerniente a la compra que realizó la entidad edil al establecimiento del encausado Castañeda Gallac, para el programa del "Vaso de Leche", consistente en ciento dos cajas de leche "Pura Vida" a fin que sean repartidas en los diferentes anexos de dicha localidad, existió un retraso injustificado y que se habrían omitido las formalidades del caso, sin embargo, se debe precisar que la demora en la entrega del producto no puede ser imputable al encausado Pedro Cachay Huamán, quien era en dicho momento el Alcalde Distrital de Conila - Cohechán, tanto más, si no se advierte de autos que haya habido algún hecho notorio o acreditable que dé por cierta la colusión denunciada, en efecto, a fojas mil quinientos veinticinco y siguientes obran en copia fedateada las cotizaciones alcanzadas a la entidad municipal sobre las propuestas para dotar de dicho producto al programa mencionado, advirtiéndose que la ofertada por Castañeda Gallac resultaba ser la más beneficiosa, en tal sentido, al no haberse siquiera cuestionado por el Ministerio Público dichas instrumentales y al no haber aportado este material de prueba de cargo idóneo debe procederse a absolver a los encausados de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio en este extremo, toda vez que el cumplimiento tardío de la obligación asumida por el proveedor Castañeda Gallac no se encuentra dentro del presupuesto del delito de colusión, es más, al subsanar la demora este entregó un producto (leche "Gloria") que de por sí resulta ser más oneroso, en consecuencia, si bien se reconoce la existencia de un incumplimiento en la ejecución de la obligación asumida por el proveedor, ello debe investigarse y sancionarse, de ser el caso, en la vía administrativa correspondiente, no siendo el caso que se invoque la intervención del derecho penal, por ser este de última ratio. **SEXTO:** Que, en cuanto al delito de peculado que se le imputa al encausado Pedro Cachay Huamán, debe indicarse que el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, y aplicable por ultractividad de la Ley Penal por ser más

favorable conforme al artículo seis del Título Preliminar de dicho Texto Legal, señala que "(...) El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años (...)", en tal sentido, la imputación que se le efectúa en este extremo al citado encausado estriba en que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán ordenó la construcción de un garaje en un terreno de propiedad de su señora madre, lo que involucró la utilización de la suma de trescientos setenta nuevos soles, al respecto se debe indicar que no solo no se ha podido acreditar que el encausado se haya efectivamente beneficiado con tal acción –pues incluso como se advierte de lo actuado en el presente caso dicha construcción no se concluyó–, sino que existen elementos de prueba que demuestran que dicho terreno le pertenece a la entidad religiosa del "Sétimo Día", en efecto, si bien hay que reconocer que los documentos se expidieron y firmaron con posterioridad al inicio de los trabajos de construcción, como así lo han reconocido tanto el encausado, en su declaración instructiva de fojas seiscientos siete, como los representantes de la citada comunidad religiosa –Josué Pingus Cruz, Secretario de la Junta Directiva, a fojas seiscientos, Rogelio Grandez Huamán, Secretario de Actas, a fojas setecientos treinta y nueve, Máximo Yalta Chávez, Jefe de la Iglesia, a fojas quinientos cuarenta y Eymer Vilca Salazar a fojas quinientos cincuenta y cuatro–, sin embargo, ello de por sí no puede ser considerado como elemento de prueba de cargo que quebrante el principio de presunción de inocencia, pues no se ha demostrado por el representante del Ministerio Público, titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba, que en realidad la donación de terreno a la entidad religiosa haya sido ficticia; asimismo, resulta un elemento esencial en la estructura típica del delito de peculado, la apropiación o utilización de los caudales o efectos perteneciente al Estado, sin embargo, de lo actuado se advierte que no obra en autos la realización de pericia contable alguna que pueda servir para cuantificar el presunto perjuicio ocasionado a la entidad edil, en tal sentido, no se cumplen con las exigencias del tipo penal que puedan sostener de manera coherente y razonable la expedición de una sentencia condenatoria en este extremo, por tanto, de lo actuado en el presente caso –específicamente en este extremo–, surge duda razonable, la misma que en virtud al principio universal del *in dubio pro reo*, favorece al imputado, debiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. **SÉTIMO:** Que, finalmente, se debe indicar que a fojas treinta y siete del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia, obra el escrito de excepción de prescripción

incoado por la defensa del sentenciado Pedro Cachay Huamán por el delito de peculado, sin embargo, estando a lo resuelto en el presente pronunciamiento absolutorio carece de objeto emitir respuesta jurídica a dicho agravio. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil seiscientos cincuenta y seis, de fecha diecisiete de agosto de dos mil once, que condenó a Pedro Cachay Huamán y Pedro Castañeda Gallac por el delito contra la Administración Pública –colusión, así como al primero de los mencionados además, por el delito contra la Administración Pública– peculado doloso, ambos en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán, imponiéndoles a Cachay Huamán ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de tres años; asimismo a Castañeda Gallac seis años de pena privativa de libertad; fijaron en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar los precitados en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA: ABSOLVIERON** a los citados Pedro Cachay Huamán y Pedro Castañeda Gallac de los cargos contenidos en el Dictamen Acusatorio, en el caso del primero de los mencionados por los delitos contra la Administración Pública –peculado y colusión, y en el caso del segundo de los nombrados por el delito contra la Administración Pública– colusión, en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Conila - Cohechán; **ORDENARON** la inmediata libertad de los precitados Cachay Huamán y Castañeda Gallac, la misma que se llevará a cabo siempre y cuando no exista en contra de estos, mandato de detención emanado de autoridad judicial competente; oficiándose para tal efecto vía fax a la Sala Penal Superior de origen; y **DISPUSIERON:** el archivo definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en contra de los precitados absueltos como consecuencia del presente proceso; asimismo, estando a lo resuelto **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la excepción de prescripción planteada por la defensa de Cachay Huamán; y, los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

012 Colusión: Debe acreditarse el acuerdo colusorio

Si no existe vínculo alguno entre el alcalde y el vendedor del vehículo que pueda indicar o acreditar el acuerdo colusorio; al realizar la contratación sin ajustarse al procedimiento debido sin defraudar al Estado, solo comete una falta administrativa que debe verse en dicha vía.

Recurso de Nulidad Nº 2368-2011-CUSCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 9 de agosto de 2012

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Poroy –parte civil– contra la sentencia de fecha tres de junio de dos mil once, obrante a fojas mil cuatrocientos noventa y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la porte civil en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil quinientos veintiuno, alega que el informe de revisión contable de fojas diez tiene validez porque no fue tachado; que respecto de la compra del camión marca Hyundai, los procesados Francisco Toccas y Marcelino Mendoza son autores del delito de colusión porque han presidido e integrado respectivamente el comité de adquisición, no pudiendo participar el Alcalde y los Regidores –de la Comisión Especial– pues tienen función de dirección y fiscalización; que los referidos encausados otorgaron la buena pro sin que los postores hayan acreditado que tenían experiencia en la venta de vehículos a favor del Estado, habiendo comprado un vehículo de segundo uso, sin valorización económica ni pericia mecánica. Respecto al terreno de Estación Pampa, alega que se realizaron pagos y desembolsos mayores por menos metraje con fechas anteriores a la realización del contrato de compraventa del terreno, conforme está acreditado con el peritaje de parte; que el exalcalde compró un terreno pese a que no estaba presupuestado para su adquisición o compra en el plan anual de adquisiciones, por lo que es autor del delito de colusión.

Alega además, que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado Francisco Toccas en el delito de peculado doloso, por haber cobrado más de dos vacaciones truncas sin que existan razones de servicio justificado, no estando de acuerdo a ley el acta de sesión de Concejo que aprobó dicho otorgamiento, habiendo consumado el delito con la salida del patrimonio de la esfera de custodia del Estado. **SEGUNDO:** Que, según acusación fiscal, obrante a fojas mil sesenta y seis, se atribuye al encausado Francisco Toccas Quispe, cuando se desempeñaba como Alcalde del Distrito de Poroy, entre los años dos mil tres y dos mil seis, efectuó la compra de un vehículo camión Marca Hyundai, de fecha de fabricación del año mil novecientos noventa y seis, destinado al servicio de recojo de basura de la localidad, que era de propiedad de Guillermo Martín Hernando Millones, cuyo valor era de treinta y ocho mil sesenta nuevos soles, compra aprobada en sesión ordinaria de fecha ocho de mayo de dos mil tres, habiéndose formado un Comité Especial para la adquisición directa de menor cuantía, comisión conformada por el referido encausado Toccas Quispe –como presidente– Timoteo Sánchez Chira, Serapio Ccoto Toccas y Marcelino Mendoza Levita –como regidores– y Alejandro Palma Mendoza –como mecánico–, habiendo cancelado en su totalidad el valor del referido al vehículo, mediante cheque girado a la orden del Banco de la Nación emitido en la ciudad del Cusco el diecinueve de diciembre de dos mil tres, cuatro días antes de la celebración de la transferencia, lo que hace presumir la comisión del delito de colusión por parte del referido encausado, los miembros de la comisión y el vendedor del referido vehículo; se atribuye también al referido encausado, haber suscrito un contrato de compraventa de terreno con arras penitenciales de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, por dos mil nuevos soles, terreno que era de propiedad de la comunidad Nativa de Poroy, conducido por Inocencio David Oquendo Ortiz, fijándose la compra de todo el terreno por el precio de diez nuevos soles el metro cuadrado, siendo el total del área cinco mil ochocientos metros cuadrados, pero al efectuarse la medición, por peritos ingenieros civiles, el área total fue solo de cinco mil doscientos cincuenta y ocho punto cero dos metros cuadrados, presumiéndose que se habría pagado una suma mayor a la estipulada, existiendo indicios de la comisión del delito de colusión entre el Alcalde y el vendedor del terreno. Por último, se atribuye al referido encausado haber incurrido en delito de peculado, toda vez que, recibió pago de sus vacaciones truncas correspondientes a los periodos de gestión dos mil tres, dos mil cuatro, dos mil cinco y dos mil seis, sin tenerse en cuenta que por disposición de ley, las vacaciones anuales y remuneradas son obligatorias e irrenunciables y se pueden acumular hasta dos periodos y de común acuerdo

con la entidad; sin embargo, de las investigaciones se acreditó que hubo acuerdo previo solo para la acumulación de dos periodos por razones de servicio, no existiendo fundamento de pago para los otros periodos. **TERCERO:** Que, el delito de colusión tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al "Funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, justes, liquidaciones o suministros (...)" –debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de la comisión del referido delito–. Al respecto, este Tribunal Supremo considera pertinente, desarrollar algunas características nucleares para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal; así, i) Fundamento de Imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminen laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes). No obstante ello, esta exigencia formal de "funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación –las mismas que pueden concretizarse en a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin –cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio–, y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes– defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial", que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo (Vide GARCÍA CAVERO. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: Percy García Cavero y José Luis Castillo Alva "El delito de Colusión". Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos), presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo. ii) Naturaleza jurídica: de "lesión", pues no basta el simple acuerdo colusorio,

–base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad– puesto que exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial "defraude al Estado"; iii) La expectativa normativa protege: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública –en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos–. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública: bajo esta premisa, "defraudar al Estado" no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo, atento al principio de lesividad: artículo cuatro del Título Preliminar Código Penal –como peligro concreto, que se genera cuando el funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección o adquisición de bienes o servicios– acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido [GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página cuarenta y nueve], siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo. [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil dos, página doscientos ochenta y ocho]. **CUARTO**: Que, del material probatorio actuado se advierte que los encausados Francisco Toccas Quispe –en su condición de alcalde– y Marcelino Mendoza Levita –en su condición de regidor–, conforme Resolución de Alcaldía de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, obrante a fojas ochenta y uno, eran miembros del Comité Especial encargado del proceso de adjudicación directa de menor cuantía para la adquisición del vehículo motorizado para el transporte y recojo de desechos sólidos y materiales de construcción, apreciándose que la adjudicación directa selectiva número cero uno guión dos mil tres guión CE/MDP, obrante a fojas noventa y dos, tenía por objeto la adquisición del referido vehículo, situación que conllevó a que efectúen tres cotizaciones presentadas por distintos postores: la empresa automotriz "Santa María EIRL", por el monto de cuarenta y tres mil doscientos cincuenta nuevos soles, "Importaciones Melania espadín", por cuarenta mil nuevos soles y de José Guillermo Martín Hernando

Millones por un monto de treinta y ocho mil sesenta nuevos soles, conforme consta del cuadro comparativo, obrante a fojas setenta y cuatro; procediéndose a comprar el vehículo ofertado de menor costo para la institución y conforme los requisitos de compra establecidos en la convocatoria emitida por la Municipalidad Distrital de Poroy, obrante a fojas noventa y dos, no apreciándose en consecuencia un perjuicio patrimonial a la entidad que representaban los encausados –Municipalidad Distrital de Poroy– pues la adquisición se decantó por el vehículo de menor costo para la referida institución; si bien la parte civil alega que el vehículo era de segundo uso y que ello perjudica a la referida Municipalidad; sin embargo, los vehículos propuestos también eran de segundo uso –eran del año mil novecientos noventa–; lo cual resulta acorde a las reglas de la lógica, pues un vehículo nuevo tendría un costo muchísimo mayor al ofertado y hubiera sobrepasado las expectativas crematísticas de la referida Municipalidad; si bien la parte civil alega que la fecha en que se hizo entrega del dinero por la compra del vehículo –fojas setenta y seis– es del diecinueve de diciembre de dos mil tres, es decir, anterior a la presentación de propuestas, referidas en el cuadro comparativo de fojas setenta y cuatro –que precisa que estas fueron presentadas con fecha veintitrés de diciembre de dos mil tres–; sin embargo, dicho cuadro comparativo englobó las propuestas presentadas con el fin de compararlas, pero no precisa que las propuestas hayan sido presentadas en dicha fecha, máxime sino obra en autos material probatorio –las proformas– que acredite que dichas proformas fueron entregadas con posterioridad a la emisión de pago; lo cual es corroborado con la declaración del encausado Toccas Quispe, quien refirió en juicio oral, obrante a fojas mil ciento cincuenta, que la fecha de pago fue el día veintitrés y no el diecinueve de diciembre, precisando que se elaboró el cheque con anterioridad porque era fin de año y el tesorero lo había separado por cuestiones de orden y contabilidad; advirtiéndose que el comportamiento de los encausados Toccas Quispe y Mendoza Levita no se enmarca dentro de los presupuestos configurativos del delito de colusión, pues se advierte, que se hicieron las referidas cotizaciones, toda vez que, primero viajaron a la ciudad de Tacna a comprar el vehículo requerido, sin embargo, ante la ausencia de los requisitos previstos en dicha ciudad, viajaron a la ciudad de Lima, donde compraron el vehículo requerido por la Municipalidad, por encontrarse dentro de los estándares fijados en la convocatoria, obrante a fojas noventa y dos, conforme lo precisaron los encausados Toccas Quispe y Mendoza Levita en sus declaraciones a nivel de juicio oral –fojas mil ciento cincuenta y fojas mil ciento setenta y uno, respectivamente–: advirtiéndose, de acuerdo a las reglas de la lógica, que estos, si bien realizaron materialmente la

referida compulsa de precios, acorde a las normas establecidas para la adquisición de bienes para la referida Institución, no la plasmaron, en su momento, en cumplimiento de formalidad, por una cuestión de imposibilidad material, pues cotizaron precios en dos ciudades alejadas de la ciudad –Tacna y Lima– donde se ubica la Municipalidad a la cual representaban –Cusco–; en ese sentido, dicho cumplimiento no se ajusta a los marcos establecidos para la comisión del delito de colusión, máxime si no se acreditó vínculo alguno entre los encausados y el vendedor del vehículo que pueda indicar o acreditar el acuerdo colusorio; por ende, su comportamiento estaría ligado a una falta administrativa y debería ser ventilada en la referida vía, pues el Derecho Penal está caracterizado por ser un sistema de control social de última ratio que impone las consecuencias jurídicas más severas ante los comportamientos jurídicos más reprochables; en consecuencia, su utilización está condicionada a la ineficacia de los otros medios de control social. **QUINTO:** Que, respecto a la compra del terreno denominado "Estación Pampa", se advierte que el encausado Toccas Quispe, en representación de la Municipalidad Distrital de Poroy e Inocencio David Oquendo Ortiz, quien estaba autorizado a realizar dicha venta por Acuerdo de Asamblea General, suscribieron el contrato de compraventa de terreno con Arras penitenciales de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, en el que garantizó la venta del terreno por la extensión de cinco mil ochocientos metros cuadrados por el precio de cincuenta y ocho mil nuevos soles, a diez nuevos soles el metro cuadrado, comprometiéndose a formalizar la compraventa una vez que tenga plano de ubicación y perimétrico, motivo por el cual celebró el contrato de compraventa con fecha quince de noviembre de dos mil seis, obrante a fojas mil doscientos noventa y seis, verificándose en la declaración jurada de autovalúo, obrante a fojas mil trescientos sesenta y nueve, que el área el terreno es de cinco mil doscientos cincuenta y ocho metros cuadrados y el precio es de quince nuevos soles el metro cuadrado; es decir el área consignada es menor y el costo de metro cuadrado es superior; sin embargo, dicho documento no causa convicción, ya que es de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil cinco; es decir, de fecha anterior a la compra efectuada por la Municipalidad de Poroy y no cuenta con la firma de su propietario; máxime, si el informe número cuarenta y nueve guión IDU guión MDP guión cero seis, obrante a fojas mil trescientos setenta y nueve, efectuado por el arquitecto David Vera Lázaro, indicó que al realizar el cerco perimétrico se decidió dejar áreas libre para facilitar el acceso y estacionamiento vehicular; informe corroborado con el informe pericial efectuado por los peritos Washington Raúl García Morales y José Antonio Jeri Durand, obrante a fojas mil trescientos setenta y dos, y el

informe pericial de parte, efectuado por Robert Merino Yépez, obrante a fojas mil trescientos setenta y siete: en ese sentido, no se advierte objetivamente que la entidad edil haya sido perjudicada económicamente con el referido acto jurídico, mucho menos obra material probatorio que acredite vínculo alguno entre los encausados y el referido vendedor del terreno, situación corroborada con las declaraciones a nivel de Juicio oral de los encausados Toccas Quispe y Mendoza Levita, obrante a fojas mil ciento cincuenta y fojas mil ciento setenta y uno, respectivamente; **SEXTO:** Que, respecto del delito de peculado, por las vacaciones truncas cobradas por el encausado Francisco Toccas Quispe, cabe precisar, conforme se ha señalado en el considerando número cuarto, que el Derecho Penal es un sistema de última ratio que no puede ser utilizado ante cualquier comportamiento contrario al orden normativo sino solo ante comportamientos que no han podido ser resueltos por los medios de control social menos severos; máxime, si no ha sido el referido encausado quien se ha asignado dichos beneficios, sino que estos fueron asignados por decisión del pleno del Concejo, órgano que goza de autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia y no está supeditada a las decisiones del encausado en su calidad de alcalde. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha tres de junio de dos mil once, obrante a fojas mil cuatrocientos noventa y siete que absolvió a Francisco Toccas Quispe y Marcelino Mendoza Levita, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, delitos cometidos por funcionarios públicos en su modalidad de concusión subtipo, Colusión; y por el delito contra la Administración Pública en su modalidad de peculado, subtipo peculado doloso básico en agravio de la Municipalidad Distrital de Poroy con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

013 Colusión: No existe colusión si no se prueba la concertación

El funcionario o servidor público encargado de adquirir una fotocopiadora nueva que incumple los procedimientos de ley y adquiere dos usadas no comete colusión si no se prueba la concertación (que no fue cuestionada) con la empresa contratada, sino solo una irregularidad administrativa; sumado a que lo gastado no supera lo requerido para un proceso de selección, además si la empresa contratada se comprometió a reponer lo comprado.

Recurso de Nulidad Nº 1397-2011-AYACUCHO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 22 de mayo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por don Ludwing Figueroa Rojas, con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas;

1. DECISIÓN CUESTIONADA:

Lo es la sentencia de veinticinco de enero de dos mil once, emitida por la Primera Sala Penal del Distrito Judicial de Ayacucho, obrante en los folios ochocientos treinta y tres a ochocientos cuarenta, que declaró al recurrente como autor del delito contra la Administración Pública en el tipo de colusión, en agravio del Estado –"Proyecto Especial Río Cachi"–, condenándolo a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; asimismo le impuso inhabilitación por el término de un año, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

1. Sostiene el recurrente que la Sala Superior no ha valorado adecuadamente las pruebas en su conjunto, especialmente las cartas presentadas por la

empresa "A&A Distribuidores" ante las autoridades del ex Proyecto Especial, en las cuales se comprometieron a cambiar nuevos equipos de fotocopiadoras e inclusive, en tanto se produjera dicho trámite, entregaron en calidad de garantía una fotocopiadora nueva; lo que desvirtúa cualquier acto de concertación con los representantes de dicha empresa.

2. Agrega, que el Colegiado Superior no tomó en cuenta que el recurrente no formaba parte de la Comisión Especial de Adquisiciones de menor cuantía e igualmente que en la fecha que ocurrieron los hechos no tenía la condición de funcionario público; en ese sentido no se le puede atribuir haberse coludido con los representantes de la citada empresa, mucho menos favorecerse económicamente en la compra de dichos equipos de fotocopiado; razones por las cuales solicita su absolución.

3. SÍNTESIS DEL *FACTUM*:

El señor Fiscal Superior en la acusación escrita de los folios setecientos ochenta a setecientos ochenta y seis, imputó a don Ludwing Figueroa Rojas, que en su condición de extrabajador encargado de la oficina de abastecimientos del "Proyecto Especial Río Cachi", fue autorizado por doña Rina Zegarra Quispe, Jefa de la Oficina de Administración, en el mes de noviembre de dos mil cuatro, para adquirir una fotocopiadora nueva; siendo el caso que de manera unilateral y sin haber cumplido los procedimientos administrativos establecidos por Ley, decidió cambiar el objeto de la compra, adquiriendo dos fotocopiadoras repotenciadas de la empresa "A & A Distribuidores" en Lima, por la suma de nueve mil nuevos soles; equipos que al poco tiempo de su compra entraron en desuso, ocasionando perjuicio económico a la entidad agraviada, coligiéndose que el procesado habría actuado de manera concertada con el representante de dicha empresa.

OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL:

En el dictamen de los folios once a catorce, el señor Fiscal Supremo en lo Penal propone se declare haber nulidad en la sentencia impugnada que condenó a don Ludwing Figueroa Rojas, como autor del delito contra la Administración Pública, en el tipo de colusión en agravio del Estado –Proyecto Especial Río Cachi–; reformándola, se le absuelva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS TEMPORAL DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

Conforme aparece del acta de lectura de sentencia de los folios ochocientos cuarenta y uno a ochocientos cuarenta y cuatro, consultado que fue el acusado Figueroa Rojas en relación al fallo dictado, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual formalizó dentro de las veinticuatro horas, cumpliendo con fundamentarlo mediante escrito de uno de marzo de dos mil once que obra en los folios ochocientos cincuenta a ochocientos cincuenta y dos, por lo que se encuentra dentro del plazo legal establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Los hechos materia del proceso datan del cinco de noviembre de dos mil cuatro, por lo que considerando la pena conminada para el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal; y en atención a lo previsto en los artículos ochenta y ochenta y tres último párrafo del acotado Código a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

1. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

2. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos, Penales, señala que en la sentencia se debe evaluar el conjunto probatorio.

3. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal sanciona como delito de colusión la conducta del que en su calidad de funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado (...).

3.4. El artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal proscribe la responsabilidad penal objetiva, entendida esta como la responsabilidad fundada en el puro resultado, sin tomar en cuenta la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del autor; contexto legal que a su vez fue recogido por este Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema número mil seiscientos catorce-dos mil once, de tres de agosto de dos mil once, pronunciándose por la absolución del imputado.

5. El artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales establece que ante la insuficiencia probatoria o duda razonable, procede la absolución del imputado.

CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

4.1. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático, conforme a lo establecido en el artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, literal e) de la Constitución Política del Estado.

4.2. Según el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el delito de colusión se concreta cuando el sujeto activo, con la función específica de su cargo, participa en un contrato; y bajo un concierto fraudulento con el interesado causa desmedro a los intereses del Estado, los que deben ser a título de dolo; a contrario sensu, la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no resulta típico de este delito.

4.3. En el caso de autos, de lo actuado no se advierte la realización de actos de concertación defraudatoria entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa "A & A Distribuidores"; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas fotocopiadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; dicha conducta por sí sola, no se llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión, y más bien se trataría de una irregularidad de carácter administrativa, conforme señaló en el Informe Especial número cero uno-dos mil cuatro-dos-cero ochocientos tres, esto es la acción de control del Gobierno Regional de Ayacucho, obrante en los folios doce al cuarenta y tres.

4.4. Adicionalmente, en dicho Informe no se cuestiona los actos de concertación fraudulenta con el representante de la empresa proveedora, sino la adquisición de manera irregular de las fotocopiadoras repotenciadas; además de no haberse realizado un proceso de selección; por tanto –según se concluye en el folio treinta y siete del aludido Informe–, la conducta del procesado se encuadraría en la hipótesis del delito de malversación de fondos; no haciendo ninguna referencia al delito de colusión, que no ha sido objeto de acusación; tampoco se ha imputado diferencia de precio en contra de la agraviada.

4.5. Este acto irregular (no colusorio) se evidencia cuando luego de haber recabado las propuestas de las empresas: "A & A Distribuidores", "Macroservice" S.A. y Copy "Brumy" (folios cincuenta y dos, cincuenta y cuatro y cincuenta y cinco), el acusado eligió la primera; si bien para ello debió consultar al Comité Especial; empero, estaba autorizado a realizar dicha adquisición al haber sido comisionado por la Jefa de la Oficina de Administración y Presidente del Comité Permanente de Adquisiciones de menor cuantía, conforme se acredita con el documento de folio ciento setenta y tres; se agrega a ello la declaración de doña Delia Tania Santayana Añaños, Contadora Pública Colegiada y ex integrante del Comité Especial de Adquisiciones, quien en los folios ciento veintiocho a ciento treinta y uno, señaló que para la adquisición de las fotocopiadoras no era necesario un proceso de selección siempre que su valor no excediera del monto de cuatro unidades impositivas tributarias.

4.6. Cabe añadir que el ilícito penal submateria requiere necesariamente de la intervención activa del interesado presuntamente coludido –*extraneus*–, quien justamente tendría que concertar con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte, y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado no funcionario, presupuestos que no se advierten en el caso de autos, tanto más que no se ha individualizado aquel otro presunto agente activo; y de otro lado, la empresa contratista mediante carta de folio ciento cuatro, manifestó su voluntad de hacer el cambio de las aludidas fotocopiadoras por una nueva, formalizado ello con el acta de compromiso de folio ciento setenta y cuatro, lo que desvirtúa la materialización de con-

cierto colusorio; fundamentos por los cuales resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal,

ACORDAMOS:

I. DECLARAR HABER NULIDAD en la sentencia de veinticinco de enero de dos mil once, obrante en folios ochocientos treinta y tres a ochocientos cuarenta, que declaró a don Ludwing Figueroa Rojas, autor del delito contra la administración pública, en el tipo de colusión, en agravio del Estado –"Proyecto Especial Río Cachi"–, y lo condenó a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; asimismo le impuso inhabilitación por el término de un año, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado; reformándola:

II. ABSOLVIERON, a don Ludwing Figueroa Rojas, de la acusación fiscal por el indicado delito en perjuicio del referido agraviado.

III. DISPUSIERON el archivo definitivo del proceso; y de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley veinte mil quinientos setenta y nueve;

IV. ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez, por periodo vacacional del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

014 Colusión: No existe colusión al ejecutarse las prestaciones pactadas dentro del alcance de lo previsto en un contrato

Si se establece en un contrato de compraventa que el pago será al contado para tener un descuento, conforma los alcances de una norma, para finalmente se pague en armadas; si la norma aludida lo ampara, al no generarse perjuicio económico ni tampoco acuerdo colusorio para defraudar, ya que se cumplió con lo establecido en el contrato, no se concibe la colusión.

Recurso de Nulidad Nº 1700-2011-TUMBES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 23 de mayo de 2011

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia de fecha uno de abril de dos mil once, de fojas dos mil setecientos diez, que absolvió a Franklin Humberto Sánchez Ortiz y Jaime Mori Sandoval (autores), Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira Griselda Gonzales Sandoval y Nuvia Torres Casariego (cómplices primarios), de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - colusión desleal en agravio de la Municipalidad Provincial de Tumbes. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal: y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el señor Fiscal fundamenta su recurso de nulidad a foja dos mil setecientos sesenta; alegando que la Sala Penal al momento de emitir la sentencia absolutoria a favor de los procesados, ha incurrido en graves irregularidades y omisiones de trámite de garantía establecida en la Ley Procesal Penal; asimismo, indica que la recurrida ha incurrido en falta de motivación de las resoluciones judiciales por cuanto no ha valorado el caudal probatorio obrante en autos en forma conjunta, que demostrarían responsabilidad en el delito imputado; además, el Colegiado Superior ha entrado en contradicción pues consideró que la culpabilidad quedó demostrada por cuanto se hizo entrega de un cheque bancario sin fondos como garantía del pago final del precio pactado, la cual demostraría el acto colusorio entre estos, con la finalidad de perjudicar a la agraviada. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal obrante

a foja doscientos noventa y ocho, se tiene que con fecha once de diciembre de dos mil dos, el encausado Franklin Humberto Sánchez Ortiz (ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes) y Jaime Mori Sandoval (ex director de la Municipalidad agraviada) y los encausados Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo y Cira Griselda Gonzales Sandoval, en representación de la Asociación de Comerciantes del Mercado Modelo y anexo, suscriben una minuta y testimonio de compraventa de bien inmueble, por ante notario público respecto al Mercado Modelo de Tumbes con una área de cuatro mil setecientos veintisiete punto veintidós metros cuadrados y por un monto de un millón ciento noventa y siete mil quinientos sesenta y ocho nuevos soles con ochenta y un céntimos: compraventa que ha sido elevada a escritura pública e inscrita en los Registros Públicos de Tumbes, según Resolución número ciento veintitrés-cero tres-SUNARP-TR-T de fecha veintitrés de junio de dos mil tres, ello en marco del proceso de privatización desarrollado por la Municipalidad agraviada. Sin embargo, se establece que a efectos de materializar la compra venta del Mercado, de manera concertada los procesados Franklin Humberto Sánchez Ortiz y Jaime Mori Sandoval utilizando una serie de mecanismos transgreden el contenido del testimonio y minuta de compra y venta del inmueble en mención, donde aparece que la suma de un millón ciento noventa y siete mil quinientos sesenta y ocho con ochenta y un céntimos, se pagaría en su totalidad y al contado, es decir a la firma del contrato o minuta, pues, de esta manera la asociación de comerciantes, se acogió al beneficio de descuento del diez por ciento de conformidad con el artículo tres del Decreto Supremo número cero cero dos-cero dos-PRES, por lo que en este sentido se ha incumplido lo prescito en el citado decreto en mención por cuanto dicha asociación ha pagado en forma fraccionada la suma indicada, con lo que causa un detrimento en la recaudación de la entidad Municipal, acto doloso que contó con la participación y complicidad de los procesados Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo y Cira Griselda Gonzales Sandoval como representantes de la asociación de comerciantes, advirtiéndose que no se efectuó dicho pago al contado por la venta del mencionado inmueble. Que si bien es cierto la encausada Nuvia Torres Casariego no ha tenido participación directa en la venta del inmueble, empero, esta a la fecha de ocurridos los hechos ocupaba el cargo de funcionaria de la Municipalidad Provincial de Tumbes (tesorera), teniendo conocimiento pleno de los actos dolosos de colusión y por haber sido informada de las irregularidades antes mencionadas, conforme lo reconoce en su propia declaración. **TERCERO:** 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 creación, 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, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, 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, lógica-jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **CUARTO:** Que, en el presente caso, se les imputa a los procesados Franklin Humberto Sánchez Ortiz y Jaime Mori Sandoval (autores) y Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira Griselda Gonzales Sandoval y Nuvia Torres Casariego (Cómplices primarios), el delito de colusión desleal, regulado en el artículo trescientos ochenta y cuatro de Código Penal, que sostiene: El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años". **QUINTO:** Que el señor Fiscal en su acusación, esencialmente imputa a los encausados haberse coludido para poder defraudar a la agraviada, a razón de que si bien para la venta del terreno respecto a la privatización del Mercado Modelo de Tumbes, se firmó una minuta que establecía que el pago de la Asociación del referido mercado iba a ser cancelado al contado y por tal, le correspondería el diez por ciento de reducción al precio total, conforme lo regula el artículo tres del Decreto Supremo número cero cero dos -dos mil-PRES; sin embargo, este no se efectuó así, sino dicho pago se efectuó en armadas, conforme ha quedado acreditado; por tanto no correspondía el precio venta del referido terreno, perjudicando así los caudales de la municipalidad agraviada; sin embargo, es de indicar que del análisis de los actuados en el presente caso, se establece que no existen suficientes elementos probatorios que demuestren a cabalidad la responsabilidad penal de los encausados, esto a razón de los siguientes fundamentos: i) si bien quedó demostrado, que el encausado Franklin Humberto Sánchez Ortiz, en el año mil novecientos noventa y nueve, se desempeñó como alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes y en esa condición suscribió con sus coencausados Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira

Griselda Gonzales Sandoval y Nuvia Torres Casariego –representantes del mercado modelo de la ciudad de Tumbes– el día once de diciembre de dos mil dos, el contrato de compraventa que obra a fojas cuarenta y seis, por un monto total y único ascendente a un millón ciento noventa y siete mil quinientos sesenta y ocho con ochenta y un céntimos, especificándose en el propio contrato en su numeral tercero que dicha suma se efectuaría en la misma suscripción del contrato, es decir al contado –ver fojas cuarenta y nueve–, además se expresa que por haber optado los referidos compradores el pago al contado se harían merecedores a un descuento del diez por ciento del precio en que el Consejo Nacional de Tasaciones (Conata), habría valorado el inmueble, es decir en un millón trescientos treinta y tres mil seiscientos cincuenta y dos con un céntimo, de conformidad con lo expresado en el artículo tres del Decreto Supremo número cero cero dos-dos mil-PRES –que establece que el Consejo Nacional de Tasaciones (Conata) a requerimiento de las Comisiones de Privatización efectuará las valorizaciones a valor arancelario, tanto para la venta al contado como para la venta al crédito. En el caso que la venta se realice al contado, el precio tendrá una reducción del diez por ciento sobre el valor fijado por Conata–, por lo que dicha norma establecía las condiciones del pago al contado de los bienes que eran ofertados en los procesos de privatización, descuento que operaba si y solo si esta se realizaba al contado; ii) que, estando a los fundamentos anotados, es de indicar que el artículo seis del Decreto Supremo en mención, establece dos modalidades de pago, la primera es que dicho pago sea al contado por el total del precio de venta y la segunda, es adquirir el bien, optando por un pago a plazos en doce cuotas –si no fue especificada en un cronograma de sesenta meses, conforme lo establece el primer párrafo del referido artículo–, en ambas formas de pago deberá efectuarse el depósito dentro de los sesenta días calendario contados a partir del día siguiente de notificada la oferta de venta, es decir del pago total (contado) o la primera cuota más los intereses; por tanto de autos, se establece que los encausados Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira Griselda Gonzáles Sandoval y Nuvia Torres Casariego al haber aceptado la compraventa al contado, cancelaron el importe total ascendente a un millón ciento noventa y siete mil quinientos sesenta y ocho con ochenta y un céntimos, en pagos fraccionados que tuvieron lugar en diferentes momentos, pero sin embargo estos fueron efectuados dentro de los sesenta días establecidos en el referido dispositivo legal, conforme se establece en el Informe número cero cero uno-dos mil dos-MPT-D-ADMOT de fojas siete, dirigido al señor contador Pedro Mejía Reyes, donde pone de conocimiento el ingreso de la suma de setecientos mil nuevos soles respecto a la venta del mercado y el

Informe número cero cero uno-dos mil tres- TCOS de Recepción de Rentas y de Caja de fojas diez, en la que se consigna que mediante recibo número cero cero cero dos cinco dos ocho, de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil dos, se ingresó a la Municipalidad agraviada la cantidad de cuatrocientos noventa y siete mil quinientos sesenta y ocho con ochenta y un céntimos, por concepto de la venta de mercado modelo y anexo de Tumbes. iii) asimismo, se tiene de autos que se llevó a cabo el Informe pericial de fojas dos mil cuatrocientos ochenta y dos y ratificada a fojas dos mil seiscientos setenta y dos, la que concluye: a) la validez jurídica de la operación financiera por la venta del mercado se sustenta en las Resoluciones de Alcaldía número mil trescientos diecisiete dos mil dos-MPT-ALC; Ley número veintiséis quinientos sesenta y nueve y su Reglamento Decreto Supremo cero cero cuatro-noventa y seis-PRES; Decreto Supremo número cero cero uno-noventa y seis-PCM; Decreto Supremo número cero dieciséis-noventa y ocho-PRES; y Decreto Supremo número cero cero dos-dos mil-PRES; b) se observa que al proceso de transferencia de la venta del mercado modelo, se aplicó las normas complementarias del reglamento de privatización de los mercados públicos, Decreto Supremo número cero cero dos-dos mil-PRES, una vez instalada la comisión de acuerdo a la norma en mención y realizada la tasación de inmueble a valor arancelario, se procedió a notificar la oferta de venta el doce de noviembre de dos mil dos y aceptada por el comprador el trece de noviembre de dos mil dos, eligiendo la modalidad de compra al contado de conformidad con el segundo artículo tres del Decreto Supremo cero cero dos-dos mil-PRES, la misma que indica que en el caso que la venta sea al contado el precio tendrá una reducción del diez por ciento, sobre el valor de la tasación; c) el Decreto Supremo número cero cero dos-dos mil-PRES en su artículo seis, segundo párrafo a la letra dice: "el pago del total del precio de venta o de la primera cuota en el supuesto de la venta al crédito, cuyo monto será el equivalente al diez por ciento del precio total, deberá efectuarse dentro de los sesenta días calendario a partir del día siguiente de notificada la oferta de venta (...)" lo cual sí se cumplió dentro del tiempo estipulado por la norma citada, ya que se podía pagar hasta el doce de enero de dos mil tres; d) que no ha existido perjuicio económico, en contra de la Municipalidad Provincial de Tumbes, por las conclusiones expuestas en los numerales precedentes, situación que llega a determinar que en el presente caso no se evidencia actos colusorios realizados por los encausados, es decir que hubieren acordado perjudicar al Estado y mucho menos se ha evidenciado perjuicio patrimonial alguno. **SEXTO:** Por otro lado, se aprecia que las declaraciones efectuadas por los encausados Franklin Humberto Sánchez Ortiz y Jaime Mori

Sandoval (autores) tanto a nivel policial; judicial y juicio oral a fojas treinta y seis, ciento treinta, dos mil cuatrocientos cincuenta y seis y dos mil cuatrocientos noventa y siete y de Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira Griselda Gonzáles Sandoval y Nuvia Torres Casariego (cómplices primarios), tanto a nivel policial, judicial y juicio oral a fojas veintinueve, doscientos treinta y siete, mil trescientos cuarenta y siete, mil trescientos sesenta y uno, dos mil cuatrocientos diecisiete, dos mil cuatrocientos veintiocho y dos mil cuatrocientos treinta y cinco, respectivamente, han señalado en forma coherente y precisa que la tramitación o documentación referida a la venta del terreno del mercado modelo y anexo de Tumbes, se ha efectuado respetándose las leyes vigentes al momento de los hechos, negando actos colusorios para perjudicar a la referida agraviada, versiones que fueron corroboradas con el material probatorio analizado líneas arriba, declaraciones que no han sido desvirtuadas por el señor Fiscal en el presente proceso; siendo así, este Supremo Tribunal considera que no se ha llegado a desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo justiciable, la misma que se encuentra amparada en el parágrafo e) inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, siendo así, la sentencia emitida por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha uno de abril de dos mil once, de fojas dos mil setecientos diez, que absolvió a Franklin Humberto Sánchez Ortiz y Jaime Mori Sandoval (autores) y Olegario Silva Silupu, Elizabeth Amalqui Yesan Huaylupo, Cira Griselda Gonzales Sandoval y Nuvia Torres Casariego (cómplices primarios) de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública –colusión desleal en agravio de la Municipalidad Provincial de Tumbes; con lo demás que contiene; Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

015 Colusión: Diferentes infracciones administrativas constituyen indicios de concertación

Es de anotar que constituye un argumento recurrente en los procesados la mención a la inexistencia de prueba respecto de la propia concertación con el particular, ya sea por reuniones o acercamientos de carácter ilícito, afirmando que solo se han acreditado infracciones de carácter administrativo. En cuanto a esto, corresponde aclarar que si bien es cierto tales infracciones administrativas no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo estas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro, y de corresponder también a través de conductas posteriores. En tal virtud, no son admisibles los agravios que estén dirigidos a exigir la presencia de elementos probatorios directos al acto de concertación, pues este es inferido por el Tribunal Superior de los plurales indicios considerados probados, sustentados en las diferentes infracciones administrativas, por lo que solo es objeto de examen la prueba respecto a estas y su capacidad indicativa del hecho típico imputado.

Recurso de Nulidad Nº 3043-2010-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 9 de noviembre de 2011

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Gilberto Zamora Mesía, José Mauricio Vargas Riva, Edgard Eudaldo Farfán Larenas, Juan Carlos Caballero Rubio y Elizabeth Cristina Hernández Noriega, contra la sentencia de fojas dos mil setecientos cuarenta y tres, de fecha veintitrés de julio de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el procesado Gilberto Zamora Mesía, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil setecientos setenta y cinco,

alega: a) estar amparado en la causa de justificación de obediencia debida, en tanto su accionar se limitó al cumplimiento de las órdenes impartidas por Raúl Humberto Barrios Carmelino, Eduardo Eudaldo Farfán Larenas y José Mauricio Vargas Riva, quienes ostentaban grados superiores al suyo, actuando siempre en la creencia de hacer lo correctamente debido a su inexperiencia en la función pública; b) que el material probatorio sobre el que se sustenta su condena obra únicamente en copia simple; c) que no existe prueba que acredite que haya firmado los pedidos primero por cuarenta y después por ciento cuarenta y un neumáticos, ni la orden de compra-guía de internamiento número cero sesenta y nueve, mediante la cual se solicita la compra de los neumáticos, ni algún otro documento administrativo respecto del pago efectuado a la empresa proveedora o la conformidad por la entrega de los bienes en cuestión, los que fueron suscritos por otros funcionarios, habiéndose limitado su participación a la ejecución de la orden que le dieran sus superiores, especialmente, Barrios Carmelino, no habiendo ostentado designación alguna dentro del Ministerio de Defensa que permita vincularlo funcionalmente con el delito atribuido; d) que la prueba actuada no acredita que se concertó con sus coencausados y la empresa proveedora con fines defraudatorios al Estado, pues de ser así, esta hubiera aceptado en la primera oportunidad la entrega de dinero en efectivo en sustitución del producto adquirido por el Ministerio de Defensa, sin que fuera necesaria la negada insistencia del recurrente a la proveedora para tal fin; sin embargo, refiere que sí está probado que ejecute acciones por orden de Barrios Carmelino a efectos de que persuada a los representantes del proveedor para que en lugar de entregar las llantas adquiridas, se entregue dinero en efectivo, habiéndole hecho dos entregas de dinero que sumaron dieciséis mil nuevos soles, parte de lo cual producto de sus propios ahorros; e) que esté probado que no existió perjuicio alguno al Estado producto del procedimiento de adquisición; f) Que no ostente el cargo de Jefe de Abastecimientos del Ministerio de Defensa ni firmó el cuadro comparativo de cotizaciones número cero sesenta y nueve. Que, de igual modo, respecto del delito de falsedad ideológica, refiere que no suscribió el documento Pecosa número cero uno - ciento setenta y cinco, de modo que no puede atribuírsele la falsedad documental respecto de una instrumental de la que no emerge su firma o rúbrica. Por su parte, el procesado José Mauricio Vargas Riva, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil setecientos ochenta y siete, cuestiona su condena por el delito de colusión desleal, aduciendo que el hecho de haber autorizado el uso de recursos disponibles, de modo alguno significa que participe en los actos dolosos investigados; que el otorgamiento de la buena pro a la empresa Autoboutique Multiaros

se justificó en su mejor oferta económica; que desconocía que se había abierto una línea de crédito en la mencionada empresa para la entrega de diversos productos, ni autorizó la entrega de cuatro mil seiscientos nuevos soles al procesado Edgar Farfán Larenas o coordinó con sus coprocesados la devolución de dinero alguno; y, que sus coinculpados no lo han sindicado como partícipe de los hechos investigados, en virtud de lo cual solicita se le absuelva de los cargos. De otro lado, el procesado Edgard Eudaldo Farfán Larenas, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil setecientos ochenta y nueve, contradice su condena por el delito de colusión, aduciendo no haber tenido competencia funcional ni haber participado en el proceso de adquisición observado, limitándose a firmar la Pecosa muchos meses después de culminado el referido procedimiento administrativo, que el único que podía formular el pedido de neumáticos era el Jefe del Departamento de Abastecimiento y Mantenimiento, el teniente coronel Alejandro Quevedo Ulloa, quien operaba los vehículos y firmó el pedido original de cuarenta llantas; que sus declaraciones ante la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso no tiene virtualidad probatoria pues en ella no se le respetó el debido proceso ni fue asistido por abogado de su elección; que se valoró incorrectamente las afirmaciones incriminatorias vertidas por su coinculpado Barrios Carmelino, las que para enervar su tesis defensiva debieron estar obligatoriamente corroboradas con prueba periférica; agrega que no se ha tomado en cuenta que los testigos que presentó acreditaron que el dinero que se le entregó fue utilizado para acciones del personal a su cargo y no para la satisfacción de intereses propios, tanto más cuando el referido dinero fue retirado por Zamora Mesía de su cuenta bancaria personal, pues Autoboutique Multiaros nunca devolvió dinero alguno. Por su parte, el procesado Juan Carlos Caballero Rubio, en su escrito de fundamentación de agravio obrante a fojas dos mil ochocientos doce, alude que en el extremo del delito de colusión solo se le puede imputar la condición de cómplice primario, mas no de coautor por no concurrir los presupuestos para tal configuración; que no participó en el proceso de licitación ni tenía capacidad de decisión sobre la compra de los neumáticos al no ser de su competencia, limitándose su participación a la entrega de los saldos presupuestales, en razón del cual se aumente el requerimiento original, por lo cual, la visación del comprobante de pago constituye un acto administrativo que no exige que el recurrente verifique la legalidad del expediente ni el ingreso de las llantas; que, respecto al delito de cohecho pasivo propio, refiere que la proveedora le entregó cinco neumáticos por orden de Barrios Carmelino, quien llamó a dicho efecto, existiendo una guía al respecto; asimismo, cuestiona la pena de inhabilitación impuesta, al considerar que no

esté contemplada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, vigente al momento en que se suscitaron los hechos atribuidos. Finalmente, la procesada Elizabeth Cristina Hernández Noriega, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil setecientos noventa y tres, alega que el Tribunal de Instancia no ha valorado globalmente la prueba actuada, en especial la de descargo, en tanto ha afirmado de manera sostenida no conocer a los procesados a excepción de Zamora Mesía, confirmado por sus coprocesados, de modo que no es posible que haya concertado con ellos para defraudar al Estado, habiendo desconocido incluso las irregularidades al interior del procedimiento administrativo respecto a los cambios de pedido de neumáticos; que los precios que cotizaron eran competitivos en el mercado, en virtud de lo cual fueron elegidos para proveer al Estado; que, finalmente, elude que tampoco se tome en cuenta su negativa ante la solicitud de Zamora Mesía para que se efectúe la devolución del dinero, corroborado con la declaración del testigo Roberto Gualberto Hernández Noriega. Finalmente, el procesado Juan Carlos Caballero Rubio, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil ochocientos doce, alega respecto a su condena por el delito de colusión desleal y cohecho pasivo propio, que el título de imputación de coautor no le es aplicable por no presentarse los elementos configurativos, al no haber existido reparto de roles funcionales, ni haber tenido poder de decisión, por lo que, en todo caso le correspondería el título de cómplice; que sus funciones se limitaban a brindar la información del presupuesto para la compra en cuestión, sin capacidad de decisión en el negocio jurídico investigado, la forma de pago o el monto del precio de los neumáticos adquiridos; que no le corresponde la pena de inhabilitación por no formar parte del tipo penal aplicable al momento en que se suscitaron los hechos; agrega que no ha tenido participación alguna en los hechos instruidos, lo que se acredita con la ausencia de sindicación por parte de sus coinculpados, siendo que incluso el procesado Reyes Figueroa no lo menciona en su declaración primigenia ante la comisión investigadora del Congreso de la República, pues no tuvo ningún tipo de acceso en la compra y adquisición de los bienes, pues su función correspondía al área de presupuesto; que, entonces, la incriminación fáctica dirigida en su contra por el Ministerio Público no corresponde con la descripción típica del delito de colusión desleal, al no contener el elemento objetivo central de su fórmula criminalizadora: confabulación defraudatoria, ni el contexto de las actividades: convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; agrega, que la visación que efectuó es un administrativo que no lo obliga a verificar la legalidad del expediente, así como tampoco el ingreso efectivo de la totalidad de los neumáticos, lo que correspondía exclusivamente al área de

logística; que nunca tuvo acceso al nuevo pedido de ciento cuarenta y un neumáticos, sino que solo se le convoca para entregar los saldos presupuestales, lo que –a su juicio– no entraría ninguna responsabilidad; y, finalmente, aduce que las llantas que recibía fueron en calidad de apoyo, del mismo modo como reciben vales de gasolina por parte de la Institución, sin tomar conocimiento que correspondían al procedimiento de adquisición objeto de investigación. **SEGUNDO:** Que, se imputa a los procesados coronel E.P. Edgard Eudaldo Farfán Larenas –Jefe de la Secretaria de Coordinación y Asuntos Administrativos del Despacho del Ministerio de Defensa– José Mauricio Vargas Riva –Jefe Interino de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa–, mayor del E.P. Raúl Humberto Barrios Carmelino –Jefe de la Unidad de Tesorería– y capitán de la Fuerza Aérea Gilberto Zamora Mesta –Jefe de la Unidad de Logística y Jefe de Almacén del Ministerio de Defensa– haber concertado, entre los meses de enero y marzo de dos mil tres, directa e indirectamente, con la representante de la empresa Autoboutique Multiaros Sociedad Anónima, Elizabeth Cristina Hernández Noriega, en el marco del proceso de contratación efectuado entre esta y el Ministerio de Defensa para la compra de ciento cuarenta y un neumáticos, por la suma de treinta y cuatro mil novecientos treinta y dos nuevos soles; cuando en realidad el pedido autorizado original consistía únicamente en cuarenta llantas, el mismo que los procesados mencionados, en contubernio con el procesado Juan Carlos Caballero Rubio –Encargado de la sección de Presupuesto–, incrementaron indebidamente a ciento cuarenta y un llantas, pagándose a la empresa beneficiada por la totalidad de estos bienes, no obstante acordaron que la empresa beneficiada entregara únicamente cuarenta llantas, y los ciento un llantas restantes –que ya habían sido canceladas con dinero público– fueran entregadas a los procesados como parte del beneficio económico producto de la operación defraudatoria, para lo cual la empresa en cuestión abrió una línea de crédito hasta cubrir dicha cantidad, así como la entrega en efectivo de la suma de ocho mil nuevos soles. **TERCERO:** Que el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, u otra operación semejante, en la que intervenga por razón de su cargo, defrauda al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. De estos elementos del tipo penal se destaca para el análisis del presente caso la exigencia de a) concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario; y, b) la exigencia de perjuicio de orden real o potencial. **CUARTO:** Que, es de anotar que constituye un argumento

recurrente en los procesados la mención a la inexistencia de prueba respecto de la propia concertación con el particular, ya sea por reuniones o acercamientos de carácter ilícito, afirmando que solo se han acreditado infracciones de carácter administrativo. En cuanto a esto, corresponde aclarar que si bien es cierto tales infracciones administrativas no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo estas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro, y de corresponder también a través de conductas posteriores. En tal virtud, no son admisibles los agravios que estén dirigidos a exigir la presencia de elementos probatorios directos al acto de concertación, pues este se advierte inferido por el Tribunal Superior de los plurales indicios considerados probados, sustentados en las diferentes infracciones administrativas, por lo que solo es objeto de examen la prueba respecto a estas y su capacidad indicativa del hecho típico imputado. **QUINTO:** Que, los indicios de los que se infiere el acuerdo colusorio, conjunto o en bloque, –dada la necesaria y previa participación de todos los implicados, desde sus respectivas posiciones funcionariales, en las distintas etapas del trámite de adquisición a efectos de hacer viable los fines ilícitos pactados– por parte de los funcionarios públicos procesados Edgard Eudaldo Farfán Larenas, Raúl Humberto Barrios Carmelino, Gilberto Zamora Mesta, José Mauricio Vargas Riva y Juan Carlos Caballero Rubio, con la representante de la empresa Autoboutique Multiaros Sociedad Anónima, Elizabeth Cristina Hernández Noriega, se desprenden de los siguientes hechos acreditados: a) Irregular y significativo incremento al pedido inicial de cuarenta a ciento cuarenta y un neumáticos. Al respecto, se tiene que el Secretario General del Ministerio de Defensa, Gonzalo Gambirazio Martini, mediante oficio de fecha veintisiete de enero de dos mil tres, solicitó al jefe interino de la Oficina General de Administración, José Mauricio Vargas Riva, entre otros, cuarenta neumáticos para los vehículos del despacho del Ministro de Defensa –véase instrumental de fojas trescientos cincuenta y cuatro–, frente a lo cual, lejos de darse cumplimiento estricto al pedido, como correspondía, el procedimiento de adquisición y de bolso dinerario por parte del Ministerio de Defensa se llevó a cabo por ciento un neumáticos adicionales al requerimiento inicial, conforme se advierte del comprobante de pago número ochocientos cuarenta y cuatro –fojas trescientos setenta y ocho–, cheque del Banco de la Nación por la suma de treinta y cuatro mil novecientos treinta y dos nuevos soles girado a favor de la empresa Autoboutique Multiaros –fojas trescientos setenta y seis– guía de

remisión número cero cero seis mil doscientos cuarenta y seis, de fecha dieciocho de febrero de dos mil tres –fojas trescientos noventa–, orden de compra - guía de internamiento número sesenta y nueve, de fecha treinta y uno de enero de dos mil tres, el pedido del comprobante de salida Pecosa número ciento setenta y cinco, de fecha cinco de marzo de dos mil tres y la factura número cinco mil cuatrocientos dieciocho –fojas trescientos noventa y dos–; tal incremento obedeció a un direccionado e ilícito acuerdo efectuado entre los procesados Edgard Eudaldo Farfán Larenas, Raúl Humberto Barrios Carmelino, Gilberto Zamora Mesía, José Mauricio Vargas Riva y Juan Carlos Caballero Rubio, falsamente justificado en no perder el saldo presupuestal anual de dicha institución, lo que fue viable gracias a la suscripción del nuevo pedido por parte del procesado Farfán Larenas, quien como Secretario de Coordinación y Asuntos Administrativos del despacho, tenía bajo su dependencia al departamento de abastecimiento y mantenimiento, por lo que funcionalmente estaba en posición –bajo ciertas restricciones incumplidas que no afectan su formal capacidad de trámite de adquisiciones– de ampliar el número de llantas a adquirir precisamente por las labores que correspondían a su cargo de Jefe del Área Administrativa del despacho, lo que efectuó contra la real necesidad de la Secretaría General del Despacho del Ministerio de Defensa, y aun cuando tras una primera admisión, viene negando haber suscrito conscientemente tales documentos, bajo argumentos manifiestamente contradictorios, despeja cualquier duda lo declarado por su coinculpado Raúl Humberto Barrios Carmelino, quien afirma que, a pedido de Vargas Rivas, recabó la firma de Farfán Larenas en su propio despacho; de este modo, ninguna duda cabe respecto a su normativa participación en esta etapa previa del proceso de adquisición. De igual modo, José Mauricio Vargas Riva, como Jefe de la Oficina General de Administración, intervino en las gestiones para el incremento del pedido original, advirtiéndose que gozaba de la prerrogativa de establecer los lineamientos generales para prever, normar y controlar a nivel de pliego, acciones relacionadas con el área de logística, control patrimonial, contable, tesorería y ejecución presupuestal, así como dirigir la ejecución, evacuación y control del presupuesto del pliego de defensa y supervisor los procesos de inversión y adquisiciones, de modo que esta amplitud de facultades hacen que su participación vincule transversalmente a todas las dependencias intervinientes en el trámite de adquisición, en cuyo contexto dispuso el cambio del pedido original, lo que se desprende con claridad de las declaraciones de Barrios Carmelino y Zamora Mesía –fojas dos mil ciento noventa y nueve–. Por su parte Raúl Humberto Barrios Carmelino, en su calidad de Jefe de Tesorería, fue gestor activo en la realización administrativa

del incremento del pedido inicial, reuniéndose a tal efecto con sus coinculpados Zamora Mesía y Caballero Rubio para la verificación del saldo presupuestal existente, tras lo cual buscó a su coencausado Farfán Larenas para que firme el nuevo pedido de llantas, conforme declaró a nivel de juicio oral, y fue confirmado en el mismo acto por Zamora Mesía y Caballero Rubio. Gilberto Zamora Mesía, como Jefe de Abastecimiento, no solo tuvo conocimiento del pedido inicial, sino que participó en el incremento del requerimiento y completó el expediente administrativo; y Juan Carlos Caballero Rubio, en su calidad de Jefe de Presupuesto, dio cuenta del saldo presupuestal con pleno conocimiento de las irregularidades en el incremento. En suma, con ello se acredita, bajo los matices de sus propias declaraciones con fines exculpatorios, un acuerdo a nivel Jefatural de las distintas dependencias administrativas que hacían posible la activación, trámite y conclusión del procedimiento de adquisición de los neumáticos en cuestión. b) Inexplicable presentación posterior al otorgamiento de la bueno pro, de la proforma del presupuesto de la empresa Autoboutique Multiaros. Se advierte del ficto número cero cuarenta y tres-SGMD-I/OBT - fojas trescientos cincuenta que la solicitud para la adquisición de cuarenta llantas se produjo el día veintisiete de enero de dos mil tres, al día siguiente se efectuó la cotización de precios y el otorgamiento de la buena pro a la empresa Autoboutique Multiaros, por ciento cuarenta y un llantas, cuando todavía no había sido presentada la proforma de la empresa ganadora. c) Al almacén del Ministerio de Defensa Ingresaron únicamente cuarenta de las ciento cuarenta y un llantas adquiridas, verificado, después del pago por el equivalente a este último número de neumáticos. Así lo declaró Julio Jesús Reyes Figueroa al referir ante la Comisión de fiscalización del Congreso –fojas veintiséis– que como Jefe de Almacén nunca recibió las llantas, sino que la operación fue manejada por Barrios Carmelino y Zamora Mesía, habiendo sido obligado a firmar el comprobante de pedido de almacén, lo que se reafirma con las pruebas adjuntas al Informe Especial número cero dieciséis-dos mil cinco-dos-cero ochocientos cuarenta y ocho-OCI/MINDEF –obrante a fojas trescientos veinticuatro– que determina que en el proceso de adquisición de neumáticos se efectuó el incremento de la cantidad de llantas a efectos de obtener un beneficio indebido por veinticinco mil quinientos cincuenta y siete nuevos soles –equivalentes a las ciento un llantas que no ingresaron al almacén del Ministerio de Defensa–, habiéndose emitido incluso documentación que acreditaba la real entrega de solo cuarenta neumáticos, que aparecía en paralelo con la documentación oficial con la que se pretendía justificar la adquisición de las –ciento cuarenta y un llantas, tal como se desprende de las dos guías de remisión existentes respecto

del mismo procedimiento de adquisición, una de fecha cinco de marzo de dos mil tres –fojas trescientos noventa y cuatro–, donde consta la conformidad de ingreso al almacén de cuarenta llantas, y otro de fecha dieciocho de febrero de dos mil tres trescientos noventa, donde se consignó la cantidad de ciento cuarenta y un llantas, lo que permitió el pago del importe de treinta y dos mil ochocientos treinta y seis nuevos soles con ocho céntimos, mediante el cheque de fecha diecinueve de febrero de dos mil tres –fojas trescientos setenta y seis– , cobrado el veintiséis de febrero de dos mil tres, evidenciándose el pago antes de que se entregaran los cuarenta neumáticos. d) Se emitió la Pecosa número cero setenta y cinco. de fecha cinco de febrero de dos mil tres –fojas trescientos noventa y seis– con contenido falso suscrito por los procesados Farfán Larenas, Barrios Carmelino y la proveedora Autoboutique Multiaros, con la que documentariamente simularon la distribución de ciento cuarenta y un llantas supuestamente destinadas al pool de vehículos, un mes antes de que ingresaran realmente las cuarenta llantas que entrega la proveedora beneficiada, conforme a la Guía de Remisión número cero cero seis mil doscientos setenta y ocho, de fecha cinco de marzo de dos mil tres. Tal acción ilícita fue plenamente admitida por el procesado Zamora Mesía –fojas dos mil doscientos tres– quien señaló que pagó a Barrios Carmelino a cambio de que firme la Pecosa y den la conformidad de haber recibido las ciento cuarenta y un llantas y salir de esa manera del problema; asimismo, Reyes Figueroa acepta haber firmado, la Pecosa sin corroborar la recepción de las ciento cuarenta y un llantas, habiendo sido sorprendido por su Jefe inmediato Zamora Mesía pares tal fin. La firma del mismo documento por parte de Carlos Quispe Diestra –responsable de abastecimientos y mantenimiento de vehículos de la Secretaría de Coordinación de Asuntos Administrativos del Ministerio de Defensa– se consiguió debido a las gestiones persuasivas que Farfán Larenas efectuó sobre este funcionario dependiente de su área administrativa, habiéndole notado que era con fines de regularización. Asimismo, Caballero Rubio, en su calidad de Jefe de Presupuesto, emitió y visó indebidamente el comprobante de pago de fecha dieciocho de febrero de dos mil tres, obrante a fojas trescientos setenta y ocho, cuando aún no se había recibido la mercadería, lo que se verificó recién el cinco de marzo de dos mil tres, siendo que además este mismo funcionario a solicitud del Jefe de Tesorería Barrios Carmelino, fue rehecho, nuevamente visado y firmado el treinta de setiembre de dos mil tres para sustentar el pago de las ciento cuarenta y un llantas ante la Comisión de Investigación, lo cual se desprende del propio reconocimiento del procesado Caballero Rubio, conforme al acta de fecha ocho de noviembre de dos mil cuatro, obrante a fojas trescientos cuarenta y cinco y

oficio número veintiséis VAAE/B/01/PPTO, de fojas trescientos ochenta. e) Apertura de una línea de créditos en la empresa Autoboutique Multiaros para la entrega de neumáticos o el equivalente en otros toparles, que correspondan al saldo de los neumáticos no ingresados al Ministerio de Defensa, y la distribución de estas a favor de los procesados Farfán Larenas, Barrios Carmelino, Zamora Mesía, Vargas Riva y Caballero Rubio. En efecto, Barrios Carmelino ante la Comisión del Congreso de la República detalló primigeniamente la forma en que se distribuyeron los neumáticos, dinero y autopartes, extremos que en alguna medida son aceptados por los recurrentes, aunque con las reservas de los improbados destinos que les dieron a los bienes en determinados casos; así Zamora Mesía en el decurso del proceso y en su propio recurso impugnatorio afirma que Barrios Carmelino no quería que se le entreguen neumáticos a título personal, sino dinero en efectivo, por lo que ante su requerimiento gestionó ante la proveedora, se entregue su equivalente en dinero, lo que fue rechazado por la empresa proveedora, quien solo accedía a la apertura de crédito para que retiren neumáticos, autopartes y no dinero, los que desde luego eran recogidos por los funcionarios comprometidos en la investigación así como terceros; igualmente, Caballero Rubio admite en su escrito de impugnación haber recibido cinco neumáticos con la anuencia del sentenciado Barrios Camelino; Farfán Larenas, ante la Comisión del Congreso, aceptó haber recibido dinero de Barrios Carmelino, a su vez, este señaló ante la misma Comisión de investigación que Zamora Mesía le entregó el importe de ocho mil nuevos soles para ser entregados a Farfán Lorena, quien no quiso recibir llantas sino dinero en efectivo, lo que fue complementado con lo informado por Zamora Mesía, quien sostuvo que Barrios Carmelino le precisó que el personal del Despacho Ministerial no quería sino dinero en efectivo. Por lo demás, frente a las múltiples alegaciones respecto a esta particular modalidad defraudatoria, corroboran la ilegalidad de las distribuciones dinerarias y de autopartes los recibos obrantes a fojas cuatrocientos cinco y cuatrocientos seis, por las sumas de dieciséis mil nuevos soles y seiscientos treinta y cinco nuevos soles con setenta y seis céntimos abonados por los procesados Barrios Carmelino y Zamora Mesía en calidad de reversión, y el recibo por la suma de ocho mil trescientos diecinueve nuevos soles, correspondiente al dinero revertido por Farfán Lorena, conducta que desde luego tenía como finalidad bloquear una investigación de mayor alcance, pero para entonces, el perjuicio se había configurado y con ello la fase de agotamiento delictiva, debiendo considerarse la reversión dineraria a efectos de justificar la reducción punitiva ya aplicada. **SEXTO:** Que los indicios descritos, plurales, concurrentes y convergentes, se encuentran orientados a

acreditar que indefectiblemente la operación de compra de neumáticos obedeció a un siniestro acuerdo con la empresa beneficiada. Los dos primeros indicadores evaluados en la presente Ejecutoria Suprema, aisladamente aparecen como simples irregularidades administrativas de menor entidad, pero que van adquiriendo relevancia en la medida que son apreciados en el conjunto de las sucesivas infracciones al procedimiento, como es la admisión de la totalidad del pago por los bienes adquiridos antes que hayan ingresado a los almacenes de la entidad, la recepción real de solo cuarenta unidades cuando se pagó por ciento cuarenta y uno, la doble y falsa documentación que obra en paralelo de la que se desprende el afán de encubrir la real situación de la distribución de los bienes adquiridos, la admisión del retiro irregular de autopartes por parte de funcionarios y terceros de la empresa proveedora, sumado a los actos posteriores ejecutados por los procesados a efectos de ocultar el delito y las unívocas consideraciones que se extraen de las reversiones dinerarias efectuadas por los procesados Barrios Carmelino, Farfán Larenas y Zamora Mesía; con todo ello, no hay modo de estimar inocua la individual participación de los procesados desde sus distintos ámbitos funcionales que implicaron su intervención para la consecución del trámite, no resulta pues verosímil, tras esta acumulación de los indicios glosados, entender que las visaciones, autorizaciones e informes de los saldos presupuestales para el incremento del número de neumáticos a adquirir constituían una parcela propia del ámbito funcional del procedimiento, como entiende el procesado Caballero Rubio; ahora, ello no puede significar más que tal decisión de incremento del pedido inicial de llantas y todos los trámites efectuados a tal fin correspondieron a un acuerdo concertado entre los funcionarios, quienes de una u otra manera intervendrían necesariamente en el trámite, y, de no haber contado con un acuerdo común, habrían advertido las serias irregularidades, por lo que de inicio se requería la adhesión conjunta al citado defraudatorio arribado con la empresa Autoboutique Multiaros, personificada en la procesada Elizabeth Cristina Hernández Noriega, muy al margen de quien haya representado al grupo para ello. Que, en tales condiciones, resulta irrelevante si todos los intervinientes procesados tenían capacidad de decisión para la adquisición, ya sea en pleno proceso de selección evaluando la variedad de ofertas –que por cierto no existieron– u otorgando la buena pro, pues si bien no todos tenían esa facultad, sí organizaban funcionalmente una porción del trámite que bajo el pacto ilícito en referenda permite atribuírseles la totalidad de la operación ilegal, por lo menos a título de partícipes, conforme sucede con los procesados Caballero Rubio y Farfán Larenas; de este modo, las alegaciones basadas en la ausencia de participación en uno u otro momento del trámite de

adquisición –que por cierto comprende desde la solicitud de la etapa de negociación, elaboración de bases, pasando por la evaluación de propuestas, otorgamiento de buena pro, adjudicación, suscripción del contrato y ejecución del mismo–, pues de algún modo, desde sus respectivas funciones, intervinieron en el mismo bajo la consigna ilícita gobernando sus acciones. **SÉTIMO:** Que, bajo tal marco de ilegalidad manifiesta, aun cuando muchas de las acciones hayan respondido a órdenes a nivel castrense efectuada por funcionarios de rango superior, la ilegalidad manifiesta de los mandatos no eximen de ningún modo el cumplimiento de las mismas, por lo que no es aplicable en ningún caso la causa de justificación de obediencia debida, pues esta exige una apariencia de legalidad en la orden que definitivamente no se desprende la prueba actuada. **OCTAVO:** Que, en cuanto a la imposición de la pena de inhabilitación, esta se impone al constituir pena aplicable conforme a la cláusula remisiva del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, por lo que ninguna ilegalidad entraña su imposición. **NOVENO:** Que, respecto a la alegación de la documentación que obra en copia simple, conforme indicó la Sala Penal Superior, ello no adquirió mayor trascendencia no solo porque las instrumentales fueron remitidas por un órgano oficial, sino principalmente porque en lo sustancial, la prueba personal ha permitido confirmar la información en ella contenida, así como el mérito del Informe Especial número cero dieciséis-dos mil cinco-dos-cero ochocientos cuarenta y ocho OCI/MINDEF. Que, en consecuencia, corresponde confirmar la decisión de condena de los recurrentes respecto del delito de Colusión Desleal y Falsedad ideológica –este último únicamente respecto de Farfán Larenas y Barrios Carmelino, quienes suscribieron la Pecosa que acreditaba la salida y distribución de ciento cuarenta y un neumáticos, cuando ello no correspondía con la realidad, como se tiene ampliamente anotado en los considerandos anteriores–. **DÉCIMO:** Que, sin embargo, corresponde aclarar que, de acuerdo al factum acreditado, no es posible admitir el concurso real del delito de colusión desleal con el de cohecho pasivo propio, cuando este se sostiene en la distribución del remanente de los neumáticos, lo cual constituyó precisamente el objeto principal de la defraudación y aprovechamiento de la operación económica, quedando comprendido dentro de la etapa de agotamiento del delito de colusión desleal; perspectiva jurídica que obliga –a absolver a los procesados de este delito. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil setecientos cuarenta y tres, de fecha veintitrés de julio de dos mil diez, en cuanto condenó a José Mauricio Vargas Riva, Raúl Humberto Barrios Carmelino, Gilberto Zamora Mesía –como autores– y a Edgard Eudaldo Farfán Larenas, Juan Carlos Caballero Rubio

–cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, Ministerio de Defensa– y en cuanto condenó a Edgard Eudaldo Farfán Larenas y Raúl Humberto Barrios Carmelino como autores del delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsedad ideológica, en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, bajo determinadas reglas de conducta, y en el extremo que condenó a Elizabeth Cristina Hernández Noriega como cómplice primario del mismo delito y agraviado, a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo término de prueba y bajo las mismas reglas de conducta; e impone pena accesoria de inhabilitación para obtener cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público por el término de tres años a los acusados José Mauricio Vargas Riva, Gilberto Zamora Mesta, Edgard Eudaldo Farfán Larenas, Juan Carlos Caballero Rubio y Elizabeth Cristina Hernández Noriega, así como el término de dos años al sentenciado Raúl Humberto Barrios Carmelino, después de vencida la pena y fijaron en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria los sentenciados a favor del Estado, sin perjuicio de la devolución que deberán realizar los sentenciados a excepción de Elizabeth Cristina Hernández de Noriega del monto indebidamente apropiado; **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a José Mauricio Vargas Riva, Raúl Humberto Barrios Carmelino, Gilberto Zamora Mesía, Edgard Eudaldo Farfán Larenas y Juan Carlos Caballero Rubio como autores del delito contra la Administración Pública, cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, a la pena de trescientos sesenta y cinco días multa **REFORMÁNDOLA:** los absolvieron por el referido delito y agraviados; con lo demás que contiene y es objeto de recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARIA MORILLO
VILLA BONILLA

016 Colusión: Hechos constituyen infracciones administrativas y no tienen contenido penal

De la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia absolutoria se encuentra arreglada a ley, pues las imputaciones formuladas por el Fiscal Superior –consistentes en la sobrevaloración de precios, la relación de parentesco entre postores (accionistas) y los plazos excesivos para la entrega de medicinas e insumos por parte de los contratistas favorecidos que originaron que el almacén se encontrara abarrotado de medicamentos e insumos, los cuales no habrían sido entregados en forma oportuna– no han sido suficientemente acreditadas durante el proceso, al no haberse determinado con elementos de prueba la concertación previa entre los encausados –miembros del Comité Especial y representantes legales de las empresas ganadoras de la Buena Pro– para favorecer a estos últimos, defraudando al Estado, sino que por el contrario, las pruebas actuadas han evidenciado que los funcionarios del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión del Ministerio de Salud no adoptaron las medidas correspondientes para la efectiva ejecución del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, hecho que constituye infracciones de carácter administrativo y no de contenido penal.

Recurso de Nulidad Nº 707-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 7 de marzo de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud, contra la sentencia absolutoria de fecha seis de diciembre de dos mil diez, de fojas cinco mil novecientos dieciséis; 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, el Fiscal Superior al fundamentar su recurso de nulidad de fojas cinco mil novecientos cuarenta y ocho, sostiene lo siguiente: i) que, la responsabilidad de los encausados se encuentra acreditada con el conjunto de indicios que demuestran

que los miembros del Comité Especial previa concertación, favorecieron a particulares en desmedro de los intereses del Estado, con la decisión de otorgar la Buena Pro a tres empresas representadas por personas con vínculo de parentesco; ii) que, no se ha valorado adecuadamente el examen pericial en el que se determinó la sobrevalorización de los precios, y que si bien no era necesaria la tramitación de un expediente; administrativo para establecer costos por tratarse de una adjudicación de menor cuantía, ello no significa que debía requerirse formalmente los costos estimados, lo cual no se hizo con clara transgresión del artículo veintiséis de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; iii) que, el Comité Especial fijó plazos excesivos para la entrega de medicinas e insumos por parte de los contratistas favorecidos con la Buena Pro en el Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, en el que deberían concurrir plazos cortos y menos engorrosos. Por su parte la parte civil, al fundamentar su recurso de nulidad de fojas cinco mil novecientos cincuenta y siete, sostiene lo siguiente: i) que, el Colegiado Superior ha señalado la inexistencia de una prueba directa que demuestre la concertación entre los funcionarios públicos miembros del comité y los proveedores, sin tener en cuenta que por la naturaleza del delito se debió partir de la prueba indiciaria consistente en las declaraciones contradictorias de los encausados John Robert Hurtado Torres y Edelmira Quispe Suman; ii) que, se ha vulnerado el segundo párrafo del artículo doce de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que dispone que antes de iniciar los procesos de adquisición o contratación se deberá realizar los estudios de las posibilidades que ofrece el mercado, de modo que se cuente con la información para la descripción y especificaciones de los bienes y obras, así como para definir los valores referenciales de adquisición o contratación, por lo que, es falsa la afirmación de los encausados cuando manifiestan que en el proceso de adjudicación no se requería un estudio de mercado, ya que es la propia norma que lo regula como un requisito imprescindible, razones por las cuales solicita la nulidad de la sentencia. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo a la acusación fiscal de fojas cuatro mil ochocientos diecisiete, se imputa a Juan Aurelio Chong Chung –Presidente–, Juan Buenaventura Zapata Calderón –Secretario– y Rocío Del Pilar Espinoza Huertas –integrante–, en su condición de miembros del Comité Especial encargado de realizar el Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía número ciento ochenta y cinco guión dos mil dos guión PAAG, convocado para atender la emergencia del fenómeno del friaje en las regiones del Sur del país; haber concertado con los representantes de las empresas postoras para ser beneficiadas con la Buena Pro, toda vez que como miembros del referido Comité Especial no ejecutaron las acciones pertinentes

para establecer formalmente los precios referenciales de los medicamentos, insumos y equipamiento a adquirirse, lo que ocasionó una sobrevalorización en los precios de dichos productos por un importe de un millón sesenta y dos mil ciento noventa nuevos soles, además otorgaron la Buena Pro a tres empresas cuyos accionistas mantienen relación 1 de parentesco consanguíneo, lo que habría facilitado el contubernio entre las partes. De otro lado, a los procesados Dante Fernando Levaggi Aste –representante de la empresa Formo Andina Sociedad Anónima–, Hermógenes Segundo Pinedo Reátegui –representante de la empresa Consorcio Droguería Samaritano Sociedad de Responsabilidad Limitada y Proversal Sociedad de Responsabilidad Limitada–, Marco Antonio Hurtado Pazos –representante de la empresa Consorcio Disfloza y Droguería Laboratorio Baxley Group Sociedad Anónima Cerrada–, Jhon Robert Hurtado Torres –representante de la empresa Representaciones JHP Sociedad de Responsabilidad Limitada–, Edelmira Quispe Sumari –representante de la empresa Droguería Dromil EQ Empresa Individual de Responsabilidad Limitada– y Luis Alberto Arriola Delgado –representante de la empresa AC FARMA Sociedad Anónima–, quienes suscribieron el contrato respectivo con funcionarios del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión (PAAG) del Ministerio de Salud, se les imputa haberse coludido con los miembros del Comité Especial a cargo del referido Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, a fin de que sus representadas sean favorecidas con el otorgamiento de la Buena Pro, habiéndose determinado previamente en las bases administrativas precios sobrevalorizados de los bienes que fueron materia de adquisición. **TERCERO:** Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto 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). **CUARTO:** Que, la conducta atribuida a los encausados Juan Aurelio Chong Chung, Juan Buenaventura Zapata Calderón y Rocío Del Pilar Espinoza Huertas –en calidad de autores–, Dante Fernando Levaggi Aste, Hermógenes Segundo Pinedo Reátegui, Marco Antonio Hurtado Pazos, Jhon Robert Hurtado Torres, Edelmira Quispe Sumari y Luis Alberto Arriola Delgado –en calidad de cómplices primarios– se encuentra subsumida en la hipótesis normativa descrita en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal –modificado por la Ley número veintiséis mil setecientos trece, vigente a la fecha de los hechos–, que sanciona al funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismos del Estado, según la ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años. **QUINTO:** Que, de la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia absolutoria se encuentra arreglada a ley, pues las imputaciones formuladas por el Fiscal Superior –consistentes en la sobrevaloración de Precios, la relación de parentesco entre postores (accionistas) y los plazos excesivos para la entrega de medicinas e insumos por parte de los contratistas favorecidos que originaron que el almacén se encontrara abarrotado de medicamentos e insumos, los cuales no habrían sido entregados en forma oportuna– no han sido suficientemente acreditadas durante el proceso, al no haberse determinado con elementos de prueba la concertación previa entre los encausados –miembros del Comité Especial y representantes legales de las empresas ganadoras de la Buena Pro– para favorecer a estos últimos, defraudando al Estado, sino que por el contrario, las pruebas actuadas han evidenciado que los funcionarios del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión del Ministerio de Salud no adoptaron las medidas correspondientes para la efectiva ejecución del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, hecho que constituye infracciones de carácter administrativo y no de contenido penal. **SEXTO:** Que, en efecto, respecto al proceso de selección para el Otorgamiento de la Buena Pro, se advierte que el Comité Especial a cargo del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía número ciento ochenta y cinco guión dos mil dos guión PAAG –a través de su Presidente, el encausado Juan Aurelio Chong Chung– cursó invitaciones a diecisiete empresas en total para que participen en el mencionado proceso, conforme se acredita con las cartas obrantes a fojas mil cuatrocientos cuarenta y dos y siguientes, de las cuales se otorgó la Buena Pro a seis empresas que reunían las condiciones para atender el requerimiento, conforme

se aprecia del contenido del Acta de Recepción de Propuestas y Otorgamiento de Buena Pro, de fecha veintiséis de agosto de dos mil dos, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta donde se detalla a las empresas ganadoras: Formo Andina Sociedad Anónima, Consorcio Droguería Samaritano Sociedad de Responsabilidad Limitada y Proversal Sociedad de Responsabilidad Limitada, Consorcio Disfloza y Droguería Laboratorio Baxley Group Sociedad Anónima Cerrada, Representaciones JHP Sociedad de Responsabilidad Limitada, Droguería Dromil EQ Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la empresa AC FARMA Sociedad Anónima; empresas con las cuales se suscribieron los contratos que obran a fojas mil novecientos trece, mil novecientos treinta y siete, mil novecientos setenta y siete, dos mil quince, dos mil cuarenta y asimismo y dos mil noventa y uno, respectivamente. **SÉTIMO:** Que, asimismo, verificado el contenido de los referidos contratos, se advierte que en cada uno de ellos se estableció el plazo de entrega de los bienes en adquisición, el mismo que se hacía efectivo a la entrega de las órdenes de compra; sin embargo, de acuerdo a las conclusiones del Informe Pericial de fojas cuatro mil setecientos nueve, la entrega de bienes en adquisición se realizó en forma tardía, lo que ponía en evidencia la falta de inmediatez de los funcionarios del PAAG –encausados integrantes del Comité Especial– al haber entregado a los proveedores las órdenes de compra con un desfase de hasta sesenta y nueve días después de la firma de los contratos, sin adoptar las medidas correspondientes para disponer la distribución de los medicamentos, insumos y equipamientos adquiridos, trayendo como consecuencia, incluso, que al mes de agosto de dos mil tres, los bienes adquiridos se encuentren pendientes de distribución, hecho que guarda relación y se condice con lo detallado en el Acta de Visita de fojas ciento cuarenta y tres, así como con lo declarado por César Augusto Jo Vidal –administrador del PAAG– durante el juicio oral –véase sesión de audiencia de fojas cinco mil doscientos setenta y seis– en el sentido que la cantidad de medicamentos rebasó la capacidad operativa de almacenaje y distribución. **OCTAVO:** Que, a mayor abundamiento se tiene lo manifestado por los encausados Dante Fernando Levaggi Aste, Hermógenes Segundo Pinedo Reátegui, Marco Antonio Hurtado Pazos, Jhon Robert Hurtado Torres, Edelmira Quispe Sumani y Luis Alberto Arriola Delgado –representantes de las empresas ganadoras de la Buena Pro– en sus instructivas de fojas tres mil setecientos ochenta y ocho, tres mil setecientos noventa y siete, tres mil ochocientos siete, cuatro mil ciento cincuenta y siete, cuatro mil trescientos veintisiete, respectivamente, ratificadas en el juicio oral, quienes coincidieron en señalar que el plazo de entrega fue establecido por la entidad que realizó la convocatoria, el mismo que se

cumplió de conformidad con lo dispuesto en el contrato, una vez entregadas las órdenes de compra, que el Programa de Administración de Acuerdos de Gestión (PAAG) del Ministerio de Salud, no contaba con almacenes especiales para medicinas, y que no existió sobrevalorización en los precios de los productos, habiéndose tomado como referencia los precios señalados en las bases que se les envió; todo lo cual permite concluir que la demora que se produjo en la recepción de los bienes adjudicados así como su respectiva distribución, tuvo como origen la falta de capacidad de almacenaje y distribución del Ministerio de Salud. **NOVENO:** Que, finalmente en cuanto a la suma de dinero ascendente a un millón sesenta y dos mil ciento noventa nuevos soles, detallada en la Pericia Contable de fojas cuatro mil setecientos cuatro y Pericia Ampliatoria de fojas cinco mil trescientos setenta y seis, como perjuicio económico por la sobrevalorización en los precios de los bienes adquiridos, debe señalarse que para el examen pericial los Peritos designados tomaron como base los precios referenciales proporcionados por la Digemid, vigentes en los meses de agosto y setiembre del año dos mil dos, contrastándolos que los precios fijados en la denuncia de parte y los precios unitarios de los proveedores, conforme los mismos lo han manifestado en la audiencia de ratificación de la mencionada pericia, de fojas cuatro mil setecientos treinta y siete; que sin embargo, el artículo veintiséis de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece una antigüedad no mayor a los dos meses anteriores a la convocatoria, situación que también quedó evidenciada en el Debate Pericial realizado en juicio oral, de fojas cinco mil cuatrocientos cuarenta y uno; por tanto, dicha Pericia Contable no puede sustentar la imputación. Además de ello, la Pericia Ampliatoria de fojas cinco mil trescientos setenta y seis, concluyó que la empresa Representaciones JHP Sociedad de Responsabilidad Limitada, vendió bienes de capital al PAAG, no siendo incluida en el Anexo cuatro del Contrato, porque no atendió medicamentos, de lo cual se colige que no se habría causado perjuicio a la entidad agraviada. **DÉCIMO:** Que, en consecuencia, estando a que las Bases Administrativas para la Adjudicación de Menor Cuantía número ciento ochenta y cinco guión dos mil dos guión PAAG, fueron elaboradas por el Comité Especial encargado del Proceso y aprobadas por la Jefatura del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión (PAAG) del Ministerio de Salud, por Resolución Jefatural número treinta y uno guión dos mil dos guión PAAG, de fojas mil cuatrocientos treinta y nueve; y no habiéndose acreditado que los procesados –representantes de las empresas ganadoras– hubieran contribuido con los encausados –miembros del Comité Especial–, en la elaboración y con el Jefe del PAAG en la aprobación de dichas bases administrativas,

coludiéndose para defraudar a los intereses del Estado, la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fe ha seis de diciembre de dos mil diez, de fojas cinco mil novecientos dieciséis, que absolvió a Juan Aurelio Chong Chung, Juan Buenaventura Zapata Calderón y Rocío del Pilar Espinoza Huertas, de la acusación fiscal en calidad de autores, y a Dante Fernando Levaggi Aste, Hermógenes Segundo Pinedo Reátegui, Marco Antonio Hurtado Pozos, Jhon Robert Hurtado Torres, Edelmira Quispe Sumari y Luis Alberto Arriola Delgado de la acusación fiscal en calidad de cómplices primarios, del delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

017 Colusión desleal: No se configura cuando el agente opera en el cumplimiento de su rol

El gerente municipal que en su rol suscribe la contratación de un software (y/o sus adendas) con quien se le otorgó la buena pro, de forma transparente; es decir, sin participar en el proceso de adjudicación de menor cuantía, conforme al acta respectiva; no resulta responsable del cumplimiento efectivo del objeto del contrato, cuya revisión corresponde a otra área; por lo que la concertación que pudo existir no es indebida al no concurrir el elemento fraude; y por tanto no se configura el delito.

Recurso de Nulidad Nº 1114-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 9 de mayo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Augusto Ramírez Vicencio, contra la sentencia del veinticinco de enero de dos mil once, obrante a fojas mil ochocientos setenta y uno; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el encausado Ramírez Vicencio fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil novecientos dos, alegando que, la sentencia recurrida vulnera derechos constitucionales como el *in dubio pro reo*; pues existen medios probatorios que acreditan su inocencia; sin embargo, fue condenado por el solo hecho de haber trabajado como Gerente Municipal teniendo como función suscribir todos los documentos que genera la administración, por tanto, siendo su función la de suscribir los contratos –mas no de revisarlos– cumplió con su deber suscribiendo diferentes contratos; que su función no es evaluar o ameritar si la carta fianza es suficiente o no, ya que es responsabilidad de quienes generaron la buena pro; que se cumplió con firmar la adenda del trabajo porque existían informes de las áreas usuarias, que dichos trabajos estaban avanzados, conforme quedó probado con el informe pericial de informática; que el Colegiado no señala ni aclara si el tipo penal admite la culpa o solamente es doloso; que la Municipalidad Provincial de Abancay frente al incumplimiento del contratista procedió a tomar las medidas

necesarias, denunciando a Consucode para la inhabilitación del contratista y luego inició una acción judicial de resolución de contrato; **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas mil cuatrocientos diez, con fecha dieciocho de abril de dos mil cinco, el encausado Augusto Ramírez Vicencio, cuando se desempeñaba como Gerente Municipal de la Municipalidad de Abancay, suscribió con el contratista Yuri Igor Aponte Chirinos, el "Contrato de Elaboración de Software: Sistema de Administración Tributaria Nº 119-2005-GM-MPA", estableciéndose en la cláusula quinta que el costo total sería de doce mil quinientos nuevos soles y la forma de pago sería del veinte por ciento a la suscripción del contrato, el cuarenta por ciento a la entrega del módulo del impuesto predial y arbitrios, con la migración de la base de datos existente adjunto al informe técnico de avance, y el cuarenta por ciento a los treinta días de la entrega final del sistema, verificado su perfecto funcionamiento.

Asimismo, el citado contrato fijó el plazo de ejecución en setenta días calendarios, el cual venció el veintiocho de junio de dos mil cinco sin que el contratista cumpliera mínimamente los términos del mismo; sin embargo, el encausado Ramírez Vicencio, en vez de aplicar la cláusula penal al contratista, suscribe con el contratista Yuri Igor Aponte Chirinos la addenda número uno al contrato antes mencionado, en fecha veintinueve de junio de dos mil cinco, que no solamente amplía el plazo del contrato por noventa días más, sino también incluye la instalación de otros módulos adicionales como son módulo de licencias y construcción, el módulo de infracciones de tránsito –papeletas– y un sistema que controle los ingresos generados en el terminal terrestre, por un costo adicional de cuatro mil quinientos nuevos soles. En la cláusula cuarta de la citada addenda se acordó que el saldo a pagar por la Municipalidad es de nueve mil quinientos - nuevos soles incluido el mencionado costo adicional, el cual deberá ser pagado de la siguiente manera: a) cuatro mil quinientos nuevos soles a la entrega de los módulos de licencias de construcción, infracciones de tránsito e ingreso al terminal, b) dos mil quinientos nuevos soles a la entrega de los módulos, impuesto predial y arbitrios, catastro, licencias de funcionamiento, fraccionamiento, impuesto de alcabala, impuesto a juegos y apuestas, c) dos mil quinientos nuevos soles a los treinta días de la entrega final de todos los módulos restantes, y para que se efectivice la defraudación, cursó, el dos de setiembre de dos mil cinco, el memorándum Nº 285-2005-GM-MPA a la, Gerencia de Administración y Finanzas para que se efectúe el pago de cláusula cuarta de la Addenda número uno del contrato 119-2005-GM-MPA, aun cuando tenía conocimiento que el contratista no estaba cumpliendo con la instalación y entrega de los

módulos, llegándose a pagar al contratista el catorce de setiembre de dos mil cinco la suma de cuatro mil nuevos soles mediante comprobante de pago número tres mil trescientos ochenta y dos; **TERCERO:** Que, ante las imputaciones efectuadas contra el encausado Ramírez Vicencio, este niega su responsabilidad en los hechos denunciados, glosando en su instructiva de fojas setecientos setenta y ocho, que suscribió el contrato con el Gerente de la empresa Consultoría y Servicios Informáticos Yuri Igor Aponte Chirinos por su cargo de Gerente Municipal, y suscribió la addenda previo informe de las áreas correspondientes y solicitud de la consultoría en los términos que recen, habiéndosele cancelado, no recordando exactamente sobre el último pago efectuado, habiendo autorizado dichos pagos previo a los procedimientos administrativos del caso, versión que mantiene en juicio oral a fojas mil setecientos quince, agregando que no era miembro de la comisión para la instalación del software del sistema integrado y que se tenga en cuenta que realizar verificaciones respecto a la instalación del sistema no es su función, para ello existe una distribución de responsabilidades en los funcionarios de diversas áreas, realizando los pagos en relación a los informes y conformidad de los avances de la misma; afirma también que no conoce a Yuri Igor Aponte Chirinos; **CUARTO:** Que, el delito de colusión, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o "comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, gustes, liquidaciones o suministros; entendiéndose por "concertación" el acto de ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la Administración Pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta colusión debe contener el elemento de fraude [...]. Debe constituir una privatización de la actividad funcionaria del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los intereses privados y así mismo (URQUIZO OLOECHEA, José. *Código Penal* - Tomo I, página mil cuarenta y uno); **QUINTO:** Que, revisados los autos y valorados los medios probatorios actuados se tiene lo siguiente: i) a fojas doce obra el Informe de Auditorio Nº 001-2006-2-0347, elaborado por el órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Abancay, el cual concluye en el punto número dos se

determinó que la Municipalidad Provincial de Abancay ejecutó fondos provenientes de la fuente de financiamiento de Crédito Interno hasta por un importe de doce mil nuevos soles por concepto de elaboración de software, para la Gerencia de Administración Tributaria, siendo inexistente dicho trabajo, toda vez que, físicamente no existe resultado alguno de la elaboración del mismo, y pese a ello, la entidad mediante la Gerencia Municipal y los diferentes sistemas administrativos dispusieron la ejecución del pago, al proveedor, por dicho concepto, hasta por un noventa y seis por ciento del contrato inicial; ii) a fojas cuarenta y cuatro obra el contrato de elaboración de software: sistema de administración tributaria, suscrito entre el encausado y la persona de Yuri Igor Aponte Chirinos, quien obtuvo la buena pro de la adjudicación de menor cuantía para la elaboración del software antes mencionado; iii) a fojas cuarenta y nueve obra la addenda número uno: contrato de adquisición de software: sistema de administración tributaria Nº 2005-GM-MPA suscrito entre el encausado y la persona de Yuri Igor Aponte Chirinos, quien obtuvo la buena pro de la adjudicación de menor cuantía para la elaboración del software antes mencionado, addenda mediante la cual se amplía el plazo para la elaboración del software, teniendo en cuenta los informes del contratado y de la gerencia de administración tributaria, respecto a las dificultades para instalación; iv) a fojas cincuenta y siete obra el memorándum Nº -2005-GAT/MPA, mediante el cual la persona de Guido Medina Libura de la Gerencia de Administración Tributaria, da la conformidad de trabajo sobre la instalación del software, además indica que debe cumplirse con el pago de la segunda cuota; v) a fojas sesenta y tres obra el memorándum Nº 285-2005-GM-MPA, mediante el cual el encausado Ramírez Vicencio solicita se tramite el pago al contratista Aponte Chirinos, para lo cual adjuntó el informe respectivo; vi) a fojas trescientos cuarenta y ocho obra copia fedateada del acta de apertura y/o presentación de propuestas para la elaboración de software, en presencia de los señores miembros del comité permanente de adquisiciones para la adjudicación de menor cuantía, a la que solo acudió como postor el encausado Aponte Chirinos; vii) a fojas mil ciento dos obra el informe pericial elaborado por peritos de REPEJ, quienes concluyen que el sistema de administración tributaria no está implementado en el área correspondiente de la Municipalidad y que los trece módulos están inconclusos, encontrándose en una fase muy superficial de desarrollo, lo que impide su ejecución y operación, pericia ratificada a fojas mil doscientos siete, en igual sentido, opina en la diligencia de inspección judicial de fojas mil ciento ochenta y seis, agregando el perito judicial, que no es posible determinar porcentualmente un avance del trabajo mientras este no opere; **SEXTO:** Que,

si bien conforme se ha glosado en el considerando anterior, en los puntos ii) y iii), tanto el contrato de elaboración de software como la addenda número uno, fueron suscritos por el encausado Ramírez Vicencio, no se tuvo en cuenta que ello fue en el ejercicio de sus funciones, es decir, en su calidad de Gerente Municipal, circunstancia que no resulta suficiente para imputarle responsabilidad penal en los hechos denunciados, escapando de su función el velar por el cumplimiento de la elaboración del software, dado que dicha función y la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista Aponte Chirinos era evaluado por el Gerente de Administración Tributaria, tal como se ha descrito en el punto iv) del considerando anterior; **SÉTIMO:** Que, otro aspecto que no se ha tenido en Consideración es el hecho de que el encausado no formó parte del Comité Permanente de Adquisiciones para la adjudicación de menor cuantía, por tanto, no tuvo participación en el proceso de selección del contratista Aponte Chirinos, lo cual consta en lo descrito en el punto vi) del quinto considerando de la presente Ejecutoria; **OCTAVO:** Que, el informe pericial elaborado por los peritos de REPEJ –fojas mil ciento dos– tampoco demuestra categóricamente la responsabilidad del encausado Ramírez Vicencio, por cuanto solo concluye que el sistema de administración tributaria no está implementado en el área correspondiente de la Municipalidad, mas no hace una valoración y un cálculo de pérdida de dinero, lo que sí está descrito en la pericia contable de fojas mil trescientos setenta y cinco, elaborada también por peritos de REPEJ, donde se concluye que se realizaron gastos de doce mil nuevos soles en la implementación del sistema informático de un software para la administración tributaria de la Municipalidad de Abancay; sin embargo, ello tampoco resulta suficiente para imputarle la responsabilidad penal al encausado Ramírez Vicencio; además de ello, no se tuvo en cuenta que el encausado y el contratista responsable de la elaboración del software no se conocían, como así lo mencionó Ramírez Vicencio en juicio oral; **NOVENO:** Que, el fin del derecho procesal penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, o archivando el Proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal; situación que no se da en el presente caso, por cuanto no existen suficientes elementos de prueba que acrediten de manera indubitable la responsabilidad penal del encausado ni la concertación con el contratista Aponte Chirinos; **DÉCIMO:** Que, en atención a ello, tenemos que la imputación objetiva,

que desarrolla la teoría del tipo desde un punto de vista normativista, contemplando conceptos que funcionan como filtros, para determinar si una conducta es suceptible de ser considerada típica, destaca la figura del rol, como uno de esos filtros, en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido, y por lo tanto, tampoco por un delito, por lo que aplicando dicha teoría al caso de autos, se puede colegir que el encausado Ramírez Vicencio solo se limitó a realizar su rol de gerente municipal, ejecutando las obras en mérito a lo acordado por Concejo Municipal; sin transgredir límite alguno; por lo que, dicha conducta no puede ser reprochable penalmente; asimismo, de acuerdo a la prohibición de regreso, quien asume con otro un vínculo que de modo esteriotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida, este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento, pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticinco de enero de dos mil once, obrante a fojas mil ochocientos setenta y uno, en el extremo que condenó a Augusto Ramírez Vicencio como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay –Estado–, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años, inhabilitación por el periodo de dos años, de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijó en la suma de cuatro mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la entidad agraviada; **REFORMÁNDOLA** absolvieron a Augusto Ramírez Vicencio de la acusación fiscal por el referido delito y agraviada; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

018 Colusión: Absolución por falta de acuerdo colusorio

El representante legal de la empresa proveedora no se ha concertado con los miembros del proyecto ni de Cenfotur, por lo tanto no se ha coludido con ninguno de los procesados, y por ello, no contándose con elementos suficientes para acreditar la consumación de este tipo penal, toda vez que no ha quedado probado que entre los procesados existió un acuerdo colusorio, no enervándose la presunción de inocencia previsto en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "e" de la Constitución Política del Estado, que le asiste a todo justiciable, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a ley.

Recurso de Nulidad Nº 3139-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 24 de octubre de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público y la Procuraduría Pública, a cargo de los asuntos judiciales del Mincetur, contra la sentencia absolutoria de fecha doce de agosto de dos mil once, de fojas mil novecientos treinta; interviniendo como ponente el señor juez Supremo Rodríguez Tineo, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

ANTECEDENTES:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DE AGRAVIOS:

A.- Que, el representante de la Procuraduría Pública, mediante escrito impugnatorio de fojas mil novecientos noventa y cinco, fundamenta su recurso de nulidad en los siguientes términos:

i) El Banco Interamericano de Desarrollo autorizó mediante documento "no objeción", la propuesta económica planteada por la empresa Opción E.I.R.L. en el proceso de selección, por un monto total, incluido impuesto general a las ventas, de ochenta y cinco mil nue-

vos soles, los acusados, sin autorización de esta entidad, deliberadamente le pagaron un monto mayor de cien mil trescientos nuevos soles, conforme se desprende de la cláusula tercera del contrato, evidenciándose un exceso de pago de quince mil trescientos nuevos soles en perjuicio del Estado.

ii) Los miembros del Comité no se sujetaron a los criterios establecidos para la selección de la firma ganadora, tal es así que, al evaluar a las empresas postoras, los encausados le otorgaron a Opción un máximo puntaje en el giro de negocios, no obstante tener un objeto social ajeno al requerido para la consultoría; y en cuanto a la propuesta técnica, le otorgaron el primer lugar de mérito, pese a que dicho documento se encontraba sin firma alguna, sin membrete ni sello que permita identificar la procedencia del documento o vincular a la empresa que la habría presentado.

iii) La Sala Penal no ha valorado que en autos no obra en los archivos de Cenfotur, el informe final con visto bueno de esta entidad con la aprobación del BID, que debió presentar la empresa Opción, previamente a su pago, conforme la cláusula tercera del contrato de fecha 12 de febrero de 2003.

B.- El representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad de fojas dos mil cuatro, alega lo siguiente:

i) En la actividad probatoria, erróneamente se ha limitado a ponderar la inexistencia de la prueba directa del acuerdo colusorio, siendo de difícil probanza en esta clase de delitos, generando impunidad, conforme se desprende de la sentencia recurrida, al dejar de lado la prueba indiciaria, entendida como un encadenamiento lógico de diversos indicios que concluyen objetivamente que el hecho imputado es la única explicación posible para revelar la conducta de los acusados.

ii) En el juicio oral quedó acreditado que las empresas postoras eran calificadas, se cuestiona, el pago indebido a favor de estas, debido a que la cifra presentada en la propuesta económica del proceso de selección, por la cual se les otorgó indebidamente la buena pro, es menor a la que figura posteriormente en el contrato, originando un pago en exceso, conforme así lo han señalado los peritos en juicio

oral, en tanto que la empresa Opción E.I.R.L., propuso un servicio de consultoría (propuesta económica) por un importe de setenta y dos mil treinta y cuatro nuevos soles más doce mil novecientos sesenta y seis, nuevos soles por concepto de IGV, resultando una propuesta de ochenta y cinco mil nuevos soles, sin embargo, se le pagó, conforme contrato cien mil trescientos nuevos soles, de los cuales ochenta y cinco mil nuevos soles fueron por concepto de servicio y quince mil trescientos nuevos soles por impuesto general a las ventas, habiéndose pagado en exceso por servicio de consultoría doce mil novecientos sesenta y seis nuevos soles y dos mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles por concepto de impuesto general a las ventas, haciendo un total de quince mil trescientos nuevos soles.

SEGUNDO: HIPÓTESIS DE LA IMPUTACIÓN PENAL

Según la acusación fiscal de fojas mil ciento diecinueve, subsanada a fojas mil noventa y uno, se le acusó a los procesados Carlos Alberto Urdanivia Rosas y Miguel Abner Calderón Rivera, como autores y a Daymo Alfonso Bezada Rubio, como cómplice primario, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Centro de Formación en Turismo –Cenfotur, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo– Mincetur, y el Estado, solicitando se les imponga a los dos primeros ocho arios y al último siete, años de pena privativa de libertad, los hechos se circunscriben a razón del "convenio de cooperación técnica no reembolsable número ATN/MH guión seis mil trescientos setenta y siete, para el desarrollo de estándares nacionales de medición de habilidades y programas de capacitación para el sector turismo", suscrito entre Cenfotur y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) - administrador del Fondo Multilateral de Inversiones, de fecha veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, se puso a disposición de Cenfotur una contribución no reembolsable ascendente a la suma de un millón ochenta mil dólares americanos, aportando asimismo Cenfotur el monto de setecientos veinte mil dólares americanos, ascendiendo a un total de un millón ochocientos mil dólares americanos, destinados a la contratación de servicios de consultoría y la adquisición de bienes necesarios para la realización del proyecto, en cuyo fin se acordó que Cenfortur sería la unidad ejecutora encargada de la licitación pública, para viabilizar los dos servicios, siendo uno de ellos la "elaboración de un banco de pruebas para el diagnóstico formativo de recursos humanos del

sector hotelero y turístico" y "sistematización de la experiencia del diseño e implementación de un sistema de competencia laboral para el sector hotelero y turismo", conforme a la forma y pautas de selección previstas en los anexos "b" y "c" del citado convenio, nombrándose como Director Ejecutivo de los Proyectos a Miguel Abner Calderón Rivera. Sobre la base de este antecedente, se atribuye a Calderón Rivera, haber propiciado la conformación de los miembros del Comité de Preselección y Selección de ambas prestaciones con personas de su entorno, no estableciendo criterios objetivos de calificación de las empresas postoras ni la determinación de las funciones del Comité, conforme lo disponía el convenio macro; de igual, forma se atribuye a Carlos Alberto Urdanivia Rosas, en su calidad de Jefe del Área de Logística y miembro del comité de Preselección y Selección, haber facilitado indebidamente el accionar de su coinculpado Miguel Abner Calderón Rivera, también miembro del Comité de Selección, incumpliendo con sus obligaciones, concertando entre sí y con Daymo Alfonso Bezada Rubio, representante de la empresa Representaciones Servicios y Logística Industrial - OPCION EIRL, para lo cual Miguel Abner Calderón Rivera efectuó una inadecuada calificación de las demás empresas postoras, otorgando puntajes que no correspondían, no llegándose a reunir los demás miembros del Comité para evaluar las propuestas, en ninguno de los dos procesos de selección, quienes al ser de su entorno no observaban y avalaban dichas irregularidades, a fin que la postora Opción E.I.R.L. y Capital Humano y Social Sociedad Anónima, resulten respectivamente beneficiadas con la adjudicación de la buena pro, y con ello favorecerse con los contratos de cada consultoría, pagando un exceso de quince mil trescientos nuevos soles a favor de Opción E.I.R.L. y quince mil seiscientos once nuevos soles con cuarenta céntimos, a favor de la empresa Capital Humano y Social Sociedad Anónima. Finalmente, se atribuye a Daymo Alfonso Bezada Rubio, representante de la empresa Opción E.I.R.L., no obstante no tener su representada experiencia ni la calificación técnica necesaria, dedicada a un objeto social distinto al requerido en el concurso, sin contar con un consultor ni con las condiciones mínimas exigidas en el Convenio, haber sido beneficiada con un pago superior al ofrecido en su propuesta económica por la cual, precisamente, se le adjudicó la buena pro.

FUNDAMENTOS:

TERCERO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Que, respecto al delito de colusión, vigente a la época de los hechos, este tipo penal se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se tipifica cuando: "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión eymcial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministro".

Este tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminen laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes).

Esta exigencia formal –de "funcionario o servidor público"– debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión (Vid., GARCÍA CAVERO , Percy Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal, en: Percy García Cavero y José Luis Castillo Alva *El delito de Colusión*, Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos) toda vez que su sustento, está en el "deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que, para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios efectuaron el amerdo olusorio y si tuvieron en su ámbito institucional –funcional– la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS:

En este sentido, compulsados los agravios alegados por los recurrentes, dentro del contexto probatorio y lo actuado a nivel del juicio oral, no ha quedado acreditado que los procesados se hayan concertado con los interesados; así:

4.1. Uno de los cargos incriminatorios contra estos encausados es: el Informe Especial número cero cero ocho guión dos mil seis guión cero dos guión cinco tres cero dos, denominado "irregularidades en el trámite de procesos de selección y en la celebración y ejecución de contratos del centro de formación en turismo - Cenfotur", elaborado por el órgano de Control Institucional del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - Mincetur, de fojas quince, sin embargo, en el desarrollo de los debates orales, la auditora Angélica Fonken Alejos, en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas mil quinientos treinta y tres, aun cuando esta se ratifica de las conclusiones del informe antes mencionado, ante las preguntas formuladas por las partes y los miembros del Colegiado Superior, señaló haber elaborado el referido Informe con la documentación que tuvo a la vista y que fue alcanzada en ese momento, lo cual denota que el informe base de a acusación fiscal no contiene toda la documentación proporcionada para su elaboración, y por ende, no resulta ser un medio de prueba suficiente dotado de a probatoria y que permita enervar la presunción de inocencia de los encausados.

4.2. Con respecto a que la empresa OPCIÓN E.I.R.L. no presentó sus informes finales de la consultoría llevada a cabo, así como tampoco documentación respecto al personal que se encargaría de realizar los trabajos, ello con la finalidad de acreditarse el acuerdo colusorio, sin embargo, lo cierto es que la empresa sí cumplió con presentar su propuesta técnica, conforme consta de fojas sesenta y ocho a ochenta y uno, del "Tomo A", así mismo, con la carta con la cual se remite dicha propuesta del proyecto, contiene de acuerdo a los parámetros establecidos para el desarrollo de la consultoría, el personal técnico con el que contaba la empresa para el desarrollo de la misma, carta que a su vez fue remitida al Banco Interamericano de Desarrollo, para su no objeción, conforme consta a fojas mil cuatrocientos cuarenta y nueve, "Tomo D"; lo que dio lugar a que el Banco luego de haber analizado la documentación sustentatoria da su conformidad a la evaluación de la propuesta técnica, pudiendo continuar con las negociaciones correspondientes con la firma OPCIÓN E.I.R.L.

4.3. En cuanto al incumplimiento de la empresa OPCIÓN E.I.R.L. relativo a la no presentación de su informe final por la consultoría realizada, si bien no aparece en autos el informe final correspondiente, sí se colige del expediente documentación que da cuenta que dicho infor-

me final existió y que fue debidamente analizado tanto por el Proyecto BID - Cenfotur, como por el propio BID, prueba de ello, obra la carta número cero setenta y dos guión cero tres / PB, dirigido a Juan Pablo Severi, Especialista Sectorial del Banco Interamericano de Desarrollo, de fecha ocho de abril de dos mil tres, emitido por Miguel Abner Calderón Rivera, Director Ejecutivo, obrante a fojas mil cuatrocientos cuarenta, a través de la cual se remite el informe final y la evaluación de desempeño de la empresa OPCIÓN E.I.R.L., expresando su plena conformidad con el resultado de la consultoría así como el mencionado informe, solicitando la no objeción del Banco a fin de procederse con el último pago a la empresa de acuerdo al contrato. Finalmente, otro medio de prueba que acredita la existencia del referido informe es el fax de fecha veintidós de abril de dos mil tres, obrante a fojas mil cuatrocientos treinta y nueve, del "Tomo D", con la que el Banco Interamericano de Desarrollo, da cuenta que se ha recibido el informe final de la consultoría realizada por la empresa OPCIÓN E.I.R.L., la misma que cuenta con la aprobación de la unidad ejecutora del programa; así como la evaluación de desempeño.

4.4. Por otro lado, otro indicio que prueba la inexistencia del acuerdo colusorio, la Pericia Contable, obrante a fojas ochocientos quince del "Tomo B", elaborado por los peritos contables de la Policía Nacional del Perú, los señores Augusto Condorchua Villaverde y José Ambrosio Luis López, quienes en su análisis pericial respecto a la existencia de perjuicio económico causado al patrimonio del Estado concluyen: debido a un inadecuado sistema de control contable y administrativo tanto previo como posterior, el Cenfotur suscribió los contratos con las empresas consultoras por importes mayores a las propuestas económicas que en su momento detallaron, adicionando dieciocho por ciento de impuesto general a las ventas de manera errónea, siendo a su vez aprobado por el Banco Interamericano de Desarrollo, habiendo ocasionado un gasto demás a Cenfotur por concepto de pago del Impuesto General a las Ventas, por los montos de dos mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles en el caso de la empresa OPCIÓN E.I.R.L., y por un monto de dos mil trescientos ochenta y uno, nuevos soles con cuarenta céntimos, en el caso de la empresa Capital Humano y Social Sociedad Anónima, precisando no haber determinado la existencia de un perjuicio económico al Estado, dado que el pago erróneo en exceso consignado fue finalmente recabado por la Sunat.

Posteriormente, durante el juicio oral se recibieron las declaraciones de los Peritos quienes frente a la Sala y pese a haberse ratificado a nivel de instrucción respecto de la elaboración de su informe, cambian de versión en cuanto a su conclusión del objeto de la pericia, señalando que haber considerado doblemente el Impuesto General a las Ventas, causó perjuicio al Estado Peruano; mientras que ante la formulación de otra pregunta señalan el haber incluido el Impuesto General a las Ventas fue un error, para terminar indicando que efectivamente se perjudicó al Estado. Que, tales versiones referentes a la pericia contable, en contraposición con lo dicho por los Peritos Policiales en audiencia, muestran incoherencias que presentan ambos peritos, no resultando muy relevante estas premisas, dado que el caso concreto, y según la ley vigente a los hechos que no exigía el perjuicio patrimonial, solo debe acreditarse el acuerdo colusorio mas no el perjuicio patrimonial al Estado, propio de otros tipos penales.

De lo antes esbozado, se concluye que el representante legal de la empresa OPCIÓN E.I.R.L. no se ha concertado con los miembros del Proyecto ni de Cenfotur, por lo tanto no se ha coludido con ninguno de los procesados, y por ello, no contándose con elementos suficientes para acreditar la consumación de este tipo penal, toda vez que no ha quedado probado que entre los procesados existió un acuerdo colusorio, no enervándose la presunción de inocencia previsto en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "e" de la Constitución Política del Estado, que le asiste a todo justiciable, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha doce de agosto de dos mil once, de fojas mil novecientos treinta, que absolvió de la acusación fiscal a Carlos Alberto Urdanivia Rosas y Miguel Abner Calderón Rivera, como autores y contra Daymo Alfonso Bezada Rubio, como cómplice primario, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Centro de Formación en Turismo - Cenfotur, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - Mincetur y el Estado.

S.S.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

CAPÍTULO IV
PECULADO

El delito de peculado está tipificado en el artículo 387 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley Nº 26643 de fecha 26/06/1996:

> ***Artículo 387.-*** *El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*
>
> *Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.*
>
> *Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.*
>
> *Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.*

019 Peculado: Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, por lo tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado.

Recurso de Nulidad Nº 2165-2011-UCAYALI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 28 de noviembre de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Marcial Wenceslao Gonzáles Maguiña contra la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil once, de fojas mil setenta y seis, solo en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado –Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria– Pucallpa, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el procesado recurrente en su escrito de fundamentación de agravios de fojas mil ciento once, alega que el Tribunal Superior indebida e ilegalmente se ha desvinculado de la acusación fiscal, condenándolo por el delito de peculado culposo, cuando la tesis que se planteó durante todo el proceso fue peculado doloso, transgrediendo los principios de contradicción y derecho de defensa; agrega, que no existen pruebas que determinen su responsabilidad penal, tan es así, que no se recabó las normas internas de la institución agraviada, referidas al cuadro de asignación y funciones del personal con el propósito de encuadrar las competencias y facultades de cada servidor.

SEGUNDO: Que, según los términos de la acusación fiscal de fojas quinientos setenta y dos, complementada a fojas seiscientos sesenta y cuatro, se atribuye al procesado Marcial Wenceslao Gonzáles Maguiña, que en su calidad de Jefe de Logística del Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria –Pucallpa– INIEA, no obstante, por razón de su cargo tener posesión de las llaves del almacén, permitió la sustracción de dicho ambiente de ciento nueve sacos de fertilizantes, cuyo faltante fue advertido el cinco de abril de dos mil ocho, data en que se observó que los candados de seguridad del local no presentaban huellas de haber sido violentados, demostrándose con ello, incluso, la complicidad de algunos vigilantes que estuvieron de turno cuando ocurrieron los hechos; asimismo, en dicha fecha desapareció del interior de la cochera de la citada institución, un encroche de doble tracción de la camioneta de placa PIO - novecientos veinticinco y una batería de tractor Shangai número seis.

TERCERO: Que, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado.

CUARTO: Que, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria –INIEA– Pucallpa a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, esto es, en el caso de la sentencia condenatoria cuestionada, respecto a una conducta culposa, que no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, sino que se hace referencia directamente a la sustracción producida por terceras personas, que aprovechándose del estadio de descuido imputado al funcionario o servidor público, pues es este quien propicia, facilita o permite la sustracción.

QUINTO: Que, en rigor, el recurrente sustenta sus agravios en los mismos argumentos de defensa que ha planteado durante todo el proceso penal,

es decir, alegando la presunta inexistencia de pruebas y la supuesta omisión de no haberse incorporado al expediente las normas internas de la institución agraviada, referidas al cuadro de asignación y funciones del personal con el propósito de encuadrar qué competencia y facultad tenía, afirmación que no resulta amparable, en tanto, que el propio procesado ha aceptado a nivel de instrucción como del juicio oral haberse desempeñado como Jefe de Logística, empero, también estaba bajo su cargo la Oficina de Abastecimiento, siendo entendible por sus propósitos de defensa que haya tratado de distanciar ambas funciones con el objetivo de no asumir responsabilidad alguna, lo cual ha sido suficientemente desvirtuado con la declaración de Ángel Robert Mera Torrejón, quien en audiencia pública cuya acta corre a fojas mil uno, ha sostenido que el encargado del almacén de donde se sustrajeron ciento nueve sacos de fertilizantes, valorizados en cuatro mil trescientos treinta y dos nuevos soles con setenta y cinco céntimos, fue el ahora recurrente Gonzáles Maguiña, procesado último, que por cierto, sí aceptó que Mera Torrejón había sido destacado para ayudarlo.

SEXTO: Que, si bien el recurrente ahora sostiene haberse vulnerado sus derechos de defensa y a la contradicción al realizarse una indebida desvinculación de la acusación fiscal, dicho argumento tampoco resulta atendible, pues tanto las preguntas, así como los términos de la acusación escrita como de la requisitoria oral del representante del Ministerio Público durante el acto oral, estuvieron dirigidas a demostrar un acto de negligencia al haber permitido el recurrente el acceso a las llaves del depósito de donde fueron sustraídos los bienes de la agraviada, en tanto, que está probado por todos los procesados, quienes de manera coincidente han sostenido que los candados y chapas de dicho ambiente, en ningún momento fueron violentados, no existiendo cuestionamiento alguno al respecto, contrariamente, también se ha concordado que terceras personas no identificadas con acceso al lugar sustrajeron ciento nueve sacos de fertilizantes, así como un encroche de doble tracción de la camioneta de placa PIO - novecientos veinticinco y una batería de tractor Shangai número seis, obviamente con la omisión de otros servidores que no se opusieron a tal traslado de los bienes de la agraviada.

SÉTIMO: Que, lo cierto es que el peculado culposo es un tipo penal homogéneo, es menos grave que el peculado doloso, que fue materia de denuncia y acusación, protege similar bien jurídico y esta distinta tipificación, no ha impedido ni restringido el ejercicio de defensa del imputado, quien durante todo

el proceso ha señalado implícitamente, que varios empleados de la empresa agraviada, tenían acceso a las llaves del depósito, aún más, la propia defensa técnica del recurrente al sustentar sus alegatos finales –ver específicamente acta de fojas mil sesenta– también adujo la existencia de una negligencia que no le es de su competencia, al sostener textualmente "(...) el valor de lo que se está discutiendo, bien podría haberse hecho un juicio de carácter administrativo, donde se podría haber solucionado a fin de que establezcan responsabilidades. (...) la acusación no puede fundarse en deducciones de relaciones con el manejo de llaves del almacén, hay una confusión, las llaves no estaban al costado del almacén, son dos locales distintos, un depósito está en el extremo y el otro local es donde estaba la Oficina de Logística y su almacén propiamente dicho, demás oficinas, decir que hubo descuido es trasladar un delito doloso a un delito culposo, que no ha existido nada que establezca que mi patrocinado ha facilitado que se cometa este delito (...)", consecuentemente, bajo este ámbito es que debe merituarse el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil siete / CJ - ciento dieciséis - Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, sobre "Desvinculación Procesal y el alcance del artículo doscientos ochenta y tinco –A del Código de Procedimientos Penales", que señala textualmente en su duodécimo fundamento jurídico "(...) es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario– ya sea expresa o implícitamente, es decir. En este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó este planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa"; aun más, el referido plenario establece en su parte decisoria como doctrina legal en el tema de la desvinculación de la acusación, "que no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa"; que siendo así, lo resuelto por el Tribunal Superior es conforme a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil once, de fojas mil setenta y seis, solo en el extremo que condenó a Marcial Wenceslao Gonzáles Maguiña como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado –Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria– Pucallpa, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron. Interviene el señor juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO

020 Peculado: Tipicidad

El delito de peculado –regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal–, establece que el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro –dos mil cinco/CJ– ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos.

Recurso de Nulidad Nº 2296-2011-LAMBAYEQUE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 12 de julio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara contra la sentencia de fecha trece de mayo de dos mil once de fojas quinientos sesenta y dos, que la condenó por el delito contra la Administración Pública –peculado en agravio del Estado– Gobierno Regional de Lambayeque, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año bajo determinadas reglas de conducta y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá paga solidariamente la encausada a favor de la agraviada; interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** La defensa técnica de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara fundamenta su recurso de nulidad a fojas quinientos setenta y siete, sosteniendo que: i) la conducta que se le imputa a su patrocinada no se encuentra enmarcada dentro del tipo penal de peculado doloso por cuanto no tenía relación funcional con los bienes estatales por razón de su cargo, en virtud a que cuando ocurrieron los

hechos se encontraba desempeñando el cargo de Sub Gerente de Abastecimiento, el mismo que empezó a desempeñar desde el veinticinco de noviembre de dos mil dos, conforme a la Resolución Presidencial número quinientos trece - dos mil dos. CTAR.LAM/PE; ii) también refiere que en autos tampoco se ha acreditado el perjuicio económico que haya sufrido el Estado - CTAR Lambayeque (hoy Gobierno Regional de Lambayeque); iii) refiere la testimonial del representante legal de la empresa proveedora Inversiones San Francisco C.Y.F S.R.Ltda, Humberto Sandoval Santisteban, no cumple con las reglas de valoración establecidos en el Acuerdo Plenario número dos –dos mil cinco/CJ– ciento dieciséis, es por ello que solicita que la sentencia recurrida se declare nula por no estar arreglada a ley. **SEGUNDO:** Que, según la descripción fáctica de la acusación fiscal de fojas cuatrocientos veintiuno, se tiene que en el mes de noviembre de dos mil dos, el entonces Consejo Transitorio de Administración Regional CTAR - Lambayeque (hoy Gobierno Regional de Lambayeque), adquirió de la empresa proveedora Inversiones San Francisco C.Y.F S.R.Ltda. de propiedad de Humberto Sandoval Santisteban –sentenciado ver fojas cuatrocientos catorce– la cantidad de tres mil trescientos veintinueve bolsas de cemento gris "tipo I" a un precio de diecisiete nuevos soles con sesenta y ocho céntimos, cada una, ascendiendo a un monto total de cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta y seis nuevos soles con setenta y dos céntimos, que fue cancelado; que dicho material estaba destinado a la "Construcción de veredas de la ciudad de Chiclayo". Una vez adquirido el cemento, la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara, quien tenía el cargo de Jefa del Almacén del CTAR, conjuntamente con los funcionarios Percy Estrada Acha (Gerente Regional de Administración) e Isabel Collazos Neyra (Sub Gerente de abastecimiento) suscribieron con Humberto Sandoval Santisteban un "Acta de compromiso de entrega de cemento", bajo el argumento de que el CTAR no tenía la capacidad para almacenar el material adquirido, el mismo que debía entregarse a solicitud o requerimiento del ingeniero supervisor de obras Elmer Rivas López, cuyo plazo de entrega no debía exceder del diez de diciembre de dos mil dos. Asimismo es de referirnos que este material se entregó en partes y en distintas fechas, quedando un saldo de ciento setenta y seis bolsas. Con fechas catorce de diciembre de dos mil dos, la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara, quien desde el veinticinco de noviembre de dos mil dos ostentaba el cargo de Sub Gerente de abastecimiento, se apersonó al establecimiento de Humberto Sandoval Santisteban para coordinar el canje del cemento restante por dinero en efectivo, pedido que fue aceptado conviniendo que por cien de las bolsas, se le daría la suma de mil nuevos soles entregándole en ese acto la suma de

quinientos nuevos soles y el saldo el veintidós de diciembre del mismo año, y por cada monto recibido la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara firmó dos recibos en papel simple. **TERCERO:** Que 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 creación 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, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, 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, lógica - jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **CUARTO:** Que, debemos relievar que el delito de peculado –regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal–, establece que el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro –dos mil cinco/CJ– ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico - penalmente responsable de la comisión de un delito, no solo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada. **QUINTO:** Que, el Colegiado Superior ha establecido que la responsabilidad penal de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara por el delito contra la Administración Pública - peculado ha quedado acreditada; siendo así, y como se aprecia del recurso de nulidad interpuesto por la procesada, este Supremo Tribunal se limitará solo a efectuar pronunciamiento respecto a lo impugnado de conformidad con el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. **SEXTO:**

Que del análisis de los medios de prueba actuados en el presente proceso, ha quedado demostrada la responsabilidad penal de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara, en el delito que se le imputa, esto a razón de los siguientes fundamentos: i) ha quedado acreditada la relación funcional de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara con el agraviado, por cuanto al momento de elaborar el "Acta de compromiso de entrega de cemento", tenía el cargo de Jefa del Área de Almacén del CTAR - Lambayeque, tal conforme se aprecia de fojas cuarenta y cinco; y, si bien mediante Resolución Presidencial número quinientos trece –dos mil dos– CTAR.LAMB/PE, de fojas quinientos trece, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos, se encarga a la encausada las funciones de Sub Gerencia de Abastecimiento, también lo es que en dicha acta de compromiso participaron y firmaron, el Gerente de Administración, el Sub Gerente de Abastecimiento y la Jefa del Área de Almacén (que era la procesada), los cuales tenían la misma obligación con respecto a los bienes adquiridos, por lo que el cambio de cargo anotado por la agraviada, de nada impedía la relación funcional de administrar los caudales adquiridos (cementos), por ello, lo sostenido por la recurrente en cuanto no tenía relación funcional con los caudales del Estado y que su conducta no se encuentra inmersa dentro del tipo penal de peculado debe ser desestimada; ii) asimismo, se tiene el Informe Especial número cero cero uno –dos mil ocho– dos –cinco mil trescientos cuarenta y tres de fojas quince, elaborado por la Oficina de Control Institucional– OCI del Gobierno Regional de Lambayeque, que determina un faltante de ciento setenta y seis bolsas de cemento que no fueron entregadas conforme se había señalado en el "Acta de compromiso de entrega de cemento" de fojas cuarenta y cinco, donde los representantes del Gobierno Regional, incluido la agraviada, en conjunto con el representante de Inversiones San Fernando C.Y.F S.R.Ltda., Humberto Sandoval Santisteban (sentenciado ver fojas cuatrocientos catorce), concluyéndose que existe un perjuicio económico al Gobierno Regional por un importe de tres mil ciento once nuevos soles con sesenta y ocho céntimos; iii) aunado a ello, se tiene la declaración del sentenciado Humberto Sandoval Santisteban, quien a nivel policial, judicial y juicio oral a fojas ciento veintitrés, doscientos veinticuatro y quinientos dieciséis, respectivamente, así como en su declaración presentada ante el Jefe de Desarrollo Humano del Gobierno Regional de Lambayeque, de fojas setenta, señaló que su coprocesada Juana del Pilar Chévez Guevara lo llamó por teléfono acordando una cita a fin de que fuera a su establecimiento para comunicarle si es que podría canjear cien bolsas de cemento por la suma de mil nuevos soles, por lo que ante tal oferta aceptó, pactando por ello el pago en dos armadas, entregando quinientos nuevos soles

el día catorce de diciembre de dos mil dos y el saldo el día veintidós del mismo mes y año, habiendo firmado los documentos en la fecha de entrega de dinero y que su empleado de nombre Jesús Chero fue quien redactó el documento dictando el instruyente el contenido en presencia de la inculpada y que sí aceptó fue por hacerle un favor económico a su coprocesada, ya que le insistió; iv) para corroborar la declaración del mencionado sentenciado, se tiene como prueba actuada en el caso, los dos recibos en original de fojas trescientos veintinueve, de los que se aprecia que la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara recibió un total de mil nuevos soles, en dos cuotas de quinientos nuevos soles cada una, los días catorce y veinte de diciembre de dos mil dos; asimismo, se tiene la Pericia Grafotécnica Forense número cero cuatro - dos mil nueve a fojas trescientos veinticuatro, efectuada a los dos recibos de fojas trescientos veintinueve, en la que concluyen que las firmas que aparecen en el manuscrito proviene del puño y letra de la procesada y la redacción de manuscrito que configuran las dos constancias de entrega de dinero no proviene del puño gráfico de Humberto Sandoval Santisteban. Pericia que fue ratificada a fojas trescientos sesenta y cinco, la misma que corrobora la versión brindada por el referido sentenciado, en la que indicó que el contenido de los recibos los llenó su empleado Jesús Chero, desvirtuando lo sostenido por la encausada a fojas ciento noventa y dos, al señalar que fue Humberto Sandoval Santisteban, quien llenó el contenido de los dos recibos por el cual firmó recibiendo en cada una de ellas la suma de quinientos nuevos soles; v) por lo que, lo sostenido por la defensa de la encausada Juana del Pilar Chévez Guevara en razón a que el importe de mil nuevos soles (en dos cuotas) fue otorgado en calidad de prestamo por parte de Humberto Sandoval Santisteban, lo que pretende corroborar con el escrito de fojas ciento treinta y cuatro, presentado por el sentenciado, quien señaló que la suma de mil nuevos soles era en calidad de prestamo, de nada desvirtúa los medios de prueba actuados en el proceso que acreditan su responsabilidad penal, ello por cuanto estas se encuentran concatenadas entre sí y sustentan la teoría del caso presentado por el defensor de la legalidad en cuanto a la imputación efectuada contra la encausada. **SÉTIMO:** Que siendo así, las versiones brindadas por el sentenciado Humberto Sandoval Santisteban, cumplen con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número cero dos – dos mil cinco / CJ- ciento dieciséis, de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, llegando por ello a poseer entidad para ser considerada como prueba válida de cargo; y por ende virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia de la imputada, siendo que estas cuentan con: a) ausencia de incredibilidad subjetiva es decir, que no existan

relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición –la misma que se cumple, ya que no se evidencia de los actuados, enemistad, odio u otras circunstancias que haga dudar de la imparcialidad de las declaraciones del referido sentenciado para que sindique a la procesada tan grave imputación–; b) verosimilitud, que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria –las versiones brindadas por el mencionado sentenciado son corroboradas con acta de compromiso de entrega de cemento de fojas cuarenta y cinco, dos recibos original de fojas trescientos veintinueve, Pericia Grafotécnica Forense número cero cuatro - dos mil nueve, a fojas trescientos veinticuatro–; c) persistencia en la incriminación, esto es que la sindicación sea permanente e invariable –requisito que se cumple tal conforme se detalla fundamentos arriba, las mismas que son coherentes y uniformes–. Por tanto, las pretensiones de la recurrente deben ser desestimadas. **OCTAVO:** Por tanto, esta Suprema Sala considera que en el presente caso se ha llegado a desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente le asiste a la procesada, prevista en el parágrafo e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú; encontrándose por ello la sentencia recurrida debidamente motivada, en concordancia con el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Norma Constitucional acotada. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha trece de mayo de dos mil once de fojas quinientos sesenta y dos, que condenó a Juana del Pilar Chévez Guevara por el delito contra la Administración Pública –peculado en agravio del Estado– Gobierno Regional de Lambayeque, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año bajo determinadas reglas de conducta y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente la encausada a favor del agraviado; y, los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

021 Peculado: Presupuestos para su configuración

Para configurarse el delito de peculado, se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) La recepción de estos caudales o efectos; c) La apropiación o utilización de los referidos; d) La identificación del beneficiario o destinatario de este accionar (para sí o para un tercero); y e) Los caudales, que son bienes en general de contenido económico (incluido el dinero) o efectos, que son todos aquellos objetos, cosas o bienes del Estado; debiéndose advertir que en el caso de autos no se cumple el presupuesto señalado en el literal c) por cuanto no se ha demostrado fehacientemente que el encausado se haya apropiado (o utilizado en su provecho) del combustible asignado al vehículo de placa IV- 3729, por lo que se absuelve al mismo.

Recurso de Nulidad Nº 3886-2011-HUANCAVELICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 22 de agosto de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria del quince de setiembre de dos mil once, obrante a fojas mil trescientos diecinueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil trescientos sesenta y tres alegando que, se acreditó que el vehículo IV-3729 fue trasladado a Huancayo para su repotenciación; que el combustible asignado para el mismo fue utilizado –apropiado– por el encausado Hinostroza Acosta conforme al Informe AD número 411-2008-IGPNP-DIRIAD-E2 corroborado con el Informe Pericial de fojas quinientos cuarenta; que se acreditó que el encausado Hinostroza Acosta ordenó el recojo del combustible sin conocer el destino que daba al mismo; que se acreditó que la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil suscribió un convenio con la Policía Nacional para proveerles de combustible pero incumpliendo sus obligaciones entregaba combustible sin la tarjeta ni boleta

correspondiente; que la pericia de parte no tiene ningún sustento objetivo (sino es una apreciación subjetiva sin tener documentación contable, igualmente la resolución emitida por el Tribunal Militar no aporta nada al caso en concreto; **SEGUNDO:** Que, según acusación fiscal de fojas ochocientos noventa y cuatro, se imputa al encausado José Luis Hinostroza Acosta, Comandante PNP, Jefe de la División de Seguridad de Estado y Servicios Esenciales de la Región Policial Huancavelica, haber tenido a su cargo el vehículo camión commancard, modelo M-325, de placa interna IV-3729, con una dotación de 4,5 galones de combustible diario, de 84 octanos; sin embargo, este vehículo fue llevado a la ciudad de Huancayo, permaneciendo en dicho lugar desde el quince de abril de dos mil cinco hasta el veinticuatro de julio de dos mil cinco para su reparación en el taller del señor Becquer Justino Chacón Martínez y pese a ello, recibía el combustible en forma normal, como si estuviera operativo y en la ciudad de Huancavelica; siendo que a su llegada, el citado vehículo fue internado en el taller mecánico de propiedad de Jorge Gonzalo Gálvez Revolo, por presentar problemas de goteo de aceite; asimismo, se imputa a la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil, haber participado, en su condición de Administradora del Grifo Espinoza Hermanos, concesionaria del abastecimiento de combustible a las unidades vehiculares de la policía nacional, ya que continuó dotando de gasolina a la unidad de placa interna IBV-3729, hasta el veinticinco de junio de dos mil cinco, no obstante que dicho vehículo se encontraba en un taller mecánico de la ciudad de Huancayo; **TERCERO:** Que, el delito de peculado sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; **CUARTO:** Que, en ese sentido, tenemos que, el encausado Hinostroza Acosta tanto en su manifestación policial de fojas veintiocho, declaración instructiva de fojas trescientos ochenta y nueve e interrogatorio en juicio oral de fojas mil ciento cincuenta y dos, sostuvo en forma coherente y uniforme haber recibido el combustible asignado al vehículo IV-3729 en bidones o galoneras ya que era comisionado para viajar a provincias utilizando otros vehículos; que el camión antes mencionado estuvo en la ciudad de Huancayo para su repotenciación desde mediados del mes de abril hasta el diecinueve de abril de dos mil cinco, luego a finales de junio del año dos mil cinco hasta el diecinueve de julio del mismo año; que el camión estaba operativo; que no se apropió del combustible; **QUINTO:** Que, revisados los actuados, se tiene que a fojas cuatrocientos setenta y tres obra el Informe AD Nº 411-2008-IGPNP-DIRIAD-E2, dentro de sus ocho conclusiones, en su literal A) argumenta que está probado que el

encausado Hinostroza Acosta retiró maliciosamente combustible del uno al diecinueve de agosto del dos mil cinco correspondiente al camión commancar, el mismo que hasta dicha fecha no había sido utilizado debido a que se encontraba en un taller en Huancavelica; asimismo, el informe Pericial Contable de fojas quinientos cuarenta concluye que el camión IV-3729, durante el periodo no operativo, aparentemente consumió quinientos cuarenta galones de combustible, cuyo precio por galón fue fijado en la suma de once nuevos soles con ochenta céntimos, lo que hace un monto indebidamente utilizado de seis mil trescientos setenta y dos nuevos soles; sin embargo, ambas instrumentales no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal del encausado en los hechos que se le imputan, toda vez que no se ha determinado fehacientemente que el encausado se haya apropiado del combustible asignado al camión IV-3729, más si se tiene en cuenta que a fojas mil ciento veintidós obra el Informe Pericial de Parte, el cual concluye que el total de gastos utilizados por el encausado Hinostroza Acosta por los cinco vehículos de la Policía Nacional es de cinco mil novecientos un nuevo sol con setenta y nueve céntimos, corroborando el dicho del referido procesado, quien señaló que el combustible fue utilizado en otros vehículos policiales; debiéndose advertir que no actuó la diligencia de debate pericial a fin de esclarecer los hechos materia de investigación; **SEXTO:** Que, el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, en su fundamento siete estableció lo siguiente: "(...) Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c. Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer

de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito mal de apoderarse para sí o para un tercero; d. El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; e. Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (...)"; debiéndose advertir que en el caso de autos no se cumple el presupuesto señalado en el literal c) por cuanto no se ha demostrado fehacientemente que el encausado se haya apropiado o utilizado en su provecho del combustible asignado al vehículo de placa IV-3729; **SÉTIMO:** Que, en cuanto a la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil se tiene que tampoco existen medios probatorios que acrediten responsabilidad alguna en los hechos materia de investigación, más si se tiene en cuenta que al tener la condición de cómplice primaria, según acusación fiscal de fojas novecientos ochenta y cuatro, resulta imposible imponer sanción alguna, si se tiene en cuenta que al encausado Hinostroza Acosta en su condición de autor no se le encuentra responsabilidad penal; **OCTAVO:** Que, a todo lo mencionado anteriormente debe adicionarse que el fin del Derecho Procesal Penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, o archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal; situación que no se da en el presente caso; por tanto no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente a todo justiciable; **NOVENO:** Que, de otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha emitido múltiples sentencias en las que se destaca la garantía constitucional del plazo razonable; es así que en el expediente Nº 3509-2009-PHC/TC señaló lo siguiente: 19. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14, inciso 3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: "Durante el proceso, toda persona acusado de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas"; y en el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que

prescribe: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (...)" y "39. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente (...)", precisándose que en el caso de autos los hechos datan del año dos mil cinco, iniciándose el presente proceso el dos de setiembre de dos mil ocho, conforme es de verse del auto de apertura de instrucción de fojas setenta y siete. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del quince de setiembre de dos mil once, obrante a fojas mil trescientos diecinueve, que absolvió a José Luis Hinostroza Acosta –autor– de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Policía Nacional del Perú y absolvió a Carmen Carhuamanta Egoavil –cómplice primaria– de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Policía Nacional del Perú. y los devolvieron. Hágase saber.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

022 Peculado: Sujeto activo

En el delito de peculado doloso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos, de los que se apropia o utiliza para sí o para una tercera persona natural o jurídica.

Recurso de Nulidad Nº 502-2011-AYACUCHO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 27 de marzo de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los Procuradores Públicos Anticorrupción de Ayacucho y del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - Mindes contra la sentencia de fojas mil cuatrocientos quince, del dieciocho de octubre de dos mil diez, que absuelve a Roly Congachi Huamaní, Mario Willmer Huamani Leandro, Heraclio Huamán Sulcarayme, Francisco Quichua Tacas, Esmeralda Quincho Yarihuamán, y Edwin Rimachi García de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - peculado agravado por extensión, en agravio de la Oficina Zonal de Fondo de Compensación para el desarrollo Social –Foncodes– Ayacucho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, los Procuradores Públicos en sus recursos formalizados de fojas mil cuatrocientos treinta y siete y mil cuatrocientos cuarenta y uno, argumentan que el Colegiado Superior no ha compulsado adecuadamente lo actuado durante el proceso, en ese sentido, resaltan que la responsabilidad se encuentra acreditada con el Informe número cero cincuenta y ocho guión dos mil seis obrante a fojas cuarenta y tres, Informe número cero cincuenta y cuatro guión dos mil seis obrante a fojas cuarenta y siete, Informe número cero diecisiete guión dos mil seis obrante a fojas quinientos cincuenta, y el acta judicial de fojas doscientos cincuenta y nueve; asimismo, señala que si no se llevó a cabo la pericia contable no fue por responsabilidad del Foncodes sino de los peritos judiciales. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos noventa y cinco, se tiene que el

treinta de junio de dos mil cinco, la Oficina Zonal de Foncodes y la Municipalidad Distrital de Santiago de Lucanamarca suscribieron un convenio para el financiamiento de la fase de preinversión e inversión del proyecto "Construcción de aulas del Centro Educativo número treinta y ocho mil cuatrocientos ochenta y siete Lucanamarca", en el cual participaron Heraclio Huamán Sulcarayme (presidente), Francisco Quichua Tacas (secretario), Esmeralda Quincho Yarihuaman (tesorero), y Edwin Rimachi García (fiscal), como integrantes del Núcleo Ejecutor, y Roly Congachi Huamaní (residente de obra); para tal fin se otorgó doscientos treinta y cinco mil ochenta y nueve nuevos soles, en la modalidad de donación por cargo; sin embargo, al ser verificada la obra por parte del supervisor zonal de Foncodes, se advirtió que la construcción se encontraba inconclusa y abandonada, generándose de esta forma daños y perjuicios a la población de Lucanamarca, alcanzando dicho perjuicio la suma de dieciséis mil cuarenta y un nuevos soles con sesenta y nueve céntimos; asimismo, los integrantes del núcleo ejecutor eran los encargados de administrar el dinero; sin embargo, no rindieron cuentas documentalmente por la utilización de los fondos que fueron desembolsados para la ejecución de la obra; por último, Roly Congachi Huamaní (residente de obra) y Mario Wilmer Huamaní Leandro (supervisor de obra) no cumplieron con las metas programadas en el convenio, por lo que los acusados se apropiaron de los fondos destinados a apoyo social. **TERCERO:** Que, a manera de introducción es menester precisar que toda persona es considerada inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad judicialmente, la que debe sustentarse en suficientes pruebas o indicios de prueba que sean plurales y convergentes; en caso de que el Juez no esté seguro de esta situación, esto es, exista duda razonable, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio, en aplicación del Principio Universal de "in dubio pro reo", que tiene su desarrollo normativo en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. **CUARTO:** Que, es menester precisar que en el delito de peculado doloso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos, de los que se apropia o utiliza para sí o para una tercera persona natural o jurídica. Por otro lado, por el principio de la "imputación objetiva" se atribuirá a cada persona solo aquello que deba ser considerado como "su obra", esto es, solo las consecuencias que pertenecen a su conducta –como modificación del mundo exterior– pueden serle imputadas, por consiguiente las consecuencias que se deriven no de esa conducta, sino de la modificación producida en el mundo exterior, no le deben ser atribuidas.

QUINTO: Que, desde una perspectiva probatoria, el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil siete / CJ guión ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, destaca que la prueba pericial es de carácter compleja, que consta entre otros elementos de operaciones técnicos, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente transcendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el ilícito penal *sub examine* –peculado– resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si los supuestos típicos implican desmedro de los fondos y caudales estatales. **SEXTO:** Que, en este orden de ideas, se puede apreciar que no existe pericia contable en autos que acredite el perjuicio patrimonial al Estado, conforme lo ha señalado en su recurso el Procurador Público del Mindes, al indicar que la no realización de la pericia no fue su responsabilidad sino de los peritos judiciales; no obstante ello, debemos verificar si de la documentación –informes contables– obrante en autos permitan advertir la relevancia de la pericia; en ese sentido se puede apreciar: i) el Informe número cero cincuenta y cuatro guión dos mil seis obrante a fojas cuarenta y siete, el cual señala un avance real de la obra del noventa y cuatro punto sesenta y dos por ciento y lo describe en situación de paralización, e indica la existencia de partidas inconclusas por un monto de once mil veintiún nuevos soles con diecisiete nuevos soles; ii) el Informe número cero cincuenta y ocho guión dos mil seis obrante a fojas cuarenta y tres, donde indica que el perjuicio constituye la inversión total de la obra ascendente a trescientos un mil novecientos treinta y uno nuevos soles; siendo que tales informes se originaron con el Informe número cero diecisiete guión dos mil seis obrante a fojas quinientos cincuenta; iii) el Informe número cero ochenta y seis guión dos mil se obrante a fojas ciento cincuenta y tres, refiere que la obra se encuentra terminada, determinándose un nuevo perjuicio ascendente a dieciséis mil cuarenta y un nuevos soles con sesenta y nueve céntimos, informe que resta valor probatorio a la inspección judicial llevada a cabo a fojas doscientos cincuenta y nueve; asimismo, a fojas seiscientos cuarenta y ocho a mil cincuenta y siete obra documentación presentada por el Procurador Público para la realización de la pericia contable, instrumentales que según el perito judicial son limitadas para la elaboración del dictamen respectivo –véase fojas mil trescientos noventa y siete–, así como el encausado Congachi Huamaní adjuntó documentación, de fojas trescientos cincuenta y siete a cuatrocientos cincuenta y cuatro, y de fojas mil setenta y seis a mil doscientos cincuenta y seis, de donde se desprende que desde el mes de enero a marzo de dos mil seis, el presupuesto no era suficiente; en consecuencia, las condiciones para la obtención de una pericia con

resultado esclarecedor de los hechos sería exiguo; por lo que es del caso reiterar la decisión absolutoria. **SÉTIMO:** En consecuencia, al no haber acreditado el representante del Ministerio Público con pruebas idóneas y fehacientes la responsabilidad penal de los procesados, debiendo tener en cuenta que desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba, elementos que el Fiscal Superior no ha desarrollado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cuatrocientos quince, del dieciocho de octubre de dos mil diez, que absuelve a Roly Congachi Huamaní, Mario Willmer Huamani Leandro, Heraclio Huamán Sulcarayme, Francisco Quichua Tacas, Esmeralda Quincho Yarihuamán, y Edwin Rimachi García de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública –peculado agravado por extensión, en agravio de la Oficina Zonal de Fondo de Compensación para el desarrollo Social– Foncodes - Ayacucho; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN

023 Peculado: Elementos materiales para su configuración

Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro –dos mil cinco/ CJ– ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos.

Recurso de Nulidad Nº 253-2011-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 10 de abril de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los encausados Luis Alberto León More y Jorge Fabián Monroy Gálvez contra la sentencia de veinte de diciembre de dos mil diez de fojas mil veintitrés, en el extremo que los condenó por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Universidad Nacional de Piura, Municipalidad y el Estado, a un año de pena privativa de libertad suspendida en el mismo plazo bajo determinadas reglas de conducta y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los encausados a favor de la agraviada; interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la defensa técnica del encausado Luis Alberto León More fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil cuarenta y uno, sosteniendo que el Colegiado Superior al momento de emitir la sentencia no tomó en cuenta que del análisis de las pruebas y diligencias actuadas en el proceso no se logró desvirtuar su presunción de inocencia; asimismo, refiere que no se efectuó una debida valoración de la declaración del testigo Juan Francisco García Ortiz, encargado de manejar las maquinas y quien ha manifestado que tiene conocimiento de los hechos, pero no tiene pruebas que lo corroboren; además, indica que no se analizaron las declaraciones del recurrente, quien señaló que cumplió su función

como coordinador administrativo de la referida entidad agraviada e informó a su superior todas las irregularidades; situación por la cual al no demostrarse su responsabilidad penal en el referido delito solicita su absolución. Por su parte, el encausado Jorge Fabián Monroy Gálvez fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil cuarenta y cinco, sosteniendo que la Sala Penal no valoró en su conjunto los medios de prueba que han sido recopilados en el decurso del proceso, ya que estos únicamente se basan en la versión del testigo Juan Francisco García Ortiz quien manifestó que parte de las bobinas de papel fueron utilizadas para imprimir afiches y propaganda política del recurrente cuando se encontraba postulado para la presidencia de la región, sin ser esta corroborada con prueba alguna; agrega que no se han tomado en cuenta las declaraciones realizadas por el recurrente en las diferentes etapas del proceso, donde niega insistentemente el hecho de haber utilizado las maquinas y papel periódico a beneficio propio; además, el Colegiado Superior no tomó en cuenta que nunca se le entregó inventario alguno de las bobinas de papel periódico de la Editorial Piura; que no se ha podido determinar la cantidad de bobina sustraída, sin embargo la pericia sostiene que fueron treinta y cuatro de ellas, determinando un perjuicio patrimonial, hecho que no ha sido corroborado, por lo que, al no demostrase su responsabilidad penal, solicita su absolución. **SEGUNDO:** Que, según la descripción fáctica se atribuye a los encausados Jorge Fabián Monroy Gálvez (Presidente de Directorio) y Luis Alberto León More (Coordinador y Administrador) en sus condiciones de funcionarios públicos a cargo de la Empresa Editorial Piura S.A.C. (perteneciente a la Universidad agraviada) que con fecha catorce de enero de dos mil dos y cuatro de setiembre del mismo año, dispusieron ilegal e indebidamente de aproximadamente treinta y cuatro bobinas de papel periódico, marca Inforza con un peso de cuatrocientos noventa y cinco kilos con un diámetro de ochenta y dos centímetros de ancho y un metro con veinte centímetros de altura, valorizado en cuatrocientos treinta y ocho dólares americanos cada una, las cuales se encontraban depositados en el almacén de la empresa editorial, ocasionando un perjuicio aproximado de catorce mil ochocientos noventa y dos dólares americanos. Asimismo, se tiene que con motivo del nombramiento de la licenciada Margarita Távara Alvarado como Gerente General de la empresa aludida, el cuatro de setiembre de dos mil dos, se realizó la verificación exclusiva de las bobinas de papel periódico que debía encontrarse en la planta de operaciones de la empresa, constatándose la inexistencia de dicho material y que según el inventario de equipos y materiales en existencia el cinco de junio de dos mil dos, estos se encontraban en el referido almacén, conforme se dejó constancia del acta de verificación de bobinas de

papel periódico, elaborada y suscrita por el contador Arturo Montesino Zavalaga (jefe de la oficina de control patrimonial de la agraviada) y por el encausado Jorge Fabián Monroy Gálvez y Fernando Valencia Fiestas (jefe de inspectoría general). Que durante el inventario de planta, efectuado en los ambientes de la referida editorial, el catorce de enero de dos mil dos, se determinó que hasta esa fecha se encontraban las treinta y dos bobinas de papel periódico selladas y dos bobinas en las máquinas, las cuales desaparecieron y no fueron encontradas durante la diligencia de inventario realizado el día cuatro de setiembre de dos mil dos, fecha en que se descubrieron los hechos materia de imputación. **TERCERO:** Que 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 creación 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, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, 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, lógica - jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **CUARTO:** Que, debemos relievar que el delito de peculado –regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal–, establece que el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodio; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico - penalmente responsable de la comisión de un delito, no solo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se

encuentre acreditada. **QUINTO:** Que, siendo así, el Colegiado Superior ha establecido que la responsabilidad penal de los procesados Luis Alberto León More y Jorge Fabián Monroy Gálvez, respecto al extremo de la sentencia que los condenó por el delito contra la Administración de Pública - peculado quedó demostrada, siendo así, y como se aprecia de los recursos de nulidad interpuestos por los encausados, este Supremo Tribunal se limitará solo a efectuar pronunciamiento respecto al extremo impugnado de conformidad con el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. **SEXTO:** Que del análisis de los medios de prueba actuados en el presente proceso, ha quedado demostrada la responsabilidad penal de los encausados Luis Alberto León More y Jorge Fabián Monroy Gálvez, en el delito de peculado que se les imputa, esto a razón de los siguientes fundamentos: i) que de los actuados ha quedado acreditada la preexistencia de las bobinas de papel periódico que se encontraban en el almacén de la Empresa Editorial Piura S.A.C., propiedad de la agraviada, esto con el acta de entrega-recepción de fecha siete de junio de dos mil de fojas ciento treinta y nueve y el acta de inventario en planta de fecha cinco de junio de dos mil de fojas ciento cuarenta y tres, detallándose que en esa fecha la referida agraviada recibió entre otros productos, sesenta y nueve bobinas de papel periódico; la misma que guarda proporción con los inventarios realizados el treinta de marzo de dos mil uno de fojas doscientos treinta; el catorce de enero de dos mil de fojas doscientos cuarenta y seis y el realizado el día dieciocho de febrero de dos mil dos de fojas doscientos sesenta y cuatro, en la que se detalla la existencia de treinta y dos bobinas de papel periódico selladas y dos en las máquinas rotativas (treinta y cuatro en total), debemos precisar que en este último inventario el procesado Monroy Gálvez ya tenía la condición de Presidente de Directorio de dicha Editorial, como lo señaló el testigo Arturo Daniel Montesinos Zavalaga en su declaración preliminar y judicial a fojas cuarenta y seis y ciento veintidós, respectivamente, siendo este quien además elaboró los referidos inventarios dando cuenta a las autoridades de la Universidad agraviada; ii) que respecto al cuestionamiento del Informe Contable judicial de fojas seiscientos diez, en el que concluye que el valor de las treinta y cuatro bobinas de papel periódico faltantes –de acuerdo a los inventarios realizados en planta–, correspondiente a la Empresa Editorial Piura S.A.C., de la Universidad Nacional de Piura, asciende a cincuenta y nueve mil quinientos nueve nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos, si bien los recurrentes cuestionan dicho informe contable, por cuanto refieren que no se tomó en cuenta que algunas de las referidas bobinas fueron utilizadas para las reparaciones y calibración de las máquinas rotativas y la elaboración de afiches propios de la universidad,

considerando que no se ha establecido fehacientemente un perjuicio patrimonial; es de indicar, que el tipo penal imputado a los recurrentes, no solo se basa para su configuración en el apoderamiento del caudal del Estado, sino también en la utilización indebida de estos bienes, que son para beneficio personal o de tercero, situación por la cual se determinará si mediante el estudio del caudal probatorio en conjunto se utilizaron o no estos bienes de la agraviada a favor propio de los recurrentes; iii) de lo antes anotado, es de tener presente que se tiene la declaración de Juan Francisco García Ortiz, quien a nivel preliminar a fojas treinta, precisa que conoce a los procesados León More y Monroy Gálvez, quienes le dieron el trabajo de máquinas en la Editorial Piura; que sí tiene conocimiento de las bobinas de papel, que en una oportunidad le dieron tres o cuatro bobinas de papel para publicidad electoral, es decir fichas electorales con autorización del señor León More, versión que ratificó a nivel judicial a fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro; si bien, los recurrentes cuestionan dicha afirmación, ya que sostienen que aquella declaración no es corroborada con medio de prueba alguna, sin embargo, se tiene de autos la declaración de Luis Navarrete Saavedra (absuelto), quien precisó que cuando cesó sus funciones fue llamado por el señor Montesino Zavalaga los primeros días del mes de setiembre de dos mil dos, explicándole que días antes habían sido cesados de sus funciones el señor Jorge Monroy y Luis León y que de favor le ayudara a realizar el inventario, por lo que pudo apreciar que en la máquina rotativa se encontraba instalada una plancha correspondiente a impresión de propaganda política del señor Monroy Gálvez, no encontrándose ninguna bobina de papel que hubiera dejado; que cuando fue retirado de dicha Editorial por el procesado Luis León More, este se quedó con las llaves del almacén donde se encontraban las bobinas e incluso no lo dejó hacer su informe de relevo; versión que vuelve a ratificar a nivel de juicio oral a fojas novecientos seis, en la que agregó que al ingresar a trabajar a dicha editorial encontró treinta y dos bobinas de papel y dos en la máquina rotativa; que se habrá usado unas seis u ocho bobinas de papel para el mantenimiento de la máquina; que sí habían unos cuantos afiches de propaganda política; que cuando comenzó a hacer el inventario encontró una plancha de papel con propaganda política de Monroy Gálvez que estaba colocada en las máquinas y que estos afiches eran del mismo papel de las bobinas; iv) aunado a lo antes expuesto, también se tienen las declaraciones de: a) Walter Bermeo Morocho, quien en su manifestación policial de fojas veinte, sostuvo que cuando se cambió de Presidente de Directorio e ingresa el señor Jorge Fabián Monroy Gálvez, quien dispuso que le entregara las llaves de la rotativa al señor Luis Navarrete, esto fue el día dieciocho de marzo de dos

mil dos, prohibiendo el ingreso del personal de seguridad a la rotativa, relevándose con el señor Luis Navarrete con las treinta y dos bobinas de papel periódico selladas; que el día dos de setiembre de dos mil dos, registró más o menos a las seis de la tarde, el ingreso de los señores Luis León More, Juan Francisco García Ortiz y el Presidente del Directorio, Jorge Fabián Monroy Gálvez; agrega que el primero de los nombrados llevaba consigo una placa de impresión –versión que es corroborada con la declaración del procesado León More quien a nivel policial y judicial a fojas treinta y ocho y novecientos once, precisó que en el mes de setiembre ingresó con su coprocesado Monroy Gálvez y García Ortiz al almacén llevando una placa de impresión, pero no realizaron impresión alguna–, procediendo estos a prender las máquinas y utilizar las bobinas de papel para imprimir rótulos y afiches a favor de la propaganda política del señor Jorge Fabián Monroy Gálvez quien se encontraba postulando como Presidente Regional, versión que ratifica a nivel judicial a fojas cuatrocientos diecinueve; b) Baltazar Edilberto Rosas Gallo, quien a nivel policial a fojas veintitrés, precisó que el dos de setiembre de dos mil dos, el Presidente del Directorio de dicha Editorial, Jorge Fabián Monroy Gálvez, el Jefe de producción, Luis Navarrete y el Coordinador, Luis León More en compañía del señor Juan Francisco García Ortiz (encargado de utilizar las máquinas), ingresaron a la rótula o cuarto de máquinas, donde utilizaron bobinas de papel para hacer impresiones de propaganda política, encontrando afiches de la misma en el interior de la Editorial que habían sido impresas, versión que ratifica a nivel judicial a fojas quinientos seis; c) Ignacio Merino Rivera, quien a nivel policial a fojas veintiséis, indicó que fue designado como seguridad de dicha Editorial en diciembre de dos mil uno; precisa que cuando cambiaron de Directorio, el Presidente Jorge Fabián Monroy Gálvez dispone que con Walter Bermeo (vigilante) entreguemos las llaves de la rotativa o sala de máquinas al señor Luis Navarrete y también al coordinador Luis León More, esto fue el dieciocho de marzo de dos mil ocho, prohibiendo el ingreso al personal de seguridad, dándose cuenta de este suceso al Jefe de seguridad Arbulú; que al comienzo había treinta y dos bobinas de papel periódico; de las cuales ocho fueron utilizadas por los técnicos que llegaron de Lima a calibrar las máquinas rotativas, esto fue en el mes de marzo de dos mil dos, por disposición del señor Jorge Fabián Monroy Gálvez; asimismo indica que otras ocho fueron utilizadas por los señores Jorge Fabián Monroy Gálvez, Luis Navarrete y León More, quien en compañía del suscrito encendió la máquina e imprimió afiches y propaganda política, esto fue los primeros días de setiembre, versión que ratifica a nivel judicial a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco. **SÉTIMO:** Por tanto, de los actuados se ha

determinado que las bobinas de papel periódico existentes en el almacén de la Empresa Editorial Piura S.A.C., propiedad de la agraviada, fueron utilizadas indebidamente, para la realización de propaganda política en provecho de la candidatura del encausado Jorge Fabián Monroy Gálvez a la Presidencia de la Región de Piura y si bien no se ha determinado cuántas bobinas de papel fueron utilizadas, esto a razón de que ocho de ellas fueron destinadas para la calibración de las máquinas rotativas, empero, queda en claro que sí hubo aprovechamiento y utilización de los caudales de la agraviada por parte del procesado Jorge Fabián Monroy Gálvez esto con la activa participación del encausado Luis León More, encontrándose inmerso dentro de la figura penal de peculado, regulada en el inciso dos del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, debiendo por tanto desestimarse las pretensiones presentadas por los recurrentes, al sostener que no tenían conocimiento de la existencia de las bobinas de papel periódico y que no utilizaron estas para beneficio personal (es decir para la impresión de propaganda política) no debiendo por tanto sufrir la sentencia recurrida variación alguna, por encontrarse arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de diciembre de dos mil diez de fojas mil veintitrés, en el extremo que condenó a Luis Alberto León More y Jorge Fabián Monroy Gálvez por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Universidad Nacional de Piura y el Estado, a un año de pena privativa de libertad suspendida por el mismo plazo, bajo determinadas reglas de conducta y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los encausados a favor de la entidad agraviada, con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

024 Peculado: Se configura cuando regidor cobra dieta sin asistir a sesiones de concejo

Se configura el delito de peculado cuando el regidor cobró por concepto de dietas, pese a no haber asistido a la sesiones del concejo, ya que si bien aquel tenía derecho a percibir una suma de dinero por concepto de dietas, pero dicho derecho no era absoluto sino que estaba condicionado a la asistencia efectiva de las sesiones del Concejo Municipal, por lo que tenía la posibilidad de libre disposición de los fondos públicos.

Recurso de Nulidad Nº 169-2012-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 26 de setiembre de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los encausados Armando Hermógenes Acevedo Pérez y Victoria Alcira Morales Bazán, y el Fiscal Superior, contra la sentencia de fojas dos mil ochocientos ocho, de fecha tres de noviembre de dos mil once, en los extremos que: i) condenó a Armando Hermógenes Acevedo Pérez y Victoria Alcira Morales de Huapaya, como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y el Estado, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de un año e inhabilitación por dos años, y fijó en la suma de veinte mil nuevos soles por concepto de reparación civil, a razón de quince mil nuevos soles a favor de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y cinco mil nuevos soles a favor del Estado, que deberán pagar en forma solidaria; ii) impuso a Washington Caja Zúñiga, dos años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de un año, en el proceso penal que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y el Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el Fiscal Superior al fundamentar su recurso de nulidad de fojas dos mil ochocientos sesenta y siete, impugna el extremo de la sentencia que impone dos años de pena privativa de libertad al encausado Washington Caja Zúñiga, alegando que al no existir ninguna causal que modifique favorablemente su responsabilidad penal, la pena impuesta no resulta acorde con la solicitada en la acusación fiscal, más aún si no ha prestado confesión sincera, por tanto, solicita se eleve la pena prudencial y razonablemente.

SEGUNDO: Que, la defensa de los encausados Armando Hermógenes Acevedo Pérez y Victoria Alcira Morales Bazán al fundamentar su recurso de nulidad de fojas dos mil ochocientos setenta y cinco y dos mil ochocientos ochenta y cuatro, respectivamente, alegan lo siguiente:

a) que han sido condenados con infracción constitucional y grave irregularidad procesal, al haberse vulnerado los principios de proporcionalidad y lesividad respecto al daño, igualmente sobre la exorbitante reparación civil impuesta;

b) que resulta imposible que el cobro de dietas implique delito de peculado por razón inherente al cargo;

c) que en su condición de Regidores asumieron únicamente una función normativa y fiscalizadora, no tuvieron disponibilidad jurídica de los caudales de la entidad agraviada, por tanto, el cobro de dietas pese a las presuntas inasistencias a las sesiones del Concejo, no puede configurar delito de peculado, tanto más si asistieron a las sesiones públicas que la fiscalizadora señala, ilógicamente, que no se contabilizan;

d) que no se ha configurado el delito de peculado porque no ha existido lesividad al bien jurídico tutelado, considerando que el dinero pagado no tenía un destino diferente al pago de sus dietas con lo cual no se ha generado un perjuicio, por tanto, la conducta no resulta penalmente relevante;

e) las funciones que ejercían como Regidores no se condicen con las conductas descritas en el tipo penal de peculado, es decir, no captaban, recepcionaban, administraban o custodiaban caudales de la entidad agraviada que les fueran confiados en función a su cargo.

TERCERO: Que, conforme a la acusación fiscal de fojas dos mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, se imputa a los encausados Armando Hermógenes Acevedo Pérez, Victoria Alcira Morales De Huapaya –en su condición de Regidores de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, durante los años mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho– y Washington Caja Zúñiga –en su condición de Regidor y Tesorero, de la entidad agraviada, durante los años de mil novecientos noventa y seis al dos mil dos– haber cobrado dietas por sesiones de Concejo no asistidas, hechos que se habrían producido durante los meses de marzo, abril y mayo de mil novecientos noventa y seis, conforme se advierte del Informe Especial número cero dos guión cero trescientos noventa y seis guión dos mil dos guión cero dos, de fojas veintisiete. Asimismo, a Washington Caja Zúñiga en su condición de Tesorero de la Municipalidad Distrital de Salcabamba– se le atribuye haber tenido el manejo económico de la entidad agraviada, y en tal sentido efectuar una indebida utilización de los caudales.

CUARTO: Que, la conducta atribuida a los encausados, de acuerdo a la tesis fiscal se encuentra subsumida en la hipótesis normativa descrita en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal que establece: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años".

QUINTO: Que, de la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia recurrida en los extremos impugnados se encuentra arreglada a ley, pues la responsabilidad penal de los encausados Armando Hermógenes Acevedo Pérez, Victoria Alcira Morales de Huapaya, en sus condiciones de regidores de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, se encuentra acreditada con el Informe Pericial Contable de fojas dos mil setecientos cuarenta y cuatro, ratificado en juicio oral –véase sesión de audiencia de fojas dos mil setecientos setenta y nueve– en la que los peritos suscribientes del mismo indicaron que la evaluación realizada se efectuó al analizar las actas y los informes de asistencia de los regidores a sesiones del Concejo Municipal, contenidos en dos Libros, donde se verificó que los encausados cobraron las sumas de cuatrocientos nuevos soles por concepto de dietas en cuatro sesiones al mes pese a su inasistencia, hecho producido durante los meses de marzo, abril y mayo de mil novecientos noventa y seis, haciendo un total de seis mil seiscientos cincuenta nuevos soles.

Información que se corrobora con las conclusiones descritas en el Informe Especial número cero dos guión cero trescientos noventa y seis guión dos mil dos guión cero dos, de fojas veintisiete, ratificada a fojas dos mil setecientos cuarenta y cuatro.

SEXTO: Que, ahora bien, en cuanto a los cuestionamientos efectuados consistentes en la atipicidad de la conducta imputada, al sostener que no tuvieron disponibilidad jurídica de los caudales de la entidad edil agraviada, debemos indicar que la disponibilidad jurídica –entendida como la posibilidad de libre disposición, a título de percepción, administración o custodia, que tiene un funcionario o servidor público– a la que hacen referencia, sí les corresponde por cuanto en su condición de Regidores de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, tenían derecho a percibir una suma de dinero por concepto de dietas, pero este derecho no era absoluto sino que está condicionado a la asistencia efectiva de las sesiones de Concejo Municipal, conforme lo establecido en el artículo doce de la Ley de Municipalidades –Ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos– "(...) las dietas se pagan por asistencia efectiva a las sesiones de Concejo (...)". En este contexto, al haber efectuado un cobro por concepto de dietas en forma indebida materializaron la disposición y aprovechamiento patrimonial de los caudales de la entidad edil agraviada. Por tanto, los argumentos señalados en el recurso de su propósito no pueden ser amparados.

SÉTIMO: Que, en cuanto al monto ascendente a la suma de veinte mil nuevos soles, fijado por concepto de reparación civil debemos indicar que tal monto se condice con la magnitud del daño causado a la Municipalidad Distrital de Salcabamba, que se encuentra ubicado en una zona rural, donde los recursos económicos son escasos, por lo que hechos como los incriminados a los encausados afectan sensiblemente a su economía, por tanto la suma fijada resulta ser la consecuencia proveniente del hecho punible que busca la reparación del daño ocasionado al bien jurídico protegido, que en este caso, corresponde a la Administración Pública. Por tanto, la suma establecida por el Colegiado Superior no puede ser modificada.

OCTAVO: Que, en esta misma línea argumentativa, se advierte que la pena fijada al encausado Washington Caja Zúñiga guarda relación con la conducta desplegada por el mismo, advirtiéndose del considerando octavo de la recurrida, que la Sala Superior a efectos de determinar el quántum de la pena ha valorado los principios de lesividad y proporcionalidad, la afectación del

bien jurídico protegido, las circunstancias personales, edad y la condición del agente, entre otros, conforme a lo descrito en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal. En consecuencia, la pena fijada no debe sufrir variación alguna.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil ochocientos ocho, del tres de noviembre de dos mil once, en los extremos que: i) condenó a Armando Hermógenes Acevedo Pérez y Victoria Alcira Morales De Huapaya, como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y el Estado, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de un año e inhabilitación por dos años, y fijó en la suma de veinte mil nuevos soles por concepto de reparación civil, a razón de quince mil nuevos soles a favor de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y cinco mil nuevos soles a favor del Estado, que deberá pagar en forma solidaria; ii) impuso a Washington Caja Zúñiga, dos años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de un año, en el proceso penal en el que se le condenó como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Salcabamba y el Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO

025 Peculado: No se configura si no se prueba el aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero

El hecho de que pericialmente no se le haya probado al encausado que hubo aprovechamiento indebido del dinero recibido para pagar lo cotizado inicialmente por el precio de la madera para la construcción de un puente, no es razón suficiente para acreditar el peculado, porque no se demuestra que hubo apropiación o utilización de los caudales en beneficio propio o para un tercero, ya que el incremento a la cotización obedece a factores externos (como las restricciones de tala de madera por el Inrena y las dificultades en el transporte por la época de lluvia, donde los transportistas incrementan sus costos de flete), así como tampoco hubo dolo al haberse hecho conocimiento del incremento de dicha cotización.

Recurso de Nulidad Nº 1580-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 7 de junio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Roberto Huamán Lacuta contra la sentencia del veintinueve de marzo de dos mil once, obrante a fojas novecientos ochenta y uno: 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:** Que, el encausado fundamenta su recurso de nulidad a fojas novecientos noventa y cinco, alegando que fue designado por sorteo como residente de la obra Construcción del Puente de Pichiupampa y en dicha condición, mediante informe de fojas sesenta y ocho puso en conocimiento del supervisor de la obra José Sierra Landa, que el proyecto tenía una serie de deficiencias como el hecho de haberse considerado una cantidad de madera menor a la necesitada para el encofrado, ya que se había considerado tres mil noventa y seis pies cuadrados, cuando en realidad eran seis mil; que el inicio de la obra se había acordado para el quince de abril de dos mil cinco, por esa razón dicho día el presidente, tesorero y secretario del núcleo ejecutor, el supervisor de obra y su persona, en su

condición de residente de obra viajaron a la ciudad de Andahuaylas con el fin de comprar madera, herramientas y otros materiales; que al no haber madera en esa ciudad, se cotizó telefónicamente el precio de la madera en la compañía industrial Madera Progreso que ascendió a nueve mil ochocientos setenta y seis nuevos soles, por lo que concurrió al Banco de Crédito con el presidente, el tesorero y el supervisor de la obra a retirar la suma de veintisiete mil setecientos cuarenta y seis nuevos soles de los cuales le entregaron la suma de quince mil seiscientos noventa y seis nuevos soles, utilizando nueve mil ochocientos setenta y seis para la compra de madera y el resto para otros materiales; que viajó al Cusco donde compró cinco mil ochocientos pies cuadrados de madera, pagando por ello nueve mil ochocientos sesenta nuevos soles, suma menor a la considerada en la autorización de gasto de fojas ciento ochenta y ocho; que el residente de obra Armando Condori Jalisto emitió un seudo informe en el cual señaló que había sobrevaluación del costo de la madera por la suma de dos mil ochocientos noventa y cinco con treinta y seis céntimos de nuevo sol y que era madera de mala calidad, pero que no se efectuó peritaje para determinar ello; que el uso de toda la madera adquirida por su persona en el encofrado de la obra demuestra que las imputaciones en el sentido de que eran de mala calidad son falsas y tendenciosas; y que la supuesta sobrevaluación del cartel de la obra en la suma de doscientos nuevos soles igualmente es una acusación subjetiva y sin sustento probatorio; **SEGUNDO:** Que, según acusación fiscal de fojas doscientos sesenta y cinco, el día veintinueve de noviembre de dos mil cuatro, la agraviada Foncodes - Abancay suscribió un convenio con el núcleo ejecutor para la construcción del puente Carrozable Pichiupampa en Huaccana –Chincheros–, Apurímac, que estuvo integrado por Alejandro Paulino Torres Chilingano, Gregorio Quintanilla Cárdenas, Roberto Huamán Lacuta y José Lázaro Sierra Landa, quienes ostentaban los cargos de presidente, tesorero, residente de obra y supervisor de obra, respectivamente, y que durante su gestión incurrieron en una serie de irregularidades de contenido penal; aprovechándose de su cargo se apropiaron de un monto considerable de dinero, para lo cual sobrevaluaron los precios en la compra de bienes, tales como compra de madera, siendo la diferencia de dos mil ochocientos noventa y cinco con treinta y seis nuevos soles, en la adquisición del cartel de la obra se sobrevaluó en doscientos nuevos soles, efectuaron pagos no autorizados a terceras personas por los montos de ochocientos treinta nuevos soles y doscientos treinta nuevos soles; **TERCERO:** Que, el delito de peculado sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén

confiados por razón de su cargo; agravándose la conducta del agente cuando los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; **CUARTO:** Que, a fojas noventa y uno obra la manifestación policial del recurrente Roberto Huamán Lacuta, glosando que antes de efectuar el retiro de dinero se llevó a cabo una reunión en el distrito de Huaccana con la participación del presidente del núcleo ejecutor, el supervisor, el tesorero y su persona a excepción del secretario que no estaba en Huaccana por motivos de salud y el Fiscal, acordaron constituirse a la localidad de Andahuaylas el día dieciséis de enero de dos mil cinco a fin de ubicar al Fiscal, al no encontrarlo, los integrantes del núcleo ejecutor se comprometieron a hacer firmar tanto al Fiscal como al Secretario la respectiva autorización y con el fin de ganar tiempo, hicieron las cotizaciones por un monto de veintisiete mil setecientos cuarenta y seis nuevos soles de conformidad a la autorización de gastos número uno, se constituyen al Banco de Crédito juntamente con el supervisor y el núcleo ejecutor para retirar el monto indicado; que en el expediente técnico se consideró un precio bajo para la compra de madera, ascendente a uno punto veintiocho el pie cuadrado y hechas las averiguaciones en Andahuaylas, ciudad más cercana a la obra no se ajustaba al precio, ya que la madera necesaria para la construcción del puente era más de seis mil pies cuadrados y en el expediente se aprecia solo tres mil noventa y seis, por ello se tomó la determinación de modificar el requerimiento de madera; que él no tenía ningún interés en recibir dinero alguno puesto que era función específica del tesorero, quien le suplicó que hiciera las compras faltantes como madera, cartel de obra y cemento; que la obra se inició en época de lluvia y toda la madera existente en la ciudad de Andahuaylas fue consumida en los meses de enero, febrero y marzo, razón por la cual no existía madera de montaña en dicho lugar y no se adquirió en Huaccana porque solo existen dos tipos de madera que son eucalipto y alizo, siendo forzados a adquirirla en la ciudad del Cusco a pesar que allí también había escasez en ese tiempo, por impedimento de Inrensam; que se adquirió la madera pensando que la Municipalidad de Huaccana tenía que cumplir oportunamente con la puesta en obra de la maquinaria como de los agregados; versión que mantuvo en su interrogatorio en juicio oral de fojas seiscientos noventa y uno; **QUINTO:** Que, a fojas setecientos tres obra la pericia contable realizada por los peritos de REPEJ, que si bien concluye que las personas que integraban el órgano representativo del Núcleo Ejecutor y otros, han cometido inconducta funcional debido a que no han tenido en cuenta la responsabilidad y funcionabilidad de cada uno al asumir la tarea de la construcción del puente Carrozable BID II, de la comunidad de Pichiupampa, ya que la responsabilidad es general

de acuerdo a lo normado en la guía de ejecución de proyecto de infraestructura y que con relación al importe de veintisiete mil setecientos cuarenta y seis nuevos soles, estos se han manejado en forma irregular, manifestando un faltante de seis mil cuatrocientos nuevos soles con treinta y ocho centimos; sin embargo, en el punto IV del Examen Pericial se precisa que de la revisión del expediente se pudo determinar la existencia de la Carta sin número de fecha quince de agosto de dos mil cinco firmada por el señor Hipólito Huamán Condori, en su calidad de Gerente de Maderera Industrial Progreso EIRL –fojas sesenta y cuatro–, en la cual manifiesta de la diferencia de precio en las cotizaciones de la tala de madera impuesta por Inrena en el mes de abril de dos mil cinco, por lo que en esos días la demanda superaba a la oferta, de allí el incremento del precio, no pudiéndose evidenciar sobrevaluación de precios; por lo que no habiéndose determinado ese punto mediante la pericia contable, no es posible sostener la imputación contra el encausado Huamán Lacuta; **SEXTO:** Que, otro aspecto a tener en cuenta es lo establecido como doctrina legal en el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, que en su fundamento siete estableció lo siguiente: "(...) Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, y esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c. Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; d. El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia,

apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; e. Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (...)"; **SÉTIMO:** Que, analizados los presupuestos citados en el considerando anterior, se advierte lo siguiente: i) que entre el encausado y los caudales no existía una relación funcional, ya que este ejercía el cargo de residente de obra; ii) que si bien el encausado Huamán Lacuta recibió el dinero para la compra de la madera, hecho que realizó en el Cusco –como él mismo lo reconoce–, ello no significa que se haya apropiado de los caudales de la agraviada o sobrevaluado el precio de la madera adquirida para la construcción del Puente Pichiupampa, toda vez que, la pericia contable, realizada en la investigación no lo ha determinado; por tanto, las imputaciones efectuadas en su contra no han sido probados con medios idóneos; iii) que tampoco se ha demostrado que el encausado haya cometido el ilícito para beneficiar a terceros o que se haya incrementado su patrimonio, ni mucho menos que haya actuado dolosamente, más si se tiene en cuenta la Carta de fojas sesenta y cuatro, remitida por Hipólito Huamán Condore, Gerente de Maderera Industrial Progreso al encausado Roberto Huamán Lacuta en respuesta a su carta de agosto de dos mil cinco, en la cual le hace de su conocimiento que la cotización de los precios de la madera entregados en la oportunidad que este las adquirió se debió a que en dicha ocasión la madera procedente de Puerto Maldonado sufrió un incremento en sus costos debido a las restricciones de tala de madera por Inrena y las dificultades en el transporte por la época de lluvia, donde los transportistas incrementan sus costos de flete y que es posible que la última cotización presentada por el nuevo residente de obra se haya hecho en relación a la madera procedente de Kosñipata, los mismos que tienen costos menores que los de Puerto Maldonado; iv) que, tampoco se ha determinado en la pericia contable respecto de la sobrevaluación del cartel de la obra, ya que en este punto la referida pericia indica que no se podría determinar que efectivamente ha habido sobrevaluación, pues la otra cotización por el importe de novecientos nuevos soles, solo es una simple hoja de cuaderno en la cual se manifiesta que por la confección de un cartel con las mismas características que lo especificado en la boleta antes mencionada se estaría cobrando el importe de novecientos nuevos soles, lo que no tendría ningún asidero legal de acuerdo a lo normado por la Ley de Comprobantes de Pago; **OCTAVO:** Que, a todo lo mencionado anteriormente

debe adicionarse que el fin del Derecho Procesal Penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, o archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal; situación que no se da en el presente caso, toda vez que con las pruebas recabadas durante la investigación y debatidas en el juicio oral no se ha llegado a determinar fehacientemente la responsabilidad penal del encausado Huamán Lacuta ni en la sobrevaluación de la madera como del cartel de la obra; por tanto no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente a todo justiciable. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del veintinueve de marzo de dos mil once, obrante a fojas novecientos ochenta y uno, en el extremo que condenó a Roberto Huamán Lacuta como autor del delito contra la Administración Pública –Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos– en su modalidad de Peculado Doloso a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año e inhabilitación de un año; y fijó en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente a favor del ente agraviado; **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes generados como consecuencia del presente proceso, archivándose definitivamente los actuados, y los devolvieron. Hágase saber.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

026 Peculado: Disponibilidad jurídica no requiere la tenencia directa por parte de agente del bien público

Si bien la disponibilidad jurídica a la que hace referencia intrínsecamente el delito de peculado se refiere a proteger y garantizar que no se lesionen los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder con que pueda estar facultado el funcionario o servidor público, no siendo necesaria entonces la tenencia material directa del bien público; sin embargo, el asunto materia de controversia en el presente caso no está dirigido a dilucidar si el procesado tenía o no disponibilidad para disponer de las sumas de dinero que se le habían asignado, y que por cierto sí las poseía, sino más bien a poder encontrar elementos de prueba que corroboren la presunción de una indebida justificación del dinero destinado al Programa del Vaso de Leche.

Recurso de Nulidad Nº 920-2011-AMAZONAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 21 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diez, de fojas dos mil doscientos cinco, que absolvió a Marcelino Sukut Ariva de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Cenepa - Estado, y contra Chanela Jiukam Chimpa y Ricardo Apanu Nampin por la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Cenepa - Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el representante del Ministerio Público en su escrito de fundamentación de agravios de fojas dos mil doscientos veinticinco, alega que de autos se advierte que se ha acreditado que los procesados se apropiaron de las entregas mensuales de alimentos, además, se ha demostrado que incurrieron en una serie de actos irregulares, mientras integraron el Comité del Vaso de Leche de la Municipalidad agraviada, como omitir llevar a cabo la convocatoria de proveedores y entregar a personas no beneficiarias las raciones de alimentos.

SEGUNDO: Que, conforme al dictamen de fojas novecientos treinta y cinco, se atribuye a Marcelino Sukut Ariva en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de El Cenepa y Director del Programa del vaso de Leche del referido distrito, así como a Chanela Jiukam Chimpa y Ricardo Apanu Nampin, en su condición de integrante del referido programa, haberse apropiado indebidamente de fondos dinerarios de la Municipalidad agraviada destinados la financiamiento del Programa del Vaso de Leche; asimismo, haber dejado de proveer los productos alimenticios a varias comunidades, entre las que se encuentra la comunidad agraviada de Conga durante los meses de enero, febrero y marzo de dos mil uno, igualmente, a la comunidad de Huampaní durante los meses de enero, febrero, marzo y abril de dos mil uno, efectuando recién en el mes de julio la entrega de un producto embolsado a base de avena, azúcar, cuyo consumo ocasionó estragos en la salud de los beneficiarios. **TERCERO:** Que, si bien la disponibilidad jurídica a la que hace referencia intrínsecamente el delito de peculado se refiere a proteger y garantizar que no se lesionen los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder con que pueda estar facultado el funcionario o servidor público, no siendo necesaria entonces la tenencia material directa del bien público, sin embargo, el asunto materia de controversia en el presente caso no está dirigido a dilucidar si el procesado tenía o no disponibilidad para disponer de las sumas de dinero que se le habían asignado, y que por cierto sí las poseía, sino mas bien a poder encontrar elementos de prueba que corroboren la presunción de una indebida justificación del dinero destinado al Programa del Vaso de Leche correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril de dos mil uno. **CUARTO:** Que, en autos como elementos probatorios de cargo obran: a) el Informe Pericial de fojas mil setecientos sesenta y ocho, el cual concluye "i) Los ingresos y gastos del Programa del Vaso de Leche han sido incluidos en la información financiera de la Municipalidad y han sido reportados a la Contraloría General de la República; ii) Según las pecosas que obran en el expediente, el producto leche avena azucarada, ha sido entregada a los beneficiarios del Programa del Vaso de Leche; (...), emitido por la Contadora Pública Colegiada Iris Adela Mejía Altamirano; b) el Dictamen Pericial de fojas dos mil ciento treinta y uno, presentado durante la etapa de juzgamiento, por el Contador Público Colegiado Paul Ponto Nevado, el mismo que concluye "i) Que la Municipalidad Distrital de El Cenepa, durante todo el año dos mil uno, ha recibido una trasferencia mensual de doce mil quinientos veinticinco, para la compra de insumos destinados a la atención del Programa del Vaso de Leche, según como consta en los expedientes; ii) Que específicamente entre los meses de enero y abril de dos mil uno, la Municipalidad Distrital de El Cenepa ha utilizado íntegramente

el monto mensual recibido de doce mil quinientos veinticinco nuevos soles a la compra de insumos para el Programa del Vaso de Leche; iii) Que está plenamente probado que el total de insumos comprados mensualmente fueron entregados a los beneficiarios del programa; (...)"; y finalmente; c) el Informe Pericial de fojas dos mil ciento ochenta y cinco, expedido por el Contador Público Colegiado Marco Figueroa Barrera, concluye: "El manejo contable entre lo recibido en los estados bancarios y lo presentado en los libros contables, se encuentra correctamente registrado; (...)". **QUINTO:** Que, los peritajes antes mencionados han sido debidamente ratificados durante el examen llevado a cabo en el juicio oral conforme consta de las actas de fojas dos mil ciento setenta y ocho, y aun cuando existen algunas diferencias en cuanto a la forma como se realizaron las compras de los productos, todos ellos coinciden en que se ha sustentado debidamente el dinero destinado a dicho Programa del Vaso de Leche y durante los meses de enero a abril de dos mil uno, sí se entregó a los beneficiarios el producto, desvirtuándose así la atribución formulada por el Ministerio Público, que precisamente, se centraba en la no justificación del uso que se le dio al dinero y la presunta no repartición a los beneficiarios del programa de ayuda alimentaria que el Estado brinda en la Municipalidad Distrital de El Cenepa, consecuentemente, subsistiendo contrariamente a lo sostenido por el recurrente, solo pruebas de descargo que favorecen a los imputados, demuestra que los agravios del recurrente se limitan a reiterar los argumentos de la acusación y no así, cuestionar los fundamentos del Tribunal Superior. Por estos fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diez, de fojas dos mil doscientos cinco, que absolvió a Marcelino Sukut Ariva de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Cenepa - Estado, y contra Chanela Jiukam Chimpa y Ricardo Apanu Nampin por la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Cenepa - Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

027 Peculado: Vinculación entre el sujeto activo y el bien custodiado debe ser específico

No debe suponerse que la vinculación que tenían los encausados con los insumos utilizados para la realización de la obra, como responsables de la misma, les atribuya responsabilidad penal; siempre que ninguno de ellos tenía como función inherente a su cargo el custodiar los insumos (tubos PVC) que posteriormente a la finalización de la obra fueron encontrados; ello sumado a que había una almacenera, quien era la encargada de llevar adelante el control inmediato de los bienes con que se contaba, sin que ella haya puesto en evidencia alguna irregularidad respecto a la cantidad de insumos existentes y utilizados, sobre todo si no se acreditó perjuicio patrimonial alguno.

Recurso de Nulidad Nº 935-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 11 de junio de 2012

VISTO el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Apurímac, contra la sentencia absolutoria de fojas seiscientos noventa y nueve de fecha treinta de diciembre de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la parte civil al fundamentar su recurso de nulidad a fojas setecientos quince, señala que el Colegiado Superior no ha compulsado objetivamente los elementos de prueba existentes en el expediente y que dieron origen a la causa seguida contra los procesados, más aún si se tiene en cuenta que este tipo de delitos es pluriofensivo, por cuanto no solo se ha lesionado el patrimonio del Estado, sino con el ocultamiento de los materiales de construcción se ha entorpecido el normal desenvolvimiento de la Administración Pública; que el Manual de Organización y Funciones (MOF) señala claramente que los residentes de obras, son responsables directos e indirectos respecto de los bienes que le fueron entregados en razón de su cargo y de las funciones que desempeñan, como es el caso de José Hugo Fiestas Alvarado, quien ha reconocido en los debates orales que laboró en ese cargo en los meses de febrero y marzo de dos mil siete; que, por su parte el encausado Tulio Sullcahuamán Valenza reconoció que los tubos fueron

trasladados a Chalhuanca al pie de la obra y permanecieron al costado de la zanja para ser instalados, habiendo sido cubiertos con arbustos para que no sean deteriorados por el sol. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio fojas cuatrocientos setenta y ocho, se atribuye a los encausados José Hugo Fiestas Alvarado –en calidad de residente de Obra–, Tulio Sullcahuamán Valenza –Asistente Técnico– y Rómulo Huallpar Ortega –Maestro de Obra–, que en la ejecución de la Obra "Irrigación Mutca Molle Molle", realizada en el año dos mil siete por la Municipalidad Provincial de Aymaraes en convenio con el Gobierno Regional de Apurímac, con el propósito de beneficiarse económicamente, se habrían puesto de acuerdo para apropiarse del material utilizado en la citada Obra, aprovechándose de las funciones y labores que desempeñaba; pues el encausado Fiestas Alvarado estuvo a cargo de la dirección técnica de la misma en forma personal, Rómulo Huallpar Ortega disponía del material asignado y Sullcahuamán Valenza verificaba el avance físico, por lo que ocultaron por inmediaciones de la Obra, un total de doce tubos PVC de ocho pulgadas de diámetro por seis metros de largo, con la finalidad de apropiarse de ellos, sin embargo, dichos insumos fueron hallados en los meses de mayo y diciembre de dos mil siete, lo que impidió que se concretara el delito materia de imputación. **TERCERO:** Que de acuerdo al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, este Supremo Tribunal solo deberá efectuar pronunciamiento, respecto a los extremos u extremo materia de impugnación, circunscribiéndose este en el presente caso, a la absolución decretada a favor de los encausados José Hugo Fiestas Alvarado, Tulio Sullcahuamán Valenza y Rómulo Huallpar Ortega por el delito de peculado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Aymaraes y el Estado. **CUARTO:** Que, en tal sentido, a efectos de emitir una decisión absolutoria el Juzgador debe: i) concluir de manera fehaciente sobre la plena irresponsabilidad penal de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, arribando a dicha certeza a través del material de prueba de descargo acopiado durante el proceso; ii) cuando de la actividad probatoria surja duda razonable sobre la participación del procesado, en virtud del principio del *indubio pro reo*, o iii) que dicha actividad probatoria sea insuficiente para entrar a un análisis de condena. **QUINTO:** Que, en dicho orden de ideas, se advierte que la imputación fiscal recaída en contra de los encausados Fiestas Alvarado, Sullcahuamán Valenza y Huallpar Ortega se encuentra circunscrita a que estos en forma deliberada y concertada habrían escondido entre la vegetación del lugar (paraje de Huancho, de la localidad de Mutca) doce tubos PVC que se habían adquirido para ser utilizados en la Obra "Irrigación Mutca Molle Molle", a efectos de beneficiarse económicamente,

aprovechándose para ello de los cargos que ostentaban en dicho momento, esto es, Residente de Obra, Asistente Técnico y Maestro de obra, respectivamente; en tal sentido, se tiene en autos una serie de testimonios y documentos que dan cuenta del hallazgo de dicho material en los meses de mayo y diciembre de dos mil siete, así se tiene la declaración prestada por María Cleofé Paniura Soncco, quien a nivel policial a fojas trece, señaló que un día domingo del año dos mil siete, en su calidad de miembro de la comunidad de Mutca Molle Molle cuando realizaban una faena de obra de reservorio, en circunstancias que se encontraba lavando ropa observó un objeto que brillaba por el reflejo del sol, dando cuenta de 110 al Teniendo Gobernador, Pablo Pérez Alarcón quien constató que eran ocho tubos de PVC; asimismo, obra a fojas treinta y nueve la manifestación del precitado Pérez Alarcón quien refiere que ello sucedió en el mes de mayo de dos mil siete, contándose también con el Oficio número cero cero uno –cero siete– TG-H, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, de fojas trescientos ochenta y nueve, suscrito por Policarpio Cucchi Aristo, quien en ese entonces se desempeñaba como Teniente Gobernador de la localidad de Mutca, en el que se consignó lo siguiente: "(...) que el día trece de diciembre de dos mil siete encontró cuatro tubos de agua color negro de ocho pulgadas cada uno, en el paraje de Huancho muy probablemente sustraído de la Obra de Irrigación Mutca Molle Molle ejecutado en el presente año por la Municipalidad de Aymaraes en la fase de campo por el albañil Rómulo Huallpa que trabajó como maestro de Obra, quien era el responsable de los materiales utilizados en el campo. Que anteriormente se encontraron ocho tubos los que fueron recogidos en la obra, con estos últimos hallazgos se presume que hubo un mayor número de tubos y materiales que fueron robados (...) estando valorizados en dos mil cuatrocientos nuevos soles (...)". **SEXTO:** Que, de los elementos citados si bien se puede advertir inobjetablemente el hallazgo de dichos insumos (ocho tubos PVC), sin embargo, no existe sindicación directa alguna en contra de los procesados, pues únicamente se infiere que estos al haber trabajado en la Obra "Irrigación Mutca Molle Molle", se habrían puesto de acuerdo para sustraerlos, sin embargo, ello resulta ser una afirmación totalmente subjetiva y carente de toda acreditación probatoria, es más, incluso de ser ello cierto resultaría ilógico que habiendo concluido la citada obra en el mes de junio de dos mil siete, parte de dichos insumos se hayan mantenido en el lugar hasta el mes de diciembre de dicho año, es decir, estuvieron casi seis meses a la intemperie –cubiertos con vegetación–, lo que no resulta ser un acto propio de quien actúa con la deliberada intención de sustraer un bien para beneficiarse económicamente. **SÉTIMO:** Que, de otro lado, si bien no se ha podido obtener durante el proceso el Acta de Liquidación de Obra –pues presuntamente no se habría elaborado–, sin

embargo, los encausados han declarado a nivel del acto oral, que la citada obra "Irrigación Mutca Molle Molle" se concluyó satisfactoriamente, es más, se realizaron algunos trabajos adicionales, versión que no ha sido desmentida ni desvirtuada dentro del proceso con material de prueba idóneo, en consecuencia, debe precisarse que no ha existido perjuicio alguno a la entidad edil, y si bien es de reconocer que efectivamente se encontraron los doce tubos PVC, sin embargo, estos han podido ser reingresados como capital de la entidad edil, no verificándose si es que efectivamente dichos insumos hayan pretendido ser objeto de algún acto de apropiación, y menos se ha podido determinar quién o quiénes hayan tenido esa intención. **OCTAVO:** Que, finalmente, debe dejarse establecido que ninguno de los encausados tenía como función inherente a su cargo, el custodiar los tubos PVC que fueron encontrados en los meses de mayo-ocho –y setiembre– cuatro - de dos mil siete, y si bien sería razonable pensar que estos deberían dar cuenta de su utilización por haber actuado como responsables de la obra, sin embargo, por un lado, había una almacenera, Magna Llacta Marcañaupa, quien era la encargada de llevar adelante el control inmediato de los bienes con que se contaba, sin que ella haya puesto en evidencia alguna irregularidad respecto a la cantidad de insumos existentes y utilizados, y, por otro lado, no debe suponerse que dicha vinculación que tenían los encausados con los insumos utilizados sea el fundamento esencial de una declaración de condena, en consecuencia, al no existir elementos de prueba que acrediten de manera fehaciente la responsabilidad de los encausados y que desvirtúen el principio de presunción de inocencia, debe mantenerse lo resuelto por el Colegiado Superior, deviniendo en inatendibles los agravios expuestos por la parte civil. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos noventa y nueve, de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, que absolvió a José Hugo Fiestas Alvarado, Tulio Sullcahuamán Valenza y Rómulo Huallpar Ortega de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio por el delito contra la Administración Pública –peculado en grado de tentativa (primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, debidamente concordado con el artículo dieciséis del Código Penal), en agravio de la Municipalidad Provincial de Aymaraes– el Estado, con lo demás que al respecto contiene; y, los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

028 Peculado: Orientación de la prueba

En el delito de peculado doloso, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, la acción típica supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero, por lo tanto la prueba debe orientarse a determinar, si existe un desbalance respecto de los bienes que en algún momento le fueron confiados a los presuntos autores con motivo de su cargo, y de esta forma es necesario por tanto, establecer en primer lugar si ese desmedro patrimonial se ha producido para luego examinar si es posible atribuir responsabilidad penal.

Recurso de Nulidad Nº 876-2011-HUÁNUCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 14 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía Superior contra la sentencia de veinticuatro de enero de dos mil once emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Huánuco de folio mil doscientos dieciséis; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Javier Villa Stein; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la Fiscalía Superior ha impugnado la decisión del Colegiado a folio mil doscientos cuarenta y ocho, argumentando que la responsabilidad penal del procesado Eduardo Miraval Templo se encuentra objetivamente acreditada sobre la disposición indebida del vehículo de propiedad de la Municipalidad Provincial de Huánuco y la apropiación de combustible; de acuerdo a la manifestación policial de Guillermo de la O Trujillo de folio setenta y ocho, quien como responsable del área de almacén confirmó la asignación exclusiva de la camioneta PM-tres mil trescientos sesenta y nueve a favor del Alcalde, siendo justamente en el desarrollo de su labor de supervisión que tuvo algunos impases con aquel, específicamente por la dotación de combustible al enviar distintos conductores para la entrega de los vales de gasolina; afirmación que confirma en la sesión del juicio oral a folios mil treinta y dos y que fueron ratificadas por la declaración de Jorge Luis Chacón Valdivieso, conductor del

vehículo municipal a folios mil treinta y seis. Habiendo quedado probada la relación funcional del acusado Miraval Templo con el vehículo puesto a su cargo, y por ende, a su administración. Además, debe evaluarse la pericia contable de folios mil ciento ochenta y uno, que determina el uso sin control de la dotación de combustible, entre los años dos mil tres a dos mil seis, siendo que el Alcalde de Huánuco no ha respetado la dotación de sesenta galones de combustible para el año dos mil seis, utilizando sin medida ni control con órdenes y comprobantes de pago en la mayoría de casos sin el requerimiento ni austeridad que determinó la norma de austeridad y racionalidad en el gasto público, por un monto económico de sesenta y siete mil seiscientos noventa y nueve soles con noventa y dos céntimos, que perjudicó al municipio agraviado. **SEGUNDO:** Que a tenor de lo señalado en la acusación fiscal de los folios setecientos setenta y seis a setecientos noventa y siete, se reprocha al acusado Eduardo Miraval Templo, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco en el mes de julio del año dos mil seis, haberse aprovechado de su cargo, haciendo uso indebido de los bienes que le fueron asignados, específicamente de los seiscientos noventa y cinco galones de gasolina, valorizadas en diez mil doscientos setenta y nueve nuevos soles con cinco céntimos, utilizados para la camioneta Nissan, modelo Fronter cuatro por cuatro, de color negro y con placa de rodaje PM-tres mil trescientos sesenta y nueve, a su cargo. Hecho que se produjo en el marco de las normas de austeridad y racionalidad aprobadas por su despacho (memorándum número diecinueve-dos mil tres-MPHCO/GM) y que dicho procesado intenta justificar en supuestos gastos de viajes a la ciudad de Lima y a las diferentes provincias de la región, hecho que fue desmentido por el Jefe de la unidad de peaje de Ambo, conforme a la información cursada a folios quinientos treinta y siete, señalando que el vehículo no transitó por dicha unidad de peaje. **TERCERO:** Que, el derecho a la presunción de inocencia, se configura en tanto a la 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 queda 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-dos mil cinco-CJ/ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco. **CUARTO:** 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 sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediación procesal y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia. **QUINTO:** En este *iter* argumental, corresponde puntualizar que del análisis de los fundamentos de la sentencia impugnada, lo argumentado por el señor procurador público y lo actuado en el proceso, se tiene que aun cuando se observó una actividad probatoria de cargo no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado en virtud de las siguientes consideraciones: i) En el delito de peculado doloso, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, la acción típica supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero, por lo tanto la prueba debe orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en algún momento le fueron confiados a los presuntos autores con motivo de su cargo, y de esta forma es necesario por tanto, establecer en primer lugar si ese desmedro patrimonial se ha producido para luego examinar si es posible atribuir responsabilidad penal. En ese sentido, y teniendo en cuenta, además, que el recurrente resalta un perjuicio patrimonial por la contratación ilegal de servicios de patrocinio legal, se ha de determinar la existencia de pericia contable o no para acreditar un perjuicio al patrimonio del Estado; ii) Establecido lo anterior, debemos relievar que no se ha probado en grado de certeza la responsabilidad penal del imputado Miraval Templo, al no haberse demostrado actos de apropiación o uso no debido a su favor o de terceros, respecto del combustible utilizado por el vehículo a su cargo. En efecto, dicho acusado se ha declarado inocente, sosteniendo que su desempeño funcional fue correcto, y concretamente sobre el uso del combustible fue siempre para fines de su gestión edil, que no se limitó a un uso personal restringido, pues era utilizado para todo trámite u obras de la Municipalidad; de allí que mal puede imputársele un aprovechamiento personal, ya que las distintas áreas municipales requería de este para movilizarse, sea dentro o fuera de la jurisdicción y finalmente, en cuanto al informe de unidad de peaje sostiene que no siempre se consignan o registran las placas de la camioneta municipal. Por lo tanto, contradice frontalmente la tesis objeto de imputación. Relato histórico que ha sido confirmado por los testimonios de los funcionarios y servidores municipales, en el sentido que el vehículo, sobre el que se imputa el monopolio de uso al Alcalde procesado Miraval Templo, era asignado para el cumplimiento o auxilio de otras áreas y relacionadas a los actos municipales, como elaboración de

obras, traslado de materiales, para el aniversario de Huánuco, como así aparece de la declaración de Darwin Astete Hoyos y Rodolfo Antonio Salazar Cañoli, en las sesiones de audiencia pública de folios mil dos a mil cuatro, respectivamente, confirmado también por Jorge Luis Chacón Valdivieso, Marco Antonio Arteaga Quispe, y Jorge Luis Ángulo Morales, durante el contradictorio. **SEXTO:** Por otro lado, en relación a la pericia Contable de folio mil ciento ochenta y uno, donde se indica que para el año dos mil seis –fecha en la que se basan los cargos denunciados y sustentados en la acusación fiscal– el ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco, no respetó la dotación de sesenta galones de combustible para el año dos mil seis, siendo utilizados sin medida ni control; sin embargo, no se ha llegado a probar un uso no debido ni exclusivo de parte del Alcalde en perjuicio de su comuna o favoreciendo a tercera persona; por el contrario, se ha determinado que este vehículo era utilizado por distintas áreas de dicha municipalidad en el cumplimiento de su gestión y administración, como así lo han relatado uniformemente y sin dudar cada uno de los testigos, no habiendo sido posible probar con fundamento una conducta dolosa o indebida del entonces Alcalde, hoy procesado Eduardo Miraval Templo; en este sentido el testimonio incriminatorio del Almacenero Municipal, Guillermo de la O Trujillo de folios mi treinta y tres –citado por la Fiscalía en la impugnación–, en cuanto señala haber sido presionado por el titular del pliego para la dotación de combustible en exceso; en sí mismo, no resulta suficiente para sostener con fundamento los cargos formulados, más aún, si él mismo admite, que todo el combustible se usaba además, del Alcalde, por los regidores, para el apoyo de obras; por lo tanto, no era de exclusividad de aquel. **SÉTIMO:** Finalmente, las consideraciones precedentemente expuestas, son solventadas con la declaración de Norah Alcira Nación Ronquillo de folios novecientos ochenta y nueve, quien fue la principal testigo de cargo en contra del Alcalde, ya que como Regidora motivó la iniciación del presente caso, pero que ahora, la sesión del juicio oral, a la luz de los acontecimientos debatidos, terminó por contradecirla, argumentando que después tomó mayor conocimiento de los hechos, ya que inicialmente fue informada por unos trabajadores, pero ahora reconoce que este vehículo es de uso múltiple de la Municipalidad. Siendo por lo tanto, aquella primera declaración incriminatoria insuficiente para sostener los cargos incriminados; por consiguiente, en este caso, ante la ausencia de prueba idónea que quiebre el principio de presunción de inocencia que constitucionalmente asiste al indicado acusado, tal y conforme se justifica el fallo abstolutorio. Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de veinticuatro de enero de dos mil once emitida por la Segunda Sala Penal

Superior de Huánuco de folios mil doscientos dieciséis que **ABSOLVIÓ** a Eduardo Miraval Templo, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública –peculado doloso– en agravio del Estado, Municipalidad Provincial de Huánuco, con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

029 Peculado: Pericias contables determinan que hubo desbalance patrimonial

Se puede apreciar de las pericias contables ratificadas en juicio oral, que no concluyen que en las obras ejecutadas exista un perjuicio económico para el Estado; no obstante se puede inferir que están direccionadas a acreditar la desviación de fondos presupuestados, sin embargo, ello no es materia de revisión, toda vez que el delito de malversación de fondos prescribió. Por lo que, de la evaluación de los actuados se advierte que la responsabilidad penal del encausado en el delito de peculado agravado no se encuentra acreditada, al no existir elemento de prueba que determine que el mencionado encausado se apropió de los caudales de la municipalidad dañando el patrimonio del gobierno local, desde la posición funcionarial electiva en que el agente se hallaba.

Recurso de Nulidad Nº 902-2011-AMAZONAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
SENTENCIA
Lima, 14 de marzo de 2012

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior de la Fiscalía Mixta Descentralizada Transitoria de Bagua (folio mil ochocientos cuarenta y cuatro), fundamentado en folios mil ochocientos cuarenta y cinco a mil ochocientos cuarenta y siete; decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

1. OBJETO DE LA ALZADA

La sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil diez (folios mil ochocientos veintitrés a mil ochocientos cuarenta y uno) expedida por la Sala Penal Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas que absolvió a don Milciades Silva Sánchez por el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, en

agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Aramango, con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor Fiscal Superior pidió se reexamine la decisión absolutoria y disponga lo que corresponda, en base a que:

2.1. El Colegiado Superior no realizó una debida valoración de los medios probatorios en virtud a que pese a haberse efectuado los proyectos de vivero municipal, apicultura y granja en el año mil novecientos noventa y ocho, estos resultaron no ser sostenibles en el breve lapso en que funcionó, quedando solo vestigios de ello al momento de la inspección correspondiente; así mismo, no se acreditó la relación de beneficiarios de dichos proyectos, ni documento alguno que sustente la entrega de los elementos materia de dichos proyectos.

2.2. Señala que la testimonial de don Máximo Sumozo Mallqui, responsable de los proyectos referidos, quien refiere que la entrega se hizo solo por orden verbal, siendo anotado en un cuaderno, resulta inverosímil; dado que al tratarse de proyectos de gran envergadura y estando afecto el patrimonio del Estado, confiado a ellos por razón del cargo, se requiere de especial cuidado.

2.3. Respecto a las obras de remodelación, el recurrente precisa que el sobrecosto advertido en las pericias primigenias sería en beneficio del acusado, aun considerando el argumento de los peritos don Saúl Vásquez Ramírez y don Víctor Cardozo Montalvo, que han señalado que esta diferencia resultaría por el apoyo que realizaba la Municipalidad de Aramango en cuanto al transporte de los materiales de construcción y combustible.

2.4. En este orden de ideas, tampoco se efectuó la confección de los expedientes técnicos o la elaboración de presupuesto con costos reales.

3. SÍNTESIS DEL *FACTUM*

3.1. De acuerdo a la acusación fiscal de los folios cuatrocientos cincuenta y ocho a cuatrocientos sesenta y uno y la requisitoria oral de los folios seiscientos noventa y uno y seiscientos noventa y dos, se imputa al

procesado Silva Sánchez la comisión del delito de peculado previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, primera parte del Código Penal en el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y ocho, tras haberse ejecutado una serie de obras indebidamente sustentadas: 1) el vivero municipal efectuado por un valor de S/. 13,050.00 nuevos soles; 2) la granja municipal por la suma de S/. 9,150.00, 3) la apicultura municipal por el valor de S/. 4,400.00 nuevos soles, los que se habrían ejecutado con costos elevados, como se aprecia de la instrumental de folio ciento diecisiete, en la cual no aparecen proyectos o estudios ni mucho menos precios reales ni cargos de entrega que acredite que los centros educativos de Nueva Esperanza, El Roble, Amazonas del Muyo, Collapín, se hayan beneficiado con las plantaciones de cítricos y cafetos, habiendo estado a cargo del vivero municipal el técnico agropecuario don Adalberto Sumozo Balqui.

3.2. También se le imputó haber ejecutado obras como: 1) el empedrado de la calle Monteza Tafur con piedras de laja y de canto rodado en una extensión de ciento ochenta metros cuadrados con una inversión de S/. 18,304.65, lo que no guarda relación con su costo real que ascendía a la suma de S/. 13.392.57 nuevos soles, beneficiándose con la suma de S/. 4,912.57 nuevos soles; 2) en la remodelación de la plaza de armas de Aramango el acusado invirtió a suma de S/. 60,389.05; sin embargo, solo se ejecutó el enrejado con tubo de fierro de media pulgada en las áreas verdes del citado parque que tuvo un precio real de S/. 54,588.00, habiéndose beneficiado el acusado con la suma de S/. 5,800.07 nuevos soles; y 3) en la construcción de ocho bancos de concreto, se revistió con piedra la laja rústica, significando que el justiciable manejó arbitrariamente las arcas del Estado, aprovechándose de su cargo para beneficiarse.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante el Dictamen número mil cuarenta y uno guión dos mil once el señor Fiscal Supremo (folios veintidós a veinticinco) opinó no haber nulidad en la sentencia recurrida al considerar que no existe prueba suficiente que enerve la presunción de inocencia, en virtud a que desde mil novecientos noventa y nueve no se acreditó sólidamente la sobrevaluación imputada, más aún que existen diferencias debido al aporte de la comunidad beneficiaria.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS TEMPORAL DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

Conforme aparece en el acta de lectura de sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil diez (folios mil ochocientos cuarenta y dos y mil ochocientos cuarenta y tres); al ser consultado el señor Fiscal Superior, manifestó su disconformidad con el fallo por lo que interpuso recurso de nulidad, presentando además un escrito el día veintidós de diciembre (folio mil ochocientos cuarenta y cuatro), cumpliendo con fundamentarlo el día seis de enero de dos mil once (folios mil ochocientos cuarenta y cinco), estando dentro del plazo previsto en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido, el recurso de nulidad cumple con el requisito temporal para su procedencia.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal por el delito de peculado previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, conforme a la acusación fiscal de los folios cuatrocientos cincuenta y ocho a cuatrocientos sesenta y uno, y estando a los plazos de prescripción vistos en los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada para emitir pronunciamiento de fondo.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

3.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado; así como el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

3.2. El principio de presunción de inocencia plasmado en el artículo dos inciso veinticuatro literal e) de la Constitución Política del Estado considera que una sentencia condenatoria deberá alcanzar la certeza sobre la culpabilidad del acusado mediante los medios de prueba actuados.

3.3. El artículo trescientos ochenta y siete primer párrafo del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26198 el trece de junio de mil novecientos noventa y tres, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

3.4. El artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales establece que la sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que este no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad, disponiendo, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del procesado, por los hechos materia del juzgamiento.

3.5. El Acuerdo Plenario Nº 2-2007/CJ-116, de dieciséis de noviembre de dos mil siete, establece las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales–, y que los principios referidos a la prueba han de acomodarse a la realidad social.

CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO

4.1. El principio de presunción de inocencia constituye un derecho fundamental previsto en el inciso dos del artículo veinticuatro de la Constitución Política del Perú, que solo se ve enervada cuando el juzgador adquiere un grado de certeza a través de la actividad probatoria de la comisión del hecho imputado.

4.2. La doctrina ha señalado 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 (...)"[1].

(1) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen uno, Editorial Jurídica Grijley, 1999, p. 68.

4.3. La denuncia inicialmente se motivó en base al Informe situacional de gestión municipal (folio cinco) elaborada por el C.P.C. Víctor A. Uriarte Loreto quien señaló que se determinó "que los recursos obtenidos (ingresos) por fondo de compensación municipal se destinara 20% para gastos corrientes y el 80% para gastos de capital (...)", en el caso de la Municipalidad de Aramango "se detalla en la Evaluación Financiera del Ingreso 1998, de los cuales se ha destinado el 36.91% de los ingresos, para gastos corrientes (...) y el 63.10% para gastos de capital (obras)" (sic), efectuada por la gestión edil posterior a la del encausado.

4.4. En el dictamen pericial contable presentado el quince de agosto de dos mil (folios doscientos treinta y nueve a doscientos cuarenta y tres), realizado por el C.P.C. don Victoriano Quiroz Alcántara, se hizo referencia a la necesidad de contar con una pericia técnica de ingeniería a fin de efectuar una valorización física de las obras ejecutadas y contrastar ello con el desembolso financiero.

4.5. En el mismo sentido, en el dictamen pericial elaborado por el C.P.C. don Clotario Ibrogo Ramos y el C.P.C. don Victoriano Quiroz Alcántara, presentado el veintiocho de marzo de dos mil uno (folios trescientos dieciséis a trescientos veinte) se concluyó "que durante el ejercicio presupuestal de 1998 la Municipalidad Distrital de Aramango, recibió por concepto del Fondo de Compensación (...) 37.14%, excediéndose del 20% permitido por ley contraviniendo lo normado (...)" (sic).

4.6. Mediante el informe pericial número 2000-0401-01010JX (folios cuatrocientos sesenta y siete a cuatrocientos sesenta y nueve) elaborado por la C.P.C. doña Neli Mercedes Santillán Meza, presentado el cuatro de junio de dos mil dos, concluyó "el monto total malversado es de S/. 153,850.61, por no ceñirse a los dispositivos legales vigentes" (sic).

4.7. Mediante el dictamen pericial presentado el catorce de junio de dos diez (folios mil sesenta a mil sesenta y dos), elaborado por el C.P.C. don Víctor Luis Serrano Serrano refiere que no se adjuntó documentación sustentatoria del gasto realizado, por lo que no ha sido posible determinar la Calidad de gasto por proyectos de inversión, igualmente sus conclusiones obrantes en los folios mil ciento veinte y siguientes en el que precisa que solo se remitieron las copias de comprobantes de pago,

faltando adjuntar la documentación pertinente en la que se demuestre la afectación presupuestal que indique el monto aplicado en los proyectos de inversión ejecutados.

4.8. Desde otro punto de vista es de considerar el informe pericial del ingeniero civil don Julio César Bazán López (folios mil noventa y seis a mil ciento cuatro, ratificado en juicio oral de los folios mil setecientos treinta y uno) que las obras han tenido una inversión correcta, pues su valor real es ligeramente superior a lo rendido, esto resulta al contar con un volquete que permite ahorrar del suministro de materiales. Señala además que no existen expedientes técnicos que detallen las características de las obras así como tampoco existe información sobre la entrega de plantones, ni los módulos de cuyes y de apicultura a los beneficiarios.

4.9. Es menester resaltar el sentido del informe pericial de veinte de junio de dos mil diez (folio mil ciento once a mil ciento trece, ratificado en audiencia en el folio mil setecientos treinta y ocho) elaborado por el C.P.C. don José Frías Olano quien concluyó que "1. De la evaluación del presupuesto de ingresos y Gastos del año 1998 de los proyectos materia de la denuncia se concluye que estos muestran ejecución tanto física como financiera, tal como se explicó en los puntos 3.1 y 3.3; 2. No es posible determinar si han sido debidamente utilizados los recursos presupuestales del año 1998 en los proyectos materia de la denuncia porque no existen liquidaciones financieras ni físicas de los proyectos" (sic), en juicio dio cuenta que "de acuerdo al documento oficial (...) no hay muestra que hay perjuicio económico hay ejecución (...) se ha cumplido las metas" (sic).

4.10. Cabe considerar el dictamen pericial de los ingenieros civiles don Saúl Vásquez Ramírez y don Víctor Cardozo Montalvo presentado el veintiocho de agosto de dos mil dos (folios cuatrocientos setenta y cuatro a cuatrocientos setenta y seis) en él refirieron que es probable que el monto no rendido sea porque la municipalidad tenía su propio transporte de materiales lo cual genera una diferencia en los montos, existiendo una diferencia de cinco mil ochocientos nuevos soles con cero siete céntimos.

4.11. En juicio oral (folio mil ochocientos seis), el perito Cardozo Montalvo se ratificó en su pericia respecto a las cuatro obras: local municipal,

empedrado, calle Monteza Tafur, remodelación plaza de armas, dijo que no existía vía de acceso hacia el distrito de Aramango, lo que implicaba una elevación en el costo del traslado de materiales [flete]; puesto que el documento que cubría dicho rubro ascendía a seiscientos nuevos soles, el cual es muy bajo debido a que los materiales de construcción no se lleva una sola vez, al utilizarse carros pequeños para las curvas cerradas de acceso.

4.12. Se puede apreciar de las pericias contables referidas en los puntos 4.5 a 4.10, ratificadas en juicio oral, que no concluyen que en las obras ejecutadas exista un perjuicio económico para el Estado, no obstante se puede inferir que están direccionadas a acreditar la desviación de fondos presupuestados, no obstante ello no es materia de revisión, toda vez que el delito de malversación de fondos prescribió.

4.13. El perito Serrano Serrano en el juicio oral (folio mil setecientos cuarenta y seis) sostuvo que no puede afirmar sobre la apropiación de caudales del Estado, debido a que eso le corresponde acreditar a la Fiscalía; ello al señalar que elaboró la pericia contable en base a documentos, y que la existencia física de las obras debe comprobarla el perito correspondiente, esto es, un perito ingeniero civil.

4.14. Asimismo, don Adalberto Máximo Sumoso Mallqui en juicio oral declaró haber trabajado desde mediados de los años 1996 a 1998 en el área de desarrollo agroambiental (folio mil setecientos noventa y siete) y dijo que estaba a cargo del manejo de cuyes, abejas e hizo un estudio preliminar de aspecto forestal; y existe una inspección y constatación de obras (folios doscientos treinta y tres y doscientos treinta y cuatro) de la calle Miguel Monteza.

4.15. Las pericias iniciales y posteriores, así como el examen de peritos en juicio oral originan duda respecto a la ejecución de los proyectos o en tal caso la deficiente ejecución de estos, lo cual beneficia al acusado.

4.16. No se puede acreditar la sobrevaluación de las obras, toda vez que las pericias elaboradas por los ingenieros no son concluyentes al respecto, máxime si sostuvieron que debido a la dificultad de acceso al distrito se elevaban razonablemente los costos para el transporte de materiales de construcción.

4.17. La condena penal ha de ser el fruto de la convicción que se funda en lo sólidamente acreditado con prueba directa de responsabilidad o por indicios concurrentes múltiples, libres de contraindicios fuertes.

4.18. Por lo que, de la evaluación de los actuados se advierte que la responsabilidad penal del encausado Silva Sánchez en el delito de peculado agravado no se encuentra acreditada, al no existir elemento de prueba que determine que el mencionado encausado se apropió de los caudales de la Municipalidad dañando el patrimonio del Gobierno Local, desde la posición funcionarial electiva en que el agente se hallaba, conforme postula la tesis acusatoria, que la Fiscalía Suprema en lo Penal tampoco comparte.

DECISIÓN:

Administrando justicia a nombre del Pueblo, de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal, 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 los folios mil ochocientos veintitrés a mil ochocientos cuarenta y uno, emitida por la Sala Penal Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que absolvió a don Milciades Silva Sánchez, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad distrital de Aramango, con lo demás que contiene. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por encontrarse en periodo vacacional el señor Juez Supremo Pariona Pastrana. Hágase saber.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

030 Peculado: Pericia contable es de vital importancia para acreditar el delito

No se ha determinado el perjuicio económico causado a la entidad agraviada por cuanto no se realizó la pericia contable respectiva que demuestre el monto del cual se apropió el encausado; medio probatorio que resulta de vital importancia en este tipo de delitos.

Recurso de Nulidad Nº 1824-2011-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 3 de julio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Carlos Rafael Reyes Meza contra la sentencia condenatoria del dieciocho de mayo de dos mil once, obrante a fojas seiscientos cuarenta y cinco; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el encausado Reyes Meza fundamenta su recurso de nulidad a fojas seiscientos sesenta y uno alegando que, no se realizó una pericia contable que determinara el perjuicio al Estado, dado que el control institucional del Ministerio de Educación fácilmente imputa un ilícito basado en un informe elaborado por la supuesta entidad agraviada, sin más que los dichos de los docentes y no ha sido corroborado con otra actividad probatoria; que en autos solo se demuestra que se habría incurrido en irregularidades administrativas; **SEGUNDO:** Que, según acusación fiscal de fojas cuatrocientos cuarenta y nueve, con fecha veintisiete de febrero de dos mil siete, el Procurador Adjunto de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación presentó denuncia contra el encausado Carlos Rafael Reyes Meza por presunto delito de peculado, bajo el fundamento que fue designado responsable para el departamento de Piura para la ejecución del primer Taller y Primera Visita de acompañamiento a docentes de seis ámbitos de intervención del PEAR a realizarse en dicha ciudad, para lo cual recepcionó la cantidad de setenta y cinco mil noventa nuevos soles y rindió cuentas por encargo, devolviendo la cantidad de veinte mil doscientos diez nuevos soles con sesenta y dos céntimos, según informe de auditoría,

aprovechándose de tal circunstancia se apropió de dinero del Estado, ya que reportó un mayor pago de lo declarado por el servicio de espiralado y pago a docentes participantes por acción de monitoreo y por participación en el taller, que el inculpado presentó una boleta donde se consignó la suma de ochocientos cuarenta nuevos soles, cuyo monto real era de doce nuevos soles, apropiándose de la suma de setecientos veintiocho nuevos soles, además reportó una suma mayor con informes y declaraciones juradas falsas, pretendiendo hacer creer que eran elaboradas por los docentes participantes Reinelda Patiño Córdova, Leonor Juárez Flores y Alejandrina Escarate Jiménez; **TERCERO:** Que, el delito de peculado sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; agravándose la conducta del agente cuando los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; **CUARTO:** Que, analizados los hechos y las pruebas recabadas en la etapa de investigación y debatidas en juicio oral se tiene que a fojas treinta obra la manifestación policial del encausado Reyes Meza donde sostiene que, a fin de cumplir con el rendimiento de gastos, tuvo que rehacer las declaraciones de las señoras Reinelda Patiño Córdova y Alejandrina Escarate Jiménez porque las que remitieron y entregaron figuraba un monto entregado en la mañana por otro concepto y que tenían otra declaración aparte por sesenta y dos nuevos soles que corresponde a la participación en el taller y la otra era por un dinero entregado para la ejecución del monitoreo; y en el caso de Leonor Juárez Flores hizo la rendición con la declaración jurada porque el profesor no la entregó oportunamente y su persona tenía que entregar el informe correspondiente; que no adulteró la boleta de venta número cero cero cero uno guión cero cero cero ciento cuarenta ya que a la señora Maritza Ludeña no la conoce, porque la realización del trabajo de los anillados lo hizo con la señorita Olga Palacios Varona y Fabiola Palacios Varona; que no se considera autor ni responsable de los delitos imputados; versión de los hechos que mantiene en su instructiva de fojas cuatrocientos dieciocho y en juicio oral a fojas seiscientos treinta y cuatro; **QUINTO:** Que, asimismo: i) a fojas veintiséis , obra la manifestación policial de Reinelda Patiño Córdova, glosando que la declaración jurada no fue llenada por ella y la firma que aparece tampoco le pertenece; que el encausado directamente no le hizo entrega de dinero pero le dio a conocer los gastos que tenía que pagar por ello, pero que no recuerda la cantidad que le ha dado; ii) a fojas veintisiete obra la manifestación policial de Leonor Juárez Flores, indicando haber autorizado y estar de acuerdo que la declaración jurada la haya llenado el encausado por

falta de tiempo de su persona y si recibió la suma de doscientos setenta y ocho nuevos soles por acción de monitoreo y sesenta y dos nuevos soles como participación en el taller; iii) a fojas treinta y dos obra la manifestación policial de Alejandrina Escarate Jiménez, afirmando que la declaración jurada no fue llenada por su persona y la firma que en ella aparece tampoco le corresponde y que el encausado le hizo entrega de la suma aproximada de ciento sesenta y dos a ciento sesenta y cinco nuevos soles; acreditándose con estas versiones que efectivamente hubo entrega de dinero por parte del encausado a los testigos antes mencionados, y que la supuesta conducta delictiva del encausado consistió en rehacer las declaraciones juradas y firmar las mismas debido a la premura del tiempo, toda vez que, como lo refirió en sus manifestaciones citadas anteriormente debía entregar el informe de gastos correspondiente, por tanto el encausado incurrió en una falta administrativa antes que en un delito, más aún si se tiene en cuenta que no actuó dolosamente, lo cual importa un presupuesto configurativo del tipo penal incriminado –peculado–; **SEXTO:** Que, asimismo, es de precisarse que en el caso de autos no se ha determinado el perjuicio económico causado a la entidad agraviada por cuanto no se realizó la pericia contable respectiva que demuestre el monto del cual se apropió el encausado, medio probatorio que resulta de vital importancia en este tipo de delitos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los hechos investigados datan de marzo de dos mil seis, lo que supone una vulneración al plazo razonable, sobre el cual el Tribunal Constitucional ha emitido múltiples sentencias en las que se destaca esta garantía constitucional; es así que en el Expediente Nº 3509-2009-PHC/TC señaló lo siguiente: "19. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14, inciso 3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas"; y en el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo cincuenta y cinco de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria

de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (...)" y " 39. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente (...)"; **SÉTIMO:** Que, en ese sentido tenemos también que el fin del Derecho Procesal Penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, o archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal situación que no se da en el presente caso; **OCTAVO:** Que, aunado a lo antes mencionado, es pertinente señalar que quien tiene la carga de la prueba en el proceso penal es el acusador –Fiscal–, ya que aquel al que se le imputa la comisión del delito goza del principio constitucional de presunción de inocencia; y la carga de la prueba asignada al fiscal debe estar íntimamente relacionada con el interés que este representa en el desarrollo de la investigación, siendo este interés, el interés público en que se sancione el delito, y si su acusación no resulta probada, ese interés no se ve satisfecho, por ello, debe desplegar y agotar todas aquellas diligencias y recabar las pruebas que le permita probar la existencia del hecho y la responsabilidad del agente para que dicho interés quede plenamente satisfecho; lo que no ha ocurrido en el caso de autos, toda vez que, en el caso de autos no obra medio probatorio idóneo que acredite la responsabilidad penal del encausado. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del dieciocho de mayo de dos mil once, obrante a fojas seiscientos cuarenta y cinco, que condenó a Carlos Rafael Reyes Meza como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su

ejecución por el plazo de un año, inhabilitación por el plazo de un año y fijó en mil quinientos nuevos soles el monto de la reparación civil a favor del Ministerio de Educación; **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes generados como consecuencia del presente proceso y archivaron definitivamente los de la materia; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

031 Peculado: Ejecución de obra defectuosa no constituye delito

Cualquier cuestionamiento sobre la calidad de la obra no puede constituir delito de peculado, cuya naturaleza importa necesariamente una apropiación, y no así, una mala ejecución de la obra.

Recurso de Nulidad Nº 1994-2011-CAJAMARCA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 13 de junio de 2012

VISTOS:

Los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y por el representante de la Procuraduría Pública del Mimdes-Foncodes, contra la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, de fojas mil setecientos cincuenta y ocho, que absolvió a Alfredo Jave Calderón, Marco Antonio Gálvez Villegas y Abel García Valdez de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y malversación de fondos, en agravio del Estado - Foncodes; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tinco; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, los recurrentes en sus escritos de fundamentación de agravios de fojas mil setecientos setenta y dos y mil setecientos ochenta y cuatro, alegan coincidentemente, que se ha demostrado suficientemente que no se presentó la liquidación de la obra, como dejó constancia el Jefe del Equipo Zonal del Fondo de Cooperación y Desarrollo Social, resolviéndose el convenio por ello; además, que se había dado un fin distinto a los fondos destinados para el proyecto, advirtiéndose una apropiación de una suma aproximada de dieciséis mil setecientos noventa y dos nuevos soles con setenta y cinco céntimos, perjudicándose gravemente a la población en extrema pobreza.

SEGUNDO: Que, de la acusación fiscal de fojas quinientos, se atribuye a los procesados absueltos, Abel García Valdez, en su condición de Presidente del Núcleo Ejecutor, a Marco Antonio Gálvez Villegas, en calidad de Tesorero del referido Núcleo Ejecutor y Alfredo Jave Calderón, en condición de Inspector, de la obra denominada "Construcción del Almacén de Semillas de papas y granos", en el distrito de Tumbadén - San Pablo - Cajamarca, aprobada y ejecutada durante el mes de octubre de mil novecientos noventa y tres, haberse apropiado indebidamente de fondos dinerarios destinados por Foncodes para la construcción de la referida obra conforme concluyó el Informe número cincuenta y nueve - noventa y seis - CCH/Foncodes, por la cual, se dejó constancia de una serie de irregularidades en su ejecución, informándose que se habría causado un perjuicio económico por un monto ascendente a dieciséis mil setecientos noventa y dos nuevos soles con setenta y cinco céntimos.

TERCERO: Que, el Fiscal Superior en su acusación escrita adecuó los hechos en el supuesto típico de peculado, pero también en el artículo trescientos ochenta y nueve, segundo párrafo del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley número veintiséis mil ciento noventa y ocho, vigente en la fecha de los hechos, que sanciona el delito de malversación de fondos destinados a la ayuda social con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; no obstante ello, atendiendo a que según los términos de la acusación se advierte que el Fiscal Superior argumentó "que al dinero se le dio un fin diferente al preestablecido y se procuraron un beneficio propio", por lo que, es necesario precisar que tales conductas típicas, si bien protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se diferencian porque la malversación consiste en dar una aplicación diferente a los bienes públicos, mientras que, el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, siendo una de las características más relevantes, el hecho de que los bienes o caudales del Estado, en el delito de malversación no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de peculado; que por lo demás, dado los términos de la acusación, debe entenderse, en rigor, que el hecho imputado propiamente se subsumía al ilícito de peculado y no al de malversación, donde el marco jurídico protegido está limitado a la racional ejecución del gasto y en la utilización o empleo de los dineros o bienes públicos, sustentado sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, es decir, la disciplina y racionalidad funcional del servicio, constituyendo presupuestos fundamentales para su configuración "la aplicación diferente" del dinero o bien público, que de ninguna manera se observa en los actuados, consecuentemente,

en este extremo la absolución de los procesados Jave Calderón, Gálvez Villegas y García Valdez por este delito, resulta conforme a ley.

CUARTO: Que, en cuando al delito de peculado que también se atribuye a los procesados, cabe precisar, que este ilícito supone no solo la previa administración de los bienes públicos por parte del funcionario o servidor público, cuya posesión que se le confía y lo cual implica funciones activas de manejo y conducción, teniendo implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por los que, sin necesidad de entrar en contacto físico con los bienes puede el funcionario disponer de ellos, en razón a ser el responsable de la unidad administrativa; ahora bien, la apropiación propiamente dicha, se comete cuando el ante hace suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, por ende, en toda apropiación siempre hay por derivación, una negativa tácita o expresa de devolver lo administrado(2).

QUINTO: Que, conforme consta del acta de constatación policial de fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete, de fojas sesenta y dos, elaborada en presencia del representante del Ministerio Público e incluso, del representante del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social Foncodes, en ella se hace mención de la inspección de la construcción de un almacén de papas, la misma que se encuentra en forma de "U" y en donde en su parte frontal, se constata la construcción de una vereda de cemento de cincuenta centímetros de ancho, encontrándose la fachada cubierta de barro tarrajeado y pintado de color celeste y las puertas de color verde agua, techo cubierto de tijerales y tejas de cemento; del mismo modo, se hace una descripción en detalle de los cuatro ambientes existentes en dicho local, aun cuando, también se señala el estado de abandono en que se encuentra y la falta de seguridad del mismo, se consigna en el acta la existencia de una cerradura o chapa en la puerta de ingreso.

SEXTO: Que, lo cierto es que la obra denominada "Construcción del Almacén de Semillas de papas y granos", en el distrito de Tumbadén - San Pablo - Cajamarca, sí se ha ejecutado, y si bien se observaría del acta en comentario

(2) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley, cuarta edición, enero 2007, p. 490.

falencias en la construcción, esto es, posibles inconsistencias con las especificaciones del Expediente Técnico, cualquier cuestionamiento sobre la calidad de la obra no puede constituir delito de peculado, cuya naturaleza importa necesariamente una apropiación y no así, una mala ejecución de la obra, que en todo caso debió ser superada con las propias cláusulas del denominado Convenio Nº 11371-93-Foncodes de fojas cuarenta y tres, así como con el documento calificado como "Anexo número uno", que obra inserto a fojas cuarenta y seis, en cuya disposición nueve punto cero siete, se ordena que de producirse cualquier pérdida en la ejecución de la obra, la misma sería exclusiva responsabilidad del Núcleo Ejecutor; en otros términos, las autoridades de Foncodes debieron recurrir a las vías legales pertinentes para obtener un resarcimiento por el perjuicio irrogado, en este caso, por la mala calidad de la obra.

SÉTIMO: Que, conforme a lo antes acotado es evidente que lo sucedido en realidad es una obra defectuosa que no se ajustó a todos los parámetros establecidos en el Expediente Técnico, que en modo alguno significa que los procesados se hayan apropiado del dinero destinado a la "Construcción del Almacén de Semillas de papas y granos", en el distrito de Tumbadén - San Pablo - Cajamarca.

OCTAVO: Que, cabe agregar, en cuanto a la atribución sostenida contra el procesado Jave Calderón, que del examen de los actuados se ha logrado demostrar que su versión ha sido corroborada con las declaraciones contradictorias de su entonces coprocesado García Valdez, quien durante el juicio oral en audiencia pública cuya acta corre a fojas mil seiscientos sesenta y tres, negó que Jave Calderón haya intervenido en la ejecución de la obra cuestionada, para luego, durante la diligencia de confrontación obrante a fojas mil seiscientos ochenta y cuatro, indicar que sí participó, pero únicamente en dos de tres retiros de dinero; de otro lado, subsiste también a su favor las conclusiones del dictamen pericial de grafotecnia de fojas ochocientos sesenta y cinco, donde se sostiene que la firma que se le atribuye en la addenda del Convenio entre el Núcleo Ejecutor y Foncodes, no le corresponde y no es auténtica; finalmente durante la diligencia de confrontación que dicho procesado absuelto sostuvo con el testigo Gustavo Rafael Villalobos Pajares, cuyas actas corren a fojas mil seiscientos noventa y dos, se colige que este testigo en calidad de funcionario jerárquicamente superior a Jave Calderón, ratificó lo sostenido por este último en su defensa, en el sentido que solo mantuvieron una conversación respecto a

los problemas que le había acarreado la falsificación de su firma, pero no porque esté involucrado en los hechos sub júdice.

NOVENO: Que, por lo demás, debe agregarse que tanto el Ministerio Público como el propio Tribunal Superior, omiten valorar que el Derecho Penal tiene como principio rector, ser fragmentario y de última ratio, lo cual implica, que solo se deben sancionar las conductas que realmente lesionen bienes jurídicos, pues el Derecho Penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde el ataque reviste gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia(3), lo que no ha sucedido en el caso de auto, pues la entrega defectuosa de una prestación, no puede constituir delito de peculado; que siendo así, la absolución dispuesta en cuanto al delito de peculado también resulta conforme a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, de fojas mil setecientos cincuenta y ocho, en el extremo que absolvió a Alfredo Jave Calderón, Marco Antonio Gálvez Villegas y Abel García Valdez de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y malversación de fondos, en agravio del Estado - Foncodes; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

(3) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal-Parte General*. Primera Edición, tercera reimpresión, Editora Jurídica Grijley, Lima, marzo de 2009, p. 92.

032 Peculado: No se configura el delito si los regidores fijaron las dietas a percibir de manera razonable

Como en el momento en que ocurrieron los hechos materia de denuncia estuvo vigente la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nº 23853, ley que establecía los lineamientos sobre los montos referentes a dietas a pagar al alcalde y regidores, ya que no se instituía remuneraciones para la autoridad, dejando solo la salvedad que dichos pagos deberían ser razonables y acordes con la realidad e ingresos que percibía la municipalidad. En tal sentido, los actos realizados bajo la vigencia de la Ley Nº 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, no resultan irregulares, en atención a que los montos de incremento de las dietas que acordaron los procesados elevar durante las dos primeras gestiones municipales se encuentran sustentadas con las actas que constan en autos, siendo los montos razonables de acuerdo a los ingresos que percibía la municipalidad.

Recurso de Nulidad Nº 764-2011-CAJAMARCA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 7 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Parte Civil; con los recaudos que se adjuntan al principal, decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de los folios mil trescientos setenta y dos a mil trescientos ochenta y dos del veintisiete de agosto de dos mil diez, y la sentencia de los folios mil cuatrocientos doce a mil cuatrocientos veintidós del dieciséis de setiembre de dos mil diez, emitidas por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Chota del Distrito Judicial de Cajamarca, que absolvieron a don Pepe Díaz Alcántara, don Celso Terrones Rojas, doña María Olga Díaz de Mondragón, don Ynés Núñez Zamora, don César

Nelson Díaz Uriarte y don Manfredo Hurtado Fernández, así como a don Melanio Armamio Díaz Mego, don José Arcenio Silva Romero y don Wilmer Fernández Zamora, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso en agravio del Estado.

2. *FACTUM*

Se advierte de la acusación fiscal de los folios mil ciento cincuenta y tres a mil ciento cincuenta y nueve que:

Se imputa al procesado don Melanio Armamio Díaz Mego, quien ejerció la administración municipal durante los años mil novecientos noventa y seis a dos mil seis, en su condición de Alcalde del distrito de Ninabamba; siendo el caso que en el periodo dos mil tres-dos mil seis, conjuntamente con sus regidores coacusados don Pepe Díaz Alcántara, don Celso Terrones Rojas, doña María Olga Díaz de Mondragón, don José Arcenio Silva Romero, don Wilmer Fernández Zamora, don Ynés Núñez Zamora, don César Nelson Díaz Uriarte y don Manfredo Hurtado Fernández, acordaron en sesión de Concejo, el pago de sus remuneraciones ascendentes a la suma de tres mil nuevos soles y conforme al Examen Especial realizado por la Contraloría General de la República, se encontró una serie de irregularidades en el aumento de las remuneraciones del Alcalde, ya que en el año dos mil tres, la dieta y remuneración era de mil quinientos nuevos soles y en el año dos mil cuatro, ascendió el monto a tres mil nuevos soles, hecho que constituye una infracción al artículo veintiuno de la Ley Orgánica de Municipalidades, ocasionando de esta manera un perjuicio económico a la Municipalidad de Ninabamba de dieciocho mil doscientos setenta nuevos soles; asimismo dicha autoridad como sus regidores se habrían apropiado de caudales de la municipalidad agraviada, al recibir dietas por sesiones no asistidas; asimismo, los regidores procesados aprobaron dietas incrementadas según acuerdos adoptados fuera del plazo de ley, por un total de ciento setenta y dos mil ochocientos cincuenta nuevos soles.

3. AGRAVIOS

En la fundamentación de sus recursos de nulidad de los folios mil cuatrocientos treinta y siete a mil cuatrocientos cuarenta y dos y de los folios mil cuatrocientos cuarenta y tres a mil cuatrocientos cuarenta y ocho la señora abogada adjunta a la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Chota aduce que:

Se encuentra acreditada la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado, al percibir ilegalmente remuneraciones que no le correspondían, lo que ocasionó perjuicio económico a la Municipalidad de Ninabamba en la suma de dieciocho mil doscientos setenta nuevos soles, dado que se fijaron pagos diferenciales de dietas y por sesiones a las que no asistieron e incremento de dietas acordados fuera del plazo previsto por la ley al Alcalde y Regidores, ocasionando perjuicio económico del orden de sesenta mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con setenta y cinco céntimos.

Los hechos incriminados se acreditan con las declaraciones rendidas por los procesados y demás instrumentales, todas vez que los regidores conjuntamente con el alcalde, aprobaron mediante sesión de dos de enero de dos mil cuatro, el incremento de remuneración del alcalde, no obstante la carencia de presupuesto y de sustento legal que lo ampare.

La ilegalidad del accionar de los procesados se acredita con el Informe de Contraloría, y los precitados en el desempeño de su condición funcional, se apropiaron de caudales pertenecientes a la municipalidad agraviada.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

En el dictamen de los folios veinticinco a treinta –del cuaderno formado en esta instancia suprema–, el señor Fiscal Supremo opina que se declare no haber nulidad en las sentencias recurridas, por no haberse acreditado fehacientemente la materialidad del delito ni la responsabilidad de los procesados.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS TEMPORAL DE LA PROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN

Conforme aparece del acta de lectura de sentencia de los folios mil trescientos ochenta y tres a mil trescientos ochenta y cuatro de veintisiete de agosto de dos mil diez, el señor Fiscal Superior al ser consultado respecto de la sentencia absolutoria, se reservó el derecho de impugnar, y no formuló recurso en el término de ley; en tanto que respecto de la sentencia del diecisiete de setiembre de dos mil diez, cuya acta de lectura se encuentra en los folios mil cuatrocientos veintitrés a mil cuatrocientos veinticuatro, manifestó su conformidad.

En tanto, que la parte civil, representada por la señora abogada adjunta a la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Chota, mediante los escritos de los folios mil cuatrocientos treinta y siete a mil cuatrocientos cuarenta y dos y mil cuatrocientos cuarenta y tres a mil cuatrocientos cuarenta y ocho, de treinta y uno de agosto y diecisiete de setiembre de dos mil diez, respectivamente, interpuso recurso de nulidad, habiéndosele notificado con el auto admisorio el veintiuno de diciembre de dos mil diez y la fundamentó el cuatro de enero de dos mil once, dentro del plazo legal previsto en el artículo trescientos, inciso cinco del Código de Procedimientos Penales –modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve–. En tal sentido, el recurso de nulidad cumple con los requisitos formales para analizar su procedencia.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Como se desprende de lo actuado, conforme a la acusación fiscal de los folios mil ciento cincuenta y tres a mil ciento cincuenta y nueve, se imputa a los procesados, el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal; y estando a lo previsto en los artículos ochenta y ochenta y tres último párrafo del Código Penal, a la fecha, la acción penal se encuentra vigente, consecuentemente esta Sala Suprema está habilitada a emitir pronunciamiento de fondo.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

3.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado; así como el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

3.2. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

3.3. El artículo doscientos ochenta y cuatro del citado Código, establece los presupuestos absolutorios.

3.4. El literal "e" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, consagra la garantía de presunción de inocencia, que como regla probatoria general, exige que la declaratoria de culpabilidad de

una persona sometida al proceso, debe producirse en base a la suficiente actividad probatoria que despeje cualquier duda con relación a su presunta responsabilidad penal, caso contrario procede su absolución.

4. CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

4.1. La prueba forma convicción en el juzgador; y para ello debe tenerse en cuenta que el principio constitucional a la presunción de inocencia, es la primera y principal garantía que el proceso penal otorga al acusado; de ahí que una sentencia condenatoria debe fundarse en suficiente actividad probatoria de cargo revelador tanto del hecho punible como de la responsabilidad del encausado; caso contrario, debe optarse por la absolución del imputado.

4.2. En el caso sub júdice, la discusión planteada en el recurso impugnatorio radica en determinar: a) si los hechos incriminados a los procesados, configuran el ilícito penal imputado, es decir, si puede determinarse que la conducta fáctica atribuida a los procesados se subsume dentro del supuesto normativo establecido en el tipo penal de peculado doloso, y b) si existen suficientes medios probatorios que acrediten la responsabilidad penal de los procesados.

4.3. En el presente caso, en torno a la imputación contra los procesados don Melanio Armamio Díaz Mego, don Pepe Díaz Alcántara, don Celso Terrones Rojas, doña María Olga Díaz de Mondragón, don José Arcenio Silva Romero, don Wilmer Elar Fernández Zamora, don Ynés Núñez Zamora, don César Nelson Díaz Uriarte y don Manfredo Hurtado Fernández, respecto al aumento de remuneraciones y dietas incrementadas, es de verse que en sesiones ordinarias de Concejo de dieciocho de enero de mil novecientos noventa y seis, uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, doce de enero de mil novecientos noventa y nueve, diez de enero de dos mil, diez de marzo de dos mil uno, tres de enero de dos mil tres, dos de enero de dos mil cuatro; así como sesiones extraordinarias de veinte de enero de mil novecientos noventa y seis, uno de junio de mil novecientos noventa y siete, veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho siete de enero de dos mil dos, mediante acuerdos de concejo decidieron fijar el concepto de pago de dietas para el Alcalde y Regidores, estableciendo también, en sesión ordinaria de dos de enero de dos mil cuatro, el importe de dietas para los regidores de dicho ejercicio; asimismo, en los acuerdos de

sesiones del veinte de enero de mil novecientos noventa y seis y veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho se produjo un incremento de la dieta por segunda vez en lo que respecta a dichos años, conforme se aprecia de los documentos de los folios doscientos setenta y ocho a trescientos.

4.4. Cabe mencionar que durante el periodo de las dos primeras gestiones hasta el veintisiete de marzo de dos mil tres, estuvo vigente la Ley Orgánica de Municipalidades número veintitrés mil ochocientos cincuenta y tres y posteriormente el veintiocho de mayo de dos mil tres, entró en vigencia la ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos; y de acuerdo a ella, los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

4.5. La ley veintitrés mil ochocientos cincuenta y tres no establecía los lineamientos sobre los montos referentes a dietas a pagar al alcalde y regidores, ya que no se instituía remuneraciones para la autoridad, dejando solo la salvedad que dichos pagos deberían ser razonables y acorde con la realidad e ingresos que percibía la municipalidad; bajo dicha normatividad, los procesados mediante sesiones ordinarias y extraordinarias de concejo, fijaron los montos de las dietas y su aumento progresivo, así como la frecuencia de las sesiones; en la tercera gestión del procesado don Melanio Armamio Díaz Mego y como regidores don Pepe Díaz Alcántara, don Celso Terrones Rojas, don Manfredo Hurtado Fernández, doña María Olga Díaz de Mondragón y don José Arcenio Silva Romero mediante sesiones ordinaria y extraordinaria en el año dos mil tres decidieron establecer las dietas y remuneraciones del Alcalde, así como el número de sesiones que debía realizarse y en el último año citado se fijó el sueldo que percibiría el Alcalde.

4.6. En ese sentido, efectuando el análisis correspondiente, los actos realizados bajo la vigencia de la ley veintitrés mil ochocientos cincuenta y tres no resultan irregulares, en atención a que los montos de incremento de las dietas que acordaron los procesados elevar durante las dos primeras gestiones municipales se encuentran sustentadas con las actas de los folios doscientos setenta y ocho a doscientos noventa y tres, siendo los montos razonables de acuerdo a los ingresos que percibía la municipalidad

4.7. Con relación a los cargos imputados relativos a haber dispuesto pagos por sesiones a las que no concurrieron, no obra en autos documento u otro elemento probatorio que acredite la inconcurrencia de los procesados a las sesiones; por el contrario se aprecia en los folios trescientos diecinueve a quinientos noventa y tres las planillas de pago de dietas, señalando el total de sesiones a las que han concurrido, el monto de pago, su recibo y los comprobantes de pago, firmados y sellados por los encargados de la parte ejecutiva.

4.8. Estando a lo expuesto, se concluye que la sentencia elevada, se encuentra arreglada a ley, no mediando causa de nulidad del proceso a la decisión impugnada.

DECISIÓN:

Administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de los folios mil trescientos setenta y dos a mil trescientos ochenta y dos del veintisiete de agosto de dos mil diez, y en la sentencia de los folios mil cuatrocientos doce a mil cuatrocientos veintidós de dieciséis de setiembre de dos mil diez, emitidas por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Chota del Distrito Judicial de Cajamarca, que absolvieron a don Pepe Díaz Alcántara, don Celso Terrones Rojas, doña María Olga Díaz de Mondragón, don Ynés Núñez Zamora, don César Nelson Díaz Uriarte y don Manfredo Hurtado Fernández, así como a don Melanio Armamio Díaz Mego, don José Arcenio Silva Romero y don Wilmer Elar Fernández Zamora, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

033 Peculado: No se configura cuando dinero cumple con la finalidad para la cual fue entregado

En cuanto al delito de peculado el facttum de imputación deriva en que el procesado se apropió de la suma entregada por el alcalde, habiendo reconocido aquel haber recibido dicho monto del tesorero de la comuna, el cual fue destinado para gastos de inauguración de la plataforma deportiva de un colegio y la institución educativa agraviada, conforme lo señaló el alcalde en su declaración, quien al ser padrino de la inauguración de la loza deportiva, entregó dicho monto para ese concepto, y no para que ingrese a la institución educativa; habiendo cumplido con dicha finalidad conforme, no existiendo apropiación de dinero del Estado.

Recurso de Nulidad Nº 632-2011-CAJAMARCA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 29 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas setecientos setenta y cuatro, del veintinueve de diciembre de dos mil diez, que absuelve a Guillermo Francisco Roncal Ruiz de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - peculado doloso, y contra la Fe Pública - falsificación de documento y supresión, destrucción, u ocultamiento de documentos, en agravio del Centro Educativo Estatal "Mariscal Ramón Castilla" y el Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el representante del Ministerio Público en su recurso formalizado de fojas setecientos ochenta y nueve, argumenta que el Colegiado Superior no ha tomado en cuenta todos los elementos de prueba que obran en autos, los mismos que acreditan la responsabilidad penal del procesado Guillermo Francisco Roncal Ruiz por los hechos materia de pronunciamiento. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos ochenta y tres, se atribuye a Guillermo Francisco Roncal Ruiz quien en su calidad de Director del Centro Educativo Estatal "Mariscal Ramón Castilla" del caserío de Malcas del distrito de Condemarca, quien tenía la función de administrar los bienes de propiedad de la mencionada institución

educativa y rendir cuenta durante su gestión, acción que no realizó; haberse apoderado del dinero recibido para la compra de registros, actas de subsanación, nóminas y fichas de matrícula; haber sustraído el radiador de un tractor; haberse apoderado de los ingresos generados por la producción de los terrenos de la referida institución educativa, como venta de papas, yucas, arvejas, lentejas, cuyes y leche; haberse apropiado de una cantidad de dinero producto de la expedición de certificados durante los años dos mil tres y dos mil cuatro, y del dinero por el pago de pruebas de recuperación de alumnos aplazados. **TERCERO:** Que, conforme el literal e) del numeral veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, y el numeral dos del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume, y que si contra el procesado hay pruebo incompleta o insuficiente, no es procedente condenarlo, sino absolverlo. En este sentido, se observa que en el presente caso los argumentos esgrimidos por el representante del Ministerio Público son repetitivos de aquellos que ha venido sosteniendo en el proceso, y que fueron debidamente apreciados y desarrollados por los considerandos de la recurrida, sin que para impugnar estos hayan sido debidamente replicados en su respectivo recurso (naturaleza de los medios impugnatorios). **CUARTO:** Que, es menester precisar que en el delito de peculado doloso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos, de los que se apropia o utiliza para sí o para una tercera persona natural o jurídica. Por otro lado, por el principio de la "imputación objetiva" se atribuirá a cada persona solo aquello que deba ser considerado como "su obra", esto es, solo las consecuencias que pertenecen a su conducta –como modificación del mundo exterior– pueden serle imputadas, por consiguiente las consecuencias que se deriven no de esa conducta, sino de la modificación producida en el mundo exterior, no le deben ser atribuidas. **QUINTO:** Que, desde una perspectiva probatoria, el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil siete / CJ guión ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, destaca que la prueba pericial es de carácter compleja, que consta entre otros elementos de operaciones técnicas, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente transcendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el ilícito penal sub examine –peculado– resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si el supuesto típico implica desmedro de los fondos y caudales estatales. **SEXTO:** Que, se encuentra acreditado la relación funcional del encausado Guillermo Francisco Roncal Ruiz con el Centro Educativo Estatal "Mariscal Ramón Castilla", en su condición de Director de la

referida institución educativa, tanto por su propia declaración instructiva, así como el acta de reunión obrante a fojas dos y demás documentos que obran en autos. **SÉTIMO:** Que, con relación al delito de peculado se debe señalar que el *factum* de imputación deriva de haberse apropiado la suma de cuatrocientos nuevos soles entregados al encausado Roncal Ruiz por el alcalde de la Municipalidad distrital de Condebamba, Carlos Urbina Burgos, habiendo reconocido el referido procesado haber recibido dicho monto del tesorero de la mencionada comuna, el cual fue destinado para gastos de inauguración de la plataforma deportiva del colegio "Mariscal Ramón Castilla", y no para dicha institución educativa agraviada, conforme lo ha señalado el alcalde Urbina Burgos en su declaración Plenarial obrante a fojas seiscientos sesenta y seis, quien al ser padrino de la inauguración de la loza deportiva, entregó dicho monto para ese concepto, y no para que ingrese a la institución educativa; habiendo cumplido con dicha finalidad conforme se puede apreciar el informe de gastos obrante a fojas trescientos noventa y tres, n existiendo apropiación de dinero del Estado. **OCTAVO:** Que, con relación al hecho de haber vendido el radiador de un tractor perteneciente a la institución educativa agraviada, se tiene la declaración preliminar de Santos Abercio Niquín Alvarado, quien señala que el radiador se lo dieron en calidad de préstamo –ver fojas ochenta y nueve–, agregando en su declaración plenarial que para dicho prestamo hubo una reunión con la Junta Directiva de la referida institución educativa, por lo que se firmó un documento con el Presidente de la Asociación de Padres de Familia - Apafa, y que el tractor estaba en desuso; versión que se ve corroborada con las constancias obrantes a fojas trescientos noventa y ocho y quinientos veintiocho; asimismo, con relación al cargo de haberse apropiado la suma de ciento cincuenta nuevos soles de la fiesta de cachimbos de los alumnos de la institución educativa agraviada, se debe señalar que dicha fiesta no lo organizaba la referida institución, sino los profesores, alumnos y padres de familia, por lo que los gastos de la citada reunión no son ingresos para el Centro Educativo; tal como se puede apreciar el documento obrante a fojas veintiuno. **NOVENO:** Que, con relación al hecho de no haber rendido cuentas sobre los ingresos por certificados y matrículas de la institución educativa agraviada, se aprecia una constancia emitida por el Director de la citada institución agraviada, donde señala que en sus archivos se hallan los documentos correspondientes a los años escolares de mil novecientos ochenta y siete a dos mil tres –véase fojas seiscientos treinta y ocho–; aunado a ello, se puede verificar el balance económico de recursos de la institución educativa, visado por la Unidad de Gestión Educativa Local de Cajamarca, en donde constan todos los ingresos –ver fojas trescientos sesenta y siete–; por lo que en este extremo no se ha acreditado la materialidad del tipo penal incoado. **DÉCIMO:** Que,

respecto al delito contra la Fe Pública en su modalidad de falsificación de documentos, por el hecho de haber falsificado las firmas de los profesores y haber adulterado notas en las actas consolidadas de evaluación, debemos señalar que en el Decreto Supremo número ochenta y tres guión ED / Reglamento de Educación Secundaria de fecha diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres, establece que una de las funciones que tiene el director es la participación en las evaluaciones en casos específicos, pudiendo firmar en reemplazo de los profesores; asimismo, la Directiva número cero cero tres guión noventa y nueve -CTAR-CAJ-DRE/ADE-C, referida a normas de evaluación secundaria menores, establece que el director mediante decreto regularizará a través de evaluaciones de subsanación la situación académica de los alumnos; es decir, el encausado Roncal Ruiz tenía las facultades de firmar consolidadas de evaluación en reemplazo de los profesores que no se encuentran presentes en dicha institución –para el presente caso los docentes se encontraban de vacaciones–, acción que fue reconocida por el referido procesado. **DÉCIMO PRIMERO:** Que, con relación a la imputación del tipo penal de supresión, destrucción u ocultamiento de documentos tenemos que no se ha demostrado la responsabilidad del encausado Roncal Ruiz, debido a que con fecha veinte de agosto de dos mil diez, el Director de la institución Educativa agraviada emitió una constancia, en donde señala que en sus archivos se hallaban documentos correspondientes a los años escolares de mil novecientos ochenta y siete a dos mil tres –véase fojas seiscientos treinta y ocho–; en consecuencia, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas setecientos setenta y cuatro, del veintinueve de diciembre de dos mil diez, que absuelve a Guillermo Francisco Roncal Ruiz de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - peculado doloso, y contra la Fe Pública - falsificación de documento y supresión, destrucción, u ocultamiento de documentos, en agravio del Centro Educativo Estatal "Mariscal Ramón Castilla" y el Estado; con lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.- Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

034 Peculado: Manejo indebido de los fondos públicos en beneficio patrimonial propio

El administrador que se apropia y utiliza los fondos públicos destinados al pago de planilla, proveedores, entre otros gastos, para sí, al omitir rendir cuenta de ello, comete delito de peculado.

Recurso de Nulidad Nº 547-2011-LORETO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 11 de abril de 2012

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez; 1) el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y el sentenciado Luis Fernando Zelada Dávila contra la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y dos, del dieciocho de junio de dos mil diez, que (i) absolvió a Luis Fernando Zelada Dávila de la acusación fiscal por delito contra la Fe Pública en la modalidad de falsedad ideológica en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Fernando Lores - Tamshiyacu, y lo (ii) condenó como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores - Tamshiyacu, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil; 2) y el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil cuatrocientos noventa, del doce de octubre de dos mil diez, en el extremo que absolvió a José Javier Murrieta Saavedra y Máximo Romero Gonzáles de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, y contra la Fe Pública en la modalidad de falsedad ideológica en agravio de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores - Tamshiyacu; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Identificación y planteamiento del problema. Fundamentos del recurso respecto a la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y dos.-

A. El Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil trescientos ochenta y ocho sostiene lo siguiente:

A.1. En relación al delito de falsedad ideológica no se tomó en cuenta que el procesado Luis Fernando Zelada Dávila insertó en las declaraciones juradas de sustentación de gastos, boletas de venta y facturas que contenían información falsa e inexactas respecto a hechos que debían probarse con tales documentos, originando que se tengan por correctamente sustentado los gastos realizados con el dinero que fuera otorgado por la entidad edil agraviada.

A.2. De otro lado, la pena impuesta al citado encausado por la comisión del delito de peculado resulta excesivamente benigna, toda vez, que en su condición de Administrador de la entidad edil autorizó egresos a su favor por la suma de sesenta y tres mil cuarenta y siete nuevos soles con ochenta y siete céntimos, habiendo omitido rendir cuenta hasta por la suma de siete mil trescientos sesenta y nueve nuevos soles con cuarenta y un céntimos.

B. El sentenciado Luis Fernando Zelada Dávila en su recurso formalizado de fojas mil trescientos noventa y siete expresa lo siguiente:

B.1. No se determinó que se haya apropiado del dinero que le fuera otorgado por la entidad edil, puesto que, cumplió con rendir cuentas a la Contraloría General de la República; asimismo, no habiéndose realizado las observaciones y recomendaciones por el Órgano de Control, y no existiendo peritaje contable que establezca la existencia de irregularidades, no se le puede atribuir responsabilidad penal alguna.

B.2. Los peritos contables Néstor Escobedo Guevara y Tito Fernando Pereira Portugal dejaron establecido que no existió evidencia de perjuicio económico a la entidad edil, conforme se corrobora con el dictamen pericial de grafotécnia de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, en el que se determinó la inexistencia de delito alguno.

SEGUNDO: Fundamentos del recurso respecto a la sentencia de fojas mil cuatrocientos noventa.- El Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil quinientos catorce sostiene lo siguiente:

A. La pericia contable determinó que los fondos otorgados a los procesados José Javier Murrieta Saavedra y Máximo Romero Gonzáles no fueron únicamente por concepto de viáticos, sino que tenían diversos propósitos, los cuales no fueron analizados por el Tribunal Superior para establecer si se cometió o no el delito de peculado.

B. Tampoco se tomó en consideración que las boletas de ventas y facturas que fueron presentadas por los citados encausados para sustentar gastos, contenían información falsa e inexacta respecto a hechos que debían probarse con tales documentos, por lo que, se ha configurado el delito de falsedad ideológica.

TERCERO: Imputaciones contenidas en la acusación. Delimitación de cargos y calificación jurídica.- Según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos trece, los hechos objeto de imputación son los siguientes:

1. El encausado Luis Fernando Zelada Dávila en su condición de ex Administrador de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores-Tamshiyacu se apropió y utilizó fondos públicos entregados para el pago de planilla, proveedores, entre otros gastos, habiendo recibido de la entidad edil la suma sesenta y tres mil cuarenta y siete nuevos soles con ochenta y siete céntimos provenientes del Fondo de Compensación Municipal (Foncomun), pero omitió rendir cuenta por el importe de siete mil trescientos sesenta y nueve nuevos soles con cuarenta y un céntimos.

2. En la sustentación de gastos, el encausado Luis Fernando Zelada Dávila presentó declaraciones juradas adjuntando boletas de venta y facturas que contenían información falsa e inexacta respecto a hechos que debían probarse con tales documentos, es decir, para justificar la utilización de los fondos públicos que había recibido de la entidad edil agraviada.

3. De otro lado, el encausado Máximo Romero Gonzáles en su calidad de ex Jefe de Finanzas de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores-Tamshiyacu, omitió rendir cuenta sobre los fondos públicos que les fueran otorgados por concepto de viáticos, y que según el Informe Pericial de fojas mil doscientos cincuenta asciende a la suma de ciento ochenta nuevos soles.

4. Asimismo, el encausado José Javier Murrieta Saavedra en su condición de ex Administrador de la entidad edil no habría cumplido con rendir cuenta

de la suma de cuatrocientos treinta y siete nuevos soles, conforme aparece de la pericia contable que obra en autos.

5. Estos hechos fueron calificados como delitos de peculado y falsedad ideológica, previstos en los artículos trescientos ochenta y siete y cuatrocientos veintiocho del Código Penal.

CUARTO: Análisis sobre la situación jurídica del procesado Luis Fernando Zelada Dávila. Consideraciones generales sobre la conformidad procesal.- La sentencia recurrida de fojas mil trescientos sesenta y dos, que condenó a Luis Fernando Zelada Dávila, se emitió al amparo de lo dispuesto en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, al haber aceptado el citado encausado ser autor del delito de peculado, dando lugar a una sentencia conformada. En el caso de la conclusión anticipada, se privilegia la aceptación de cargos por parte del imputado –con la conformidad de su abogado defensor– y no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, precisamente porque lo establecido en esta norma acotada tiene como requisito una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria, que no existe en esta modalidad especial de finalización del proceso penal.

QUINTO: La sentencia conformada forma parte del denominado derecho premial –aunque propiamente no se deriva de un negocio procesal, como ocurre en la denominada "conformidad premiada" establecida en el artículo trescientos setenta y dos, inciso dos del Código Procesal Penal– en la medida que la aceptación conciente, libre e informada del imputado genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a controvertir los hechos objeto de acusación, precisamente porque la aceptación de cargos importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público.

SEXTO: Es por ello que, únicamente será recurrible la sentencia conformada cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el encausado pueda impugnar por razones de fondo su aceptación libremente prestada, por las razones siguientes: en primer lugar, quien ha prestado aceptación conciente, libre e informada no puede cuestionar y recurrir el pronunciamiento emitido con su expresa conformidad, pues esta institución procesal se rige por la teoría de los actos propios y el principio de irretractabilidad, al producir vinculación absoluta respecto a los hechos. En segundo lugar, por razones de seguridad jurídica resultan inadmisibles las alegaciones de

inocencia, pues de lo contrario, quedaría sin sentido la institución de la conformidad, si se pudiera recurrir lo previamente aceptado, salvo, claro está, cuando el fallo se hubiese dictado con fundamento en pruebas ilícitas o con afectación al debido proceso, sea porque se advierta una indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del tipo penal, formas de participación o del principio de culpabilidad, o por transgresión de los principios de antijuridicidad material y de lesividad, cuando se evidencia ausencia de responsabilidad penal por la presencia de alguna de las causales de exención o atenuación previstas en el artículo veinte del Código Penal; empero, no tienen cabida cuestionamientos relacionados a la omisión de pruebas, ni por afectación del principio de contradicción, precisamente porque la sentencia conformada implica una renuncia a estos principios.

SÉTIMO: Siendo esto así, el procesado Luis Fernando Zelada Dávila no tiene legitimidad para apelar la sentencia condenatoria, toda vez que no se aporta dato alguno en el que se pueda fundar una posible indebida influencia sobre su persona, capaz de afectar su voluntad o limitarlo en su capacidad de decisión de someterse libremente a la conclusión anticipada, conforme aparece de la audiencia de fojas mil trescientos cincuenta y siete; por lo que, no existe motivo fundado para deslegitimar dicho acto de conformidad; en consecuencia, la pena concreta impuesta –tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años– es proporcional con el juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, teniendo en cuenta que el citado procesado se acogió a la conclusión anticipada y es confeso, así como es agente primario.

OCTAVO: De otro lado, en la sentencia recurrida se dejó establecido que los documentos objeto del delito se tratan de boletas de venta, declaraciones juradas y facturas, los cuales no tienen la calidad de instrumentos públicos, por no encontrarse dentro de los alcances del artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso; por lo que, se advierte la ausencia de uno de los elementos objetivos esenciales del tipo penal imputado, resultando irrelevante analizar si se cumple con los otros elementos del tipo; en consecuencia, la conducta del procesado Luis Fernando Zelada Dávila resulta atípica por no cumplirse uno de los elementos que exige el tipo penal de falsedad ideológica.

NOVENO: A partir de los elementos normativos descritos en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal, se aprecia que el delito de falsedad

ideológica se configura cuando el agente inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad. Pero esta verdad, y la realidad histórica que debe contener el documento público, deber ser íntegra, en razón a la aptitud probatoria que el medio adquiere y con la cual ingresa al tráfico jurídico.

DÉCIMO: La falsedad ideológica como su mismo nombre lo indica, se configura cuando en el documento público se hacen declaraciones contrarias a la verdad. El documento en su origen y aspecto formal es verdadero pero en su contenido material existe falsedad, porque las declaraciones acerca de hechos que deban probarse con el documento, son falsas. La falsedad se considera ideológica porque el documento público es verdadero en sus condiciones de existencia y autenticidad, pero las afirmaciones contenidas en el mismo son falsas. Se trata, por tanto, de la inserción de declaraciones falsas en documento público con apariencia de verosimilitud.

DÉCIMO PRIMERO: A partir de los elementos normativos que estructuran el delito de falsedad ideológica, para su configuración se requiere, en principio, que se trate de un documento público, requisito que, para el caso concreto no se entiende cumplido, toda vez que las declaraciones juradas, boletas de venta y facturas no tienen aquella calidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal Civil, precisamente porque la necesidad social de preservar la fe pública impone a la administración el deber de corresponder a estas expectativas de autenticidad e integridad en el cumplimiento de la función pública, en cuanto ha sido esta la forma convenida y legalmente consagrada para demostrar las situaciones concretas de derecho que surjan en las relaciones humanas.

DÉCIMO SEGUNDO: Las presunciones de que gozan los documentos públicos se ven modificadas mediante la representación falsa de la verdad, se traiciona la confianza depositada en la seguridad que el documento debe brindar, se afecta la capacidad demostrativa que el medio auténtico debiera tener, resultando menoscabados los derechos que el mismo estaría llamado a garantizar y se altera el desenvolvimiento de las relaciones sociales; por ello, es que se exige que el documento tenga la calidad de público, empero, las declaraciones juradas, boletas de venta y facturas no tienen esta calidad, al no intervenir en dichos documentos un funcionario público.

DÉCIMO TERCERO: Análisis sobre la situación jurídica de los procesados José Javier Murrieta Saavedra y Máximo Romero Gonzáles.- Los encausados José Javier Murrieta Saavedra y Máximo Romero Gonzáles en sus declaraciones de fojas mil cuatrocientos veinte y mil cuatrocientos siete señalaron que cumplieron con rendir cuenta sobre los montos que les fueron entregados por la entidad edil agraviada, lo cual se corrobora con el Informe Pericial de fojas mil doscientos cincuenta, en el que se dejó establecido que el encausado Máximo Romero Gonzáles no rindió cuenta por un importe de ciento ochenta nuevos soles, mientras que el encausado José Murrieta Saavedra no rindió cuenta por el importe de cuatrocientos treinta y siete nuevos soles con sesenta y seis céntimos, pero no se evidenció apropiación de fondos públicos; incluso con el depósito en cuenta corriente de fojas mil cuatrocientos sesenta y ocho, se acredita que el primero cumplió con reintegrar el dinero faltante; asimismo, el dictamen pericial de grafotecnia de fojas ochocientos cuarenta y tres se concluyó que los documentos presentados por los citados encausados son reproducciones en fotocopia, sin adiciones, adulteraciones ni obliteraciones, que alteren el sentido de su contenido, provenientes de sus originales; por lo que, su absolución se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y dos, del dieciocho de junio de dos mil diez, que (i) absolvió a Luis Fernando Zelada Dávila de la acusación fiscal por delito contra la Fe Pública en la modalidad de falsedad ideológica en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Fernando Lores - Tamshiyacu, y (ii) lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores-Tamshiyacu, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso.

II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cuatrocientos noventa, del doce de octubre de dos mil diez, en el extremo que absolvió a José Javier Murrieta Saavedra y Máximo Romero Gonzáles de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Pública en la

modalidad de peculado, y contra la Fe Pública en la modalidad de falsedad ideológica en agravio de la Municipalidad Distrital de Fernando Lores-Tamshiyacu; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. Intervine el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

035 Peculado culposo: Conducta negligente, sustracción del caudal o efectos y vinculación funcional

Se absuelve de los cargos imputados al funcionario (o servidor) procesado, toda vez que no era el único que detentaba los bienes faltantes, que posteriormente repuso para evitar detrimento en el caudal del Estado, sumado a su diligente actuar al comunicar lo acontecido a diversos funcionarios de la Región Apurímac, lo que no resulta congruente con aquel que se encuentra incurso en la perpetración del delito de peculado culposo, que se configura cuando el agente no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones al caudal o efectos del Estado, a los que está obligado por la vinculación funcional acreditada.

Recurso de Nulidad Nº 944-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 12 de abril de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Rómulo Quinto Tello contra la sentencia de fojas trescientos noventa y siete, de fecha veinticuatro de enero de dos mil once; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que, el sentenciado Rómulo Quinto Tello fundamenta su recurso impugnatorio a fojas cuatrocientos diez, señalando que si bien es cierto existe un deber sobre el cuidado de los bienes del Estado, ello no fue de su exclusiva responsabilidad, sino del conjunto de trabajadores del área de almacén de la Región Apurímac y que luego de sucedido los hechos, la sustracción de dos cámaras fotográficas de los compartimientos del almacén regional de Apurímac, comunicó al Procurador Público de la citada región, a la Dirección de Asesoría Jurídica y al Control Interno de la Región Apurímac, quienes le coactaron a reponer de inmediato las dos cámaras fotográficas, con la amenaza de abrirle proceso disciplinario administrativo; que las confesiones de algunos trabajadores del servicio del almacén solo se han prestado ante los efectivos policiales, pero no se presentaron al despacho judicial; que como todo jefe del aparato estatal asume funciones, implementaciones, actualizaciones

y eventos culturales programados o indicados por los funcionarios de grado superior y no se puede cerrar el almacén, tiene que asistir otro servidor de jerarquía inferior que asuma responsabilidad, como los servidores Timoteo Hermoza Críales, Doroteo Daniel Chipa, María Carrera Quintanilla, Gabino Mina Chipana a los que también les alcanza responsabilidad; finalmente, al haber repuesto las dos cámaras fotográficas no se ha afectado el interés patrimonial del Estado. **SEGUNDO:** Que, la pretensión punitiva del representante del Ministerio Público detalla que el seis de marzo de dos mil ocho se internaron en el almacén central del Gobierno Regional de Apurímac tres cámaras fotográficas de doce pixeles, valorizadas cada una en mil seiscientos ocho nuevos soles, de las que se sustrajeron dos, el once de febrero de dos mil nueve, teniendo la custodia y administración de los bienes de la entidad agraviada el procesado Rómulo Quinto Tello en dicha oportunidad, por ser Jefe de Almacén Central del Gobierno Regional de Apurímac, ocurriendo ello porque el acusado permitió, a título de culpa, la sustracción de dos cámaras, al no llevar un adecuado control patrimonial de los bienes que tenía bajo su custodia, quien acordó con sus compañeros de trabajo reponer estas cámaras, lo que comunicaron a la Administradora y Jefe de Logística. **TERCERO:** Que, el delito de Peculado Culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, se configura cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, por culpa, negligencia o infracción a su deber objetivo de cuidado, da ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; así, debe verificarse la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos. **CUARTO:** Que, se entiende por "custodia", a la forma típica de posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público de los caudales y efectos públicos; mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia –deber de garante– en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. Su infracción pone en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la administración pública; por tanto, habrá culpa en el activo, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, es decir, cuando viola su deber objetivo de cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. **QUINTO:** Que, conforme al recuento de autos, la responsabilidad a título de autor del procesado en

el delito de Peculado Culposo no se encuentra acreditada, pues fue a raíz de una disposición superior que se procedió a realizar un inventario de los bienes existentes en el almacén en febrero de dos mil nueve, siendo que el once del citado mes y año el practicante Jaime Chipana le manifestó que verificado en el almacén las dos cámaras no se encontraban en los andamios; siendo esto así, en cumplimiento de sus funciones como Jefe del Almacén Central del Gobierno Regional de Apurímac, comunicó este hecho a la Administradora de la citada entidad –Mercedes Valverde Tapia– y al Jefe de Abastecimientos –Carlos Salas–, disponiendo que el personal a su cargo efectúe la búsqueda y al no encontrarse los bienes, fue a consultar a la Oficina de Control Interno y a la de Asesoría Legal, quienes le manifestaron que interponga la denuncia, mientras que otros funcionarios le sugirieron que debía reponer estas dos cámaras, optando por esto último, siendo entregados a la Administradora del Gobierno Regional el veintiuno de abril de dos mil nueve. **SEXTO:** Que, siendo esto así, ni la entidad agraviada ni el representante del Ministerio Público procedieron a ahondar las investigaciones, pues se limitaron a atribuir la responsabilidad al procesado Rómulo Quinto Tello, atendiendo únicamente a que era titular del Almacén Central del Gobierno Regional de Apurímac y que procedió a la devolución de los bienes sustraídos, elementos de juicio que son insuficientes para atribuirle la comisión del delito imputado, más aún si está acreditado que no era la única persona que detentaba las llaves, pues debido a la necesidad de servicio, la misma era de uso del personal del almacén; sumado a ello, se tiene la conducta demostrada una vez tomado conocimiento de los bienes faltantes, pues el encausado procedió a comunicar a diversos funcionarios de la Región Apurímac el hecho acontecido, lo que es un accionar que no resulta congruente con aquel que se encuentra incurso en la perpetración de un delito, corroborándose su inocencia cuando a pesar de no existir orden administrativa y/o judicial que le ordenara la devolución de las cámaras fotográficas, procedió hacerlo sin perjuicio de su exiguo peculio –fojas doscientos ochenta y nueve a doscientos noventa y uno–, estableciéndose que el detrimento patrimonial al Estado en mérito a dicho acto resulta inexistente. En tal sentido, no existen motivos que justifiquen la emisión de una sentencia condenatoria en contra del procesado, por lo que la recurrida no se encuentra conforme a Ley, debiéndosele absolver de los cargos imputados. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos noventa y siete, de fecha veinticuatro de enero de dos mil once, que condena a Rómulo Quinto Tello por la comisión del delito contra la Administración Pública - delitos cometidos por funcionarios

públicos en la modalidad de peculado - subtipo peculado culposo, en agravio del Gobierno Regional de Apurímac, a un año de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el mismo término, inhabilitación por un año, fijando en trescientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado; reformándola: **ABSOLVIERON** a Rómulo Quinto Tello de la acusación fiscal por el delito y agraviado antes mencionado; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes originados por motivo de la presente causa y el **ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO** del proceso; con lo demás que contiene, y los devolvieron; interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

036 Peculado: No constituye un delito de función si el agente activo es un policía

Los delitos de corrupción de funcionarios y peculado que se le imputan en el presente proceso penal al encausado Sub Oficial Técnico de Primera de la Policía Nacional del Perú, no constituyen delitos de función, pues no protegen un bien institucional propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución Política del Estado ha establecido un encargo específico a su favor; en consecuencia, el fuero militar no puede ser competente para su juzgamiento, sino la legislación civil ordinaria.

Recurso de Nulidad Nº 3866-2009-LA LIBERTAD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 12 de agosto de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de la Libertad contra la sentencia de fecha siete de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas novecientos setenta y tres; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; con lo expuesto en el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal, y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la recurrente al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas novecientos ochenta y uno, alega que la sentencia recurrida que declaró fundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Luis Alberto Hernández Dávalos, en la instrucción que se le sigue por los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de corrupción de funcionarios y peculado, en agravio del Estado, se sustenta en que el referido encausado fue juzgado en el fuero militar por los mismos hechos que son materia de investigación en la presente causa penal, en donde fue absuelto del delito contra el deber y dignidad de la función, y condenado como autor del delito de desobediencia, con la agravante del delito contra la Fe Pública; sin embargo, no se ha tenido en cuenta, que la excepción de cosa juzgada procede únicamente cuando se ha emitido una resolución judicial que pone fin definitivo al proceso penal, respetándose el fuero civil o militar respectivo, conservando cada uno de ellos su autonomía y particularidad en la tipificación

de las conductas ilícitas, no pudiendo evaluarse en dicho medio técnico de defensa, argumentos de responsabilidad administrativa que se hayan emitido en el fuero militar. **SEGUNDO:** Que, el sustento fáctico de la acusación fiscal obrante a fojas doscientos noventa y siete, consiste en que ante el Juzgado de Paz de Única Denominación del sector Gran Chimú, en el distrito El Porvenir, existe un proceso judicial de obligación de dar suma de dinero, signado con el número cero tres - noventa y nueve, seguido por Ángel Alberto Rodríguez Uceda contra Simón Alvarado Vega, ordenándose dentro del referido proceso, la captura de la motocicleta de placa de rodaje número MD - mil ochocientos ochenta y cuatro, la cual finalmente fue internada en el Depósito de vehículos encargándose de la custodia de dicho lugar al Sub Oficial Técnico de Primera de la Policía Nacional del Perú, Luis Alberto Hernández Dávalos, imputándosele a este funcionario público, el haberle solicitado al encausado Rafael Alcántara Vilca, una suma de dinero por la venta fraudulenta de la referida motocicleta, diciéndole que buscara a "Carlos Rodríguez" a efectos de que le confeccione los documentos falsificados necesarios para sacar la moto del referido depósito de manera ilegal, documentos que le fueron alcanzados en el término de dos días, y previo a recibir el pago de doscientos cincuenta nuevos soles, le entregó la mencionada motocicleta a Alcántara Vilca, no habiendo registrado la salida de dicho vehículo menor del depósito de vehículos. **TERCERO:** En nuestro ordenamiento jurídico, se prevén las formas de extinción de la acción penal, entre ellas la excepción de la cosa juzgada, identificada como "(…) un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material). En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos" (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, editorial Grijley, p. 388); estableciendo el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, que la excepción de Cosa Juzgada procede cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona. Asimismo, debe precisarse que son requisitos esenciales para amparar dicha excepción: i) El límite subjetivo, que hace referencia a la identidad del agente o unidad del sujeto en un proceso precedente y el actual; y, ii) El límite objetivo, referido a que los hechos objeto del proceso penal anterior deben ser los mismos que son base del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que han merecido en ambas causas.

CUARTO: Que, para efectos de mejor resolver lo que es materia de pronunciamiento en el presente caso, resulta necesario mencionar que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el expediente diecisiete - dos mil tres - Al/TC de fecha dieciséis de marzo de dos mil cuatro, precisó lo siguiente: i) Que, el inciso uno del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, establece que la existencia de la jurisdicción militar constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial; ii) Que, la primera parte del artículo ciento setenta y tres de la Constitución del Estado, delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, solo han de ventilarse los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; así, la Carta Magna excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía; iii) La justicia castrense no constituye un "fuero personal" conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un "fuero privativo" centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; en este orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo; iv) Que, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión del un delito de función, la norma suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito; por ende, no basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar, es menester que afecte por su índole a las Fuerzas Armadas como tales; v) El delito de función se define como aquella acción tipificada expresamente en la ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales; tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad; dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. **QUINTO:** Que, la sentencia recurrida tiene como sustento el mérito de las copias certificadas de la sentencia de fecha veintisiete de

marzo de dos mil uno, emitida por el Consejo Superior de Justicia de la Primera Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú - Chiclayo, obrante a fojas doscientos cincuenta y seis, en la cual se advierte que por el mismo sustento fáctico que se investiga en el presente proceso penal, el Sub Oficial Técnico de Primera de la Policía Nacional del Perú en retiro, Luis Alberto Hernández Dávalos es absuelto del delito contra el Deber y Dignidad de la Función (por no haberse probado que haya recibido dinero alguno por la entrega de la motocicleta que se le imputa), y condenado como autor del delito de desobediencia con la agravante del delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsedad (al no haber dado cumplimiento a las directivas relativas al cuidado de las unidades móviles que se encontraban en el Depósito Oficial de Vehículos, y permitir la sustracción de la indicada motocicleta que fuera internada por mandato judicial, empleándose para ello documentos falsificados, para hacer aparecer como si se tratara de una legal liberación del vehículo menor), a sesenta días de prisión efectiva, la cual se encontraba compurgada con el tiempo de carcelería que ostentaba, con lo demás que contiene; decisión jurídica militar que fue confirmada mediante Ejecutoria de Revisión del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha veinticinco de agosto de dos mil tres, obrante en copia certificada a fojas trescientos noventa y uno. **SEXTO:** Que, siendo ello así, y teniéndose en consideración lo anotado en el cuarto considerando de la presente resolución, debe indicarse que los delitos de corrupción de funcionarios y peculado que se le imputan en el presente proceso penal al encausado Sub Oficial Técnico de Primera de la Policía Nacional del Perú, Luis Alberto Hernández Dávalos, no constituyen delitos de función, pues no protegen un bien institucional propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución Política del Estado ha establecido un encargo específico a su favor; en consecuencia el fuero militar no puede ser competente para su juzgamiento, sino la legislación civil ordinaria (criterio asumido en un caso similar por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia número tres mil ochocientos cuarenta y seis - dos mil ocho -PHC/TC, de fecha veintiséis de enero de dos mil nueve). **SÉTIMO:** Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que la sentencia recurrida vulnera los principios de la función jurisdiccional efectiva, previstos en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, es de aplicación al presente caso lo previsto en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; debiéndose realizar un nuevo juicio oral por otro Colegiado Penal Superior, son sujeción a las garantías de un debido proceso previstas en el referido Texto Constitucional y demás normas legales pertinentes. Por estos fundamentos: declararon **NULA**

la sentencia de fecha siete de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas novecientos setenta y tres, que declaró fundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Luis Alberto Hernández Dávalos, en la instrucción que se le sigue por los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de corrupción de funcionarios y peculado, ambos en agravio del Estado, con lo demás que contiene; **MANDARON:** la realización de un nuevo Juicio Oral por parte de otro Colegiado Penal Superior, con sujeción estricta a las garantías de un debido proceso, previstas en la Constitución Política del Estado, y las demás normas legales pertinentes; y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

CAPÍTULO V
MALVERSACIÓN DE FONDOS

El delito de malversación de fondos está tipificado en el artículo 389 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley Nº 27151 de fecha 07/07/1999:

> ***Artículo 389.-*** *El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*
>
> *Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.*

037 Malversación de fondos: Tipicidad

El comportamiento típico del delito de malversación de fondos consiste en la aplicación de modo distinto de las asignaciones de dinero y bienes, así el destino y empleo fijado pueden ser numerosos y variados dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro, por lo que para su configuración basta que se dé al dinero un destino diferente al primigenio.

Recurso de Nulidad Nº 778-2011-APURÍMAC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 27 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Señora Procuradora Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Apurímac (folios quinientos noventa y tres a quinientos noventa y cuatro); con los recaudos que se adjuntan al principal. Interviene en la decisión como ponente el señor Juez Supremo Salas Arenas.

1. OBJETO DE LA ALZADA

La sentencia del veinticuatro de setiembre de dos mil diez, emitida por la Sala Penal Transitoria de Abancay (folios quinientos sesenta y tres a quinientos setenta y uno), en el extremo que absolvió a don Huber Cuaresma Espinoza como coautor del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital San Pedro de Cachora.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

La recurrente solicita se declare nula la sentencia de absolución, en base a que:

2.1. Refiere que no se consideraron los reconocimientos efectuados por los procesos, respecto de haber realizado pagos con afectación a cuentas que estaban destinadas a programas sociales, pese a que la

contadora externa de la Municipalidad agraviada, doña Eva Campos Mendoza, manifestó que actuaron conforme a Ley.

2.2. El Colegiado Superior omitió solicitar la información necesaria a la Municipalidad agraviada a fin de anexar al proceso documentación sustentatoria del origen de los gastos realizados, lo cual deslindaría la responsabilidad de los procesados.

3. SÍNTESIS DEL *FACTUM*

3.1. De acuerdo a la acusación fiscal (folios cuatrocientos treinta y ocho a cuatrocientos cuarenta y tres), se imputó a don Huber Cuaresma Espinoza, la comisión del delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora, dado que el seis de noviembre de dos mil siete, efectuó el pago de las remuneraciones de los servidores nombrados y contratados, dietas a los regidores, honorarios de los asesores jurídicos y contables y de sí mismo; aun cuando al día quince de octubre del mismo año la Municipalidad agraviada, no contaba con fondos, en sus cuentas corrientes transferidos por el Ministerio de Economía y Finanzas.

3.2. Por ello, para la realización de los pagos antes mencionados se retiró fondos del Banco de la Nación, de la cuenta correspondiente al canon minero, regalías, al programa Mimdes para proyectos sociales y al programa de vaso de leche, afectando dichos presupuestos que tenían un destino distinto, esto es, para culminar obras inconclusas de la gestión anterior.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Es de la opinión que se declare haber nulidad en el extremo de la sentencia impugnado que absolvió a don Huber Cuaresma Espinoza, por cuanto se aprecia que la pericia contable conforme los folios trescientos ochenta y siguientes resulta incompleta e insuficiente, dado que no se ha recabado la documentación necesaria a fin de confrontarse y pueda valorarse asertiva y sistemáticamente los informes, comprobantes de pago, extractos bancarios de la Municipalidad, los registros del Sistema Integral de Administración Financiera (SIAF) respecto a las operaciones realizadas, el libro de Banco, entre otros; por lo que

considera necesaria la realización de nuevo juicio oral, y el informe pericial respectivo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA TEMPORAL DE LA IMPUGNACIÓN

La señora Procuradora Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Apurímac, interpuso recurso de nulidad contra la sentencia de veinticuatro de setiembre de dos mil diez, dentro del plazo previsto en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales y lo fundamentó el seis de diciembre de dos mil diez a razón de la huelga de los trabajadores del Poder Judicial; por lo que al cumplir con los requisitos temporales para su procedencia, debe evaluarse el fondo del recurso.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal por el delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta nueve del Código Penal, y estando a los plazos de prescripción previstos en el artículo ochenta, y último párrafo del artículo ochenta y tres del Código Penal, a la fecha, la acción penal se encuentra vigente, por lo que esta Sala Suprema está habilitada para emitir pronunciamiento de fondo.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

3.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado; así como el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

3.2. El inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal de oficio o petición de parte.

3.3. El artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba.

3.4. El artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal sanciona como delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.

3.5. El segundo párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales establece que el Tribunal Supremo, en caso de sentencia absolutoria, sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral.

3.6. El artículo cuarenta y siete de la Ley N° 27783, de diecisiete de julio de dos mil dos, Ley de Bases para la Descentralización, señala que a partir del dos mil tres los recursos de Foncomun serán utilizados para los fines destinados por el Concejo Municipal conforme a sus necesidades reales.

CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO

4.1. El comportamiento típico del delito de malversación de fondos consiste en la aplicación de modo distinto de las asignaciones de dinero y bienes, así el destino y empleo fijado pueden ser numerosas y variadas dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro, por lo que para su configuración basta que se dé al dinero un destino diferente al primigenio.

4.2. El Tribunal Superior absolvió a los encausados don Huber Cuaresma Espinoza (alcalde) y a don Aparicio Miguel Vera Aguirre (tesorero) aduciendo que no se acreditó la comisión del delito, que solo se sustenta en la denuncia del ex alcalde don Félix Walter Valer Ayquipa, que los pagos se encuentran contemplados en la Ley de Bases de la Descentralización –Ley Nº 27783–; agrega que la pericia contable de folios trescientos ochenta a trescientos ochenta y tres no estaba actualizada a las normas vigentes, y que los pagos cuestionados fueron efectuados conforme al procedimiento del Sistema Integral de Administración Financiera-SIAF, el cual es un registro único del uso de recursos públicos, utilizado como herramienta para la mejora de la administración de finanzas públicas, la cual, incluso, permite modificaciones al presupuesto.

4.3. De la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia recurrida en los extremos impugnados no se encuentra arreglada a ley, pues el razonamiento

empleado por el Colegiado Superior para absolver al encausado no resulta adecuado, puesto que existe una deficiente actividad probatoria, toda vez que no se logró determinar fehacientemente si los pagos referidos en la acusación fiscal de los meses de octubre a diciembre de dos mil siete (planillas, dietas, entre otros), se efectuaron con fondos correspondientes al canon y sobre canon, los cuales se encuentran destinados a proyectos de inversión pública.

4.4. El encausado, don Huber Cuaresma Espinoza, manifestó que los pagos dispuestos en dicha fecha se realizaron conforme al Sistema Integral de Administración Financiera, por lo que el dinero que fue objeto de pagos, proviene de Foncomun y no del Canon; en este sentido también lo manifestaron en sus respectivas declaraciones, la contadora externa de la Municipalidad agraviada, doña Eva Campos Mendoza y su coprocesado don Aparicio Miguel Vera Aguirre. Sin embargo, no figura en el expediente los registros de tales operaciones con los que se verificaría tales aseveraciones.

4.5. Siguiendo lo trazado, es de notar que la pericia contable (folios trescientos ochenta a trescientos ochenta y tres) se elaboró solo en base a extractos bancarios, sin información contable suficiente que pueda ser valorada y mantenga los costos de imparcialidad en el proceso y certeza, a fin de probar la real responsabilidad de los procesados, habiéndose de esta manera incurrido en error. Por lo que esta Suprema Instancia considera que debe realizarse nueva pericia contable en la que se deberán analizar: (i) los documentos de los folios setecientos treinta a setecientos treinta y dos y setecientos treinta y siete (Libro Banco del mes de octubre, noviembre y diciembre de dos mil siete) que detalló los pagos efectuados desde la cuenta corriente FCM Nº 181-024712, que señala como fuente de financiamiento "Canon y sobrecanon y regalías"; (ii) los documentos de folios treinta y ocho a cincuenta (comprobantes de pago), que detalla la cancelación de la planilla de dietas y remuneraciones de personal, desde la cuenta corriente Nº 081-001747 Foncomun; (iii) copia de los extractos bancarios de las cuentas corrientes de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora de folios noventa y uno a ciento trece, y (iv) los Registros SIAF de las operaciones cuestionadas que han de ser solicitados y recabados oportunamente para ser cotejados con los documentos antes citados.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre del Pueblo, de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

Declarar **NULA** la sentencia de veinticuatro de setiembre de dos mil diez, emitida por la Sala Penal Transitoria de Abancay (folios quinientos sesenta y tres a quinientos setenta y uno), en el extremo que absolvió a don Huber Cuaresma Espinoza como coautor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital San Pedro de Cachora; y **MANDARON** realizar nuevo juicio oral por distinto Colegiado Superior, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por encontrarse en periodo vacacional el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

038 Malversación de fondos: Tipicidad

El delito de malversación de fondos, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; siendo exigible para la configuración de este ilícito, a que los caudales o efectos tengan un destino asignado por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente.

Recurso de Nulidad Nº 2116-2011-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 24 de julio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Ángel Berto Escobedo Castro contra la sentencia del trece de junio de dos mil once, obrante a fojas ochocientos sesenta y cinco; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el encausado Escobedo Castro fundamenta su recurso de nulidad a fojas ochocientos ochenta y seis, alegando que la sentencia incurrió en graves irregularidades y omisiones de trámite; que, no se valoraron medios probatorios incorporados al juicio oral, ni existe medio probatorio alguno que demuestre en forma real y objetiva que se perjudicó la ejecución de obras en la Municipalidad Provincial de Tarma; que no se dio verdadero valor probatorio al Memorándum número 825-GM-MPT-2006 donde el Gerente Municipal en forma clara le ordena realizar la transferencia de la cuenta de Foncomun a la Administración, para cumplir con las obligaciones salariales de pago de remuneraciones de servicios no personales; que su persona no realizó dicha transferencia por iniciativa propia sino en cumplimiento de una orden directa de la máxima autoridad administrativa; que tampoco se analizó en la forma legal el memorándum número 357-GAF-MPT-2006 donde se ordena a la subgerencia de tesorería la recuperación del préstamo que se hizo de la cuenta de Finver para administración; **SEGUNDO:** Que, según acusación fiscal de fojas seiscientos cuarenta y

cuatro, se atribuye al encausado Ángel Berto Escobedo Castro, en su calidad de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Tarma, conjuntamente con su coencausado Luis Antonio Pomachagua Galarza en su condición de Gerente Municipal, durante los meses de noviembre y diciembre de dos mil seis, autorizaron mediante memorandos dirigidos a Tesorería, la transferencia de los recursos del Foncomun-Inversiones, destinados exclusivamente para la ejecución de obras, a la cuenta corriente de recursos directamente recaudados, por la suma de ciento ochenta y seis mil seiscientos ochenta y ocho con noventa nuevos soles, para realizar el pago de remuneraciones del personal contratado por servicios no personales, gastos de pago de dietas a los regidores y otros gastos corrientes, por un total de ciento diecinueve mil seiscientos ochenta y ocho con noventa nuevos soles, afectándose el programa de inversiones en forma definitiva, ya que no se cumplió con la devolución en su totalidad; es decir, a través de los memorandos y otros documentos expedidos por los denunciados se indicaba el importe de las transferencias que se debían de hacer de la cuenta de Foncomun Inversiones (Cuenta Corriente Nº 461-007767) pese a que los denunciados tenían conocimiento que no se podía autoriza habilitaciones para gastos corrientes con cargo a anulaciones presupuestarias, vinculadas a gastos de inversión conforme lo establecía el inciso d) del numeral cuarenta y uno punto uno del artículo cuarenta y uno del Texto Actualizado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuestos –Ley Nº 2841–, que dicho proceder doloso sobre la disposición de la utilización de los fondos por parte de los denunciados conllevó a que al finalizar el ejercicio dos mil seis e inicio dos mil siete, la administración municipal solo efectuará la devolución de la suma de sesenta y siete mil nuevos soles, quedando un saldo de ciento diecinueve mil seiscientos ochenta y ocho nuevos soles que no fueron devueltos, perjudicando la ejecución de las obras de la Municipalidad, que venía realizando por dicho importe; **TERCERO:** Que, el delito de malversación de fondos, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; siendo exigible para la configuración de este ilícito, que los caudales o efectos tengan un destino asignado por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente; **CUARTO:** Que, el presente proceso tiene como sustento el Informe especial número 005-2008-2-0415, Auditoría a los Estados Financieros del periodo uno de enero de dos mil seis al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, elaborado por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad

Provincial de Tarma; el cual determinó que durante los meses de noviembre y diciembre del año dos mil seis, la Administración Municipal efectuó transferencias a manera de préstamo de los recursos de Foncomun-Inversiones, destinados exclusivamente para la ejecución de obras, a la cuenta corriente de recursos directamente recaudados, por la suma de ciento ochenta y seis mil seiscientos ochenta y ocho con noventa nuevos soles, para realizar gastos de pago de dietas, remuneraciones y otros que tienen carácter corriente; **QUINTO:** Que, revisados los autos y analizado el acervo probatorio que compone la presente investigación, se tiene que a fojas quinientos setenta y uno obra la declaración instructiva del encausado Ángel Berto Escobedo Castro, en la cual sostiene que en los meses de enero a diciembre de dos mil seis cumplía las funciones de supervisor de personal, a la sub gerencia de logística a la oficina de personal de tesorería y de contabilidad; que era costumbre de la Municipalidad tomar dinero de la cuenta de Foncomun-Inversiones para los pagos de remuneraciones de personal contratado donde estaban los pagos por servicios no personales así como las dietas de los regidores y ello con cargo a devolverlo; que las órdenes para retirar el dinero de Foncomun-Inversiones vinieron de la Gerencia Municipal firmado por el Gerente Luis Pomachagua Galarza y si más no recuerda había una resolución firmada por el Alca de César Olivos Laos; que no se negó a retirar el dinero de Foncomun-Inversiones porque tenía plena convicción de que era para remuneraciones y no para otro gasto y se iba a devolver dentro del plazo de ley y otro motivo era porque no podía desobedecer una orden superior, ya que corría el riesgo de que le apliquen lo establecido en la Ley número 276 y para resguardar su trabajo; versión que mantiene en forma coherente y uniforme en juicio oral a fojas setecientos treinta y tres; **SEXTO:** Que, a fojas quinientos ochenta y cuatro obra la declaración instructiva del encausado Luis Antonio Pomachagua Galarza –a quien se le ha reservado el proceso– en la cual refirió que su persona sí tuvo participación en la transferencia de los fondos de Foncomun-Inversiones, ya que él mismo generó el memorándum ordenando la transferencia, que se hizo ello frente a la negativa de la población a pagar los impuestos porque se avecinaba el cambio de gobierno y frente al incremento de personal quienes habían logrado su permanencia por haber interpuesto acciones de amparo ante el Poder Judicial, decisión que fue tomada en vías de regularización para el presupuesto del año siguiente; de lo que se colige que el sentenciado Escobedo Castro actuó en cumplimiento de una orden emanada por un superior, lo cual se corrobora con el memorándum Nº 825-GM-MPT-2006 de fecha treinta de noviembre de dos mil seis, obrante a fojas cuarenta, mediante el cual el Gerente Municipal, Luis Pomachagua

Galarza, ordenó al sentenciado efectuar la transferencia a la cuenta corriente Recursos Directamente Recaudados de Administración de la cuenta corriente Foncomun-Finver por la suma de ochenta y nueve mil ciento veintitrés nuevos soles con cuarenta céntimos para el pago de servicios del personal de apoyo y dieta de los regidores; **SÉTIMO:** Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien el sustento de la denuncia fiscal es el Informe Especial número 005-2008-2-0415-, Auditoría a los Estados Financieros del periodo uno de enero de dos mil seis al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, no se realizó la pericia contable respectiva que lo corrobore y que determine el perjuicio económico ocasionado a la Municipalidad agraviada, ya que el Informe Largo –Informe número 003-2009-2-0415–, Auditoría a los Estados Financieros, Periodo uno de enero de dos mil ocho al treinta y uno de diciembre de dos mil ocho realizado por el Órgano de Control Institucional –fojas setecientos sesenta y cuatro–, resulta irrelevante para el caso de autos, por cuanto se refiere a un periodo que no es el investigado, por tanto no es instrumental idóneo para sustentar y corroborar la acusación fiscal; **OCTAVO:** Que, estando a lo expuesto en los considerandos anteriores, se ha llegado a determinar que el encausado Escobedo Castro actuó en su calidad de Gerente de Administración y Finanzas acatando una orden superior del Gerente Municipal Luis Pomachagua Galarza, conforme se aprecia del Memorándum de fojas cuarenta; además, debe tenerse en cuenta también las instrumentales de fojas treinta y nueve y cuarenta y uno mediante los cuales el encausado Escobedo Castro requiere al Sub Gerente de Tesorería la devolución del dinero a la cuenta corriente de Foncomun-Finver, lo cual denota que el encausado no actuó dolosamente ni con afán de apropiarse o perjudicar a la entidad agraviada; **NOVENO:** Que, en atención a ello, tenemos que la imputación objetiva, que desarrolla la teoría del tipo desde un punto de vista normativista, contemplando conceptos que funcionan como filtros, para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica, destaca la figura del rol, como uno de esos filtros, en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido, y por lo tanto, tampoco por un delito, por lo que aplicando dicha teoría al caso de autos, se puede colegir que el encausado Escobedo Castro solo se limitó a realizar su rol de gerente administrativo; sin transgredir límite alguno; por lo que, dicha conducta no puede ser reprochable penalmente; asimismo, de acuerdo a la prohibición de regreso, quien asume con otro un vínculo que de modo esteriotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida, este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento, pues la conducta de la

persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del trece de junio de dos mil once, obrante a fojas ochocientos sesenta y cinco, que condenó a Ángel Berto Escobedo Castro como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por tres años y fijó en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil; **REFORMÁNDOLA**, lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes generados como consecuencia del presente; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

039 Malversación de fondos: Presupuesto

Para sancionar penalmente por malversación de fondos, resulta necesario que se acredite en autos con prueba objetiva la concurrencia de lo siguiente: a) existencia legal de una partida presupuestal; b) aplicación diferente, esto es, destinar indebidamente los fondos públicos asignados a dicha partida; y, c) afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada.

Recurso de Nulidad Nº 134-2011-MOQUEGUA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 21 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de los encausados Manuel Quispe Huacan, Bari Efraín Castillo Álvarez, Moisés Gerardo Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Todco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Herbert Dante Pomo Castillo y Víctor Álvaro Alarcón Todco contra la sentencia de fecha catorce de octubre de dos mil diez, obrante a fojas tres mil seiscientos cincuenta y nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; con lo expuesto en el dictamen del señor iscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la defensa técnica de los encausados recurrentes al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas tres mil seiscientos noventa y cuatro, muestra su disconformidad con el extremo condenatorio de la sentencia recurrida, alegando lo siguiente: i) el sujeto activo en el delito de malversación de fondos es el funcionario o servidor público que administra dinero o bienes, por lo mismo, posee facultades para disponer de ellos para fines oficiales, situación fáctico en la que no se encuentran los encausados recurrentes, debido a que desempeñaron la función de Regidores del municipio agraviado, esto es, no tenían facultades para administrar dinero o bienes de la municipalidad, caso contrario, hubieran incurrido en la comisión del delito de usurpación de funciones que no ha sido materia de investigación; ii) los encausados recurrentes fueron absueltos por el delito de peculado, por tanto, resulta

incongruente que se les haya condenado por el delito de malversación de fondos que se encuentra estrechamente ligado a aquel; iii) la facultad de disposición de los fondos con los que se pagó el incremento de remuneraciones, la tenía el administrador y el Contador del Municipio, ya fallecidos; iv) el extremo de la sentencia cuestionada no se encuentra debidamente motivado, por tanto, vulnera lo establecido en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y v) es importante merituar que los encausados recurrentes hasta en tres oportunidades fueron absueltos del delito de malversación de fondos imputado; de igual forma, si bien es cierto la Ejecutoria Suprema de fecha diez de febrero de dos mil diez dispuso se lleve a cabo un nuevo juicio oral en donde debían comparecer los señores Raúl Uriol Alva y Elena Uriol Alva a efectos de que se ratifiquen y brinden mayores alcances del Informe Especial Legal número ciento tres - dos mil - UA/MPGSC, también lo es, que en dicha resolución no se disponía que se designe a otros peritos para dicho efecto, debido a que no podían ratificarse de un peritaje contable que no habían realizado, por lo que la Sala Penal Superior hizo mal en nombrar otros peritos a efectos de que se ratifiquen en el referido peritaje contable, con lo cual se incurrió en la afectación al debido proceso, garantía constitucional consagrada en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo que acarrea nulidad insubsanable. **SEGUNDO:** Que, conforme al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el pronunciamiento que efectúe esta Suprema Sala, debe estar estrictamente referido al extremo que ha sido materia de impugnación, por tanto, revisado el fundamento del recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia recurrida en el presente caso, se advierte que se circunscribe al extremo condenatorio de los acusados por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado. **TERCERO:** Que, revisado el sustento fáctico de la acusación fiscal en el extremo materia de pronunciamiento, obrante a fojas seiscientos trece, se advierte que la imputación contra los encausados recurrentes está referida en concreto a que en sus condiciones de ex regidores de la Municipalidad Provincial de Sánchez Cerro - Omate en el periodo mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, habrían acordado y aprobado disposiciones a efectos de otorgarse incrementos en las remuneraciones del personal contratado, eventual y

permanente, para lo cual se habría utilizado el gasto destinado a Foncomun, autorizar el pago de gratificaciones en planillas adicionales, para cuyo efecto se habría utilizado la fuente de financiamiento de vigencia de minas, transferido los recursos de gastos de capital a gastos corrientes de la fuente de canon y sobrecanon, asimismo no se encontraron estados de ingresos y egresos relativos al Programa Asistencial del Vaso de Leche, dándose a dicho dinero un uso o destino desconocido. **CUARTO:** Que, el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos imputado en el presente caso a los encausados recurrentes Manuel Quispe Huacán, Bari Efraín Castillo Álvarez, Moisés Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Todco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Helbert Pamo Castillo y Víctor Álvaro Alarcón Todco, según la acusación fiscal de fojas seiscientos trece, se enmarca en el ámbito jurídico del segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, cuya descripción típica prevé la punición de "El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada (...)", con la agravante referida a "Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada (...); siendo el objeto de dicha tutela penal, preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. Al respecto, debe precisarse, que para sancionar penalmente dicha conducta ilícita (condena), resulta necesario que se acredite en autos con prueba objetiva, la concurrencia de lo siguiente: a) existencia legal de una partida presupuestal; b) aplicación diferente, esto es, destinar indebidamente los fondos públicos asignados a dicha partida; y, c) afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada. **QUINTO:** Que, revisados los autos se advierte que el relato fáctico de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos, omite precisar con claridad y en cada caso en concreto, los presupuestos legales concurrentes anotados en el considerando anterior, esto es, la existencia legal de una partida presupuestal, el destino indebido que se le habría dado a los fondos públicos asignados a determinada partida presupuestal y cuál habría sido la afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada; por tanto, atendiendo a las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional que establecen: i) la exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita sino

precisa, clara y expresa, es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se atribuyen y del material probatorio en que se fundamentan; así como que la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados (sentencia del catorce de noviembre de dos mil cinco recaído en el Expediente número ocho mil ciento veinticinco - dos mil cinco - PHC/TC - caso: Jefrey Immelt); y, ii) es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, con lo cual se respeta el principio acusatorio y el derecho de defensa, al tener el denunciado la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas atribuidas (sentencia del seis de agosto de dos mil cinco recaído en el Expediente número tres mil trescientos noventa - dos mil cinco - PHC/TC - caso: Jacinto Margarita Toledo Manrique); así como lo establecido en los Acuerdos Plenarios número cuatro, y - seis - dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, ambos de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, emitidos por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las partes pertinentes referidos a la Congruencia de la acusación fiscal y al Control de la acusación fiscal, respectivamente, que establecen que "La acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado (...) con mención fundamentada del resultado de las investigaciones (...)" y que "La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativos de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (...)"; es que en el presente caso, debería declararse nulo el auto de enjuiciamiento e insubsistente la acusación fiscal respecto a la imputación por el delito de malversación de fondos. **SEXTO:** Que, sin embargo, debe indicarse, que carece de objeto declarar nulo el extremo de la sentencia recurrida, por cuanto, teniéndose en cuenta que en la acusación fiscal se precisa que el hecho imputado denunciado de malversación de fondos se habría cometido en el periodo de mil novecientos noventa y ocho a mil novecientos noventa y nueve, a la fecha habría transcurrido en exceso el plazo de prescripción extraordinario,

previsto en el artículo ochenta y tres del Código Penal (doce años para el presente caso, debido a que la modalidad imputada en la acusación fiscal –segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal– se encuentra sancionada con una pena no menor de tres ni mayor de ocho años); sin perjuicio de indicar, que no resulta aplicable al presente caso la dúplica del plazo de prescripción establecida en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, por cuanto, para que opere dicha figura procesal, además de la condición de servidor o funcionario público que debe tener el agente en el delito imputado, se requiere que sea cometido contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, lo que no se presenta en el caso materia de análisis, por cuanto, no se le imputa a los encausados haberse apropiado de fondos o caudales provenientes del Tesoro público, sino habérsele dado a una partida presupuestal una aplicación diferente o indebida para la que estaba destinada; más aún, si la doctrina establece respecto al delito de malversación de fondos, que el objeto de su tutela penal, es solo preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha catorce de octubre de dos mil diez, obrante a fojas tres mil seiscientos cincuenta y nueve, en el extremo que condenó a los encausado Manuel Quispe Huacán, Bari Efraín Castillo Álvarez, Moisés Gerardo Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Toco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Herbert Dante Pomo Castillo y Víctor Álvaro Alarcón Todco, como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado –representado por la Municipalidad Provincial de Sánchez Cerro Omate–, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el término de dos años, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en doce mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado; con lo demás que contiene; y reformándola: de oficio **DECLARARON PRESCRITA** la acción penal incoada contra los encausados Manuel Quispe Huacán, Bari Efraín Castillo Álvarez, Moisés Gerardo Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Todco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Herbert Dante Pomo Castillo y Víctor Álvaro Alarcón Todco, como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado –representado por la Municipalidad Provincial

de Sánchez Cerro Omate–; **DISPUSIERON:** el archivo definitivo de la presente causa en dicho extremo; **ORDENARON:** se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por el delito de malversación de fondos a consecuencia del presente proceso penal; y los devolvieron. Intervienen el señor Juez Supremo Morales Parraguez y la señora Jueza Suprema Villa Bonilla, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana y por impedimento del señor Juez Supremo Salas Arenas, respectivamente.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
NEYRAS FLORES
VILLA BORILLA
MORALES PARRAGUEZ

040 Malversación de fondos: Lesión al patrimonio del Estado no es un presupuesto del delito

En el delito malversación de fondos se advierten dos elementos que constituyen su estructura típica: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado.

Recurso de Nulidad Nº 1424-2011-LORETO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 24 de mayo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la sentenciada Esther Eugenia Da Silva Núñez contra la sentencia anticipada de fojas doscientos veinticuatro, de fecha nueve de diciembre de dos mil diez, que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Ramón Castilla, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, inhabilitación por el plazo de dos años y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar la sentenciada a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la sentenciada Da Silva Núñez al fundamentar su recurso de nulidad a fojas doscientos treinta y seis, señaló que el Colegiado Superior al resolver no ha tomado en consideración que se ha acogido a la confesión sincera, ello pues la pena impuesta resulta totalmente excesiva; que en su intención de colaborar con la justicia no ha negado los hechos, pues incluso los considera un error y que fue arrastrada a tomar esa decisión por una mayoría, ante la gravedad de la salud del señor Alcalde, no midiendo las consecuencias de sus actos; que, igualmente el Colegiado Superior no ha tomado en consideración que en el presente caso la acción penal ha prescrito, en efecto, el delito por el que se le procesa tiene una pena máxima

de cuatro años de privación de la libertad, habiendo transcurrido desde el momento en que se suscitaron los hechos imputados, en el mes de mayo de dos mil, a la fecha más de diez años. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio de fojas sesenta y dos, se atribuye a la encausada Esther Eugenia Da Silva Núñez y a sus coinculpados José Luis Ruiz Sosa, Jorge Luis Vásquez Malaverry, Tito Caetano Farias, Marco Antonio Ríos Flores y Melva Flores de Barboza, que en su condición de Regidores de la Municipalidad Provincial de Ramón Castilla, mediante sesión extraordinaria que consta en el Acta número cero nueve - dos mil, de fecha once de julio de dos mil aprobaron brindar un apoyo financiero a favor de Juan de Dios Guedes Baquero (Alcalde de dicha comuna) por el importe de diez mil dólares americanos para solventar los gastos de una intervención quirúrgica en la ciudad de La Habana - Cuba, incurriendo de esa manera en el delito de malversación de fondos, toda vez que en forma indebida afectaron la partida de "Apoyo Social" sin tener en cuenta la disponibilidad y alcance de sus fondos, beneficiando con ello a una sola persona, el mismo que finalmente resulta ser un funcionario público (Alcalde), tergiversando así la naturaleza propia de la partida, toda vez que esta debe ser destinada a la colectividad en general y/o servir de apoyo social a personas de escasos recursos. **TERCERO:** Que, de acuerdo al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, esta Suprema Sala solo debe emitir pronunciamiento respecto al extremo materia de impugnación, siendo este en el presente caso, el referido a la sentencia anticipada dictada contra la encausada Esther Eugenia Da Silva Núñez. **CUARTO:** Que, en dicho orden de ideas, se advierte que la aceptación de los cargos por parte de la encausada y el consentimiento de su abogado defensor, cumple con lo preceptuado por el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, que señala "(...) El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa (...)"; que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto y revisando la aplicación de la conclusión anticipada en el caso *sub examine*, se advierte que la aceptación efectuada respecto a los cargos se hizo libremente y en virtud al conocimiento de la imputación concreta que recaía contra la encausada, por lo que no resulta arreglado a ley que ahora la citada Da Silva Núñez solicite su absolución, cuando la condena impuesta resulta ser un efecto de su aceptación respecto a los cargos contenidos

en el dictamen acusatorio; así el citado Acuerdo Plenario establece que la conformidad: "(...) es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que importa la renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada; en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra (...)", por tanto, "(...) Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa (...)". **QUINTO:** Que, por tales consideraciones, la sentenciada no puede cuestionar ahora, aquello que en su momento de manera espontánea y libre aceptó, toda vez que con su aceptación de los cargos plasmados en su contra, no existía evaluación fáctica que realizar, pues así también lo establece el Acuerdo en mención cuando señala "(...) La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no solo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además, porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas (...)"; que, en consecuencia la sentencia condenatoria materia de autos, en cuanto verifica responsabilidad penal en la encausada Da Silva Núñez, ha sido expedida en virtud a los lineamientos establecidos para el supuesto de aplicación de la figura jurídica de la conclusión anticipada, sin que exista transgresión alguna al derecho de defensa al respecto. **SEXTO:** Que, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, debe indicarse además, que en dicha sesión de juicio oral de fojas doscientos veintidós –en la que la encausada se acogió a la conclusión anticipada– su abogado defensor precisó que también se tuviera en cuenta que los hechos imputados en contra de su patrocinada por el delito de malversación de fondos, se retrotraen al año dos mil, por lo que habiendo transcurrido más de diez años, la acción penal para su persecución ya había prescrito, es más, al plantear su recurso de nulidad Da Silva Núñez también plantea como un agravio de su pretensión la aplicación de la figura jurídica de la prescripción, por lo que es del caso efectuar el pronunciamiento respectivo a dicho agravio. **SÉTIMO:** Que, en el delito materia de proceso –malversación de fondos–, se advierten dos elementos que constituyen su estructura típica: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado,

pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida, consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos; por tanto, es de indicarse que en el presente caso no opera la duplicación del plazo de prescripción a que se contrae el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, siendo estrictamente de aplicación el plazo de prescripción extraordinaria, regulada en el artículo ochenta y tres del citado Cuerpo legal; en tal virtud, encontrándose sancionado dicho tipo penal (previsto, de acuerdo al dictamen acusatorio, en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal) con una pena no mayor de cuatro años de privación de la libertad, el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal, será de seis años. **OCTAVO:** Que, en dicho orden de ideas, se advierte que los hechos materia de imputación respecto a la citada encausada Da Silva Núñez se retrotraen al once de julio de dos mil, fecha en que se llevó a cabo la sesión extraordinaria que consta en el Acta número cero nueve - dos mil, en el que se aprobó brindar un apoyo financiero a favor de Juan de Dios Guedes Baquero (Alcalde de dicha comuna) por el importe de diez mil dólares americanos, para solventar los gastos de una intervención quirúrgica en la ciudad de La Habana - Cuba, en tal virtud, desde dicha fecha a la actualidad ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción indicado en el acápite anterior, incluso al momento en que se dictó sentencia en la instancia Superior ya la acción penal, por el transcurso del tiempo, se había extinguido; por tales consideraciones debe –en función al agravio alegado por la recurrente en su recurso de nulidad–, disponerse por este Supremo Tribunal el archivamiento de la presente causa respecto a la citada Da Silva Núñez por haber operado la figura jurídica de la prescripción. **NOVENO:** Que, si bien es cierto el pronunciamiento condenatorio expedido por el Colegiado Superior se origina por la aceptación de cargos de la mencionada encausada y la consiguiente aplicación de la figura jurídica de la conclusión anticipada, sin embargo, el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, referido a los efectos vinculantes de la conformidad, establece que "(...) respetando los hechos el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de

contradicción. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa concurre una circunstancia de exención completa o incompleta o modificativa de la responsabilidad penal y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda (...)", por tanto, devienen en atendibles los agravios expuestos por la sentenciada en su recurso de nulidad en cuanto a la figura de la prescripción de la acción penal. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia anticipada de fojas doscientos veinticuatro, de fecha nueve de diciembre de dos mil diez, que condenó a Esther Eugenia Da Silva Núñez –y no como erróneamente se consignó en la recurrida– como autora del delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Ramón Castilla, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, inhabilitación por el plazo de dos años y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar la sentenciada a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene; reformándola: declararon **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN** a favor de la encausada Da Silva Núñez por el citado delito de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Ramón Castilla; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieran generado en contra de la precitada Da Silva Núñez como consecuencia del presente proceso y fecho se proceda al archivo definitivo en cuanto a este extremo se refiere; y, los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

041 Malversación de fondos: Debe acreditarse la aplicación definitiva de los fondos a finalidad diferente a la que están destinados

De acuerdo a su descripción típica del delito de malversación de fondos, se requiere para su configuración que el funcionario o servidor público dé a los bienes o dinero que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban inicialmente destinados, afectando con dicho accionar el servicio o la función encomendada (condición objetiva de punibilidad), cambio de destino que se realiza siempre dentro del ámbito público. En este extremo, el Colegiado Superior efectúa una deficiente adecuación típica de los hechos al supuesto del delito de malversación de fondos, estimando por acreditado el delito y la responsabilidad de los procesados por no formular el presupuesto edil de manera independiente, esto es, separado de los tres tipos de presupuesto (inversión, funcionamiento –gastos corrientes– y vaso de leche), haciéndolo de manera conjunta y general, situación que habría sido aprovechada por los encausados para dar diferente destino a los fondos municipales; sin embargo, no se establece si concurre el componente del tipo penal referido a la aplicación definitiva diferente de aquellos a los que están destinados, y si con ello se afectó o no un determinado servicio o función propia de la gestión edil.

Recurso de Nulidad Nº 1034-2011-CUSCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 28 de marzo de 2012

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los procesados Manuel Huisa Champi, Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, contra la sentencia condenatoria de fecha veinticuatro de enero de dos mil once, de fojas mil noventa y tres; 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 procesado Luis Quispe Gaspar fundamentó su recurso de nulidad a fojas mil ciento dieciocho, y amplió a fojas

mil ciento treinta y ocho, alegando: i) que, la sentencia impugnada carece de motivación, debido a que se sustenta en simples presunciones y generalidades, sin prueba objetiva que acredite su participación en los delitos que se le imputa, presentando una motivación aparente, en el que no se subsumen los hechos al derecho; ii) que, no cumplió función administrativa ni ejecutiva en el municipio, por lo que no tuvo participación alguna en la ejecución del presupuesto municipal, pues en su calidad de regidor, este no pudo realizar labores de gobierno, competencia propia del Alcalde y de los demás funcionarios. Por su parte la defensa legal del procesado Manuel Huisa Champi, en su recurso de nulidad a fojas mil ciento cuarenta y cinco, alega: iii) que, ha sido condenado por hechos que no han sido materia de acusación, menos aún sometidos al juicio oral, lo que importa vulneración de su derecho de defensa; iv) que, no existe en autos prueba que desvirtúe su derecho a la presunción de inocencia, pues resulta insuficiente la sola sindicación de Gerardo Huamán Mayta, sin pruebas adicionales que las corroboren y brinden verosimilitud, situación que acarrea la nulidad de la sentencia. Por su lado, la defensa del encausado Francisco Sutta Guerra, en su curso de nulidad fundamentado a fojas mil ciento cincuenta y siete, alega: v) que, dada su condición de analfabeto, no llegó a asumir la Jefatura del área de Abastecimiento, es por ello que no tuvo acceso a dinero del Municipio, ni participó de las comisiones para la adquisición de productos; vi) que, el Tesorero Teófilo Quispe Llanos es el real encargado de las adquisición de productos en su calidad de Jefe de Abastecimiento, situación que no ha sido tomado en cuenta por el Colegiado al emitir la sentencia condenatoria en su contra sin desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia. **SEGUNDO:** Que, de la acusación fiscal obrante a fojas ochocientos catorce, se atribuye a Manuel Huisa Champi –en su condición de Alcalde–, Luis Quispe Gaspar –Regidor– y Francisco Sutta Guerra –Jefe de Abastecimiento de la Municipalidad Distrito de Taray–, haber realizado deficiente administración en el manejo económico, administrativo y patrimonial en el periodo dos mil tres a dos mil cinco; así, Manuel Huisa Champi aprovechando su condición de Alcalde impidió a los Regidores denunciantes, cumplir con sus labores fiscalizadoras, negándoles el acceso a la documentación económica y administrativa, pese a que fue requerido mediante pedido escrito y fue renuente a presentar la rendición de cuentas tanto a la población como a los Regidores, no obstante tener la obligación de hacerlo cada semestre; asimismo ha inducido a los proveedores a favorecerlo económicamente en las diversas licitaciones que convocó sin seguir las formalidades de ley y dirigía personalmente las contrataciones y adquisiciones, al no haberse nombrado un comité especial. En el programa del vaso de leche, se

confabuló con los proveedores para beneficiarse económicamente utilizando una serie de argucias en la compra de productos que no fueron previamente calificados. Lo mismo sucedió en la compra de bienes y servicios que junto a Francisco Sutta Guerra, además de sobrevalorar los costos, favorecían a determinados proveedores. Manuel Huisa Champi realizó diversos viajes a Lima para realizar gestiones a favor de la Municipalidad, sin haber cumplido con rendir las cuentas de los gastos que hizo. En afán de sustentar esos gastos, presentó una serie de facturas que no concuerdan con el uso del dinero. La Municipalidad de Taray cuenta con un solo vehículo que utiliza gasolina; sin embargo, se giró facturas por combustible hasta por el monto de nueve mil doscientos cuarenta y nueve nuevos soles, cantidad que guarda relación con el uso del vehículo. Los fondos dinerarios obtenidos por todo tipo de ingresos fueron entregados directamente al Alcalde y no fueron depositados en las cuentas bancarias del municipio y este no cumplió con rendir las cuentas. Se han adquirido bienes para ser donados a las diversas comunidades campesinas, sin haberse efectuado la cotización debida y sin que hayan ingresado al Almacén del Municipio, cuyas rentas las administró personalmente el Alcalde, sin rendir cuentas de los ingresos y egresos. Actos que han sido realizados en contubernio con sus coacusados Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra. La obra de pavimentación de la carretera Pisac-Taray no se ha logrado culminar debido a que los fondos destinados a ese fin han sido mal utilizados por el Alcalde y fueron desviados para cubrir beneficios personales y de terceros, en la adquisición de materiales de construcción como tejas, que fueron destinados a las Comunidades. Los adquirió en mayor cantidad de lo requerido y el restante los donó a persona natural. El Alcalde recibió ropa usada donada de la Cruz Roja-Filial Cusco y en el informe de la distribución alteró la información, toda vez que diversas comunidades no han recibido una sola prenda de vestir, no obstante aparecen como beneficiarias. Acciones que fueron realizadas con sus coprocesados Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra. **TERCERO:** Que, establecido lo anterior, es menester destacar que la libre apreciación ozonada de la prueba, que es el sustento del artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, reconoce al Juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esta perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado–, sobre la apreciación lógica realizada por el Juez, en casos

particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible–, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso anunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto. **CUARTO:** Que, fijado lo anterior y circunscribiendo el análisis a los delitos contra la Administración Pública en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles *sub examine*, se evidencia que el Colegiado Superior no ha delimitado adecuadamente conforme a un juicio de subsunción y adecuación de los tipos penales de malversación de fondos y colusión desleal, fundando su decisión en supuestos, sin precisión de la prueba que lo sustenta, así como se advierte que se condena a Manuel Huisa Champi por el delito de peculado, por hechos que no han sido objeto de acusación, inobservando el principio de congruencia procesal y una clara vulneración de su derecho de defensa. **QUINTO:** Que; respecto del delito de peculado por el que se condenó a Manuel Huisa Champi, por recibir de Tesorería la suma de quince nuevos soles a efectos de ser donados a título personal al sistema de padrinazgo comunal denominado "Jurcca", suma de dinero que no cumplió con devolver, sin embargo, tales hechos no forman parte de la acusación fiscal –véase acusación escrita de folios ochocientos catorce–, tampoco fue sometido al debate contradictorio, entonces, no se cumplió con observar el principio de congruencia procesal, con la correspondiente vulneración al derecho de defensa del citado acusado. **SEXTO:** Que, respecto al delito de malversación de fondos; de acuerdo a su descripción típica, se requiere para su configuración que el funcionario o servidor público dé a los bienes o dinero que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban inicialmente destinados, afectando con dicho accionar el servicio o la función encomendada (condición objetiva de punibilidad), cambio de destino que se realiza siempre dentro del ámbito público. En este extremo, el Colegiado Superior efectúa una deficiente adecuación típica de los hechos al supuesto del delito de malversación de fondos, estimando por acreditado el delito y la responsabilidad de los procesados por no formular el presupuesto edil de manera independiente, esto es, separado de los tres tipos de presupuesto (inversión, funcionamiento –gastos corrientes– y vaso de leche), haciéndolo de manera conjunta y general, situación que habría sido aprovechada por los encausados para dar diferente destino a los fondos municipales, sin embargo,

no se establece si concurre el componente del tipo penal referido a la aplicación definitiva diferente de aquellos de los que están destinados, y si con ello se afectó o no un determinado servicio o función propia de la gestión edil. **SÉTIMO:** Que, –respecto al delito de colusión desleal–; el tipo objetivo del delito exige para su configuración la concurrencia de dos elementos típicos: concertación y defraudación. La concertación exige la concurrencia del funcionario o servidor público y del tercero interesado –delito de encuentro–, lo que hace posible la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores (pactos ilícitos, componendas o arreglos), en perjuicio de los intereses estatales, los cuales se pueden presentar en cualquier fase de la negociación; mientras que defraudar, implica que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado, es decir, causándole perjuicio económico, en este extremo la sentencia de vista sostiene que al no cumplirse con la adquisición de bienes con el procedimiento establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, se concluye implícitamente la existencia de un acuerdo entre los funcionarios ediles y proveedores, conclusión que resulta arbitraria, pues para tal determinación se habría omitido identificar a los interesados (proveedores), asimismo, no se estableció si con dicho accionar se causó perjuicio a la Municipalidad de Taray, y de qué forma, elementos del tipo objetivo del delito de colusión necesarios para adecuar los hechos en el supuesto del tipo penal, por lo que resulta cuestionable la falta de motivación de la decisión judicial. Por otro lado, el Tribunal Superior plantea como premisa la supuesta sindicación efectuada por (Juan Apaza Morocco al brindar su manifestación a folios cincuenta; sin embargo, esta no resulta ser tal, debido a que el citado testigo no afirma que se constituyeron a su ferretería Manuel Huisa Champi, Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, por el contrario, solo acepta que se hicieron presentes el Alcalde, el Regidor y el personal de abastecimiento, sin llegar a precisar de quiénes efectivamente se trataba o si se trataba de los referidos procesados; quien además, señaló que vendió materiales de construcción sin licitación a la Municipalidad de Taray, negando que para ello se haya concertado con los funcionarios ediles, entonces, no se evidencia sindicación directa que acredite la intervención de los encausados además del referido Alcalde. **OCTAVO:** Que, de todo lo anotado, se advierte que dada las circunstancias de la forma y lugar donde ocurrieron los hechos, se aprecia que estos denotan una mala apreciación; más aún, si tratándose de un lugar alejado del país, Municipalidad Distrital de Taray, Provincia de Calca, Departamento de Cusco,

dado que, los Regidores y funcionarios de la referida Municipalidad, es una comunidad campesina, que en muchos de los casos no tienen formación técnica o superior, e incluso son analfabetas, y que las funciones que desempeñan las realizan sin asesoramiento técnico, y de acuerdo a sus necesidades; todo lo cual no les ha permitido ceñirse estrictamente a lo establecido por las normas administrativas que regulan el gobierno y administración de las municipalidades; circunstancia que no ha sido compulsada con los hechos que les fueran atribuidos, y que permiten advertir a este Supremo Tribunal que las conductas desplegadas por los referidos encausados no revisten de ser ilícitas. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia condenatoria de fecha veinticuatro de enero de dos mil once, de fojas mil noventa y tres, que condenó: a Manuel Huisa Champi, como autor del delito contra la Administración Pública, peculado doloso simple, y coautor del delito de colusión desleal y malversación de fondos simple en agravio de la Municipalidad Distrital de Taray; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres años e inhabilitación por el mismo periodo; y condenó a Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, como coautores del delito contra la Administración Pública –colusión desleal y malversación de fondos simple–, en agravio de la Municipalidad Distrito de Taray, imponiéndoles tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de dos años e inhabilitación por el mismo periodo; **REFORMÁNDOLA** absolvieron de la acusación fiscal a los referidos encausados por los delitos y agraviado antes citados; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de la tramitación de la presente causa, y el archivo definitivo de la misma; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

042 Malversación de fondos y peculado: Contienen situaciones e imputación contradictorias

Los tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no podrían ser aplicables al mismo hecho concreto, toda vez que si, por un lado, el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se habrían apropiado para sí o para terceros del dinero de las arcas municipales (lo que constituiría el delito de peculado), no se podría pretender al mismo tiempo, como lo ha hecho el fiscal, que exista un desvío de fondos hacia un fin distinto no presupuestado (supuesto del delito de malversación de fondos), pues si hubo apropiación no podría haber al mismo tiempo desviación, en efecto, la primera conducta excluye a la segunda, toda vez que en el delito de malversación de fondos no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública se cumple, solo que en una forma no debida; en todo caso.

Recurso de Nulidad Nº 334-2011-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 1 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fojas seiscientos cincuenta y siete, de fecha veinticinco de octubre de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el señor representante del Ministerio Público al fundamentar su recurso de nulidad a fojas setecientos siete, señala que el Colegiado Superior al emitir la sentencia condenatoria, no ha tomado en cuenta que los procesados Flores Pacheco, Walde Quispe, Valenzuela Vizcarra y Abad Rodríguez han abusado de los cargos que ostentaban para destinar de manera ilícita la suma de once mil nuevos soles como préstamos y financiamiento a una institución deportiva denominada Club Social Deportivo "Echa Muni" del dinero destinado a Foncomun, recursos propios y transportes, cuyos egresos no estaba relacionados con los fines de la Municipalidad; que, dichos

préstamos no estaban previstos en el presupuesto institucional de la Municipalidad agraviada; que, se encuentran probados los desembolsos de cuatro mil setecientos nuevos soles, cuatro mil ochocientos nuevos soles y mil quinientos nuevos soles que se hicieron a favor del Club "Echa Muni", respecto a los cuales tienen responsabilidad los encausados Flores Pacheco, Valenzuela Vizcarra y Abad Rodríguez respectivamente. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, se atribuye a Humberto Joel Flores Pacheco –ex Sub Gerente de Contabilidad–, Rodolfo Walde Quispe –ex Gerente Municipal–, Wilfredo Jesús Valenzuela Vizcarra –ex Gerente de Planeamiento y Presupuesto– y Juana Manuela Abad Rodríguez –ex Directora de la Casa de la Cultura–, funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad Provincial de Tayacaja, que durante el periodo comprendido entre el uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, se aprovecharon y abusaron de los cargos que ostentaban destinando de manera ilícita la suma de once mil nuevos soles como préstamo y financiamiento a una institución deportiva denominada Club Social Deportivo "Echa Muni", dinero que provenía del Foncomun, recursos propios y transporte de dicha entidad edil, disposición dineraria que no estaba relacionada con los fines de la Municipalidad agraviada ni tampoco previsto como gasto en el presupuesto municipal; que es así que la conducta de Flores Pacheco se califica por haber recepcionado y autorizado los egresos a una institución deportiva y haber efectuado el cobro de dos cheques por la suma total de cuatro mil setecientos nuevos soles provenientes de recursos propios y transporte; que la conducta de Walde Quispe se califica por haber dispuesto la ejecución de tales egresos; que en cuanto a Valenzuela Vizcarra su conducta se califica por haber participado en la ejecución de los egresos y como Tesorero de la institución deportiva haber efectuado el cobro de dos cheques por la suma de cuatro mil ochocientos nuevos soles provenientes del Foncomun y recursos propios de la Municipalidad agraviada, finalmente, respecto a Abad Rodríguez su conducta se califica por haber solicitado en su condición de Fiscal de la Institución deportiva el dinero y por haber cobrado un cheque por la suma de mil quinientos nuevos soles provenientes de transporte. **TERCERO:** Que, a efectos de emitir una decisión absolutoria el Juzgador debe: i) concluir de manera fehaciente sobre la plena irresponsabilidad penal de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, arribando a dicha certeza a través del material de prueba de descargo acopiado durante el proceso; ii) en su defecto cuando de la actividad probatoria surja duda razonable sobre la

participación del procesado, en virtud del principio del *in dubio pro reo*, o iii) que dicha actividad probatoria sea insuficiente para entrar a un análisis de condena. **CUARTO:** Que, de acuerdo al dictamen acusatorio de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, son tres los delitos que se le imputan a los encausados Humberto Joel Flores Pacheco, Rodolfo Walde Quispe, Wilfredo Jesús Valenzuela Vizcarra y Juana Manuela Abad Rodríguez, siendo estos, los siguientes: peculado, malversación de fondos y abuso de autoridad; asimismo, se puede advertir del marco de imputación planteado contra los precitados, que dichos tipos penales tienen como fuente común el hecho de que estos, aprovechándose de los cargos que ostentaban en la Municipalidad Provincial de Tayacaja, destinaron de manera ilícita la suma de once mil nuevos soles como préstamo y financiamiento a favor de una institución deportiva, afectando los rubros del Fondo de Compensación Municipal - Foncomun, recursos propios y transportes de la citada entidad edil; que en tal sentido, es factible concluir que la pretensión del representante del Ministerio Público, estriba en que se dicte una sentencia condenatoria contra los encausados por los tres delitos anotados. **QUINTO:** Que, sin embargo, debe indicarse que los tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no podrían ser aplicables al mismo hecho concreto, toda vez que si, por un lado, el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se habrían apropiado para sí o para terceros el dinero de las arcas municipales (lo que constituiría el delito de peculado), no se podría pretender al mismo tiempo, como lo ha hecho el Fiscal, que exista un desvío de fondos hacia un fin distinto no presupuestado (supuesto del delito de malversación de fondos), pues si hubo apropiación no podría haber al mismo tiempo desviación, en efecto, la primera conducta excluye a la segunda, toda vez que en el delito de malversación de fondos, no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública se cumple solo que en una forma no debida; en todo caso, del sustento fáctico del dictamen acusatorio, se puede concluir que la conducta que se incrimina a los encausados estriba en que estos habrían beneficiado a terceros con dinero estatal, al haber autorizado y cobrado directamente diversas sumas de dinero, que en su totalidad asciende a once mil nuevos soles y que no han sido devueltos a la Municipalidad agraviada, por tanto, ello responde a una conducta que tendría, en principio, una correlación con el delito de peculado y no con el de malversación de fondos, por lo que respecto a este último ilícito, no se advierte que exista una

subsunción correcta respecto al marco de imputación, por lo que lo resuelto por el Colegiado en este extremo (absolución por el delito de malversación) se encuentra arreglado a ley. **SEXTO:** Que ahora, en cuanto al delito de abuso de autoridad es de advertirse, como así también lo ha hecho en este extremo el señor Fiscal Supremo, que la conducta que se le imputa a los encausados, se encuentra –desde un punto de vista formal– dentro del tipo penal de peculado y no puede considerarse como otro tipo penal autónomo (abuso de autoridad), como lo pretende el representante del Ministerio Público, toda vez que en los supuestos que exista una indebida utilización de dinero estatal a favor del agente o de terceros –como es el sustento fiscal en el presente caso–, es de sobreentenderse que tal circunstancia lleva inmersa en la conducta del sujeto activo –funcionario o servidor público– un uso abusivo, arbitrario e ilegal del cargo que ostenta, por lo que siendo ello así, también se encuentra arreglado a ley, lo resuelto por el Colegiado Superior en este extremo –absolución por el delito de abuso de autoridad–. **SÉTIMO:** Que, finalmente, en cuanto al delito de peculado, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, debe indicarse que dicho tipo penal sanciona al "(...) funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)", al respecto, cabe indicar que si bien se advierte de autos que existieron egresos de dinero de la Municipalidad Provincial de Tayacaja a favor de la institución Club Social Deportiva "Echa Muni", como se advierte del Informe Especial Reformulado número cero cero seis-dos mil cinco-dos-cero trescientos noventa y siete, titulado: "Préstamos a Institución Deportiva particular denominada Club Social Deportivo Echa Muni por la suma de once mil nuevos soles", realizado por el Órgano de Control de la Municipalidad Provincial de Tayacaja - Pampas, de fojas veintidós, ratificado a fojas trescientos setenta y tres, en la que se ha anexado la siguiente relación de comprobantes girados durante el año dos mil cuatro a favor de los servidores y que fueron para la mencionada institución deportiva: **uno.-** Comprobante de pago número cero cero trescientos ochenta, de fecha veintisiete de julio de dos mil cuatro, girado a Valenzuela Vizcarra por el monto de dos mil ochocientos nuevos soles (como se advierte de los documentos de fojas treinta y dos y treinta y tres), siendo la fuente de financiamiento: el Foncomun; **dos.-** Comprobante de pago número cero cero ciento noventa y uno, de fecha veintiséis de julio de dos mil cuatro girado a Valenzuela Vizcarra por el monto de dos mil nuevos soles (como se

advierte de los documentos de fojas treinta y seis y treinta y nueve) siendo la fuente financiamiento: **RECURSOS PROPIOS; tres.-** Comprobante de pago número cero cero doscientos, de fecha cinco de agosto de dos mil cuatro girado a Flores Pacheco por el monto de dos mil setecientos nuevos soles (como se advierte de los documentos de fojas cuarenta y uno y cuarenta y tres), siendo la fuente de financiamiento: **RECURSOS PROPIOS**; **cuatro.-** Comprobante de pago número cero cero cero cero ocho, de fecha trece de agosto de dos mil cuatro girado a Flores Pacheco por el monto de dos mil nuevos soles (como se advierte de los documentos de fojas cuarenta y seis y cuarenta y ocho), siendo la fuente de financiamiento: **TRANSPORTES**; y, **cinco.-** el Comprobante de pago número cero cero cero doce, de fecha tres de setiembre de dos mil cuatro girado a Abad Rodríguez por el monto de mil quinientos nuevos soles (como se advierte de los documentos obrantes a fojas cincuenta y uno y cincuenta y tres), siendo la fuente de financiamiento: Transportes; sin embargo, no se advierte que dichos funcionarios de la Municipalidad Provincial de Tayacaja hayan actuado con ánimo alguno de favorecerse económicamente, ni a título personal ni para terceros, es más, a fojas nueve obra copia del Acta de Constitución y Aprobación de Estatuto la Asociación denominada "Club Social Deportivo Echa Muni de Pampas - Tayacaja" llevada a cabo el día diez de noviembre de dos mil tres, en la que se dejó consignado: "(...) Que la asociación viene realizando actividades desde el año mil novecientos noventa y nueve, en que solicitan apoyo económico a la Municipalidad, lo que en sesión de Concejo de fecha ocho de febrero de dos mil uno, aprueban en apoyar económicamente y en vía de regularización declarar al equipo del 'Echa Muni', equipo de la Municipalidad Provincial de Tayacaja - Pampa, para así continuar apoyando en todos los eventos deportivos (...)"; asimismo, en correlato a ello la citada entidad edil había emitido la Ordenanza Municipal número cero cero cinco-dos mil tres-C/MPT-P, de fecha quince de setiembre de dos mil tres, obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, a través de la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de dicha Municipalidad, el mismo que en su artículo cincuenta y ocho, del ltem "Programa de Promoción al Deporte", señala: "(...) El programa de Promoción al Deporte es un Órgano Descentralizado de la Municipalidad de Tayacaja - Pampas, depende jerárquicamente de la Gerencia General Municipal, está a cargo de un Sub Gerente, cumple las funciones y atribuciones siguientes: (...) **cinco.-** Elaborar proyecto de financiamiento del Club Deportivo 'Echa Muni' y de la promoción al Deporte, en todas las disciplinas y

edades, así como de la niñez, juventud y adulto de la provincia, debiendo presentarse a sesión de Concejo para su aprobación (...)"; así también se tiene que al declarar durante el contradictorio a fojas seiscientos dieciséis, el Alcalde de la Comuna supuestamente agraviada, Maciste Alejandro Díaz Abad –quien también había sido Presidente del Club "Echa Muni"–, señaló. "(...) Que fue alcalde de la Provincia de Tayacaja y los encausados fueron funcionarios, que ejerció dicho cargo desde el año de mil novecientos noventa y nueve a mayo de dos mil seis en que renunció para ser candidato a la Presidencia Regional de Huancavelica (...) que la Municipalidad no se hacía cargo del pago a los jugadores, pero el apoyo para los viajes sí, estaba presupuestado como promoción del deporte (...) que el apoyo al Club era previo acuerdo o consulta al Consejo Provincial de Tayacaja, es decir, de los Regidores (...) que sí le consta que hubo apoyo al Club durante el momento que fue Alcalde, que el dinero se daba como un apoyo, que no iba a ser devuelto, pero sí se debían rendir cuentas (...) que el tesorero del club era el que tenía que rendir cuentas (...)", con lo que se advierte que existía una pre disposición de la citada entidad edil, a través de sus funcionarios, a efectos de apoyar al Club 'Echa Muni' en los gastos que representaban su participación en el torneo "Copa Perú". **OCTAVO:** Que, en dicho orden de ideas, también se advierte de la revisión de autos, que en el principal, obra la copia del documento denominado: Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) dos mil cuatro de la Municipalidad Provincial de Tayacaja - Pampas, de fojas quinientos sesenta y cinco, expedida mediante Resolución de Alcaldía número ciento veintiséis - dos mil tres - A / MPT - P, de fecha quince de diciembre de dos mil tres, por el que se aprobó el Presupuesto Institucional de Apertura de la Municipalidad Provincial de Tayacaja - Pampas para el año dos mil cuatro, asimismo, a fojas quinientos sesenta y nueve, obra el Formato A - cinco A: Actividades, que constituye parte integrante del citado documento, en él se consignó un Componente denominado: "Deporte Fundamental", cuya finalidad era: Fomentar el Deporte y la Recreación, siendo las fuentes de financiamientos las siguientes: Fondo de Compensación Municipal, por un monto de diecisiete mil cuatrocientos nuevos soles y Recursos directamente recaudados por un monto de nueve mil cien nuevos soles, esto es, un total ascendente a veintiséis mil quinientos nuevos soles, que se iba destinar como apoyo al deporte, en tal virtud, si bien se afectaron dichos rubros, sin embargo, ello sí estuvo considerado en el Presupuesto Institucional de Apertura del año dos mil cuatro, por lo que no se advierte que los encausados hayan deliberadamente utilizado

dinero estatal para beneficiar ilícitamente a un club privado, pues existía permisión legal y presupuestal para ello, más allá que pudiera ser cuestionable que dicho apoyo se haya dirigido casi exclusivamente al Club Deportivo "Echa Muni", en todo caso, no existe prueba fehaciente ni indubitable que acredite que haya existido un beneficio personal propio o ajeno, con dinero del Estado, por lo que siendo el Ministerio Público el titular del ejercicio de la acción penal pública, y como tal también titular de la carga de la prueba, le corresponde a él introducir la prueba de cargo suficiente para desvanecer el principio de presunción de inocencia, que le asiste a todo ciudadano por mandado constitucional, lo que sin embargo no ha sucedido en el presente caso, más aún si los encausados han aceptado haber aprobado la remisión y cobro de dinero estatal, pero como apoyo al Club "Echa Muni", lo que a tener de lo expuesto precedentemente no se encuentra en discusión, así como el hecho que eI Procurador Público –que formuló la denuncia en el caso *sub examine*–, Jorge Luis Orihuela Tomás, haya remitido con fecha dieciséis de febrero de dos mil seis, el Oficio número cero cero uno - cero seis - PPM /MPTP al Gerente del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Tayacaja en el que le refirió: "(...) Conforme a lo acotado, hay evidencias de hechos ilícitos por lo siguiente: **A.-** Que, se menciona que no han devuelto o rendido los servidores que fueron beneficiarios de los cheques, no han obtenido información para su resuperación, pero administrativamente se solicitó para que devuelvan, no habiéndose recibido respuesta, pero existen descargos y/o declaraciones, pero estos hechos implicarían una cuestión netamente civil (...) **B.-** Que conforme al Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) de la Municipalidad Provincial de Tayacaja - Pampas, ha existido presupuesto de dos mil cuatro, para una actividad programada denominada "Deporte Fundamental" y conforme a la sesión de "Concejo Municipal del ocho de febrero de dos mil dos acordaron apoyar al Club Deportivo "Echa Muni" conforme a la constitución social de dicho Club, la misma que se ha tenido a la vista (...)"; en consecuencia no habiéndose advertido irregularidad alguna en los hechos materia de imputación, ni habiendo mediado beneficio personal o para terceros, afectando las arcas municipales, debe concluirse que la absolución decretada también en este extremo tiene sustento jurídico, por lo que debe mantenerse. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y siete, de fecha veinticinco de octubre de dos mil diez, que absolvió a Humberto Joel Flores Pacheco, Rodolfo Walde Quispe, Wilfredo Jesús Valenzuela Vizcarra y Juana Manuela

Abad Rodríguez de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio por el delito contra la Administración Pública, en las modalidades de abuso de autoridad, previsto en el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, peculado, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, y malversación de fondos, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del citado cuerpo normativo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tayacaja; con lo demás que al respecto contiene; y, los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

CAPÍTULO VI
COHECHO PASIVO PROPIO

El delito de cohecho pasivo propio está tipificado en el artículo 393 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley Nº 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 393.-*** *El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*
>
> *El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*
>
> *El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*

043 Cohecho pasivo propio: Configuración

Se configura el delito de cohecho pasivo cuando la directora de la institución educativa pública solicita dinero a una profesora a efectos de conseguirle un puesto de trabajo en la institución educativa que dirige.

Recurso de Nulidad Nº 454-2011-AYACUCHO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 8 de marzo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la encausada Julieta Noa Yancce contra la sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil diez, obrante a fojas seiscientos sesenta y seis; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la encausada recurrente al fundamentar su recurso de nulidad de fojas seiscientos ochenta y ocho, alega lo siguiente: i) la acusación fiscal y la sentencia recurrida identifican e individualizan correctamente a la persona de Joaquina Quispe De Castro como la autora del préstamo de mil quinientos nuevos soles que le fue entregado ante el testigo Emilio Gómez Meneses el doce de mayo de dos mil cinco; siendo falso que la hija de aquella, Petronila Castro Quispe, haya sido la persona que le prestó dicho dinero, porque en su condición de desocupada y buscando trabajo docente, era ilógico que tuviera dicha cantidad de dinero, la cual de mutuo propio se ofreció a prestarle dicho dinero a través de su progenitora antes mencionada, dado que, además era hija del colega y compañero de trabajo, el profesor Marcelino Castro; ii) que Petronila Castro Quispe pese a que no era la agraviada por el incumplimiento de la devolución del préstamo dinerario, presentó una denuncia por el delito de estafa después de dos años del aludido préstamo, la cual fue archivada y adecuada al delito de cohecho pasivo propio contra la recurrente y cohecho genérico contra su coencausada; iii) es falso la supuesta llamada telefónica realizada el once de mayo de dos mil cinco, más aún, si nunca intercambió número telefónico con su coprocesada Castro Quispe; indica, que en la sentencia recurrida no se precisa el número telefónico que se utilizó para la supuesta llamada, siendo ello un mero argumento de

defensa de su coencausada Castro Quispe, quien en sustitución de su madre inició una denuncia por estafa, hecho que se contradice con la declaración jurada de Joaquina Quispe De Castro de fecha diez de junio de dos mil nueve y el recibo de devolución notarial de dinero de fecha veintisiete de junio de dos mil siete; iv) la entrega del memorando es mera coincidencia con el préstamo del dinero, debido a que jamás existió voluntad de condicionar el préstamo de dicho dinero al contrato docente por demanda educativa, sino que se tomaron los servicios de la encausada Castro Quispe por necesidad educacional, dado que los niños de la Institución Educativa de Trigopampa no podían seguir perjudicándose, más aún, si las acciones administrativas de la Directora es supervisada y controlada por la Instancia Educacional UGEL Huamanga y la Dirección Regional de Educación; v) los pagos de remuneraciones por contrato docente no corresponde efectuar a la Directora de un centro educativo, sino a la Dirección Regional de Educación, donde la propia interesada tenía la ineludible obligación de exigir su pago, conforme al expediente de propuesta número mil quinientos ochenta y uno de fecha diecisiete de mayo de dos mil cinco; y vi) la sentencia recurrida no ha valorado lo siguiente: a) el documento notarial de devolución del préstamo más los intereses, por la cantidad de mil novecientos nuevos soles, efectuado el veintisiete de junio de dos mil siete; precisándose que en la fecha de ocurrido el hecho investigado –doce de mayo de dos mil cinco– no se fijó el plazo de devolución del préstamo y tampoco se suscribió un documento de entrega y recepción de dinero, sino que solo existió la voluntad de las partes expresada en presencia del testigo Emilio Gómez Meneses; indicándose que obra en autos la grabación y la pericia física de audio número mil ochocientos setenta y seis - dos mil ocho de fojas trescientos tres, que prueba irrefutablemente que Joaquina Quispe De Castro le reclama la devolución del préstamo más el interés del veinte por ciento; b) la declaración jurada notarial de Joaquina Quispe De Castro de fecha diez de julio de dos mil nueve, en cuyo texto admite haber efectuado el préstamo de mil quinientos nuevos soles con el veinte por ciento de interés, y que por error de su abogado, denunció a la recurrente por el delito de estafa; y c) la declaración jurada notarial de Emilio Gómez Meneses de fecha diez de julio de dos mil nueve, testigo presencial del préstamo de dinero ocurrido el doce de mayo de dos mil cinco.
SEGUNDO: Que, según el sustento fáctico de la acusación fiscal, obrante a fojas quinientos diecinueve, se le imputa a la encausada Julieta Noa Yancce en su condición de Directora de la Institución Educativa número treinta y ocho mil noventa y dos Mixto Unidocente de Trigopampa del distrito de San José de Ticllas, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho, el haber

solicitado mil quinientos nuevos soles a la encausada Petronila Castro Quispe a efectos de conseguirle un puesto de trabajo en la Institución Educativa que dirigía, dinero que le habría sido entregado el doce de mayo de dos mil cinco, a las quince horas, aproximadamente, sito entre los jirones nueve de diciembre y Bellido, conducta ilícita que en el presente caso ha sido encuadrada en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal (cohecho pasivo propio) que establece: "El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años (...)". **TERCERO:** Que, revisados los autos se advierte que la materialidad del delito de cohecho pasivo propio investigado y la responsabilidad penal en el mismo de la encausada Julieta Noa Yancce se encuentra acreditada por el mérito de los siguientes medios probatorios: i) la declaración a nivel policial de la encausada Petronila Castro Quispe, obrante a fojas siete, donde refiere que en horas de la mañana del uno de mayo de dos mil cinco se constituyó a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho, a efectos de indagar sobre alguna posibilidad de trabajo como profesora, circunstancias en que conoció a su coencausada Julieta Noa Yancce, quien se presentó como Directora de la Institución Educativa Pública número treinta y ocho mil noventa y dos Mixto - Unidocente Trigopampa, a quien le refirió que necesitaba trabajar y le pidió que le pasara la voz si había un puesto de trabajo, para lo cual le dejó un número telefónico; precisando que el once de mayo de dos mil cinco la encausada Noa Yancce la llamó por teléfono, indicándole que había un puesto de trabajo en la institución educativa que ella dirigía, pero que para otorgarle dicha oportunidad laboral tenía que entregarle mil quinientos nuevos soles, caso contrario, le ofrecería el trabajo a otra persona, para lo cual la citó el día doce de mayo de dos mil cinco, a las quince horas, en la esquina del Hotel de Turistas de la ciudad, a efectos de que le haga entrega del mencionado dinero, lo cual motivó que la declarante solicitara prestado dicha cantidad de dinero a su madre Joaquina Quispe de Castro, a efectos de cumplir con lo solicitado por su coencausada Noa Yancce en la hora, día y lugar pactado, luego de lo cual, esta le dijo que se constituya a la Institución Educativa que dirigía el diecisiete de mayo de dos mil cinco, a efectos de entregarle el memorando de entrega de cargo como profesora de aula en la sección de primer y segundo grado de educación primaria, lo que efectivamente ocurrió en la referida fecha; versión que ratifica en su declaración a nivel de instrucción, obrante a fojas ciento nueve, donde agrega que la encausada Noa Yancce le ha devuelto

el dinero entregado después que la denunció por los hechos investigados, aclarando que dicha encausada le pidió que el documento de devolución de dinero se fraccionara en el sentido de que ello obedecía a un préstamo; ii) la declaración a nivel policial de Joaquina Quispe De Castro, obrante a fojas diez, donde refiere que le prestó mil quinientos nuevos soles a su hija Petronila Castro Quispe, debido a que fue dicha cantidad de dinero la que le estaba solicitando a esta, la encausada Julieta Noa Yancce, a efectos de otorgarle un puesto de trabajo como profesora en la Institución Educativa que dirigía, versión que corrobora en su declaración en acto oral a fojas seiscientos cincuenta y dos; iii) el memorando número cero uno - dos mil cinco - IEP - treinta y ocho mil noventa y dos - TP, de fecha diecisiete de mayo de dos mil cinco, obrante en copia certificada a fojas diecinueve, suscrito por la encausada Julieta Noa Yancce en calidad de Directora de la Institución Educativa Pública número treinta y ocho mil noventa y dos - Tigopampa, mediante el cual se le pone en conocimiento a la encausada Petronila Castro Quispe, que se sirva tomar el cargo de profesora de aula en la Institución aludida en las secciones de primer y segundo grado de educación primaria; iv) las declaraciones a nivel policial, instrucción y acto oral de la encausada Julieta Noa Yancce, obrantes a fojas doce, doscientos seis y quinientos ochenta y cuatro, respectivamente, donde acepta que la encausada Petronila Castro Quispe le entregó mil quinientos nuevos soles el doce de mayo de dos mil cinco, así como que dicha encausada laboró como profesora de las secciones de primero y segundo grado en la Institución Educativa que dirige, desde el diecisiete de mayo de dos mil cinco hasta el mes de diciembre del mismo año; y v) el hecho que iniciado el Juicio oral, la encausada Petronila Castro Quispe se acogió a la conclusión anticipada del debate oral –Ley número veintiocho mil ciento veintidós–, esto es, aceptó su responsabilidad penal en el delito de cohecho activo genérico que se le imputa en la acusación fiscal escrita, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (debido a que otorgó un beneficio económico a la encausada Julieta Noa Yancce para que realice un acto en violación de sus obligaciones), lo cual motivó que se emitiera la sentencia anticipada condenatoria de fecha veintitrés de agosto de dos mil diez, obrante a fojas quinientos setenta y cuatro. **CUARTO:** Que, sin perjuicio de lo anotado, debe indicarse que la encausada Julieta Noa Yancce refiere en sus respectivas declaraciones en el presente proceso penal, que los mil quinientos nuevos soles que le entregó a la encausada Petronila Castro Quispe, el diecisiete de mayo de dos mil cinco, fue en calidad de préstamo, mas no, como condicionante para el otorgamiento de un puesto de trabajo en la Institución Educativa que dirigía, para lo cual sustenta su versión

concretamente en lo siguiente: i) copia certificada notarialmente del suscrito privado de fecha veintisiete de junio de dos mil siete, suscrito entre la encausada recurrente y su coprocesada Petronila Castro Quispe, en donde se deja constancia que esta última recibe de la primera, la cantidad de mil novecientos nuevos soles, precisándose en dicho documento que mil quinientos nuevos soles corresponden al préstamo efectuado el doce de mayo de dos mil cinco, y los otros cuatrocientos nuevos soles por concepto de intereses generados a dicha fecha; ii) el documento privado certificado notarialmente suscrito por Joaquina Quispe De Castro de fecha diez de julio de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos setenta y dos, donde refiere que el doce de mayo de dos mil cinco le otorgó un préstamo de mil quinientos nuevos soles a la encausada Julieta Noa Yancce, con un interés del veinte por ciento, quien no cumplió con efectuar la respectiva cancelación en la fecha pactada, por tal motivo acudió a su abogado de ese entonces a efectos de que accionara en la vía correspondiente para el pago de la deuda, pero desnaturalizó las cosas al denunciar a la referida encausada por el delito de estafa; y iii) la declaración jurada notarial de Emilio Gómez Meneses, de fecha veinte de julio de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos setenta y seis, donde refiere que conoce al profesor Marcelino Castro Huamaní y a su hija Petronila Castro Quispe; habiendo presenciado el doce de mayo de dos mil cinco, en las inmediaciones del ex Hotel Los Turistas, que Petronila Castro Quispe y su madre hicieron entrega a la profesora Julieta Noa Yancce de la cantidad de mil quinientos nuevos soles en calidad de préstamo con un interés del veinte por ciento, pero no se firmó documento alguno; versión que reiteró en su declaración en acto oral a fojas seiscientos treinta y cinco. **QUINTO:** Que, respecto a lo anotado en el considerando anterior, debe indicarse que la versión de la encausada Noa Yancce referida a que los mil quinientos nuevos soles que le entregó la encausada Castro Quispe el doce de mayo de dos mil cinco fue en calidad de préstamo dinerario con un interés, mas no como condición para conseguirle a esta un puesto de trabajo en la institución educativa que dirigía, constituye un mero argumento de defensa dirigido a evadir su responsabilidad penal en el delito atribuido en la acusación fiscal, debido a que en autos existe las declaraciones uniformes de la encausada Petronila Castro Quispe y la madre de esta última, Joaquina Quispe De Castro, quienes afirman que el dinero entregado a la encausada Noa Yancce fue solicitada por esta a efectos de conseguirle un puesto de trabajo a la procesada Castro Quispe (ahora sentenciada por el delito de cohecho activo genérico), habiéndose verificado la versión de la encausada Castro Quispe respecto a la cantidad, fecha y lugar de entrega de dinero, con las propias declaraciones de la

encausada Noa Yancce; sin perjuicio de indicar, que no resulta creíble que la encausada Castro Quispe le haya prestado la cantidad de mil quinientos nuevos soles a su coencausada Noa Yancce si solo se habían visto en una oportunidad anterior, esto es, cuando se conocieron el uno de mayo de dos mil cinco en la Dirección Regional de Educación de Ayacucho, más aún, si en dicho momento no se suscribió ningún contrato privado que de fe de dicho acto jurídico, así como que a los pocos días de la entrega de la aludida cantidad de dinero, la encausada Castro Quispe recibió un memorando suscrito por su coencausada Noa Yancce, mediante el cual esta le hacía entrega de posesión de cargo de profesora de las secciones de primer y segundo grado en la Institución Educativa que dirigía; siendo irrelevantes los documentos privados certificados notarialmente suscritos por la encausada Castro Quispe y la madre de esta última que han sido presentados por la encausada Noa Yancce como pruebas de descargo, debido a que estos fueron realizados con posterioridad a la presentación de la denuncia que dio origen al presente proceso penal (treinta de mayo de dos mil siete - ver fojas dieciséis) a efectos de querer hacerse creer que la entrega de dinero en cuestión fue con motivo de un préstamo, lo cual ha sido materia de aclaración por las mismas suscritoras de dichos documentos en sus respectivas declaraciones en el presente proceso penal, al manifestar que firmaron dichos documentos a pedido de la encausada Noa Yancce como condición para que les devuelva los mil quinientos nuevos soles; debiéndose indicar con relación a la declaración jurada notarial y a la declaración en acto oral del testigo Emilio Gómez Meneses, que deben tomarse con la reserva del caso, no solo por tratarse de un testigo de parte de la encausada Noa Yancce, sino porque no existió documento redactado alguno en la fecha de entrega de dinero que verifique su versión. **SEXTO:** Que, para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse en cuenta que el legislador ha establecido las clases de pena y el quántum de estas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme al artículo cuarenta y seis del Código Penal. **SÉTIMO:** Que, siendo ello así, en el presente caso, atendiendo a la forma y circunstancias en que acontecieron los hechos investigados y la norma penal aplicable al presente caso, previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, que sanciona al agente con

una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años, consideramos que el quántum de la pena impuesta en la sentencia recurrida a la encausada Julieta Noa Yancce (cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo determinadas reglas de conducta) no resulta proporcional a lo anotado, incluso teniéndose en cuenta sus condiciones personales, esto es, instrucción superior, de ocupación y domicilio fijo conocido y agente primario la comisión de actos delictivos, conforme a su certificado de antecedentes penales de fojas setenta y cuatro; sin embargo, este Supremo Tribunal se encuentra impedido de aumentar prudencialmente la pena impuesta, debido a que el representante del Ministerio Público no interpuso el recurso de nulidad respectivo, conforme a lo establecido en el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. **OCTAVO:** Que, en cuanto al monto fijado por concepto de reparación civil, consideramos que resulta proporcional al daño ocasionado, en virtud al artículo noventa y tres del Código Penal, que establece 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 perjuicios. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil diez, obrante a fojas seiscientos sesenta y seis, que condenó a Julieta Noa Yancce como autora del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Interviene la señora Jueza Suprema Villa Bonilla, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA

044 Cohecho pasivo propio: Acreditación de la acción concertada

Los elementos de convicción apuntan razonablemente a la necesaria intervención concertada del imputado en la exigencia de dinero por parte de servidores municipales para incumplir con sus deberes funcionales. Existe sindicación directa sobre aspectos previos a la entrega de dinero y, esencialmente, del momento en que se pidió dinero al responsable del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana. Además, los cargos provienen de varias fuentes, tanto del sector de la institución a la que se pidió dinero como de uno de los coimputados. Asimismo, desde el análisis lógico de los hechos no tiene explicación razonable el papel relevante que cumplió el imputado dado cuenta que la orden de clausura, anunció una posible solución con el concurso de personal municipal, llevó a sus coimputados a la institución para entrevistarse con sus directivos y estuvo presente cuando se concretó el pedido de dinero.

Recurso de Nulidad Nº 3472-2009-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE DE LA REPÚBLICA
Lima, 14 de octubre de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de Lima contra la sentencia de fojas seiscientos veintitrés, del seis de agosto de dos mil nueve, en cuanto absolvió a Paul Riquelme Vargas Machuca de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Isidro y el Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana del Perú.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas seiscientos treinta y tres cuestiona la absolución del encausado Riquelme Vargas Machuca, ex Teniente de la Policía Nacional del Perú –de la

Guardia Republicana–. Sostiene que el citado imputado visitó al Gerente del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana Alberto José Pulcha Sanabria portando una resolución de clausura del local institucional proveniente de la Municipalidad de San Isidro y le manifestó que conocía a personas dentro de la Municipalidad que podrían solucionar el problema. Luego, el indicado encausado y sus coimputados Palacios Dextre –ya condenado, que laboraba en la Subgerencia de Ejecución Coactiva de la Municipalidad– y Ávila Sánchez –empleado de la Gerencia de Rentas– Sub Gerencia de Control Tributario y Fiscalización de la Municipalidad– ofrecieron al indicado Gerente suspender la orden de clausura y gestionar la licencia a cambio de dinero. Como de estos hechos tomó conocimiento el Presidente de la Institución Manuel Juvenal Guerrero García y los denunció, se llevó a cabo una operación policial el veintiséis de octubre de dos mil seis, al mediodía, ocasión en que se detuvo a Palacios Dextre con el dinero que se le entregó, previa coordinación con la Policía y la Fiscalía; es más, el imputado Riquelme Vargas Machuca llegó a la institución después de Palacios Dextre y como observó algo inusual se retiró prestamente. Palacios Dextre involucró en los hechos a Riquelme Vargas Machuca.

SEGUNDO: Que la acusación fiscal de fojas cuatrocientos sesenta y ocho atribuye al encausado Riquelme Vargas Machuca haber intervenido en la exigencia de dinero al Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana para evitar la clausura del local institucional y lograr la licencia de funcionamiento correspondiente. Dicho encausado fue quien llevó a dos empleados municipales para concretar la entrega del dinero y el ofrecimiento respectivo, oportunidad en que se quedó en pagar dos mil nuevos soles. Previa denuncia y operación policial se detuvo a Palacios Dextre una vez que cobró la suma indicada y salía del local institucional (actas de fojas treinta y uno a cincuenta y cuatro).

En las acciones previas y pedido de dinero intervino Riquelme Vargas Machuca. Así consta de las declaraciones de Guerrero García, Presidente del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana (manifestación de fojas trece y testifical de fojas cuatrocientos veintiséis). Es más, el indicado testigo puntualizó que cuando se realizó la intervención a Palacios Dextre se encontraba en el lugar, pero al notar algo inusual se retiró. El Gerente del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana en su declaración de fojas trescientos treinta y seis, corrobora el papel que desempeñó Riquelme Vargas Machuca en noticiar de la orden de clausura, en ofrecer la intercesión de empleados de la Municipalidad de San Isidro y en acompañarlos para solicitar dinero a cambio de una solución

al problema que anunciaron. El Tesorero Abel César Gamarra Malpartida dio cuenta de la presión que se hacia para el pago de dinero y así evitar la clausura del local institucional (declaración de fojas cuatrocientos treinta).

TERCERO: Que el encausado Riquelme Vargas Machuca en su instructiva de fojas trescientos treinta y uno y declaración plenarial de fojas quinientos cincuenta y ocho vuelta y quinientos setenta y ocho reconoce que comunicó a los directivos del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana la existencia de una orden de clausura del local institucional, así como que llevó a sus coimputados Palacios Dextre y Ávila Sánchez, servidores de la Municipalidad de San Isidro, para "solucionar" el problema, incluso se entrevistaron con el Presidente del Círculo. Sin embargo, en su descargo aduce que sus coimputados solicitaron dinero para los trámites, lo que desconocía. Esta versión, empero, ha sido cuestionada por la declaración del propio Palacios Dextre –encausado que se sometió a la conformidad procesal (acta de la sesión de audiencia de fojas quinientos setenta y dos)–, quien refiere que el dinero pedido era para Riquelme Vargas Machuca (instructiva de fojas trescientos seis).

CUARTO: Que los elementos de convicción apuntan razonablemente a la necesaria intervención concertada del imputado Riquelme Vargas Machuca en la exigencia de dinero por parte de servidores municipales para incumplir con sus deberes funcionales. Existe sindicación directa sobre aspectos previos a la entrega de dinero y, esencialmente, del momento en que se pidió dinero al responsable del Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana. Además, los cargos provienen de varias fuentes, tanto del sector de la institución a la que se pidió dinero como de uno de los coimputados. Asimismo, desde el análisis lógico de los hechos no tiene explicación razonable el papel relevante que cumplió el imputado: dio cuenta de la orden de clausura, anunció una posible solución con el concurso de personal municipal, llevó a sus coimputados a la institución para entrevistarse con sus directivos y estuvo presente cuando se concretó el pedido de dinero.

QUINTO: Que, siendo así, y a partir de lo expuesto, se concluye que el Tribunal de Instancia no efectuó una debida apreciación de los hechos ni compulsó adecuadamente la prueba actuada con el fin de esclarecer definitivamente los hechos.

Además, la actuación probatoria quedó trunca al no convocarse al testigo impropio, así como a los demás testigos de cuya presencia se prescindió sin motivo razonable. Es de aplicación la concordancia de los artículos 298 inciso 1 y 299 del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **NULA** la sentencia de fojas seiscientos veintitrés, del seis de agosto de dos mil nueve, en cuanto absolvió a Paul Riquelme Vargas Machuca de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Isidro y el Círculo de Oficiales de la Guardia Republicana del Perú. **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado y se cite para declarar tanto al sentenciado Palacios Dextre como a Guerrero García, Gamarra Malpartida y Pulcha Zanabria; y los devolvieron. Hágase saber.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

045 Cohecho pasivo propio: Falta de prueba de la entrega de dinero puede suplirse con concatenación y enlaces lógicos de otras pruebas

Si bien el encausado no fue sorprendido recibiendo el dinero que le entregó al funcionario público, su recepción, la vinculación y el acuerdo entre estos ha sido posible deducirlos a través del análisis efectuado –sobre la base de pruebas objetivas y subjetivas detalladas en los fundamentos jurídicos de la presente ejecutoria–; que, por lo tanto, no se trata de simples apreciaciones subjetivas o de suposiciones, sino de una verdadera concatenación y enlaces lógicos entre las múltiples pruebas recaudadas que permiten sustentar fehacientemente la comisión judicial sobre la participación culpable del encausado en el hecho delictivo de cohecho pasivo propio, tanto más si se ha establecido una concordancia entre los resultados que las pruebas suministraron.

Recurso de Nulidad Nº 1104-2009-HUÁNUCO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 13 de agosto de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Ricardo Fabián Zevallos contra la sentencia de fojas quinientos doce, del treinta y uno de diciembre de dos mil ocho; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el recurrente en su recurso formalizado de fojas quinientos treinta y uno alega que en autos no existe elemento de prueba alguno que acredite la imputación en su contra; que no se tuvo en cuenta su uniforme y coherente negativa de comisión de los hechos juzgados; que no se ha probado la materialidad delictiva ni mucho menos la responsabilidad penal que se le atribuye. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos treinta y tres, el veintiocho de marzo de dos mil cuatro, siendo las once horas, aproximadamente, el encausado Fabián Zevallos en su condición de Director de la Escuela Primaria número treinta y dos mil trescientos uno - Shurapampa - Yarowilca, junto con las profesoras Elvira Silva Espinoza y Mercedes Elena Ramos

Villanueva, se apersonaron al domicilio de Marlith Eugenia Soto Romero, ubicado en la Urbanización Santa Elena, manzana "B" lote veinticinco, Amarilis - Huánuco, y le propusieron ocupar una plaza vacante como profesora a cambio de la entrega de mil quinientos nuevos soles; que la citada maestra en aquel momento le entregó la suma de mil nuevos soles y el resto del dinero lo haría al expedirse la resolución respectiva –que le otorgaría dicha plaza como profesora–. **TERCERO:** Que en autos se encuentra corroborada la responsabilidad penal del encausado Fabián Zevallos por el delito imputado; que, en efecto, Marlith Eugenia Soto Romero en sede policial –fojas nueve– sostuvo que por intermedio de sus amigas Elvira Silva Espinoza y Mercedes Elena Ramos Villanueva conoció al citado acusado, el mismo que a cambio de la suma de mil quinientos nuevos soles le ofreció entregarle una plaza vacante como profesora en el Centro Educativo que dirigía, pero que sólo le entregó el monto de mil nuevos soles en presencia de las antes mencionadas, y que por seguridad decidió grabar la conversación que tuvo con el encausado, quien le hizo entrega de una copia del examen; que este regresó el nueve de abril de dos mil cuatro para solicitarle más dinero, lo cual no aceptó, por lo que quedó en comunicarse con ella y al incumplir su palabra, lo fue a buscar en innumerables oportunidades a su domicilio, encontrándolo el uno de mayo de dos mil cuatro por el mercado, donde le dijo que en caso no ganara la plaza le devolvería su dinero; que al no recuperar su dinero decidió acudir a la UGEL y contó lo sucedido al director Marco Antonio Honores Moya, quien a su vez increpó al encausado la devolución de su dinero, sin que hasta la fecha haya cumplido; que esta versión la ratificó en sede sumarial –fojas noventa–. **CUARTO:** Que, además, dicha versión se corrobora con las siguientes testimoniales: i) de Elvira Silva Espinoza, quien sostuvo en sede preliminar –fojas once– que un día su comadre Mercedes Elena Ramos Villanueva llegó a su domicilio en compañía del acusado Fabián Zevallos y comenzaron a indagar por el domicilio de Marlith Eugenia Soto Romero por cuanto el encausado estaba ofreciendo una plaza vacante en el Centro Educativo que dirigía y como sabía que la agraviada era docente y no tenía trabajo decidió llevarlos a su casa; que en presencia de todas el acusado le ofreció dicho puesto a cambio de la entrega de mil quinientos nuevos soles, recibiendo únicamente la suma de mil nuevos soles y la diferencia se la entregaría una vez que saliera su resolución; que esta versión la ratificó en sede sumarial a fojas ciento veintiuno; de Mercedes Elena Ramos Villanueva –fojas trece–, quien corrobora lo sostenido por Silva Espinoza, agregando que la plaza ofrecida no le fue entregada a la agraviada y menos recibió su dinero; versión

que ratificó en sede sumarial a fojas ciento cincuenta y cuatro; iii) de Marco Antonio Honores Moya –fojas quince–, quien expresó que en su condición de Director de la UGEL - Yarowilca concursó con Marlith Soto Romero al domicilio del encausado Fabián Zevallos para increparle su ilícito proceder, comprometiéndose el citado encausado a devolverle su dinero –mil nuevos soles–; que luego de ello decidió anular el cuestionado concurso y lo denunció ante la Dirección Regional de Educación; que este testimonio lo ratificó a fojas trescientos treinta y tres. **QUINTO:** Que dichas versiones se fortalecen aún más con la presencia de un elemento, objetivo de cargo, constituido por la transcripción de la grabación entregada en su oportunidad por Marlith Soto Romero –fojas quinientos uno–, que no ha sido cuestionada por el imputado, de cuyo tenor se advierten las tratativas económicas entre el acusado y la citada Soto Romero a cambio de la entrega de una plaza vacante como profesora en el colegio donde el acusado se desempeñaba como Director; que, aunado a ello, es de enfatizar que el procesado Fabián Zevallos al negar los hechos imputados incurrió en serias contradicciones pues en sede sumarial –fojas trescientos uno– alegó que no conoció a la denunciante Soto Romero ni a las profesoras Silva Espinoza y Ramos Villanueva y no concurrió al domicilio de estas, sin embargo en sede plenarial –fojas cuatrocientos noventa y uno– aceptó que conoció a Ramos Villanueva y que el citado Honores Moya junto a una señora fueron a su domicilio a reclamarle un dinero que no recibió –se trata de un indicio de mala justificación, inverosímil y ausente de congruencia–. **SEXTO:** Que, en consecuencia, el caudal probatorio es suficientemente idóneo para sustentar la hipótesis acusatoria contenida en el dictamen del representante del Ministerio Público, y enervar la presunción constitucional de inocencia del acusado recurrente, pues la sindicación de Soto Romero ha sido constante y corroborada con otros elementos de prueba que le otorgan credibilidad. **SÉTIMO:** Que si bien el encausado Fabián Zevallos no fue sorprendido recibiendo el dinero que le entregó Soto Romero, su recepción, la vinculación y el acuerdo entre estos ha sido posible deducirlos a través del análisis efectuado –sobre la base de pruebas objetivas y subjetivas detallados en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto de la presente Ejecutoria-; que, por tanto, no se trata de simples apreciaciones subjetivas o de suposiciones, sino de una verdadera concatenación y enlaces lógicos entre las múltiples pruebas recaudadas que permiten sustentar fehacientemente la comisión judicial sobre la participación culpable del encausado Fabián Zevallos en el hecho delictivo que se le atribuye, tanto más si se ha establecido una concordancia entre los resultados que las pruebas suministraron. Por estos

fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos doce, del treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, que condena a Ricardo Fabián Zevallos como autor del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios– en su modalidad de cohecho pasivo propio en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de dos años bajo reglas de conducta e inhabilitación por el plazo de un año, así como fija en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el citado sentenciado a favor del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

046 Cohecho pasivo propio: Conducta de los procesados debe adecuarse a este delito

Del estudio de autos se advierte lo siguiente: a) que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, al momento de expedir sentencia no ha cumplido con lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema del veintisiete de mayo de dos mil cinco, recaída en el presente proceso, que señala con relación a los hechos imputados a los procesados perpetrados en perjuicio del Estado y otros, b) que no puede darse el desdoblamiento del título de imputación basado en la calidad funcional de los concurrentes, correspondiendo adecuarse la conducta al delito de cohecho pasivo propio.

Recurso de Nulidad Nº 3923-2007-LAMBAYEQUE

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 9 de febrero de 2009

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Adolfo Barrientos Peña; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Norvil Delgado Rojas, contra la sentencia de fojas setecientos sesenta y seis, del dos de agosto de dos mil ocho que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública en su figura de corrupción de funcionarios –cohecho propio en perjuicio del Estado, Gonzalo Vásquez Casiano y Juan Antonio Casiano Parraguez, y por el delito contra la Administración Pública en su figura de corrupción de funcionarios– concusión en perjuicio del Estado y Marco Antonio Macalopú Yovera; a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años bajo el cumplimiento reglas de conducta, inhabilitación de tres años y al pago de cuatro mil nuevos soles, monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado Gonzalo Vásquez Casiano, tres mil soles a favor de Juan Antonio Casiano Parraguez y dos mil nuevos soles a favor de Marco Antonio Macalopú Yovera; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, se atribuye a los procesados Norvil Delgado Rojas –Director– y Lucio Pablo Chumán Castillo –Auxiliar– del Colegio Nacional "Manuel Antonio Mesones Muro" de la provincia de Ferreñafe, departamento de Lambayeque, el haber solicitado indebidamente a los agraviados Gonzalo Vásquez

Casiano y Juan Antonio Parraguez, la suma de cinco mil y dos mil cuatrocientos nuevos soles, a cambio de concederles una plaza vacante de docente a sus hijas, entregando con tal fin los agraviados la suma de tres mil y mil quinientos nuevos soles respectivamente; sin embargo, al descubrir que tales plazas eran inexistentes los perjudicados procedieron a denunciar los hechos; así también se advierte, que el encausado Norvil Delgado Rojas exigió a Marco Antonio Macalopú Lloverá la suma de ochocientos nuevos soles a cambio de conseguirle una plaza de docente en un centro educativo de la localidad de Monsefú. **SEGUNDO:** Que, el procesado al fundamentar su recurso de nulidad a fojas setecientos cincuenta y tres, precisa lo siguiente: Que se le ha condenado a cuatro años de pena privativa de libertad, al pago de nueve mil nuevos soles por concepto de reparación civil e inhabilitación por tres años, tipificando su conducta en los artículos trescientos ochenta y dos y trescientos noventa y tres del Código Penal modificado por Ley veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, que sanciona dichos ilícitos con penas más graves, no tomando en consideración que se acogió a la Conclusión Anticipada del Debate Oral, incurriendo la Sala por tanto en flagrante violación al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste; que el Colegiado al condenar a su coprocesado Lucio Pablo Chumán Castillo por el delito de Estafa y Cohecho propio no ha tenido en consideración la Ejecutoria Suprema dictada en el presente caso; razones por las que solicita se declare Nula la sentencia. **TERCERO:** Que, del estudio de autos se advierte lo siguiente: a) Que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, al momento de expedir sentencia no ha cumplido con lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos diecinueve, del veintisiete de mayo de dos mil cinco, recaída en el presente proceso, que señala con relación a los hechos imputados a los procesados Norbil Delgado Rojas y Lucio Pablo Chumán Castillo perpetrados en perjuicio del Estado, Gonzalo Vásquez Casiano, Juan Antonio Casiano Parraguez y Marco Antonio Macalopú Yovera, que no puede darse el desdoblamiento del título de imputación basado en la calidad funcional de los concurrentes, correspondiendo adecuarse la conducta al delito de cohecho pasivo propio; b) que la sentencia ha obviado hacer referencia al hecho perpetrado en perjuicio de Marco Antonio Macalopú Lloverá; no ha fijado el monto que por concepto de reparación civil se deberá abonar a favor del Estado y se ha fijado el periodo de inhabilitación en el caso del recurrente por un periodo diferente a la pena principal, contraviniendo en este extremo a lo previsto en el artículo treinta y nueve del Código Penal; irregularidades que desnaturalizan el debido proceso y que por tanto, vician de nulidad las actuaciones realizadas, por lo que

es del caso proceder conforme a lo señalado en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos, declararon: **NULA** la sentencia de fojas setecientos sesenta y seis, del dos de agosto de dos mil ocho; **DISPUSIERON:** La realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado; llamaron la atención a los integrantes de la Sala Superior, por no haberse ceñido a lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos diecinueve, del veintisiete de mayo de dos mil cinco; recomendaron celeridad y celo en el ejercicio de las funciones a fin de evitar posteriores nulidades; y los devolvieron.

SS.
ROMÁN SANTISTEBAN
BARRIENTOS PEÑA
ROJAS MARAVÍ
ARELLANO SERQUÉN
ZEVALLOS SOTO

RECURSO DE NULIDAD Nº 3923-2007-LAMBAYEQUE

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 1 de julio de 2009

AUTOS Y VISTOS: Con la Resolución Administrativa número doscientos uno-dos mil nueve-CE-PJ, expedida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, publicada el día de hoy en el diario oficial *El Peruano* que da cuenta del sensible fallecimiento del señor Vocal Supremo y miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial doctor Javier Román Santisteban, producido el día veintiocho de junio de dos mil nueve; y **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que el artículo ciento cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: "En las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos hacen resolución (...); **SEGUNDO:** Que, la resolución recaída en el presente recurso de nulidad fue votada oportunamente, dictada previa ponencia en la fecha que se consigna, sin votos singulares ni discordantes y está suscrita por cuatro de los miembros de la Sala; todo de conformidad con lo previsto en el artículo ciento treinta y ocho del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **TERCERO:** Que el Vocal Supremo Doctor Javier Román Santisteban presidió esta Sala en adición a su función de miembro del Consejo

Ejecutivo del Poder Judicial, además, hizo uso de sus vacaciones, luego se vio afectada su salud hasta fallecer, razones por las que no ha suscrito las resoluciones oportunamente lo que no invalida la actuación y/o decisión judicial; **CUARTO:** Finalmente, la imposibilidad material por fallecimiento no impide continuar el proceso. En consecuencia: **DISPUSIERON:** Tener por emitida la Ejecutoria Suprema en la presente causa, debiendo proseguirse con el trámite respectivo; **MANDARON:** Que, cada vez que se solicite copias certificadas de la Ejecutoria Suprema, se expida conjuntamente con la presente resolución; notificándose.

SS.
GONZALES CAMPOS R. O.
BARRIENTOS PEÑA
ROJAS MARAVÍ
ARELLANO SERQUÉN
ZEVALLOS SOTO

047 Cohecho pasivo propio: Beneficio económico inmotivado acredita la solicitud de dinero por parte del agente policial

La boleta de transferencia de dinero a favor del agente policial, por parte del conductor de un vehículo, cuya carga no se encontraba regularizada, conforme se observó en la intervención realizada, acredita que este agente solicitó la entrega de dinero a cambio de incumplir sus obligaciones, bajo amenaza de decomiso.

Recurso de Nulidad Nº 497-2011-CUSCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 3 de mayo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Tobías Clemente Patiño Yauri contra la sentencia de fojas trescientos dos, del veintisiete de diciembre de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta, e impuso inhabilitación por el mismo término de la condena; así como fijó en mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del perjudicado; interviniendo como ponente el señor Villa Stein; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el encausado Tobías Clemente Patiño Yauri en su recurso formalizado de fojas trescientos trece solicita su absolución; que, al respecto sostiene que no se valoraron adecuadamente las pruebas; que la imputación formulada en su contra obedece a la animadversión que le tiene Leoncio Chara Chillupa por lo que debió aplicarse a su favor el principio de *in dubio pro reo*; que los hechos imputados ocurrieron el veintinueve de mayo de dos mil tres, por lo que la sentencia debió aplicar la norma vigente a esa fecha como es el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y no su posterior modificatoria. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas ciento noventa y uno, en horas de la noche del veintinueve de mayo de dos mil tres, el procesado Tobías Clemente Patiño Yauri en su condición de Comisario Accidental de la Comisaría de la Policía Nacional del Perú de Quince mil - Camanti, Quispicanchis, Cusco, intervino el camión de placa de rodaje YI - dos mil ciento veintiuno conducido por Wilbert Washington Zurita

Rodríguez que transportaba castañas con destino al Cusco, que al percatarse del exceso de carga del citado producto y además que no contaba con la guía de transporte forestal expedido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales - Inrena, retuvo los documentos del vehículo y la licencia del conductor, quien consciente de su conducta irregular ofreció entregarle cien nuevos soles para que el agente policial le permita continuar con su viaje, cantidad de dinero que no fue aceptado por el encausado quien le exigió un mil nuevos soles para incumplir con sus obligaciones o de lo contrario decomisaría la carga de castañas, situación que motivó que el conductor se comunique con Martín Wilbert Valer Carpio propietario del vehículo y le informe de ese acontecimiento, que luego el referido conductor le solicitó que disminuyera ese monto pactando en seiscientos nuevos soles. Que el treinta de mayo de dos mil tres, Martín Wilbert Valer Carpio por medio de Multiservicios "Ortiz Mega Cinco" ubicado en Avenida Ernesto Ribero número ochocientos quince, Puerto Maldonado transfirió la cantidad de dinero pactado hacia Radio Mega de Quince Mil, el que fue recogido por Wilbert Zurita Rodríguez quien entregó quinientos nuevos soles al citado encausado y el dinero restante le entrego a Vidal Tarco Córdova para que le entregue al citado encausado, quien después de recibir la totalidad de la cantidad de dinero devolvió los documentos retenidos y liberó el vehículo para que prosiga con su marcha. **TERCERO:** Que los argumentos esgrimidos por el encausado Tobías Clemente Patiño Yauri son los mismos que sostuvo en el proceso, los que fueron debidamente apreciados y desarrollados en los fundamentos jurídicos de la recurrida, sin que para impugnar lo hayan refutado debidamente; que la corrección de su condena por el delito de concusión, emerge de la suficiencia probatoria que acredita de manera indubitable y en grado de certeza la responsabilidad penal que se le atribuye, estando demostrado que la materialidad del delito como vinculación culpable del encausado, que a este efecto se tiene el testimonio de Martín Wilbert Valer Carpio ofrecido a fojas sesenta y uno, del que se aprecia que con motivo de la solicitud de dinero que le hiciera el procesado Patiño Yauri a Wilbert Zurita Rodríguez conductor de su vehículo transfirió esa cantidad de dinero para liberar su unidad de transporte; que esta afirmación de disposición económica para satisfacer la exigencia del encausado está acreditada con la boleta de transferencia de dinero de fojas treinta y dos el que fue cobrada por el citado conductor conforme se aprecia del acta de constatación de fojas setenta y uno; que esta imputación tiene fundamento razonable pues esta situación ilegal fue de conocimiento de Leoncio Chara Chillitupa Comisario Titular de la Comisaría de Quince Mil, quien inmediatamente de recibir la denuncia respectiva realizó la investigación necesaria recogiendo el dicho de Vidal Tarco Córdova propietario de la bodega

en donde el encausado devolvió parte del dinero para que este lo restituya al chofer del vehículo, todo lo que formó parte del Informe número dieciséis - X - DIRTEPOL/RPC-JPQU - CQ. **CUARTO:** Que, estos elementos de prueba en conjunto trasuntan una mayor verosimilitud y fidelidad en la imputación y afirman la tesis acusatoria; que, en tal sentido, en la conducta del encausado concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de concusión previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, en tanto que en su calidad de Comisario Accidental de la Comisaría de la Policía Nacional del Perú solicitó una ventaja económica para incumplir con sus funciones oficiales; que por lo demás los argumentos de descargo orientados a reclamar su inocencia, en modo alguno invierten los términos de la tesis incriminatoria. **QUINTO:** Que la pena privativa de libertad suspendida impuesta al encausado Patiño Sauri respeta la magnitud de su culpabilidad por el injusto penal determinado; así como observa correspondencia con los criterios y factores que para su individualización prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, pues se tuvo en cuenta el marco punitivo conminado para esta clase de delito previsto en el artículo trescientos noventa y tres del referido cuerpo legal, las condiciones personales del imputado y los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica contemplados en el artículo VIII del Título Preliminar del citado Código. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos dos, del veintisiete de diciembre de dos mil diez, que condenó al encausado Tobías Clemente Patiño Yauri como autor del delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta, e impuso inhabilitación por el mismo término de la condena; así como fijó en mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del perjudicado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

048 Cohecho pasivo propio: Testimonio debe contar con datos objetivos que acrediten la sindicación para acreditar el delito

Los testimonios de un fiscal y un conductor intervenido en contra del agente policial que exigió en un operativo policial vehicular dinero a cambio de no sancionar al referido conductor, aunque tales declaraciones surjan en flagrancia, resultan insuficientes para acreditar responsabilidad del delito, si lo dicho no cuenta con datos objetivos externos que vinculen lo declarado con lo sucedido; y en el presente caso, no se encontró el dinero en las pertenencias del agente policial, por lo que se absuelve al mismo.

Recurso de Nulidad Nº 1335-2011-PUNO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 22 de mayo de 2012

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de fojas quinientos setenta y ocho, del cinco de enero de dos mil diez, que absolvió a Javier Elías Pancca Quispe de la acusación formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Fundamentos del recurso e identificación del problema jurídico.- El Fiscal Superior en lo Penal en su recurso formalizado de fojas quinientos noventa y dos sostiene lo siguiente:

A. El acta de constatación fiscal de fojas veintidós acredita que el Ministerio Público intervino al encausado Javier Elías Pancca Quispe, quien en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, recibía monedas de su coencausado Wilfredo Condori Calcina, el mismo que en su manifestación policial de fojas doce y en su declaración instructiva de fojas

trescientos setenta y dos, señaló que el primero le exigió dinero para que no intervenga su vehículo de placa de rodaje WV-dos mil setecientos cincuenta, habiéndole entregado dos monedas de un sol, las cuales arrojó cuando se produjo la intervención del Fiscal Provincial en lo Penal, y escuchó el sonido de la moneda que cayó al piso.

B. El propio encausado Javier Elías Pancca Quispe en su manifestación policial de fojas quince, admitió que la moneda fue encontrada a tres metros del lugar de la intervención, por lo que, resulta evidente que todas las versiones son coincidentes y no se tratan de meras imputaciones sin sustento probatorio, ni se puede sostener que la versión del Fiscal Provincial en lo Penal Fredy Saúl Vilca Monteagudo sea inconsistente.

SEGUNDO: imputaciones contenidas en la acusación. Delimitación de cargos y calificación jurídica.- Según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos diecisiete, los hechos objeto de imputación son los siguientes:

1. El día cuatro de mayo de dos mil nueve, a las diecisiete horas con quince minutos, el Fiscal Provincial Fredy Saúl Vilca Monteagudo se constituyó hasta el puente "Maravillas" salida a Cusco, a bordo de la unidad móvil del Ministerio Público de placa de rodaje PQR-quinientos setenta y cinco, con la finalidad de realizar una constatación inopinada sobre el cumplimiento de la función policial.

2. Es así que, cerca del grifo "Inka" advirtió la presencia del vehículo de placa de rodaje WV-dos mil setecientos cincuenta conducido por Wilfredo Candor Calcina, quien se encontraba en la caseta de control, el cual había sido intervenido por el encausado Javier Elías Pancca Quispe –miembro de la Policía Nacional del Perú– y cuando el representante del Ministerio Público se acercó, pudo observar que el citado encausado estaba recibiendo la documentación del vehículo, conjuntamente con dos monedas de un nuevo sol.

3. Al ser preguntado el conductor Wilfredo Condori Calcina sobre este hecho, reconoció que le había entregado al encausado Javier Elías Pancca Quispe la suma de dos nuevos soles, debido a que en la tarjeta de propiedad de su vehículo se había consignado que la carrocería tenía "baranda baja", cuando en realidad era "baranda alta", habiéndose suscrito el acta correspondiente, pero se suspendió dicha diligencia por falta de asistencia policial, sin embargo, fue reanudada porque llegaron al lugar dos efectivos

policiales adscritos al Ministerio Público, quienes a dos metros del vehículo encontraron una moneda de un nuevo sol, y pese a la búsqueda realizada no se logró encontrar la otra moneda, debido a la oscuridad y características del lugar.

4. Estos hechos fueron calificados como delito de cohecho pasivo propio previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal.

TERCERO: Planteamiento del caso. Hechos objeto de prueba.- El núcleo de la imputación parte y se sustenta en el acta de constatación de fojas veintidós, transcrita a fojas sesenta, que da cuenta sobre la constatación inopinada realizada por el representante del Ministerio Público con la finalidad de verificar la regularidad de la labor policial, habiendo introducido el Fiscal Superior en su requisitoria oral de fojas quinientos sesenta y siete, un dato que intentarían explicar los hechos objeto de imputación, que se traduce en el hecho de que el Fiscal Provincial en lo Penal habría presenciado el momento en que el encausado Javier Elías Pancca Quispe recibía las monedas, y al encontrarse en una situación de flagrancia arrojó las monedas al piso, lo cual también fue escuchado por el Fiscal, quien fue testigo presencial los hechos, corroborándose estos hechos con el testimonio del Wilfredo Condori Calcina, quien en su manifestación policial de fojas doce y en su declaración instructiva de fojas trescientos setenta y dos, señaló que el citado encausado le exigió dinero, un sencillo para que no lo intervenga, habiéndole entregado dos monedas de un nuevo sol.

CUARTO: Este Supremo Tribunal evaluará los medios probatorios, no solo de forma individual, sino igual y necesariamente en conjunto, bajo la óptica de prevalencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de acuerdo con los criterios de apreciación relativos a la naturaleza y circunstancias del delito imputado, ya sea que llegue a la convicción o no del hecho objeto de prueba, pero lo que no es jurídicamente admisible es dejar de lado la imprescindible confrontación que se impone de todas las pruebas en su conjunto, puesto que, cada de una de ellas puede contener una verdad, o mejor dicho dar origen a un criterio de verdad, que como tal deber ser confrontado con los demás, para que en su universo e integrados todos, se deslinden los que pueden calificarse de lógicos y sustentados en datos concretos y objetivos, de aquellos que no lo son.

QUINTO: En el presente caso, el elemento de prueba determinante en que el Fiscal Superior en lo Penal ha fundado su acusación, es precisamente el acta de constatación de fojas veintidós, transcrita la sesenta, así como la sindicación efectuada por el encausado Wilfredo Condori Calcina –quien fue acusado por el delito de cohecho activo genérico y se le reservó el juzgamiento– en su manifestación policial de fojas doce y en su declaración instructiva de fojas trescientos setenta y dos; sin embargo, no concurrió al juicio oral para ratificarse en su sindicación, por lo que, se trata de una declaración imprecisa y no converge aspectos esenciales, lo cual le resta mérito probatorio a su testimonio; en consecuencia, no se trata de un problema de credibilidad, sino de insuficiencia probatoria.

SEXTO: En efecto, la declaración del acusado Wilfredo Condori Calcina, por sí sola, no permite desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, sino que para que pueda fundarse una condena en dicha declaración, es preciso que se adicione a la misma algún dato que la corrobore mínimamente, es decir, la sindicación del coimputado debe estar avalada por algún hecho o la concurrencia de datos periféricos de carácter externo que corroboren mínimamente su versión incriminatoria, y esa corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos objeto de imputación.

SÉTIMO: De otro lado, el Fiscal Provincial Fredy Saúl Vilca Monteagudo en su declaración prestada en el juicio oral a fojas quinientos siete, señaló que dentro de las pertenencias del encausado Javier Elías Pancca Quispe no se encontraron las monedas y por esa razón solicitó a los efectivos policiales que realicen una búsqueda para ubicar dichas monedas, y que al citado encausado no se le encontró moneda alguna; por lo que, su testimonio no contiene datos objetivos que corroboren mínimamente la responsabilidad penal del citado causado, de modo que no es posible establecer con toda seguridad su vinculación con el delito objeto de imputación, pues la sindicación de los únicos testigos de cargo, por las razones antes precisadas, no tienen entidad suficiente para constituir base o fundamento de una sentencia condenatoria, puesto que, no se obtuviera elementos de prueba autónomos, legítimos e idóneos para acreditar la conducta punible; por lo que, es del caso confirmar su absolución.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

1. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos setenta y ocho, del cinco de enero de dos mil diez, que absolvió a Javier Elías Pancca Quispe de la acusación formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y lo desvolvieron. Interviene el señor Morales Parraguez por vacaciones del señor Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

049 Cohecho pasivo propio: Policía a cargo de investigaciones recibió dinero para favorecer a detenido

Se acreditó que el policía que estaba a cargo de las investigaciones había pedido mil nuevos soles al padre de un detenido con la finalidad de que dé libertad y que todo quede en la dependencia policial, ya que la agraviada del delito que investigaba el policía puso en conocimiento del coronel de la Policía, quien solicitó la presencia de Inspectoría e intervención del representante del Ministerio Público, motivo por el cual se constató y verificó que se encontró en el dormitorio del personal, en el tacho del baño, cinco billetes de cien nuevos soles y dos billetes de cincuenta nuevos soles que el acusado los habría dejado allí, habiendo momentos antes ingresado el encausado.

Recurso de Nulidad Nº 3745-2010-PUNO

SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, 19 de abril de 2011

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Sabino Enrique Alemán Padilla contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos veintinueve, del seis de agosto de dos mil diez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO PRIMERO:** Que el acusado Alemán Padilla en su recurso formalizado de fojas quinientos sesenta y siete alega que la sola sindicación de un testigo sin que se encuentre corroborada con otros medios de prueba es insubsistente para condenarlo; que el dinero se encontró en el tacho de los baños, los cuales son de uso de todos los efectivos policiales, pues a su persona, no se le realizó ningún registro personal; que no se merituó que el testigo Antonio Mamani no señaló a ninguna persona que le haya solicitado dinero, agrega que finalmente no se encontraba bajo su responsabilidad la medida de detención del familiar de la agraviada, sino solo en responsabilidad de su custodia. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos sesenta, el veintidós de noviembre de dos mil siete, como a las once y treinta de la mañana, en la Comisaría Sectorial de Juliaca, se intervino a Sabino Enrique Alemán Padilla, quien habría pedido mil nuevos soles a Antonio Mamani Huanca, con la finalidad de que dé libertad a su hijo Hitler Mamani Mendoza y todo quede en la dependencia policial, motivo por el cual incluso les hizo realizar una transacción extrajudicial, siendo que ante este hecho habría entregado seiscientos nuevos soles

al acusado, en su calidad de policía a cargo de las investigaciones, hechos que fueron descubiertos por la madre de Tamara Úrsula Quispe Vargas, quien resulta siendo agraviada en el delito que comprende a Hitler Mamani, motivo por el cual puso en conocimiento del Coronel de la policía, quien solicitó la presencia de Inspectoría e intervención del representante del Ministerio Público, motivo por el cual en el acto de constatación y verificación, conforme obra en el acta, se encontró en el dormitorio del personal, en el tacho del baño, cinco billetes de cien nuevos soles y dos billetes de cincuenta nuevos soles que el acusado los habría dejado allí, ya que momentos antes había ingresado. **TERCERO:** Que el acusado Alemán Padilla en su manifestación policial de fojas once, instructiva de fojas veintiuno, veintinueve y cincuenta y tres, así como en su declaración plenaria de fojas doscientos noventa y tres, rechazó los cargos y aseveró que personalmente dio cuenta de la detención de Hitler Mamani, pero que no participaba directamente de la investigación, por lo que resulta imposible que haya solicitado dinero, ya que no tenía facultad de darle libertad; que cuando el denunciante Antonio Mamani lo sindica como la persona que le exigió dinero, solicitó al coronel Delgado para que le haga un registro personal, pues el dinero terminó siendo hallado en el tacho del baño de los dormitorios. **CUARTO:** Que, sin embargo, tanto el delito y su responsabilidad se acreditan con lo vertido por el testigo Mamani Huanca; quien en su manifestación policial de fojas tres, y testimonial de fojas sesenta y tres, relató que entregó la suma de seiscientos nuevos soles al efectivo policial Alemán Padilla cuando aquel estaba sentado en su escritorio, a petición de este, con el objeto de dar libertad a su hijo Hitler Mamani Mendoza, que hizo entrega de cinco billetes de cien nuevos soles y dos billetes de cincuenta nuevos soles, los cuales fueron encontrados en el tacho de basura del baño del dormitorio de los policías; asimismo, con lo señalado por la testigo Quispe Vargas, quien en su manifestación policial de fojas nueve, testimonial de fojas ciento tres, y declaración plenaria de fojas cuatrocientos veintidós, refirió que el acusado Alemán Padilla le mencionó que podían transar, pero cuando el Coronel bajó, el padre de Hitler Mamani sindicó al acusado y como este fue visto por inmediaciones del cuarto de los policías, directamente fueron a buscar a dicho lugar todos los presentes por orden del Coronel, y al ingresar al baño y voltear el tacho encontraron el dinero, instantes en que se hizo presente el Fiscal y otras autoridades; que dicho relato se corrobora con lo sostenido por Justina Vargas Chávez, quien en su declaración plenaria de fojas trescientos cuarenta, refirió que concurrió a la Fiscalía para que se constate el dinero que el acusado lo tuvo en el bolsillo y luego se metió al baño donde lo dejó, encontrándolo en un tacho rosado, que el papá del detenido –Antonio Mamani– le dijo que le dio los seiscientos nuevos soles, y que vio por la rendija la entrega del dinero.

QUINTO: Que la tesis incriminatoria se refrenda con lo referido por el testigo Cochachín De La Cruz –efectivo policial–, quien en su testimonial de fojas cien, refirió que a pedido del Coronel Delgado Aragón solicitó que Inspectoría levante el acta de registro en el dormitorio del personal de la Comisaría de Juliaca, al cual solo puede ingresar el personal policial; que el testigo Delgado Aragón –Coronel de la Policía Nacional de inspectoría–, en su testimonial de fojas ciento cinco, afirmó que se constituyó al despacho del Comisario Mayor Policía Nacional Zegarra Medina, en el que encontró al acusado Alemán Padilla por denuncia de una señora, quien reconoció al encausado como la persona encargada de la investigación en agravio de su hija, para luego constituirse al dormitorio de sub oficiales, y al hacerse el registro se halló el dinero materia de la denuncia, en el tacho de basura que existía en el interior del baño del mencionado dormitorio, al mismo que solamente tiene acceso el personal policial, tal como se acredita con el acta de constatación –véase fojas uno–; del mismo modo, el acta de inspección judicial –fojas ciento veintitrés– dejó constancia del tacho donde se localizó el dinero, el mismo que se ubica dentro del baño privado que corresponde al dormitorio del personal; por lo demás, con la Boleta de Internamiento –fojas cincuenta y ocho– se consignaron los cinco billetes de cien nuevos soles, así como de dos billetes de cincuenta nuevos soles, con sus respectivos números de serie, monto que fue materia del cohecho. **SEXTO:** Que, en consecuencia, los elementos de descargo alegados por el acusado Sabino Enrique Alemán Padilla, en modo alguno enervan los medios de prueba precitados, en tanto que el Superior Colegiado los ponderó de modo adecuado, lo que permite concluir que la condena impuesta en la sentencia recurrida está arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos veintinueve, del seis de agosto de dos mil diez, que condenó a Sabino Enrique Alemán Padilla por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio en agravio del Estado, a seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación, y fijó en la suma de dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene y es materia del grado; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

050 Cohecho pasivo propio: Acreditación de la responsabilidad penal del procesado

El delito de cohecho pasivo propio y la responsabilidad penal atribuida a la encausada se encuentran acreditados, especialmente con las declaraciones de la quejosa, pues aun cuando no indica que la encausada le solicitó dinero, de su contenido se evidencia que se ofreció a ayudarla en la demanda de alimentos que plantearía en esa judicatura, facilitándole la dirección de un domicilio real y otro procesal para que la precise en su demanda, así como la guió para que coordine con el secretario judicial la elaboración de la demanda, quien para realizar toda esa gestión le exigió el pago de seiscientos nuevos soles, lo cual fue corroborado con las declaraciones testimoniales efectuadas en el proceso.

Recurso de Nulidad Nº 1990-2009-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 19 de agosto de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la encausada Julia Ernestina Figueroa Eufracio contra la sentencia de fojas mil ciento cincuenta y nueve, del cinco de diciembre de dos mil ocho, que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años bajo reglas de conducta, así como fijó en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la encausada Figueroa Eufracio en su recurso formalizado de fojas mil ciento ochenta sostiene que no se valoraron adecuadamente las pruebas pues si bien Juan de Dios Santa María –secretario judicial– con el ánimo de perjudicarla la sindicó como partícipe de los hechos denunciados, posteriormente se retractó de esa inicial imputación; que la quejosa Sánchez Cerro no le atribuyó ninguna clase de conducta deshonesta respecto de la solicitud o insinuación de entrega de dinero, pues precisó que

solo conversó con el auxiliar judicial quien le realizó esa proposición; que la condena debió sostenerse en el dispositivo legal vigente al momento de los hechos denunciados y no en uno posterior como incorrectamente fue calificado; que el Procurador Público del Poder Judicial en su recurso formalizado de fojas mil ciento noventa sostiene que la cantidad fijada por concepto de reparación civil no es proporcional al daño causado al Estado, por lo que debe ser incrementado. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos dos, se atribuye a la encausada Julia Ernestina Figueroa Eufrasio que en su condición de Juez de Paz Letrado de Matucana conjuntamente con Juan de Dios Díaz Santa María en calidad de secretario solicitaron a Julia Thorsen Sánchez Cerro la cantidad de seiscientos nuevos soles para favorecerla en un futuro proceso de alimentos que entablaría en ese Órgano jurisdiccional, hecho que el veinticuatro de julio de dos mil tres fue descubierto mediante un operativo realizado por la Oficina Distrital de Control de la Magistratura. **TERCERO:** Que, el delito de cohecho pasivo propio y la responsabilidad penal atribuida a la encausada Figueroa Eufrasio se encuentran acreditados, especialmente con las declaraciones de la quejosa Sánchez Cerro de fojas seis y ciento veintisiete, pues aun cuando no indica que la encausada le solicitó dinero, de su contenido se evidencia que se ofreció a ayudarla en la demanda de alimentos que plantearía en esa judicatura, facilitándole la dirección de un domicilio real y otro procesal para que la precise en su demanda, así como la guión para que coordine con Díaz Santa María –secretario judicial– la elaboración de la demanda, quien para realizar toda esa gestión le exigió el pago de seiscientos nuevos soles; que esta afirmación fue corroborada por Juan de Dios Díaz Santa María en su declaración de fojas diecisiete, quien de manera espontánea y seria sindicó a la acusada como partícipe de la solicitud de dinero que hizo a la quejosa Sánchez Cerro a efectos de beneficiarla en la demanda de pensión alimenticia que presentaría en ese Órgano jurisdiccional; que si bien posteriormente en su declaración de fojas doscientos treinta y nueve varió esta inicial declaración indicando que lo hizo por un sentimiento de cólera en razón de que la acusada le había presentado a la quejosa, sin embargo se advierte el último de excluirla de esa relación delictiva, pues no se evidencian intenciones ocultas de venganza y odio que hubiesen hecho suponer que la primigenia declaración se trató de una información falsa y deliberada a fin de generar un perjuicio a la encausada; que esta prueba en su legitimidad no ofrece dudas atento a la garantía de que en esa diligencia estuvo presente el representante del Ministerio Público, conclusión que confirma su certeza acorde con los criterios jurisprudenciales esbozados en la Ejecutoria Vinculante del recurso de nulidad signado con el número tres

mil cuarenta y cuatro - dos mil cuatro; que esta imputación fue consolidada con la transcripción de la cinta magnetofónica de fojas trescientos veinte, en lo referente a que Díaz Santa María afirmó que para que resulte favorecida la quejosa tenía que entregar la cantidad de dinero acordado, hecho del cual tenía conocimiento la encausada, **CUARTO:** Que, estos hechos en gran parte fueron reconocidos por la encausada en su manifestación de fojas diecisiete, instructiva de fojas veintiocho y setenta y siete, y en los debates orales de fojas mil seis, pues aceptó haberle proporcionado los indicados domicilios a la quejosa y luego la derivó al secretario judicial para que acuerden sobre el tema de la demanda y del abogado defensor, quien le solicitó la referida cantidad de dinero; que estos elementos de prueba evidencian inconcusamente que en la conducta de la encausada concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de cohecho pasivo propio, pues la citada encausada al margen de informar adecuadamente a la quejosa respecto de su consulta, de manera consciente orientó su colaboración a ofrecerle una ventaja materializada en una demanda exitosa, –realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones–, para cuyo efecto debía coordinar con Díaz Santa María –secretario– quien le solicitaría dinero como contraprestación de ese acto ilícito futuro, vulnerando en el presente caso el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y Ia probidad en la función encomendada. **QUINTO:** Que, para establecer el quántum de Ia pena impuesta a la encausada se respetaron los criterios y factores que para su individualización prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, pues se tuvo en cuenta el marco punitivo conminado para esta clase de delito, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del acotado Código, vigente al momento de los hechos denunciados, esto es antes de su modificatoria por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, las condiciones personales de la imputada y los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica contemplados en el artículo octavo del Título Preliminar del citado Código. **SEXTO:** Que sobre la cantidad fijada a la encausada por concepto de reparación civil se aprecia que para este propósito si bien se tuvo en cuenta los efectos del principio del daño causado, cuya unidad procesal –civil y penal– protege el bien jurídico en su totalidad, así como a la víctima y sus intereses, además de los criterios que informa el artículo noventa y tres del Código Penal, el monto fijado no cumple acabadamente con esas exigencias, por lo que es del caso aumentarlo prudencialrnente. Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento cincuenta y nueve, del cinco de diciembre de dos mil ocho, en cuanto condenó a la encausada Julia Ernestina Figueroa Eufracio como autora del

delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años bajo reglas de conducta. II. Declararon **HABER NULIDAD** en la citada sentencia en el extremo que fijó en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar la citada encausada a favor del indicado agraviado; reformándola: **FIJARON** por tal concepto la cantidad de cinco mil nuevos soles a favor del indicado agraviado; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

051 Cohecho pasivo propio: Absolución por falta de acreditación del acuerdo de voluntades

De la revisión de autos no se advierte caudal probatorio suficiente que acredite la configuración del delito de cohecho pasivo propio que se le imputa al procesado, pues no se aprecia de lo actuado que haya existido un acuerdo de voluntades entre el citado encausado y tercera persona; que, en todo caso, el hecho atribuido constituye una inconducta funcional, que en su oportunidad fue sancionada por el órgano de control correspondiente.

Recurso de Nulidad Nº 3838-2009-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE DE LA REPÚBLICA

Lima, 16 de abril de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil [Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial] contra el auto superior de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas trescientos sesenta y tres alega que existen indicios probatorios que acreditarían la responsabilidad del encausado Alegría La Rosa en el hecho imputado y que merecen ser dilucidados en juicio oral, que la Oficina Distrital de Control de la Magistratura –en adelante Odicma– determinó la presencia de un interés del inculpado al direccionar la demanda de amparo presentada por Elizabeth Medina Guzmán, más aún si interceptó a la servidora Alicia Esmeralda Temoche para requerirle la misma y llevársela consigo, además que la administradora del Módulo de Distribución General solicitó especial cuidado en su contra, ya que conversaba con personas que no estaban en fila o que se encontraban en la fotocopiadora. **SEGUNDO:** Que la denuncia fiscal de fojas ciento setenta y cuatro imputa a José Luis Alegría La Rosa que el dieciséis de mayo de dos mil seis dirigió de manera premeditada la demanda contenida en el expediente número dieciocho mil trescientos setenta y ocho - dos mil seis, al Trigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, mediante el sistema de prevención que no le correspondía, que al tratarse de una demanda nueva debió ingresarla en forma aleatoria; que, de esta manera,

hizo uso irregular de la cuenta asignada por el Poder Judicial en su condición de asistente del Centro de Distribución General, por lo que se presume que dicha conducta haya sido como consecuencia de haber aceptado o recibido donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o que las haya aceptado a consecuencia de haber faltado a ellas, conforme quedó esclarecido con la investigación efectuada por la Odicma. **TERCERO:** Que, sin embargo, la señora Fiscal Superior en el dictamen de fojas trescientos cuarenta y dos, solicitó el archivo definitivo de la presente causa porque estimó que no existían indicios inculpatorios suficientes para pasar a juicio oral; que dicho pedido fue admitido por la Sala Penal Superior mediante auto de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra el encausado Alegría La Rosa por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio; que, siendo así, y como este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia viene sosteniendo, si el representante del Ministerio Público no formula acusación, más allá de invocar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al fiscal que acuse y, menos aún, asumir un rol activo en la acusación, no obstante y como excepción a dicha regla solo será posible una anulación del procedimiento cuando de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a la prueba de la parte civil, o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameriten un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción –véase al respecto la Ejecutoria Vinculante emitida por esta Suprema Sala el trece de abril de dos mil siete, recaída en la queja número mil seiscientos setenta y ocho - dos mil seis–. **CUARTO:** Que, ahora bien, esta última circunstancia no se presenta en el caso *sub examine*, pues de la revisión de autos no se advierte caudal probatorio suficiente que acredite la configuración del delito de cohecho que se le imputa al procesado Alegría La Rosa; que, en efecto, no se aprecia de lo actuado que haya existido un acuerdo de voluntades entre el citado encausado y tercera persona; que, en todo caso, el hecho atribuido constituye una inconducta funcional, que en su oportunidad fue sancionado por el órgano de control correspondiente. Por estos fundamentos, por mayoría, declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra José Luis Alegría La Rosa por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio en

agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

VOTO SINGULAR DEL SENOR JUEZ SUPREMO PRADO SALDARRIAGA

Lima, 16 de abril de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil [Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial] contra el auto superior de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la Parte Civil en su recurso formalizado de fojas trescientos sesenta y tres alega que existen indicios probatorios que acreditarían la responsabilidad del encausado Alegría La Rosa en el hecho imputado y que merecen ser dilucidados en juicio oral, que la Oficina Distrital de Control de la Magistratura –en adelante Odicma– determine la presencia de un interés del inculpado al direccionar la demanda de amparo presentada por Elizabeth Medina Guzmán, más aún si intercepta a la servidora Alicia Esmeralda Temoche para requerirle la misma y llevársela consigo, además que la administradora del Módulo de Distribución General solicita especial cuidado en su contra, ya que conversaba con personas que no estaban en fila o que se encontraban en la fotocopiadora. **SEGUNDO:** Que la denuncia fiscal de fojas ciento setenta y cuatro imputa a José Luis Alegría La Rosa que el dieciséis de mayo de dos mil seis dirigió de manera premeditada la demanda contenida en el expediente número dieciocho mil trescientos setenta y ocho - dos mil seis, al Trigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, mediante el sistema de prevención que no le correspondía, que al tratarse de una demanda nueva debió ingresarla en forma aleatoria; que, de esta manera, hizo uso irregular de la cuenta asignada por el Poder Judicial en su condición de asistente del Centro de Distribución General, por lo que se presume que dicha conducta haya sido como consecuencia de haber aceptado o recibido

donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o que las haya aceptado a consecuencia de haber faltado a ellas, conforme quedó esclarecido con la investigación efectuada por la Odicma. **TERCERO:** Que, sin embargo, la señora Fiscal Superior en el dictamen de fojas trescientos cuarenta y dos, solicitó el archivo definitivo de la presente causa porque estimó que no existían indicios inculpatorios suficientes para pasar a juicio oral; que dicho pedido fue admitido por la Sala Penal Superior mediante auto de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra el encausado Alegría La Rosa por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio; que, siendo así, y como este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia viene sosteniendo, si el representante del Ministerio Público no formula acusación, más allá de invocar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse y, menos aún, asumir un rol activo en la acusación, no obstante y como excepción a dicha regla solo será posible una anulación del procedimiento cuando de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a la prueba de la parte civil, o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameriten un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción –véase al respecto la Ejecutoria Vinculante emitida por esta Suprema Sala el trece de abril de dos mil siete, recaída en la queja número mil seiscientos setenta y ocho - dos mil seis–. **CUARTO:** Que, ahora bien, esta última circunstancia se presenta en el caso sub júdice, pues, del análisis del hecho que se le imputa al encausado Alegría La Rosa, y de lo actuado en la instrucción, subsisten elementos de cargo que deben ser debatidos y esclarecidos en juicio: a) que, en tal sentido, el citado inculpado refirió en su declaración indagatoria e instructiva –fojas setenta y dos y doscientos cuarenta, respectivamente–, que ingresó la demanda sin percatarse que el sistema había arrojado ingreso por prevención; sin embargo, la testigo Andrea Ramos –Administradora del Centro de Distribución General ubicado en la sede Alzamora Valdez– precisó en su respectiva declaración –fojas doscientos setenta y dos– que para ingresar una demanda por prevención se tenía que seleccionar el check con dicha opción, luego se ubicaba el Juzgado que debía prevenir y el sistema generaba una nuevo ventana que le preguntaba si estaba seguro de la prevención, por lo que el asistente procedía a poner "sí" y el sistema le indicaba que ingresara nuevamente su clave secreta; b) que, asimismo, la servidora judicial Temoche Temoche manifestó ante la Odicma y en su declaración testimonial –fojas noventa y siete y doscientos veintiocho, respectivamente–

que después que recogió los escritos y demandas de las bandejas de las ventanillas –para colocarlos en los casilleros correspondientes– se le acercó el encausado Alegría La Rosa para que le devuelva el documento de su bandeja, que esa conducta no era usual y era la primera vez que ocurría; que, no obstante, el citado inculpado manifestó que no es correcto lo señalado por la testigo; empero, obra en autos las reproducciones de imágenes capturadas del video –fojas cien a ciento dos– que contienen la grabación efectuada en el Centro de Distribución General del día dieciséis de mayo de dos mil seis; c) que, aunado a ello, también se tiene la declaración del servidor judicial César Alfonso Huertas Huerta, quien en su indagatoria y testimonial –fojas ochenta y nueve y doscientos diecinueve, respectivamente– sostiene que en su condición de clasificador de demandas del piso dieciocho, fue interceptado por el inculpado cerca de los teléfonos del primer piso de la fotocopiadora para preguntarle si había subido "el corte completo", a lo que respondió que algo se había quedado, dando cuenta inmediata al supervisor Javier Vílchez; que, por lo demás, el referido testigo ha relatado que la actitud del encausado Alegría La Rosa era sospechosa, que en reiteradas oportunidades advirtió que conversaba con diversas personas fuera de la ventanilla y que luego salía de la sede judicial; d) que, lo expuesto en los literales precedentes, también se corrobora con lo manifestado por el encargado del área de clasificación Javier Vílchez y el clasificador Juárez Chahua [indagatorias de fojas ochenta y cinco y noventa y tres, e instructivas de fojas doscientos quince y doscientos veinticuatro, respectivamente]. **QUINTO:** Que otros aspectos que deberán esclarecerse en el plenario son: a) que el mismo día dieciséis de mayo del dos mil seis, luego del refrigerio, el aludido inculpado no retornó a su centro de labores, conforme se advierte del acta de constatación de fojas ocho; b) que el procesado presentó una solicitud de justificación por motivos de salud por intermedio de la señora Patricia Ayala Mariano –fojas cincuenta y siete–, para lo cual adjuntó el certificado médico legal de la Clínica Internacional que le otorgaba descanso del diecisiete al diecinueve de mayo de dos mil seis –fojas cincuenta y ocho–; que, sin embargo, no se acreditó la autenticidad de dicho documento, tal como lo refiere el oficio de Bienestar Social –fojas setenta y ocho–, más aún si en este se aprecia una fecha encima de otra, por tal motivo, el inculpado presentó un nuevo descanso médico –fojas ciento cuatro– sin enmendaduras a fin de que se le otorgue la licencia por enfermedad –véase a fojas ciento seis, el oficio remitido a la Odicma por parte de la Jefa de la Oficina de Personal–; c) que el citado inculpado ha referido que estuvo en su casa –sito en la Urbanización Manzanilla, block d - diecinueve, departamento ciento cinco, Cercado de Lima–, desde la una de la tarde del día diecisiete

hasta el día diecinueve [ver la respuesta a la pregunta diez de su declaración indagatoria de fojas setenta y dos]; que, sin embargo, en el acta de constatación realizada el día dieciocho de mayo –fojas sesenta y ocho– y el informe de fojas setenta y ocho, de Odicma y Bienestar Social, respectivamente, se señala que no se encontró a nadie en dicho lugar; tanto más si el inculpado varió de versión al deponer instructivamente y manifestó que se quedó los tres días de descanso en el domicilio de la madre de su hija ubicado en el Cono Norte. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es por que se declare: **NULO** el auto superior de fojas trescientos cincuenta y siete, del once de agosto de dos mil nueve, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra José Luis Alegría La Rosa por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio en agravio del Estado; **INSUBSISTENTE** el dictamen fiscal de fojas trescientos cuarenta y dos; en consecuencia **ORDENO** que los autos sean remitidos a la Sala Penal Superior de origen para que proceda conforme a ley; y los devolvió.

SS.
PRADO SALDARRIAGA

052 Cohecho pasivo propio: Absolución por declaraciones contradictorias

Respecto de las declaraciones de los denunciantes (los que habrían entregado el dinero), se contradijeron respecto a quién le habían entregado el dinero, estas versiones no son coherentes y por tanto no son verosímiles, no pudiendo crear certeza de la responsabilidad penal del encausado, por cuanto, han incurrido en contradicciones y no están respaldadas por otros elementos de prueba que demuestren la responsabilidad penal del encausado.

Recurso de Nulidad Nº 1193-2009-LAMBAYEQUE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 17 de agosto de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fecha cinco de diciembre de dos mil ocho, a fojas setecientos veintitrés; 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, la Fiscal Superior fundamentó su recurso de nulidad a fojas setecientos treinta y ocho, alegando que se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado, habiendo realizado el Colegiado Superior una incorrecta valoración de los medios de prueba que obran en autos; tales como, la declaración jurada de fojas veintiuno y las manifestaciones de Elmer Campos Guevara y Carlos Alejandro Gamarra Oliva, quienes sindican al encausado; consecuentemente solicita la nulidad de la sentencia. **SEGUNDO:** Que, conforme se advierte de la acusación fiscal, de fojas cuatrocientos sesenta y nueve, con fecha veintinueve de agosto de dos mil dos, se imputa al encausado Fernando Miguel Tirado Gálvez, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Reque, haber solicitado la suma de dos mil nuevos soles a Elmer Campos Guevara y Rosel Campos Muñoz, a efectos de facilitar la entrega de la escritura pública del bien inmueble ubicado en Chosica del Norte, manzana trece, lote tres - C, el cual se encuentra dentro del área perimetral de los terrenos de propiedad de la Municipalidad Distrital de Reque, Chiclayo; siendo el caso que Elmer Campos Guevara, con fecha veinte de febrero

de dos mil tres, habría entregado la suma solicitada al servidor municipal Carlos Alejandro Gamarra Oliva (Asesor Tributario), quien a su vez le habría dado dicha suma al encausado Fernando Miguel Tirado Gálvez. **TERCERO:** Que, de la revisión de los autos advertimos que existen como elementos de cargo los siguientes medios de prueba: i) la declaración jurada de Carlos Alejandro Gamarra Oliva, obrante a fojas veintiuno, donde señala haber recibido la suma de dos mil nuevos soles de Elmer Campos Guevara, previa conversación con el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Reque; y, ii) las sindicaciones de Elmer Campos Guevara y Rosel Campos Muñoz. **CUARTO:** Que, respecto a la declaración jurada de Carlos Alejandro Gamarra Oliva, debemos referir que fue realizada con incredibilidad subjetiva, esto es, con ánimo de venganza u odio, puesto que el referido declarante hizo declaraciones divergentes durante todo el proceso, así tenemos que en su manifestación policial de fojas treinta y cinco, señaló haber recibido la suma de dos mil soles de Elmer Campos Guevara, precisando en la misma declaración que el dinero lo recibió directamente el encausado Tirado Gálvez; esta manifestación, fue ratificada –en parte– en la instrucción, a fojas doscientos setenta y dos, donde señaló haber recibido la suma de dos mil soles y habérsela entregado después al encausado, agregando tener rencillas personales con el encausado; en tanto, a través de la declaración jurada de fojas quinientos cincuenta y cuatro, desdice toda incriminación efectuada contra el encausado; para después, mantener dicho desistimiento –de la incriminación– en el juzgamiento, a fojas seiscientos cuarenta y dos, puesto que declaró no haber recibido dinero el Alcalde y tampoco él, habiendo efectuado la declaración jurada falsa en contra del encausado por la enemistad que tuvo con aquel al haber sido despedido de su cargo; que, dichas declaraciones permiten advertir la presencia de un estado subjetivo que implica la presencia de parcialidad en la declaración jurada de fojas veintiuno, restándole credibilidad y fuerza para ser tomada como prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia del encausado. **QUINTO:** Que, respecto de las declaraciones de Elmer Campos Guevara y Rosel Campos Muñoz (los que habrían entregado el dinero), observamos que Rosel Campos Muñoz en el juzgamiento, a fojas setecientos tres, señaló que entregó el dinero de dos mil soles a Tirado Gálvez, manifestando contradictoriamente, en la misma declaración, que no fue a él sino a Campos Guevara a quien le entregó el dinero; en tanto, Elmer Campos Guevara en su declaración dada en el juzgamiento, a fojas setecientos uno, refirió que el dinero le habría entregado a Gamarra Oliva; que, estas versiones no son coherentes y por tanto no son verosímiles, no pudiendo crear certeza de la responsabilidad penal del encausado, por cuanto han incurrido en contradicciones

y no están respaldadas por otros elementos de prueba que demuestren la responsabilidad penal del encausado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha cinco de diciembre de dos mil ocho, de fojas setecientos veintitrés, que absolvió de la acusación fiscal a Fernando Miguel Tirado Gálvez del delito contra la Administración Pública, en la figura de corrupción de funcionarios, en su modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Reque; con lo demás que al respecto contiene y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

053 Cohecho pasivo propio: Absolución por falta acreditación de la ventaja económica

Es correcta la absolución del encausado, en tanto que no existen elementos de prueba que acrediten de manera indubitable y en grado de certeza su participación, en el injusto penal determinado, esto es, la solicitud de una ventaja económica para realizar un acto a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones; por lo que no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo imputado [que el procesado ingresa a este escenario procesal premunido de la presunción de inocencia, derecho que como persona tiene a no ser considerado culpable en tanto en cuanto no se pruebe la responsabilidad penal que se le atribuye, derecho fundamental reconocido en el literal e) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, y el inciso dos del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos].

Recurso de Nulidad Nº 2433-2010-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 14 de noviembre de 2011

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas trescientos sesenta y nueve, del dos de junio de dos mil diez, que absolvió a Edwin Wilde Estrella Chávez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la administración pública cohecho pasivo propio en agravio del Estado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que habiéndose superado las observaciones formuladas mediante Resolución Suprema de fojas dieciocho, del veintisiete de junio de dos mil once, respecto al procedimiento recursal que inició el encausado Marco Antonio Antipa Flores, quien no formalizó su recurso de acuerdo a lo reglado en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales –ver

documentos de fojas veintiuno a veintiséis–; en este contexto, solo se emitirá pronunciamiento en el estricto ámbito de la pretensión impugnativa de la recurrida conforme lo contempla el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales –modificado por el artículo uno del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve–, esto es, respecto a la situación jurídica del procesado Edwin Wilde Estrella Chávez. **SEGUNDO:** Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas trescientos noventa y cuatro, sostiene que no se valoraron adecuadamente las pruebas; que la detención policial del agraviado Daniel Santos Cahuana Soto no fue registrada en el libro de ocurrencias, ni comunicada al Fiscal de Turno; que lo declarado por el procesado Edwin Wilde Estrella Chávez respecto de haberse encontrado con permiso los días diecisiete y dieciocho de mayo de dos mil ocho fue desvirtuado con lo declarado por el agraviado quien refirió que al día siguiente de su intervención ocurrida el dieciséis de mayo de dos mil ocho el procesado Estrella Chávez estuvo presente en la Comisaría de Pichanaki; que no se apreció el testimonio de Agripino Paulino Ascoy Fonseca quien refirió que una persona que se identificó como el "Capitán" le solicitó una ventaja económica para que le devuelva la motocicleta lineal. **TERCERO:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos cincuenta y cinco, el procesado Edwin Wilde Estrella Chávez en su condición de Capitán de la Comisaría de Pichanaki conjuntamente con el sentenciado Marco Antonio Antipa Flores solicitó a la persona de Daniel Santos Cahuana Soto la cantidad de cuatrocientos nuevos soles a efecto de devolverle su motocicleta lineal que le fue incautada en horas de la noche del dieciséis de mayo de dos mil ocho, cuando conducía el citado vehículo menor en estado de ebriedad, que luego fue trasladado a la Comisaría de Pichanaki, en donde lo despojaron de sus pertenencias consistentes en un celular y ciento sesenta nuevos soles, siendo que al día siguiente cuando se constituyó a la sede de la Comisaria para recoger su motocicleta se encontró con el procesado Estrella Chávez y luego con Antipa Flores quien le refirió que el Capitán quería la cantidad antes mencionada para proceder a devolver su motocicleta lineal. **CUARTO:** Que los argumentos esgrimidos por el Fiscal Superior son los mismos que sostuvo en el juzgamiento, los que fueron debidamente apreciados y desarrollados en los fundamentos jurídicos de la recurrida, sin que para impugnar los haya refutado debidamente; que es correcta la absolución de Edwin Wilde Estrella Chávez, en tanto que no existen elementos

de prueba que acrediten de manera indubitable y en grado de certeza su participación. En el injusto penal determinado, esto es, la solicitud de una ventaja económica para realizar un acto a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones; por lo que no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo imputado [que el procesado ingresa a este escenario procesal premunido de la presunción de inocencia, derecho que como persona tiene a no ser considerado culpable en tanto y en cuanto no se pruebe la responsabilidad penal que se le atribuye, derecho fundamental reconocido en el literal e) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, y el inciso dos del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. **QUINTO:** Que a este efecto no solo se tiene en cuenta la particular importancia que en sí encierra el rechazo del acusado Estrella Chávez a los cargos que se les ha imputado –ver declaración preliminar, instructiva y plenarial de fojas treinta, ciento setenta y dos y doscientos noventa y cuatro, respectivamente–, sino especialmente que estas graves imputaciones en cuanto a su participación en la solicitud de esa ventaja económica que realizó su coprocesado Marco Antonio Antipa Flores –sentenciado– no fue probada, pues de la inferencia de los datos descriptivos proporcionados por el elenco de pruebas en la que concurren medios de prueba –actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos que investigan– y fuentes de prueba –están fuera del proceso, son extraprocesales, tales como la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, el documento [audio, video, fotografía, etcétera] no se advierte una vinculación sólida ni suficiente pues de acuerdo a la orden de servicio –de fojas ciento setenta y siete– Estrella Chávez había justificado su inasistencia los días diecisiete y dieciocho de mayo de dos mil ocho a la sede de la Comisaría de Pichanaki, que este documento no fue cuestionado por su otorgante Alex Morí Torres –Mayor de la Policía Nacional del Perú– sino que por el contrario reitero la legitimidad de su emisión –ver declaración plenarial de fojas trescientos dos–; así su presencia y acción positiva en el escenario delictual, esto es, en la sede de la Comisaría de Pichanaki en donde se pidió la ventaja económica, es débil tanto más si el testigo Agripino Paulino Ascoy Fonseca –primo del intervenido Daniel Santos Cahuana Soto no recuerda las características físicas de la persona que dijo ser el "Capitán" quien le hizo referencia a un incentivo económico para la entrega

del vehículo menor; por lo que es del caso reiterar la decisión absolutoria. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos sesenta y nueve, del dos de junio de dos mil diez, que absolvió a Edwin Wilde Estrella Chávez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública– cohecho pasivo propio en agravio del Estado, con los demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO
VILLA BONILLA

CAPÍTULO VII
COHECHO PASIVO IMPROPIO

El delito de cohecho pasivo impropio está tipificado en el artículo 394 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 394.-*** *El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, 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.*
>
> *El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*

054 Cohecho pasivo impropio: Comisión efectuada por regidor

Ha quedado acreditada la responsabilidad penal del regidor, quien solicitó al agraviado ilegalmente la entrega de veinte mil nuevos soles a fin de que su persona y otros regidores voten en la sesión de concejo a favor, para reconocer o ratificar la propuesta del alcalde respecto a la conformación del comité del Vaso de Leche del distrito.

Recurso de Nulidad Nº 1781-2010-LIMA NORTE

SALA PENAL TRANSITORIA

LIMA NORTE

Lima, 11 de marzo de 2011

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente Saúl Constantino Calero Condezo contra la sentencia de fojas mil trescientos dieciocho, del veintitrés de marzo de dos mil diez; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el abogado defensor del encausado Calero Condezo en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y ocho, alega que no se ha efectuado una debida apreciación de los hechos ni se ha compulsado adecuadamente las pruebas ofrecidas por la defensa, recortándose con ello el derecho a la observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales y al derecho a la defensa; que el Ministerio Público en su acusación ha llevado a cabo una modificación sustancial de los supuestos fácticos, modificando los alcances sustanciales de la imputación, vulnerando el principio de congruencia; que no se logró determinar cuál fue a la propuesta del alcalde, además no se puntualizó cuál es el acto propio de su cargo o empleo u obligación que debía realizar o ha realizado conforme a ley; que no se notificó a su defensa el apersonamiento del nuevo Procurador Público; que el operativo que concluyó con la intervención del encausado se llevó a cabo sin la concurrencia y participación inmediata del Ministerio Público, conforme consta en la visualización del video; que los efectivos policiales Augusto León Prado y Jhonny Huamán solo se limitaron a prestar apoyo al Ministerio Público; que solo está fotocopiada una mínima parte de los billetes incautados; que se soslayó la testimonial de María Inés Bazán Torreblanca, quien escuchó

que el alcalde iba a entregar dinero al encausado para efecto de la campaña electoral; que se le ha acusado por la sola sindicación del alcalde Lovel Yamond Vargas, por lo tanto esta debe cumplir con los requisitos de verosimilitud y persistencia en la incriminación, empero este no concurrió a las citaciones del órgano jurisdiccional; y que se le debe aplicar una pena por debajo del mínimo legal que fija la norma. **SEGUNDO:** Que se imputa al encausado Calero Condezo, en su condición de regidor de la Municipalidad Distrital de independencia y miembro del Concejo Municipal (Funcionario Público), que, estando pendiente una sesión de Concejo Municipal en la que se llevaría a cabo el reconocimiento de la conformación del comité de administración del Vaso de Leche de dicha Municipalidad, en los primeros días del mes de agosto de dos mil ocho, se entrevistó personalmente con el alcalde de la Municipalidad de Independencia, Lovell Yamond Vargas, a quien le solicitó ilegalmente la entrega de veinte mil nuevos soles a fin de que su persona y otros regidores voten a favor, sea reconociendo o ratificando la propuesta del alcalde respecto a la conformación del comité en mención, por lo que, ante dicho pedido ilegal, el alcalde Yamond Vargas denunció los hechos, por lo que el trece de agosto de dos mil ocho, aproximadamente a las dieciséis horas, el encausado Calero Condezo se dirigió al despacho del alcalde Yamond Vargas donde este le entregó la suma de catorce mil nuevos soles –retirados de la cuenta del alcalde–, por lo que el recurrente tomó el dinero y lo envolvió en un papel toalla, guardándolo en el bolsillo izquierdo de su pantalón, saliendo del despacho donde fue intervenido por personal policial y del Ministerio Público y al efectuar el correspondiente registro personal se encontró en su poder dicha suma de dinero, por lo que fue puesto a disposición de las autoridades correspondientes. **TERCERO:** Que de la revisión de los actuados se advierte que se encuentra acreditada la culpabilidad del encausado Saúl Constantino Calero Condezo por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Cohecho Pasivo, en agravio de la Municipalidad de Independencia; que la Sala Superior ha tenido en cuenta las pruebas aportadas en el presente proceso para enervar a Presunción de Inocencia establecida en el literal e inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú, pues –tal como se evidencia de la sentencia de fojas mil trescientos dieciocho– su accionar ilícito ha quedado debidamente demostrado, con las declaraciones del agraviado Lovell Yamond Vargas, quien ha narrado con detalles la forma y las circunstancias en que el procesado, quien en ese momento era regidor del Municipio agraviado y miembro del Concejo Municipal, le solicitó la suma de veinte mil nuevos soles, con la finalidad que junto a otros regidores, con quienes haría mayoría en la sesión de Concejo

Municipal convocada para el trece de agosto de dos mil ocho, emitan sus votos para la aprobación de la conformación del Comité de Administración del Vaso de Leche, la cual ya había sido postergada hasta en tres oportunidades y que de no llegar a un acuerdo se ponía en riesgo el abastecimiento de leche en el Distrito de Independencia, motivo por el que denunció los hechos ante el Ministerio Público; que, en este sentido, en dicho día y hora, antes del inicio de la sesión de Concejo programada, se entrevistó con el procesado indicándole que solo contaba con una parte del dinero y que la diferencia se la entregaría la siguiente semana, lo que comunicó al Ministerio Público, el cual en coordinación con la Policía Nacional montó un operativo que culminó con la intervención del procesado Calero Condezo; que, además, refirió que del requerimiento de dinero efectuado por el procesado también tenía conocimiento, el Gerente Municipal, Luis Chumbe Mas; que la glosada sindicación se acreditó con el Acta Fiscal de intervención del encausado de fojas cuarenta y seis, Acta de Registro Personal e Incautación de fojas cuarenta y ocho y con el video que fue visualizado en el Juicio Oral de fojas cuatrocientos cincuenta y dos y cuatrocientos cincuenta y tres; que a ello se aúna la declaración de los testigos Augusto León Prado de fojas cuatrocientos noventa y nueve, Johny Wilmer Huamán Marino de fojas cuatrocientos noventa y siete, de Alexander Harry Jaimes Tiburcio de fojas treinta y cinco y de Julio Guillermo Valdez Tupayachi de fojas treinta y siete, personal que presenció la intervención policial, así como la declaración testimonial del Gerente Municipal Luis Homero Chumbe Mas de fojas doscientos cincuenta y tres, a quien también el procesado le había requerido dicha suma de dinero, con el fin de no seguir postergando las sesiones, por lo que este le sugirió que debía tratar el tema con el alcalde. **CUARTO:** Que las aludidas manifestaciones incriminatorias encuentran sustento en el material probatorio acopiado, pues los documentos que dan cuenta de las sesiones de Concejo así lo corroboran –véase fojas seiscientos uno, seiscientos veintitrés y seiscientos cuarenta y cinco–, además de ellas se verifica la imposibilidad de un consenso en la designación de los responsables del comité de Vaso de leche, a lo que se suma las testificales de Alejandro Castañeda Ortiz de fojas treinta y Roberto Antonio Arcos Valverde de fojas doscientos cuarenta, quienes refirieron que se corría el riesgo de un inminente desabastecimiento del programa del vaso de leche si continuaba el retraso en la designación de sus autoridades; que, asimismo, constituye prueba determinante sobre la responsabilidad del encausado su propio reconocimiento, puesto de manifiesto en su declaración policial de fojas treinta y nueve, que contó con el concurso del Señor Fiscal Provincial, en la que indicó su deseo de acogerse al beneficio de la confesión sincera debido a

que se considera responsable de la comisión del delito que se le imputa, pedido que reiteró en su declaración instructiva y en su escrito de fojas noventa y tres. **QUINTO:** Que, por lo demás, los argumentos de defensa no encuentran sustento en lo actuado, pues si bien la testigo Bazán Torreblanca apoya la posición respecto a que el dinero en cuestión fue entregado para la próxima campaña proselitista, esto se opone abiertamente a las testificales antes anotadas que apuntan no a este acuerdo sino a un requerimiento ilícito del encausado Calero Condezo valiéndose de su posición de funcionario público; que, asimismo, la exigencia de la probanza del momento exacto en que se realizó este requerimiento ilegal no es, en sí misma, el elemento esencial a dilucidar en el presente juicio, puesto que el comportamiento sujeto a reproche es totalmente verificable con la aceptación del dinero que le fuera incautado, lo que a todas luces prueba que previamente existió una solicitud económica a fin de aprobar la propuesta del alcalde, función que por su condición de regidor en ejercicio era propia de su cargo, pues de otro modo no es explicable el sinnúmero de justificaciones que el encausado Calero Condezo esbozó durante todo el *iter* procesal tratando de explicar por qué había recibido dinero del burgomaestre; que, además, pretender la vigencia de su tesis de defensa por la no determinación del momento exacto del requerimiento corruptor carece de virtualidad procesal; que, finalmente, la presencia el Fiscal Provincial durante el operativo de intervención del encausado Calero Condezo fue ampliamente manifestada por los policías que participaron en el operativo; que, por todo ello, la tesis acusatoria resulta amparada con mayores elementos objetivos que, más allá de toda duda razonable, justifican su vigencia, por tanto es capaz de quebrantar la garantía constitucional de presunción de inocencia que protege al encausado Calero Condezo. **SEXTO:** Que, de otro lado, para la determinación judicial de la pena debe respetarse irrestrictamente los principios de prevención, protección y resocialización, contenidos en el artículo nueve del Título Preliminar del Código Penal, además de guardar la debida coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, ocho del Título Preliminar del citado Código y a los criterios y circunstancias contenidas en el artículo cuarenta y seis y cuarenta y siete del mismo cuerpo legal; que, en consecuencia, en base a los principios y criterios glosados además de la conducta procesal adoptada por el encausado Calero Condezo en el decurso del Proceso, se aprecia la inexistencia de fundamento legal o causal válida que sustente la aplicación de una pena por debajo de los parámetros que fija el tipo penal materia de juzgamiento, por tanto la pena impuesta se ajusta a los lineamientos y criterios antes reseñados; que, por el contrario, existe una

situación inversa en lo que se refiere a los extremos que imponen la pena de inhabilitación y fijan el monto de la reparación civil, pues, en el caso del primero, se transgredió el principio de legalidad al imponer una medida por encima de los parámetros legales que fija la norma, la cual por el imperio del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal no supera los tres años, de suerte que si bien tal vicio no nulifica la totalidad del contenido de la sentencia impugnada, tal como lo prescribe el artículo doscientos noventa y ocho en su segundo párrafo, es necesario su subsanación, en consecuencia, en atención al principio de proporcionalidad, la misma debe fijarse en tres años; que, en segundo lugar, el Tribunal superior no explicó en su sentencia los motivos por los cuales se le impone como monto de la reparación civil la suma de dieciocho mil nuevos soles, más aún si la pretensión alternativa del Procurador Público de fojas mil cuarenta y cinco no está sustentada, por tanto el monto fijado por tal concepto debe ser rebajado a la propuesta efectuada por el fiscal superior en su acusación escrita, por ser esta proporcional al daño causado. Por estos fundamentos: 1. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos dieciocho, que condenó a Saúl Constantino Calero Condezo a cinco años de pena privativa de libertad efectiva, por delito de Cohecho Pasivo impropio en agravio de la Municipalidad de Independencia. II. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto impone Inhabilitación con las restricciones de los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal por igual periodo de la pena; reformándola: **IMPUSIERON:** Inhabilitación por el término de tres años con las restricciones de los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal. III. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto impone dieciocho mil nuevos soles que deberá abonar a favor de la entidad agraviada en el plazo de sesenta días de emitida la sentencia, como monto de reparación civil; reformándola: **IMPUSIERON:** diez mil nuevos soles como monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

055 Cohecho pasivo impropio: Acreditación de la responsabilidad penal

Se ha acreditado que la conducta del procesado se encuentra inmersa en el tipo penal de cohecho pasivo impropio, al haber solicitado una ventaja económica para practicar un acto propio de su cargo, haciendo por lo tanto, mal uso de las facultades que por ley goza, supeditando su ejercicio funcional o de servicio a la existencia o percepción de intereses patrimoniales ilícitos, razones por las cuales se ha enervado su presunción de inocencia y el in dubio pro reo *que le asiste previsto en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.*

Recurso de Nulidad Nº 4130-2008-SANTA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, 29 de enero de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Osborn Pablo Melgarejo Rodríguez contra la sentencia condenatoria de fecha dieciséis de junio de dos mil ocho, de fojas doscientos veintitrés; 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 sentenciado Osborn Pablo Melgarejo Rodríguez en su escrito de agravios fundamentado a fojas doscientos treinta y cinco, alega: **i).-** Que, su conducta no se encuadra en el tipo penal denunciado y que las pruebas que obran en autos resultan inconsistentes **ii).-** No se han valorado adecuadamente los medios de prueba actuados en el expediente, por lo que, ante la falta de pruebas debe ser absuelto en atención al principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*. **SEGUNDO:** Que, de acuerdo a los términos de la acusación fiscal, obrante a fojas ciento dieciocho, señala que entre los meses de julio y agosto del año dos mil cinco, en circunstancias en que el acusado se desempeñaba como Jefe del área de infraestructura de la Municipalidad Distrital de Quillo, habría solicitado a doña María Elena Foronda Farro, Directora de la Organización No Gubernamental Natura, en adelante, ONG Natura, facture al Fondo Contravalor Ítalo Peruano –por concepto de estudio y formulación del expediente técnico para el "Mejoramiento de la Sub Cuenca del Río Sechín" del indicado distrito–, la suma de siete mil dólares americanos, cuando el monto de dicho servicio ascendía a cuatro mil

quinientos dólares, indicándole que luego le debería entregar la diferencia para ser utilizados para costear los diversos procesos judiciales que tenía el Alcalde del referido Municipio, negándose dicha testigo frente a esa solicitud ilícita. **TERCERO:** Que, el delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, se configura, cuando el agente –funcionario o servidor público– solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado –en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez–, consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar al "acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio", no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que como se ha dicho puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones, a su vez, el profesor Fidel Rojas Vargas considera que "el comportamiento activo de solicitar, el delito se consuma con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja", por lo que, esta modalidad delictiva no admite la tentativa. **CUARTO:** Que del análisis de los actuados, se aprecia que la Directora de la ONG Natura, María Elena Foronda Farro, fue invitada para elaborar una propuesta de formación del expediente técnico para la obra "Mejoramiento de los Canales de la Sub Cuenca del Río Sechín-Quillo", la cual fue presentada por la Municipalidad Distrital de Quillo al Fondo Contravalor ítalo-peruano, a fin de que este financie tal proyecto; tal es así, que el procesado Osborn Pablo Melgarejo Rodríguez, en su condición de Gerente de lnfraestructura de la Municipalidad Distrital de Quillo, a fines del año dos mil cinco acudió a la oficina de la ONG Natura que fuera dirigida por Foronda Farro, quien luego de sostener una conversación con el procesado, este le solicitó la suma de tres mil nuevos soles para reintegrar a la Municipalidad Distrital de Quillo, el desembolso efectuado en la formulación del perfil del proyecto; sin embargo, tal versión ha sido contradicha por Foronda Farro quien a folios veintiséis y en el acto del juicio oral a fojas ciento noventa y uno, ha señalado que el acusado le solicitó la suma de dos mil quinientos dólares americanos para ser utilizado por el Alcalde en los procesos judiciales que tenía, versión que ha mantenido inclusive en la diligencia de confrontación con el acusado realizada en el acto del juicio oral, con fecha nueve de mayo de dos mil ocho a folios ciento noventa y uno. Aunado a ello se tiene que a folios nueve, obra la transcripción del audio sostenido entre el procesado y la directora de la ONG Natura María Elena

Foronda Farro, en la cual se evidencia que la Directora reclamó transparencia ante la propuesta del procesado en la que no aceptó desde ningún punto de vista que parte del dinero a entregarse, pase al Municipio, asimismo, se tiene que el testigo Luis Antonio Palomino Palacios, en el desarrollo del Juicio Oral, en sesión de audiencia de fecha veintiocho de abril de dos mil ocho, señaló a folios ciento setenta y ocho que María Elena Foronda le comunicó que el procesado Melgarejo Rodríguez le había solicitado dinero para los expedientes y para los gastos judiciales del Alcalde, y que al preguntarle al acusado tal versión este aceptó haber solicitado dinero a María Elena Foronda Farro. **QUINTO:** Que, es menester señalar que el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/ CJ- ciento dieciséis, de la Corte Suprema de Justicia, publicado el veintiséis de noviembre del dos mil cinco, donde se ha establecido que tratándose de las declaraciones de un agraviado aun cuando sea el único testigo de los hechos tiene entidad para ser considerada prueba validad 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. En consecuencia, se ha acreditado que la conducta del procesado Osborn Pablo Melgarejo Rodríguez se encuentra inmersa en el tipo penal de cohecho pasivo impropio, al haber solicitado una ventaja económica para practicar un acto propio de su cargo, haciendo por lo tanto, mal uso de las facultades que por ley goza, supeditando su ejercicio funcional o de servicio a la existencia o percepción de intereses patrimoniales ilícitos, razones por las cuales se ha enervado su presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* que le asiste previsto en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dieciséis de junio de dos mil ocho, de fojas doscientos veintitrés, que condenó a Osborn Pablo Melgarejo Rodríguez como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo impropio, en agravio del Estado; a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta y fijó la suma de seiscientos nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

056 Cohecho pasivo impropio: Tesis acusatoria tiene mayor fuerza que tesis de defensa

El cuestionamiento que realiza el encausado sobre la legalidad de la valoración fáctica efectuada a los documentos relativos al cuadro de horas de educación secundaria del año escolar dos mil cuatro con el que el encausado garantizaba la presencia de plazas vacantes en la institución que dirigía, no encuentra amparo porque estos no solo fueron alcanzados al Tribunal por la sentenciada sino que también, coincidentemente y contienen los mismos datos del oficio que fueron enviados por la UGEL, por lo que sumados a la transcripción del audio y a la uniformidad de la sindicación de la sentenciada, hacen que la tesis acusatoria adquiera mayor firmeza que la tesis de defensa que sostiene el encausado, por lo que se le condena por el delito de cohecho pasivo impropio.

Recurso de Nulidad Nº 1020-2009-ÁNCASH

SALA PENAL PERMANENTE
ÁNCASH
Lima, 4 de mayo de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto el encausado Narcizo Antonio Lázaro Barreto contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuatro, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el encausado en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos catorce alega que el Tribunal Superior no valoró correctamente la prueba de cargo; que las transcripciones de las grabaciones que alcanzó su coencausada no fueron efectuadas en sede jurisdiccional, por lo que carecen de las garantías de ley; que el Tribunal otorgó valor probatorio a una serie de copias simples; y que se demostró que su coencausada le entabló una demanda por obligación de dar suma de dinero, precisamente por la conducta que motiva el presente juicio, por lo que el Tribunal debió declarar fundada excepción de cosa juzgada que promovió. **SEGUNDO:** Que según la acusación fiscal de fojas doscientos diecinueve, el encausado Narcizo Antonio Lázaro Barreto, en su condición de Director del Colegio Nacional "Santa

Úrsula" del caserío de Hualcán comprensión de la Provincia de Carhuaz, solicitó y recibió una ventaja económica de parte de la sentenciada Vera Mejía, a fin de asignarle la plaza de docente en la especialidad de Historia y Geografía. **TERCERO:** Que, ahora bien, la transcripción de la cinta de audio que obra a fojas siete demuestra que entre los encausados existieron tratativas ilegales con la única finalidad de negociar, para el caso del encausado Lázaro Barreto, y acceder, para el caso de Vera Mejía, a la plaza de profesora del Centro Educativo Santa Úrsula que dirigía el encausado antes citado, siendo así tal fuente de prueba resulta, por cierto, el principal elemento incriminador, que a mayor abundamiento existen otros medios que la dotan de la suficiencia necesaria para generar convicción de la responsabilidad penal del encausado; que, en este sentido, si bien el recurrente cuestionó la legalidad de la citada transcripción por no haber contado con el concurso del Ministerio Público en su elaboración, también lo es que en el plenario el Tribunal convocó tanto al Fiscal Superior cuanto a la defensa de ambos acusados para que realicen las transcripciones del citado audio en las partes que consideren pertinentes y útiles a sus propuestas, de suerte que también en dicho estadio procesal se advierten los mismos pasajes en los que el encausado hace mención a las tratativas ilegales puntualizadas, por lo que dicha actuación convalida, palmariamente, el contenido del acta de transcripción que se cuestiona, pues tanto la parte acusadora y acusada, en igualdad de condiciones, plantearon ante el Tribunal sus posiciones en defensa de los intereses que cada uno tutelan. **CUARTO:** Que, de igual modo, el cuestionamiento que realiza el encausado Lázaro Barreto sobre la legalidad de la valoración táctica efectuada a los documentos que en copia simple obran en el expediente –relativo al cuadro de horas de educación secundaria del año escolar dos mil cuatro con el que el encausado garantizaba la presencia de plazas vacantes en la institución que dirigía–, no encuentra amparo porque estos no solo fueron alcanzados al Tribunal por la sentenciada Vera Mejía –aparejada a fojas cuatro– sino que también, coincidentemente, contienen los mismos datos del oficio que fue alcanzado por la UGEL –que obra a fojas trescientos veinticuatro–, por lo que sumados a la transcripción del audio y a la uniformidad de la sindicación de la sentenciada Vera Mejía –véase las declaraciones de la misma a fojas ochenta y cuatro (preliminar), doscientos setenta y ocho (sumarial) y trescientos cuarenta y tres (plenarial)–, hacen que la tesis acusatoria adquiera mayor firmeza que la tesis de defensa que sostiene el encausado, más aún si se advierte la realidad de la deuda en el título valor que el encausado suscribió ante el incumplimiento del pacto irregular que sostuvieron, actuación de la que además se desprende que el encausado Lázaro Barreto aceptó que recibió

el dinero de la sentenciada y aunque adujo que lo hizo en calidad de préstamo ante el intempestivo decaimiento en la salud de su progenitora, lo cierto es que en autos no obra medio alguno que acredite tal hecho, por lo cual la tesis incriminatoria reúne mayores elementos de credibilidad y, como tal, es constitucionalmente aceptable y capaz de desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que le asiste al encausado Lázaro Barreto. **QUINTO:** Que, de otro lado, la excepción de cosa juzgada que planteó la defensa del encausado Lázaro Barreto carece de virtualidad procesal porque no reúne los requisitos de identidad, pues evidentemente en la vía civil solo se reclamó el cumplimiento del compromiso de pago, tema totalmente distinto al que se debate en sede penal, en el que se pretende dilucidar una solicitud indebida de dinero de un funcionario público a cambio de favorecer a un tercero para que acceda a un puesto laboral en la institución educativa que estaba bajo su dirección. **SEXTO:** Que, por otra parte, la pena impuesta resulta coherente a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, siete y ocho del Título Preliminar del Código Penal y a los criterios y circunstancias contenidas en los artículos cuarenta y seis y cuarenta y siete del mismo cuerpo legal, así la sanción impuesta recoge lo expresado anteriormente pues valoró las circunstancias del hecho, la naturaleza del delito, el grado de los deberes infringidos y las condiciones personales del agente; que, asimismo, la reparación civil fijada responde a la naturaleza del daño causado y a los perjuicios ocasionados por la comisión del delito. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fojas cuatrocientos cuatro, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que condenó a Narcizo Antonio Lázaro Barreto por delito de cohecho pasivo impropio en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años e inhabilitación por el periodo de un año, y fijó en trescientos nuevos soles el pago que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

057 Cohecho pasivo impropio: Conducta denunciada no se adecua al tipo penal

La conducta del procesado, quien en el cargo de Director del Área de Desarrollo Urbano de una municipalidad recibió setecientos nuevos soles de la agraviada para confeccionar unos planos que debía ingresar a un expediente que estaba en trámite ante la Municipalidad, no se encuadra en la descripción típica del cohecho pasivo impropio, previsto en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal.

Recurso de Nulidad Nº 1596-2009-PUNO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 16 de agosto de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL [Procurador Público de la Municipalidad Provincial de San Román] contra la sentencia absolutoria de fojas setecientos setenta –Tomo IV–, del veinticinco de noviembre de dos mil ocho; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la Parte Civil en su recurso formalizado de fojas setecientos ochenta y ocho –Tomo IV– alega que la Sala Penal Superior no efectuó una debida valoración de las pruebas; que el acusado admitió que pactó una actividad propia de su cargo con Elizabeth Ancieta Bernal y Marco Tito Silva Farfán, y además no negó la autenticidad de su voz en la grabación, la cual sirve como medio probatorio; que, por el contrario, aceptó que habló con dichas personas y que recibió setecientos nuevos soles para replantear y elaborar planos respecto al inmueble ubicado en el jirón Cusco número doscientos diez de Juliaca, y de ese modo levantar las observaciones que le formuló la autoridad administrativa. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos noventa y siete –Tomo II–, Julio Carrasco Yucra, en su condición de Director del Área de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial de San Román, recibió setecientos nuevos soles de Elizabeth Ancieta Bernal para confeccionar unos planos que debía ingresar a un expediente que estaba en trámite ante la citada Municipalidad, relacionado a la licencia de construcción que solicitó para su predio ubicado en el jirón Cusco doscientos

diez de la ciudad de Juliaca; que, ante el incumplimiento del encausado, Ancieta Bernal y su cuñado Silva Farfán, en fecha no determinada, le solicitaron Ia devolución de dinero que recibió un año antes de la grabación del audio que se propaló en "CNA Noticias" –difundido por FAMA Televisión el dieciséis de junio de dos mil seis a las veinte horas– en la misma ciudad. **TERCERO:** Que, la Segunda Sala Penal de San Román –al momento de emitir la sentencia recurrida– no realiza una debida apreciación del hecho atribuido al procesado Carrasco Yucra, ni compulsó de manera adecuada los medios de prueba que obran en autos, a fin de esclarecer su inocencia o responsabilidad. **CUARTO:** Que, en efecto, la sentencia recurrida solo analiza las grabaciones contenidas en el microcasette y en el CD compacto, que se sometieron al peritaje de fojas seiscientos cuarenta y seis –véase fundamentos jurídicos seis, siete y nueve–, cuya conclusión principal es que dichas fuentes de prueba fueron manipuladas; que, por lo tanto, la conversación allí descrita no crea convicción de la vinculación del encausado con el evento criminal; que, sin embargo, en forma contradictoria, en la primera parte del fundamento jurídico octavo se dio como cierto el hecho que el acusado Carrasco Yucra recibía de Ancieta Bernal los setecientos nuevos soles, por lo que se incurría en causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. **QUINTO:** Que, aunado a ello, no se valora las declaraciones que rendía el acusado –fojas veinte, sesenta y siete, y quinientos trece– en las que admitía que recibía de Ancieta Bernal dicha suma de dinero a fin de realizar un trabajo particular para replantear los planos que fueron observados por la municipalidad donde él laboraba; así tampoco el acta de transcripción de audio –fojas cuarenta–, y las testimoniales de Silva Farfán, cuñado de Ancieta Bernal –fojas seiscientos–, y Roque Roque –fojas ciento noventa y tres–; que, siendo así, deberá llevarse a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos uno del Código Adjetivo. **SEXTO:** Que, por otro lado, la conducta del acusado Carrasco Yucra no se adecua a la descripción típica del cohecho pasivo impropio, prevista en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, por lo que corresponde al Superior Colegiado, en aplicación del artículo doscientos ochenta y cinco A del Código de Procedimientos Penales, declarar la insubsistencia de la acusación de fojas doscientos noventa y siete –Tomo II–, para que el representante del Ministerio Público emita nuevo dictamen acusatorio, y encuadre la conducta atribuida al acusado en el tipo penal correspondiente. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia absolutoria de fojas setecientos setenta –Tomo IV–, del veinticinco de noviembre de dos mil ocho; e **INSUBSISTENTE** la

acusación fiscal de fojas doscientos noventa y siete –Tomo II–; **ORDENARON** se remitan los autos al señor Fiscal Superior para que proceda conforme a sus atribuciones según lo expuesto en el fundamento jurídico sexto, y hecho que fuese, se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado que deberá tener en cuenta lo señalado en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto de esta Ejecutoria; en el proceso seguido contra Julio Carrasco Yucra por delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo impropio en agravio del Estado; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERON CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

058 Cohecho pasivo impropio: Absolución por falta incriminación con falta de credibilidad

De la incriminación realizada por el procesado en contra de su coimputado se advierten razones fundadas y objetivas que le restan dosis de credibilidad, puesto que aquel afirmó que le proporcionó a su coprocesado la suma cien nuevos soles y dos moldes de queso para que le tome su manifestación policial y lo favorezca; sin embargo, este hecho no concuerda con lo realizado por el procesado, puesto que elaboró el atestado policial en su contra, tanto más si la denuncia fue interpuesta el quince de mayo del dos mil siete, luego de un mes y medio de elaborado el referido atestado policial desfavorable para al referido procesado.

Recurso de Nulidad Nº 310-2009-CUSCO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 16 de marzo de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de fojas doscientos siete, del veintiséis de noviembre del dos mil ocho, que absolvió a Francisco Churata Sullcarani de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios tipo cohecho pasivo impropio, y a Andrés Huarca Champi por delito contra la administración pública en la modalidad de corrupción de funcionarios tipo cohecho activo genérico, ambos en agravio del Estado; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el señor Fiscal Superior de Canchis en su recurso formalizado de fojas doscientos treinta y cinco alega que existen elementos probatorios que fundamentan la comisión del delito y responsabilidad penal de los procesados, más aún si el acusado Huarca Champi es confeso y señaló que proporcionó al coencausado Churata Sullcarani la suma de cien nuevos soles para que le tome su manifestación policial en la investigación que se le siguió por delito de usurpación. **SEGUNDO:** Que, según el dictamen fiscal de fojas ciento veintitrés, el treinta y uno de enero de dos mil siete el encausado Huarca Champi al momento de prestar su manifestación

en la Comisaría El Decanso, provincia de Canchis, departamento del Cusco, respecto de una denuncia interpuesta en su contra por la comisión del delito de usurpación en agravio de la comunidad de Ccollana, fue persuadido por el efectivo policial Francisco Churata Sullcarani para que le entregue la suma de cien nuevos soles con la finalidad de favorecerlo en dicha investigación –dinero que fue conseguido por Huarca Champi a título de préstamo de su hijo–, el cual fue entregado en la referida comisaría en presencia de su hijo Apolinar Huarca Torres, exactamente donde se encuentran ubicados los dormitorios del personal policial; que, además, transcurrido algunos días, el denunciado Huarca Champi le hizo entrega de dos moldes de queso. **TERCERO:** Que si bien para el señor Fiscal Superior la declaración del procesado Huarca Champi acreditaría la comisión de los delitos, es de tener en cuenta que este es procesado junto a Francisco Churata Sullcarani, y la valoración de su declaración ha de cumplir con la ausencia de incredibilidad subjetiva en relación con el afectado por su declaración [posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad], corroboración mínima del relato incriminador [acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorpore algún hecho, dato o circunstancia externa, aun de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador] y coherencia y solidez del relato incriminador, según lo ha sostenido la Corte Suprema en el fundamento noveno del Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco / CJ guión ciento dieciséis. **CUARTO:** Que si bien es cierto que el procesado Huarca Champi tanto en su manifestación policial –fojas siete– como en el acto oral ha reconocido los hechos e incriminado a su coprocesado Churata Sullcarani, dicha confesión para sustentar una sentencia condenatoria debe haber sido corroborada con otros elementos de convicción, que en el caso de autos no figuran; que, por otro lado, de la incriminación realizada por el procesado Huarca Champi en contra de su coimputado Churata Sullcarani se advierten razones fundadas y objetivas que le restan dosis de credibilidad, puesto que aquel afirmó que le proporcionó a su coprocesado la suma cien nuevos soles y dos moldes de queso para que le tome su manifestación policial y lo favorezca, sin embargo este hecho no concuerda con lo realizado por el procesado Churata Sullcarani, puesto que elaboró el Atestado Policial en su contra, tanto más si la denuncia fue interpuesta el quince de mayo del dos mil siete, luego de un mes y medio de elaborado el referido Atestado Policial desfavorable para Huarca Champi. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos siete,

del veintiséis de noviembre de dos mil ocho, que absolvió a Francisco Churata Sullcarani de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios tipo cohecho pasivo impropio, subtipo aceptación de beneficio económico indebido para realizar acto propio de su cargo sin faltar a su obligación, y a Andrés Huaraca Champi por delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios tipo cohecho activo genérico, subtipo entrega de ventaja económica para realizar actos en violación de sus obligaciones, ambos en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

059 Cohecho pasivo impropio: Reducción de la pena por debajo del mínimo legal por aplicación del Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116

La admisión de cargos del acusado ya fue valorada por el Tribunal Superior para imponerle una pena por debajo del mínimo legal –fue acusado por delito de cohecho pasivo impropio previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal que establece una sanción no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad–, pues resultó beneficiado con una reducción de la sanción por encima del límite establecido en el fundamento jurídico número veintitrés del Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho /CJ - ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, que estableció lo siguiente: "cuando el agente infractor admite los hechos objeto de acusación fiscal en el plenario, debe reducirse la pena concreta hasta un sétimo o menos"; que, por lo tanto, no es pertinente reducir aún más la dosimetría punitiva.

Recurso de Nulidad Nº 5101-2008-LAMBAYEQUE

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 5 de febrero de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Lambayeque contra la sentencia de fojas mil cuatro, del once de agosto de dos mil ocho; y por el acusado José Antonio García Cerna contra la sentencia de fojas mil ciento cincuenta y cuatro, del cinco de setiembre de dos mil ocho; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas mil cuarenta y ocho cuestiona el extremo que absuelve a los acusados Jorge Raúl Torres Santoyo y Wilmer Reyes Santamaría, y señala que no se ha valorado correctamente la declaración testimonial de Vicente Acuña Meza, quien relató que el primero de los nombrados le solicitó mil nuevos soles, mientras que el segundo advertía esa situación. **SEGUNDO:** Que el encausado García Cerna en su recurso formalizado a fojas mil setenta y cuatro cuestiona el extremo de la pena impuesta; sostiene que es

excesiva y no guarda proporción con el daño ocasionado. **TERCERO:** Que se imputa al acusado José Antonio García Serna, Tesorero y Director Regional del Instituto Nacional Penitenciario, haber solicitado a Vicente Acuña Meza (Técnico Constructor de la empresa "Servicios Múltiples Acuña") quinientos nuevos soles para entregarle el cheque de nueve mil nuevos soles que le correspondía por los trabajos de refacción en los baños y acondicionamiento de la oficina de Auditoría Regional; que, asimismo, se incrimina a los encausados Wilmer Reyes Santamaría y Jorge Raúl Torres Santoyo, Jefe del Área de Servicios y Mantenimiento y Jefe de la Unidad de Recursos Materiales y Servicios del Instituto Nacional Penitenciario, respectivamente, haber solicitado a Vicente Acuña Meza mil nuevos soles para que realicen los trámites pertinentes para entregarle un cheque por nueve mil nuevos soles por los trabajos que realizó en la entidad. **CUARTO:** Que la prueba de cargo actuada no acreditaba la culpabilidad de los acusados Reyes Santamaría y Torres Santoyo por el delito de cohecho pasivo propio; que, en efecto, el testigo Vicente Acuña Meza mencionó en sede preliminar a fojas trescientos veintidós que los referidos imputados le pidieron mil nuevos soles para agilizar los trámites que correspondían al cobró de su cheque de nueve mil nuevos soles; que en sede sumarial a fojas ciento noventa y uno, se retractó y afirmó que el acusado Torres Santoyo fue el que le pidió el dinero y el imputado Reyes Santamaría no se encontraba presente, mientras que en la diligencia de confrontación que sostuvo con este último a fojas quinientos tres manifestó que aquel estuvo presente cuando el procesado Torres Santoyo le solicitó el dinero; que, finalmente, en el juicio oral a fojas novecientos cincuenta y siete expresó que le contó al encausado Reyes Santamaría que el acusado Torres Santoyo le solicitó la suma indicada. **QUINTO:** Que el relato del testigo no ha sido constante y uniforme; que dichas contradicciones sustanciales privan al testimonio de aptitud para destruir la presunción de inocencia de los acusados y enervan su valor para fundamentar una sentencia condenatoria, pues la narración no ha sido uniforme y homogénea, así como tampoco corroborada con otro elemento de prueba; que la sindicación aludida evidencia una indeterminación circunstancial de los cargos que imposibilita la acreditación de la culpabilidad de los imputados. **SEXTO:** Que, por otro lado, el acusado García Serna en sede preliminar y sumarial a fojas trescientos veintiséis y cuatrocientos cuarenta y cinco, respectivamente, negó haber participado en el hecho incriminado y afirmó que nunca solicitó dinero a Vicente Acuña Meza; sin embargo, en el juicio oral a fojas mil cincuenta y ocho, recién aceptó su responsabilidad y se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral. **SÉTIMO:** Que, en este contexto, es evidente que no concurre el "instituto

de la confesión sincera" previsto en el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, que exige que el agente infractor confiese ser autor del delito en todas las ocasiones que se presente a declarar ante la autoridad correspondiente y que su reconocimiento sea libre y voluntario. **OCTAVO:** Que la admisión de cargos del acusado García Serna ya fue valorado por el Tribunal Superior para imponerle una pena por debajo del mínimo legal –fue acusado por delito de cohecho pasivo impropio previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal que establece una sanción no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad–, pues resultó beneficiado con una reducción de la sanción por encima del límite establecido en el fundamento jurídico número veintitrés del Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho /CJ - ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, que estableció lo siguiente: "cuando el agente infractor admite los hechos objeto de acusación fiscal en el plenario, debe reducirse la pena concreta hasta un sétimo o menos"; que, por tanto, no es pertinente reducir aún más la dosimetría punitiva. Por estos fundamentos: **I.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cuatro, del once de agosto de dos mil ocho, que absuelve a Wilmer Reyes Santamaría y Jorge Raúl Torres Santoyo de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –cohecho pasivo propio– en agravio del Estado. **II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cincuenta y cuatro, del cinco de setiembre de dos mil ocho, en cuanto impone al acusado José Antonio García Cerna cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; en el proceso que se le siguió por delito contra la Administraci6n Pública –cohecho pasivo impropio– en agravio del Estado; con lo demás que dichas sentencias contienen y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

060 Cohecho impropio: Prescripción de la acción

En tanto el marco temporal de imputación se encuentra circunscrito a setiembre de dos mil cuatro, la norma penal pertinente para el caso de autos es el artículo trescientos noventa y cuatro en su formulación primigenia, el que no diferencia supuestos de cohecho impropio en párrafos distintos y sanciona dicho delito con una sola pena no menor de dos ni mayor de cuatro años –disposición que fue modificada por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dicho año– Consiguientemente, confrontando la data de los hechos incriminados (setiembre de dos mil cuatro) con el plazo extraordinario de prescripción –regulado en el artículo ochenta y tres del Código Penal– resultante de la pena máxima antes indicada pues su mitad: seis años, se comprueba que a la fecha de emisión de la presente ejecutoria dicho plazo se encuentra vencido en exceso.

Recurso de Nulidad Nº 1409-2010-ÁNCASH

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA DE LA REPÚBLICA
Lima, 7 de junio de 2011

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Superior, contra la sentencia de fojas cuatrocientos noventa y seis, del dos de diciembre de dos mil nueve, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Carlos Humberto Montes Lázaro por el delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionario público –Cohecho Impropio– en agravio del Estado (Ministerio del Interior); interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, PRIMERO.- AGRAVIOS:** Que la Fiscal Superior, en su recurso de nulidad formalizado a fojas quinientos tres, cuestiona que la contraprestación indebida, requerido por el encausado, que da cuenta la imputación, se acredita con las declaraciones uniformes de Kuipler Ramírez Valenzuela, Juan Carlos Arroyo Campos, Manuel Malaquías Ramírez Valenzuela, quienes refieren haber escuchado del citado procesado la solicitud de entrega de dinero; y con la de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, quien indicó que el monto

requerido –trescientos nuevos soles– fue entregado al procesado Carlos Humberto Montes Lázaro, los días once y dieciocho de setiembre de dos mil cuatro, quien se valió de su condición de funcionario público, Sub Oficial Técnico -SOT- uno de la Policía Nacional del Perú, asignado a la comisaría de Chavín, de la provincia de Huari, encargado de la investigación de la denuncia penal presentada por la persona de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, constituyéndose, de manera irregular a la ciudad de Huaraz, lugar distinto al de donde presta servicios, pues debió recibir las manifestaciones de los antes mencionados en la sede de la comisaría de Chavín o, fuera de dicha sede, con las formalidades que tal situación exige, hechos que configuran la existencia del delito y, que acreditan la responsabilidad del procesado; **SEGUNDO: IMPUTACION FISCAL.-** Según la acusación de fojas doscientos treinta y seis, se imputa al procesado Carlos Humberto Montes Lázaro, el hecho de que a raíz de que le fue encargada la investigación respecto de la denuncia de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, presentada en el distrito de Chavín, provincia de Huari, sobre la presunta comisión de los delitos de Lesiones, Robo Agravado, entre otros, en perjuicio de su persona, le ofreció al denunciante tomarle su manifestación y la de sus testigos en el lugar donde residían –Huaraz– lo que se efectivizó en el caso de Jacinto Arcadio Ramírez Arce y Manuel Malaquías Ramírez Valenzuela el día once de setiembre de dos mil cuatro; de Marcelino Gastulo Tamara Quispe, el día dieciocho del mismo mes y año: y, nuevamente del denunciante, en esta misma fecha, en calidad de ampliación. Que, para tal efecto, el procesado Carlos Humberto Montes Lázaro concurrió al domicilio de Kuipler Ramírez Valenzuela, sito en Pasaje Huaraz Huayi s/n Huaraz, donde, usando la computadora personal de este, redactó en ella las diligencias realizadas, luego de lo cual solicite a la persona de Jacinto Arcadio Ramírez Arce le entregue la suma de trescientos nuevos soles que le permitieran sufragar los gastos que el viaje a la ciudad de Huaraz le había ocasionado para tomar dichas manifestaciones; **TERCERO:** Que, previamente al examen sobre el asunto de fondo que promueve la recurrente, examinada la sentencia materia de grado, este Supremo Colegiado advierte que aquella infringiendo el principio acusatorio –expresado en los artículos doscientos veinticinco y doscientos setenta y tres del Código de Procedimientos Penales–, se apartó, sin fundamento alguno, de la calificación legal a que se contrae la acusación escrita –ver fojas doscientos treinta y seis– exposición de la misma –ver fojas trescientos setenta y ocho– y requisitoria oral del titular de la acción penal –ver fojas cuatrocientos ochenta y ocho y siguiente– (de las que subyace "el artículo trescientos noventa y cuatro" como el precepto penal finalmente invocado); adoptando, como premisa normativa

de su análisis el "artículo trescientos noventa y cuatro, segundo párrafo del Código Penal" (sic) –ver fojas cuatrocientos noventa y seis y siguiente–; lo cual apareja un vicio insubsanable en la motivación de la recurrida, que conforme al artículo doscientos noventa y ocho inciso uno del Código Penal, merece su anulación; **CUARTO:** Que, sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse, empero, que según lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ - ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, "(...) 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja este a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución (...) En tal sentido, en tanto el marco temporal de imputación se encuentra circunscrito a setiembre de dos mil cuatro –ver Segundo Considerando de la presente resolución– la norma penal pertinente para el caso de autos es el artículo trescientos noventa y cuatro en su formulación primigenia, el que no diferencia supuestos de cohecho impropio en párrafos distintos y sanciona dicho delito con una sola pena no menor de dos ni mayor de cuatro años –disposición que fue modificada por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicado el seis de octubre de dicho año– Consiguientemente, confrontando la data de los hechos incriminados (setiembre de dos mil cuatro) con el plazo extraordinario de prescripción –regulado en el artículo ochenta y tres del Código Penal– resultante de la pena máxima antes indicada pues su mitad: seis años, se comprueba que a la fecha de emisión de la presente Ejecutoria dicho plazo se encuentra vencido en exceso; debiendo añadirse, a mayor abundamiento que la agravante prevista en el artículo cuarenta y seis - A del Código Penal no es de recibo en el caso de autos, por dos motivos: uno, porque la condición de funcionario público del agente es inherente al delito imputado (delito contra la administración pública), y, por tanto, no puede generar una circunstancia agravante independiente; y dos, porque conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número cero ocho - dos mil nueve /CJ– ciento dieciseis (FJ doce) la calidad funcionarial del sujeto activo solo opera para efectos de la determinación de la pena, mas no para el cómputo de la prescripción; resultando, por lo demás, inoficioso abordar los argumentos de fondo esgrimidos por el recurrente –ver Considerando **PRIMERO**–; Por estos fundamentos, declararon, de

oficio, **PRESCRITA** la acción penal incoada contra Carlos Humberto Montes Lázaro por el delito contra la Administración Pública –delito cometido por funcionario público - Cohecho Impropio– en agravio del Estado (Ministerio del Interior; debiendo archivarse definitivamente el proceso, disponiendo la anulación de los antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia de esta causa, de conformidad con el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

CAPÍTULO VIII
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

El delito de cohecho pasivo específico está tipificado en el artículo 394 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 395.-*** *El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince 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.*
>
> *El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días - multa.*

061 Cohecho pasivo específico: Tipicidad

El delito de cohecho pasivo específico contenido en el artículo trescientos noventa y cinco, segundo, párrafo del Código Penal, el mismo que exige que el Magistrado solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento.

Recurso de Nulidad Nº 3668-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 29 de junio de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad Interpuesto por el encausado Félix Leoncio Solano Sáenz, contra la Sentencia de fojas mil sesenta y uno, de fecha dos de setiembre de dos mil once; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo; actuando como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, los fundamentos que esgrime el encausado Solano Sáenz en su recurso impugnatorio se circunscriben a cuestionar el quántum de la pena impuesta, alegando al respecto que en la individualización de la misma no se ha respetado los principios de legalidad y proporcionalidad que permite graduar la misma por debajo del límite inferior al mínimo legal, más aún si se tiene en cuenta que aceptando los cargos imputados, en la primera audiencia se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, demostrando arrepentimiento; a lo que debe agregarse que en señal de respeto y acatamiento de los fallos judiciales, viene cumpliendo con el pago de la suma fijada en la sentencia por concepto de reparación civil, fundamentos por los cuales solicita se le reduzca la pena impuesta y se le brinde la oportunidad para reinsertarse al seno familiar y la sociedad. **SEGUNDO:** Que conforme a los términos de la acusación fiscal de fojas quinientos ochenta y cinco, se imputa al encausado Félix Leoncio Solano Sáenz, que en su calidad de Juez del Quinto Juzgado de Paz Letrado del distrito de Surco-San Borja, solicitó la entrega de una suma de dinero al litigante Rodolfo Valentino Yovanovoich Gómez, con el propósito de favorecerlo en el proceso que sostenía con su cónyuge Betty Gladis Ascano de Yovanovich, sobre alimentos, para cuyo efecto luego de realizar coordinaciones e intercambio de números

telefónicos, consiguió que el aludido litigante le entregara la suma de trescientos dólares americanos como adelanto y posteriormente al exigirle la cancelación de la suma pactada, este puso en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura, la misma que tras un operativo coordinado procedió a la intervención del procesado en circunstancias que había recibido del indicado litigante la suma de mil nuevos soles que era el saldo de lo acordado. **TERCERO:** Que, determinada la base material de la imputación, corresponde realizar el análisis de la conducta procesal del recurrente a efecto de establecer la correcta individualización de la pena, teniendo en cuenta el marco normativo materia de delito de cohecho pasivo específico contenido en el artículo trescientos noventa y cinco, segundo, párrafo del Código Penal, el mismo que exige que el Magistrado solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento. **CUARTO:** Que, el principio *tantum devolutum, quantum apelatum* o de limitación, impone al superior o Tribunal de alzada la limitación de solo referirse al tema del cuestionamiento a través de un medio impugnatorio; pues en el caso de autos, no está en cuestionamiento la responsabilidad del acusado Solano Sáenz, sino el quántum de la pena impuesta, por lo que en atención al citado principio y de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, cabe emitir pronunciamiento solo respecto del extremo recurrido. **QUINTO:** Que, en ese sentido la pretensión impugnatoria del recurrente se limita a conseguir de este Supremo Tribunal una rebaja sustancial a la pena impuesta, bajo el argumento de haberse acogido a la conclusión anticipada del debate oral y admisión de responsabilidad penal por confesión sincera. **SEXTO:** Que, al respecto el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, sobre los nuevos alcances de la conclusión anticipada, establece los criterios para la determinación judicial de la pena, precisando entre otros aspectos, la diferencia entre una conformidad y la confesión sincera, pues esta última, desde una perspectiva general, se trata de una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye, y para considerar como tal debe cumplir con los requisitos de voluntariedad, espontaneidad y veracidad. En tanto que en la conformidad procesal el imputado, desde luego, solo admite los hechos objeto de acusación fiscal, sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos. **SÉTIMO:** Que, en el caso de autos, si bien el acusado en el desarrollo de la investigación preliminar y judicial, no declaró con la veracidad respecto de las circunstancias de la comisión del evento delictivo, por el contrario negó haber

recibido, inicialmente la suma de trescientos dólares americanos durante el almuerzo que sostuvo con el denunciante y su señora madre el quince de diciembre de dos mil nueve, luego de culminada la audiencia única; así tampoco admitió que esa suma formaba parte de los mil quinientos nuevos soles, que exigió para expedir la sentencia a favor del litigante; sin embargo en la apertura del juicio oral, en atención a lo dispuesto por el artículo quinto de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, en señal de aceptación del marco de la imputación del representante del Ministerio Público, se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, manifestando encontrarse arrepentido de su conducta ilícita; por lo que aun cuando, la admisión de cargos en esta etapa, jurídicamente no puede equipararse como confesión sincera por no darse los requisitos que exige este instituto procesal previsto en el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales; sin embargo, a efecto de realizar una adecuada graduación de la pena se tiene en cuenta los principios de proporcionalidad y racionalidad que rigen en nuestro sistema penal, consagrados en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, así como sus condiciones personales de agente primario en la comisión del evento delictivo y manifestación de arrepentimiento en este nivel, razones por las cuales corresponde reducir la pena impuesta por debajo del límite inferior al mínimo legal. Por tales fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil sesenta y uno, su fecha dos de setiembre de dos mil once, en cuanto le impuso a Félix Leoncio Solano Sáenz, seis años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra la administración pública –delito cometido por funcionario público– corrupción de funcionarios en el tipo de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado; reformándola en este extremo: le **IMPUSIERON** cinco años de pena privativa de libertad, la misma que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el siete de abril de dos mil diez, vencerá el seis de abril de dos mil quince; con lo demás que al respecto contiene; y es materia de impugnación; y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Villa Bonilla y Morales Parraguez, por licencia del señor Juez Supremo Salas Arenas y periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores, respectivamente.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUEZ

062 Cohecho pasivo específico: Acreditación de la responsabilidad penal

Está acreditada la responsabilidad penal del encausado, respecto al delito de cohecho pasivo específico, quien solicitó la suma de cinco mil nuevos soles al ciudadano agraviado, con la finalidad de archivar una denuncia que se había interpuesto en su contra, después de unos días el ilícito pedido se concretó con la entrega de tres mil nuevos soles que el acusado guardó en el bolsillo del lado izquierdo de su pantalón, circunstancia en que fue intervenido por los magistrados de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno.

Recurso de Nulidad Nº 3768-2010-PUNO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 24 de agosto de 2011

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Jayme Pari López contra la sentencia condenatoria de fojas dos mil ochenta y dos, de fecha diecisiete de setiembre de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el sentenciado Pari López al fundamentar su recurso de nulidad a fojas dos mil ciento cincuenta y uno, señala que la sentencia recurrida le causa agravio, en razón a que abre las puertas a la arbitrariedad de los Órganos de Control del Ministerio Público, permitiéndoles experimentar con los magistrados para recolectar pruebas, resquebrajando los cimientos del estado social y democrático de derecho; que el Colegiado Superior lo ha condenado e impuesto una pena grave sin pruebas o indicios concretos, faltando a la garantía de independencia e imparcialidad judicial, lo que constituye un precedente negativo; que el pronunciamiento condenatorio se ha basado en un recuento de los hechos formulados en su contra, además, su persona ha señalado en el proceso que desconocía el motivo de la entrega de dinero que recibió del ciudadano José Eduardo Yaresi Yaresi; que fue intervenido por los magistrados del Órgano de Control Interno del Ministerio Público y sin notificación alguna fue llevado a Juliaca, que, las versiones de Yaresi Yaresi no han sido uniformes en cuanto a la hora de entrega del dinero y números telefónicos que presuntamente le entregó, previo

a la entrega del dinero; que el acta fiscal es ilegal dado que" los efectivos policiales solo intervinieron para apoyar el operativo de los magistrados del Órgano de Control del Ministerio Público, además, el dinero recibido por su persona no coincide con los billetes fotocopiados; que, en autos no obra el acta de las supuestas llamadas y que el acta fiscal de fojas nueve es falsa, en razón a que el dinero no le fue entregado en Puno, sino en Macusani y no se levantó ningún acta, por ello no figura la firma de Yaresi Yaresi; que la denuncia verbal de este último es una denuncia sin pruebas y provocada, no en flagrancia delictual. **SEGUNDO:** Que conforme al dictamen acusatorio de fojas mil quinientos ochenta y seis, se atribuye al encausado Jayme Pari López, en su condición de Fiscal Provincial Provisional de la Fiscalía Mixta de Carabaya –Acusan– Puno, haber solicitado la suma de cinco mil nuevos soles al ciudadano José Eduardo Yaresi Yaresi, con la finalidad de archivar una denuncia que se había interpuesto en su contra, siendo que el día dos de abril de dos mil nueve, a las nueve horas con treinta minutos el ilícito pedido se concretó con la entrega de tres mil nuevos soles que el acusado Pari López guardó en el bolsillo del lado izquierdo de su pantalón, circunstancia en que es intervenido por los magistrados de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno. **TERCERO:** Que, de acuerdo al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo numero novecientos cincuenta y nueve, esta Suprema Sala solo debe emitir pronunciamiento respecto at extremo o extremos materia de impugnación, siendo este en el presente caso, el referido a la condena impuesta contra el encausado Jayme López Pari por el delito de cohecho pasivo específico. **CUARTO:** Que, en tal virtud; después de efectuar el análisis correspondiente en el presente caso se llega a determinar que en autos ha quedado debidamente acreditada la responsabilidad penal del encausado Jayme Pari López en los hechos materia de imputación, en efecto, en autos existen pruebas de cargo idóneas y suficientes que acreditan tanto la materialidad del delito, como la responsabilidad penal que le asiste, así tenemos, las siguientes: i) el acta fiscal de fojas seis, de fecha dos de abril de dos mil nueve, en el que se da cuenta de la intervención que se realizó al Fiscal, doctor Jayme Pari López, consignándose: "(...) Al llegar al Despacho, el Fiscal Superior Dr. Saúl Edgardo Flores estos, solicita que el personal del Despacho Fiscal se inmovilice y deje de hacer todas las labores que venían realizando. En este acto se constituyen a solicitud de los fiscales provinciales, los señores efectivos policiales Técnico de Primera Víctor Palacios Malásquez, Sub Oficial de Tercera Luis Gutiérrez Cárdenas y el Sub Oficial de Segunda Armando Valdivia Peña, solicitándose al Fiscal intervenido doctor Jayme Pari López para que facilite la intervención y saque el dinero que minutos antes le había entregado la persona

de José Eduardo Yaresi Yaresi, procediendo el señor fiscal a sacar de su bolsillo izquierdo de su pantalón la cantidad de dinero que se encuentra en billetes doblados con una liga atada en cruz, los mismos que en este acto son cotejados con las copias que previamente se han obtenido y han sido presentadas por el denunciante ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno (...) En este estado se le pregunta al fiscal intervenido ¿por qué motivos recibió el dinero por parte del denunciante?, refiriendo expresamente que fue en circunstancias en que se encontraba tomando una manifestación, que fue llamado por el personal administrativo, quien, le indicó que el señor Yaresi lo buscaba y al entrevistarse con este, le entregó el dinero y el Fiscal intervenido recibió el dinero y lo guardó en el bolsillo, afirma que no conocía el monto de dinero que le fue entregado y que no solicitó ese dinero al denunciante, y que en efecto reconoce que la conducta desplegada por el fiscal intervenido es incorrecta (...) que efectivamente recibió diferentes llamadas pero que su intención no era recibir dinero; sin embargo, reconoce el hecho (...)", I) el acta fiscal de fojas nueve en el que se da cuenta del fotocopiado previo de los billetes entregados al encausado; iii) la fotocopia de los billetes entregados al encausado obrante de fojas diez al diecinueve; iv) el acta fiscal de fojas veinte, en el que se da cuenta de la denuncia presentada por José Eduardo Yaresi Yaresi contra el Fiscal Provincial Jaime Pari López ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno, así se ha consignado: "(...) Que el denunciante a la fecha viene siendo investigado por los delitos de lesiones y secuestro en agravio de Elias Yaresi por ante la Fiscalía Provincial Mixta de Carabaya en el Registro número treinta y siete - dos mil nueve, siendo que en fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, a horas ocho de la mañana, aproximadamente, se constituyó al Despacho del Fiscal Provincial denunciado a fin de preguntar por su caso, habiéndose entrevistado con el Fiscal Jaime Pari López quien le manifestó que para archivar el caso que esta en su contra requiere 'cinco mil lucas' (...) diciéndole que por lesiones no pasa nada, eso se va formalizar y que por secuestro se lo iba a archivar, dándole sus dos números de celulares, los mismos que indica en este acto como RPM uno nueve nueve nueve tres uno siete-tres seis uno y Claro nueve cinco uno dos dos seis cuatro dos tres; asimismo, le dijo el fiscal que le daba plazo hasta el jueves para que le dé el dinero (...)"; v) dos DVD que contienen la filmación de la intervención del acusado Pari López, los mismos que obran a fojas doscientos cinco; vi) el acta de visualización de video de fojas doscientos ochenta y tres, diligencia repetida en el acto oral a fojas mil novecientos cuarenta y dos; vii) las fotografías de fojas mil novecientos ochenta y uno y mil novecientos ochenta y dos, siendo que en esta última se aprecia cómo el Fiscal Pari López hace entrega del dinero a las personas que lo intervinieron el día dos de abril de

dos mil ocho; asimismo, vii) la versión prestada por el propio encausado quien en su manifestación policial a fojas ciento treinta y nueve, ha señalado: "(...) Que si conoce a José Eduardo Yaresi Yaresi en razón que lo estaba investigando por el delito de secuestro y lesiones leves en la Fiscalía Provincial Mixta de Caraba ya (...) que si han ingresado varias personas a su despacho, preguntándole el doctor Saúl Edgar Flores éstos, que minutos antes le habían entregado dinero, por lo que su persona reaccionó en ese mismo acto y de manera voluntaria dijo que si efectivamente un minuto antes le habían entregado un paquete de dinero amarrado con ligas, haciéndole entrega en forma inmediata, y que en el momento del conteo respectivo se encontró la suma de tres nuevos soles, procediendo a levantar el acta respectiva. Que sí efectivamente saqué de mil bolsillo izquierdo del pantalón el referido dinero y luego fueron cotejados con las copias fotostáticas que se le mostró, las mismas que coincidieron. Que es la primera vez que le sucede este hecho del que se encuentra arrepentido, por haber adoptado otras acciones en el momento que esta persona –me hizo entrega irregular de este paquete (...)"; asimismo, en su instructiva de fojas doscientos diez, señaló "(...) Que se ratifica de su manifestación policial. Que es falso que el día treinta y uno de marzo le haya solicitado dinero a Yaresi, que en . cuanto al día dos de abril es cierto que ese día se encontraba en plena manifestación y como lo buscaba de manera urgente Yaresi, quien incluso lo hizo llamar con el auxiliar Sandoval Curro Pérez y efectivamente cuando sale lo encuentra parado a Yaresi quien le dice que quiere conversar un ratito y cuando se acerco dicho sujeto le entregó un paquete amarrado con ligas y el declarante se dio cuenta que era dinero y se lo puso en el bolsillo izquierdo y como había gente se volvió a entrar a su Despacho y le dijo al señor Yaresi que terminada la manifestación lo iba a atender. Que al encontrarse personas cerca del lugar opta por guardar el dinero en uno de los bolsillos de su pantalón sin saber por qué y para qué le estaba entregando dicho dinero José Eduardo Yaresi, con quien recién después de terminar la manifestación iba a atenderlo y conversar sobre el dinero. Que no contó el dinero, pues con Yaresi no tenía ningún tipo de arreglo y no sabía porque le entregó el dinero y al haber sido sorprendido por dicha actitud y para que la gente que los rodeaba no piense mal en forma rápida y disimuladamente guardó el dinero y como repite después tenía que conversar con este señor el porque de su actitud (...)"; finalmente en acto oral a fojas mil setecientos seis, el precitado encausado señaló: "(...) Que se levantó de su escritorio y ve que está José Yaresi y él le dice que salga, a lo que accedió y en forma directa y disimulada le entrega un paquete de dinero y en ese momento solo han estado los dos y ve que había más gente en la Fiscalía y coge el dinero y en forma disimulada lo guarda en su bolsillo y le dijo que en ese momento está recibiendo una manifes-

tación y que terminando esa diligencia lo atiende, que no pensó que le estaba haciendo la trampa y luego ingresa el Órgano de Control Interno. Que el dinero estaba amarrado en forma de cruz y estaba clarito, no estaba envuelto, yo vi que era dinero y como la Constitución Política me obliga a actuar lo único que hice es coger y asegurar ese medio de prueba. Que anteriormente se había entrevistado con Yaresi el día treinta y uno de marzo a las ocho horas. Que Yaresi fue muy directo, que todo ocurrió en segundos y su persona tenía que recoger la prueba del delito (...)". **QUINTO:** Que, en tal sentido, existe material de prueba de cargo idóneo que sustenta la declaración de condena efectuada por el Colegiado Superior, toda vez que el encausado Pari López, quien se desempeñaba al momento de los hechos en el cargo de Fiscal Provincial Provisional, fue capturado en poder del dinero que previamente le había entregado el litigante Yaresi Yaresi. **SEXTO:** Que, en cuanto, a la pena impuesta se debe precisar que este representa el mínimo legal que regula el artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, por lo que al no registrar antecedentes el encausado, resulta arreglada a derecho; que, finalmente, en cuanto a la reparación civil debe referirse que el monto que se consigne en la sentencia debe encontrase en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados, debiendo existir proporcionalidad entre estos y el monto que por dicho concepto se establezca, que la indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo a lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal; que en dichas consideraciones se advierte que el monto fijado en la sentencia materia de grado por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a derecho, más aún si esta no ha sido cuestionada. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil ochenta y dos, de fecha diecisiete de setiembre de dos mil diez, que condenó a Jayme Pari López por el delito contra la Administración Pública - cohecho pasivo específico (segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal), en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad, dos años de inhabilitación, trescientos sesenta y cinco días multa y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado, con lo demás que al respecto contiene; y, los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

CAPÍTULO IX
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

El delito de cohecho activo genérico está tipificado en el artículo 394 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley Nº 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 397.-*** *El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*
>
> *El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

063 Cohecho activo genérico: Consumación no requiere aceptación del funcionario

El cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal.

Recurso de Nulidad Nº 321-2011-PUNO

SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, 7 de marzo de 2012

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la apoderada de la Empresa Prestadora de Servicios –en adelante E.P.S.– SEDA Juliaca Sociedad Anónima –parte agraviada– contra la sentencia de fojas dos mil ciento cuatro, del catorce de julio de dos mil diez; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la parte agraviada en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento cuarenta y uno sostiene que la impugnada adolece de graves y evidentes irregularidades en la valoración de los actos procesales, y una equivocada aplicación de la norma procesal, pues el Colegiado Superior no puede declarar Fundada de Oficio la Excepción de Cosa Juzgada a favor del encausado Darío Hugo Apaza Véliz bajo el argumento de que con anterioridad se había declarado fundada la excepción de naturaleza de acción por el delito de cohecho activo genérico –artículo trescientos noventa y siete del Código Penal–, ello sin tomar en cuenta que el delito materia de autos y por el que se acusa al mencionado encausado es el previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del citado Código; que, asimismo, sostiene que el Colegiado Superior tampoco puede declarar Fundada de Oficio la Excepción de Naturaleza de Acción a favor de los encausados Antonio Carlos Chambilla Farfán y Oscar Viamonte Calla, basándose en el principio de igualdad, máxime si nunca se declaró fundada excepción de naturaleza de acción alguna; finalmente, respecto al delito de peculado, arguye –en cuanto a la absolución de los acusados Antonio Carlos Chambilla Farfán, Oscar Vicente Viamonte Calla, Sergio Percy Ponce Ergueta, Felipe Santiago Vidalón Vega, Flavio Quispe Canaza y Yory Avelino Ugarte Larico– que el Colegiado Superior incurrió en

error al argumentar que la exigencia de requerir a la contratista Servitran E.I.R.L. para que cumpla con pagar la penalidad prevista por incumplimiento del plazo deviene en un hecho extrapenal, toda vez que los imputados al no haber exigido dicho pago, demostraron que su clara intención era lograr que la indicada empresa se apropie del dinero que desde el incumplimiento del contrato le correspondía a su representada E.P.S. SEDA Juliaca S.A. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y cuatro, se desprende lo siguiente: **A).-** Que se atribuye a los encausados Darío Apaza Véliz –en su calidad de Presidente del Comité encargado de la Adjudicación Directa–, Antonio Chambilla Farfán –en su calidad de Gerente General de la E.P.S. SEDA Juliaca y miembro del citado Comité– y Oscar Viamonte Calla –en su calidad de Asesor Técnico de la Gerencia General y miembro del aludido Comité–: **i)** haber omitido considerar en las bases administrativas factores de calificación a las respectivas propuestas como de la etapa de consultas y/o aclaración de las bases; y **ii)** otorgar calificación indebida al postor Servitran E.I.R.L Ltda., sin tomar en cuenta los errores no subsanables que se advierten en su propuesta económica, permitiendo su participación irregular y resultando ganadora de la buena pro; hechos que configurarían el delito de cohecho activo genérico; y **iii)** que, asimismo, se atribuye a los citados imputados haber suscrito un acta de entendimiento de fecha cinco de abril de dos mil, donde reconoció calendarizar el pago adicional de la obra número uno, cuando aún no se encontraba reconocida ni probada su ejecución, generando con ello una ampliación indebida del plazo para culminar la obra hasta el nueve de diciembre de dos mil, suscribiendo para tal efecto el acta de entendimiento número dos, con lo que tampoco la empresa contratista cumplió con culminar la obra, no habiendo impulsado la aplicación de la multa por mora, ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos; hechos que configurarían el delito de peculado; **B).-** Se atribuye al encausado Sergio Percy Ponce Ergueta –en su calidad de Supervisor de Obra– haber suscrito el acta de entendimiento de fecha cinco de abril de dos mil, donde se reconoció calendarizar el pago del adicional de la obra número uno, cuando aún no se encontraba reconocida ni probada su ejecución, generando con ello una ampliación indebida del plazo para culminar la obra hasta el nueve de diciembre de dos mil, suscribiendo para tal efecto el acta de entendimiento número dos, permitiendo de este modo la no aplicación de la multa al contratista Servitran E.I.R.L. Ltda., toda vez que el plazo contractual de la obra habría concluido el veintitrés de octubre de dos mil, ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro

céntimos; hecho que configuraría el delito de peculado; y **C).-** Finalmente, se atribuye a los imputados Felipe Vidalón Vega –en su calidad de Gerente de Operaciones–, Flavio Quispe Canaza –en su condición de servidor de la División de Ingeniería y Catastro– y Avelino Ugarte Larico –en su calidad de miembro del Comité de recepción de obra– haber suscrito el acta de entendimiento de fecha veinte de mayo de dos mil, donde se señala falsamente que la obra concluyó el treinta y uno de marzo de dos mil uno, a efectos de no aplicar la multa al contratista Servitran E.I.R.L. Ltda., conclusión que tomaron sin contar con los antecedentes reales del estado situacional de la obra, por cuanto la empresa contratista debió culminar la obra el veintitrés de octubre de dos mil, ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos; hechos que configurarían el delito de peculado. **TERCERO:** Que el delito de peculado –previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal– como figura especial propia sanciona al "funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo (...)". **CUARTO:** Que, al respecto, resulta de aplicación al caso, tener en cuenta lo expresado en el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco/CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, en lo que respecta al comportamiento típico que la norma en mención nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado: "La norma al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos pare definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos pare su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional: entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa coma mero componente típico, esto es, competencia del cargo, con fianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; b) La percepción: No es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción; y La Custodia: que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c) Apropiación o utilización: En el primer caso, estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, utilizar se refiere al aprovecharse de las

bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; d) El destinatario: Para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; y e) Caudales o efectos: Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. **QUINTO:** Que el supuesto fáctico de la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y cuatro atribuye a los encausados Chambilla Farfán, Viamonte Calla, Ponce Ergueta, Vidalón Vega, Flavio Quispe Canaza y Ugarte Larico el hecho de que no hicieron cumplir la penalidad generada por el incumplimiento en el plazo de conclusión de la obra denominada "Reservarlo Elevado R-6 SEDA Juliaca"; para lograr tal cometido, firmaron hasta dos actas de entendimiento para otorgar indebidamente una ampliación del plazo para culminar la obra ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, accionar que realizaron con la intención clara de lograr que la Empresa contratista Servitran EI.R.L. se apropie del dinero generado por tal incumplimiento. **SEXTO:** Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal. **SÉTIMO:** Que si bien a fojas ochocientos setenta y siete obra el dictamen pericial contable, dispuesto por el primer Juzgado Penal de San Román –Juliaca–, se debe tener en cuenta que este emite un pronunciamiento solo respecto de las penalidades no aplicadas, la misma que concluyó lo siguiente: "los encausados por la inercia demostrada frente of incumplimiento de los extremos del contrato por parte de la Empresa, indujeron a error y permitieron la no aplicación de la penalidad establecida en el contrato, siendo el total del importe la suma de noventa y tres mil seiscientos treinta y nueve nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, monto que va en perjuicio de la entidad denunciante SEDA Juliaca S.A."; en consecuencia, se advierte que no fue concluyente en determinar si las conductas realizadas por los encausados recayeron en el delito de peculado. **OCTAVO:** Que para la configuración del delito de peculado doloso –conforme lo estipula el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal– se requiere que el funcionario público se apropie o utilice, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya administración le estén confiados por razón de su cargo; por tanto, sobre la base

de estos presupuestos normativos y en atención al marco de imputación formulado, cabe resaltar que en el caso *sub examine*, el supuesto fáctico que sustenta el delito de peculado se centra en que los imputados no cobraron la penalidad generada por incumplimiento en el plazo de conclusión de la obra; situación que permite concluir que el hecho atribuido a los encausados no constituye la figura delictiva descrita en tanto que el supuesto de hecho no configura la hipótesis típica del ilícito bajo análisis, en cuanto a la materialización de un acto que implique la definitiva apropiación de caudales y/o efectos que hayan percibido los imputados en calidad de perceptores, administradores y/o custodios. **NOVENO:** Que, por otro lado, se tiene que la parte agraviada también impugnó la sentencia recurrida en el extremo que declaró fundada de oficio tanto la excepción de cosa juzgada a favor del encausado Darío Hugo Apaza Véliz, como la excepción de naturaleza de acción a favor de los imputados Chambilla Farfán y Viamonte Calla, ambas por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado y de la E.P.S. SEDA Juliaca; que, al respecto, cabe mencionar que el ilícito penal se encontraba prescrito. **DÉCIMO:** Que, los plazos prescriptorios se encuentran contemplados en el artículo ochenta del Código Penal, que establece que 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, al que debe agregarse una mitad más a efectos de determinar el plazo extraordinario de prescripción –acorde a lo preceptuado en el artículo ochenta y tres del Código sustantivo–, Siendo que el comienzo del cómputo del plazo según el artículo ochenta y dos del citado Código se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito –para el delito instantáneo– o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa –para los demás casos–. **UNDÉCIMO:** Que el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, sostiene Donna: "El comportamiento delictivo (...) se consuma con la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público" 2. **DUODÉCIMO:** Que, por tanto, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta que la obra en cuestión culminó cuando esta fue recibida por la Entidad Prestadora de Servicios SEDA Juliaca S.A., lo que según Acta de Entrega y Recepción de Obra de fojas trescientos diez se produjo el catorce de agosto de dos mil dos, extremo temporal máximo hasta el cual podría extenderse el marco de imputación formulado; que dicho delito tenía como marco punitivo –vigente al memento

de los hechos– una pena no menor de tres ni mayor de cinco años de privación de la libertad, así, la prescripción ordinaria opera a los cinco años, y la extraordinaria a los siete años y seis meses de ocurridos los hechos; en consecuencia, la acción seguida contra los encausados Apaza Véliz, Chambilla Farfán y Viamonte Calla ha prescrito el catorce de febrero de dos mil diez –considerando el extremo temporal máximo hasta el cual podría extenderse el marco de imputación formulado, esto es, el catorce de agosto de dos mil dos–, tanto más si la Causa –en el extremo del delito de cohecho activo genérico– se encontraba prescrita cuando se dictó la sentencia recurrida de fecha catorce de julio de dos mil diez. Por estos fundamentos: **I.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas diez mil ciento cuatro, del catorce de julio de dos mil diez, en el extremo que absolvió a Antonio Carlos Chambilla Farfán, Oscar Vicente Viamonte Calla, Sergio Percy Ponce Ergueta, Felipe Santiago Vidalón Vega, Flavio Quispe Canaza y York Avelino Ugarte Larico de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por delito contra la Administración Pública - peculado en agravio del Estado y la EPS SEDA Juliaca S.A.; y **II.** Declararon **FUNDADA** la prescripción de la acción penal a favor de los encausados Darío Hugo Apaza Véliz, Antonio Carlos Chambilla Farfán y Oscar Viamonte Calla por delito contra la Administración Pública - cohecho activo genérico en agravio del Estado y la EPS SEDA Juliaca S.A., en consecuencia, fenecido el proceso; **MANDARON** archivar definitivamente lo actuado y se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los referidos imputados; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO PRADO

064 Cohecho activo genérico: Acreditación de la responsabilidad penal

Se acredita la responsabilidad penal del encausado como autor del delito de cohecho activo genérico, quien al ser profesor de un centro educativo se hizo pasar como su director y firmó un acta ficticia de recepción de la madera donada por Inrena para la confección de mobiliario escolar, con el único propósito de no frustrar la devolución de madera que Inrena le había decomisado a su propietario, todo ello a cambio del pago de ochocientos nuevos soles.

Recurso de Nulidad Nº 3395-2010-PUNO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 25 de octubre de 2011

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Ricardo Marcani Huayta contra la sentencia de fojas novecientos treinta y cinco, del veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en cuanto lo condenó como autor del delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años e inhabilitación por el término de la condena, así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado: con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el encausado Marcan Huayta en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y ocho sostiene que no existe elemento probatorio alguno que sustente su condena, pues: i) que si bien se le imputa haber ofrecido al encausado profesor José Eduardo Choquehuayta De La Cruz la suma de ochocientos nuevos soles a cambio de que le facilite el recojo de la madera donada a la Institución Educativa Particular número setenta mil cuatrocientos ochenta y siete; sin embargo, el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que dicho encausado (en sede plenarial) señaló que la persona que le entregó el dinero era flaco y moreno, mas no el encausado Marcani Huayta, quien se desempeñaba como chofer de Alipio Huancco Canahuiri; y ii) la estructura normal del delito de cohecho es que un particular corrompa a un funcionario

público para obtener beneficios legales, empero, los Magistrados no han establecido quién es el funcionario corrompido, el cual debe ser sancionado por cohecho pasivo. **SEGUNDO:** Que, según el dictamen acusatorio de fojas trescientos catorce, el dos de junio de dos mil cinco, Inrena decomisó madera aserrada de producto forestal de la especie tornillo (once punto ochenta metros cúbicos, cinco mil tres pies tablares) a supropietario Alipio Huancco Canahuiri y al conductor encausado Marcani Huayta, por transportarla sin la guía de transporte forestal; que la Institución Educativa Particular número setenta mil cuatrocientos ochenta y siete de Ayaviri, por intermedio de su Director Germán Quispe Hancco, el catorce de junio de dos mil cinco, solicitó al Inrena la donación de madera pare la confección de mobiliario escolar, pedido que fue atendido positivamente por resolución administrativa del once de julio de dos mil cinco; sin embargo, al momento de la entrega de la madera (doce de Julio de dos mil cinco), el profesor José Eduardo Choquehuayta De La Cruz se hizo pasar como el Director de la referida Institución Educativa y firma un acta ficticia de recepción de madera [pues esta no fue entregada físicamente], por lo cual recibía del encausado Marcani Huayta la suma de ochocientos nuevos soles para que no frustre la devolución de madera que Inrena le haría a su propietario, siendo que esta madera nunca fue recepcionada materialmente por el Centro Educativo. **TERCERO:** Que en otro proceso penal [expediente signado con el número ochenta y dos - dos mil ocho, Segundo Juzgado Mixto de Melgar - Ayaviri de la Corte Superior de Justicia de Puno), el profesor Choquehuayta De La Cruz fue condenado por el delito de falsedad genérica por el hecho de haber usurpado el cargo del Director y firmado el documento por el cual ficticiamente se recepcionó la madera a favor del Centro Educativo; que, en este contexto, el agravio esbozado por el recurrente respecto a que no existe un funcionario público involucrado no tiene sentido, pues dicho funcionario es el encausado Choquehuayta De La Cruz, quien aceptó que recibió la suma de ochocientos nuevos soles de parte del encausado Marconi Huayta (véase a fojas diez y ciento cuatro). **CUARTO:** Que si bien el encausado Choquehuayta De La Cruz en sede plenarial intentó negar lo vertido en las instancias previas, sin embargo, es evidente que dicha declaración la brinda para favorecer a su coencausado Marconi Huayta; que la imputación inicial hecha por el encausado Choquehuayta De La Cruz se corrobora con la declaración del Director del Centro Educativo, Germán Quispe Hancco (manifestación de fojas ocho y en los debates orales), quien señaló que el encausado Marconi Huayta quería recuperar la madera que le fuera incautada a él y a Alipio Huancco Canahuiri por Inrena y para tal fin ya le había entregado al encausado Choquehuayta De La

Cruz la suma de ochocientos nuevos soles; en tal sentido, la condena impuesta por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a Ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos treinta y cinco, del veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en cuanto condena a Ricardo Marconi Huayta como autor del delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años e inhabilitación por el término de la condena, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO
VILLA STEIN

065 Cohecho activo genérico: Pago a policías para evitar detención

El delito de cohecho activo genérico, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, sanciona al agente que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; que en el caso de autos se aprecia que los hechos incriminados están referidos al comportamiento del encausado quien habría ofrecido y entregado la suma de mil nuevos soles a los efectivos policiales intervinientes a fin de que estos omitan su obligación de detenerlo, debido a la orden de captura que pesaba en su contra.

Recurso de Nulidad Nº 1168-2009-LIMA

SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 27 de abril de 2010

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y el encausado René Condori Flores contra la sentencia de fojas seiscientos veinticuatro, del dieciocho de julio de dos mil ocho que condenó al mencionado procesado como autor del delito contra la Administración Pública - cohecho activo genérico en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como fijó en cuatro mil nuevos soles el monto de la reparación civil; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la defensa del encausado Condori Flores en su recurso formalizado de fojas seiscientos treinta y tres, alega que no existe prueba objetiva que sindique que su patrocinado hubiese ofrecido suma de dinero alguna a los efectivos policiales intervinientes ni que hubiese entregado dinero al policía Hidalgo Rodríguez; que no se ha evaluado las testimoniales de los miembros de la policía, ninguno de los cuales pudo explicar los motivos por los que no se comunicaron con la Fiscalía sobre la intervención que se supone estaban efectuando y que tampoco ninguno de ellos afirmó concretamente que el encausado hubiese entregado suma de dinero alguna, por lo que, considera, que ante tantas dudas se debió aplicar el principio

de presunción de inocencia; que, por su parte, el Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas seiscientos treinta y uno, cuestiona la pena impuesta, pues sostiene que al haberse acreditado la comisión del delito y la responsabilidad penal del encausado, esta debe incrementarse al no guardar proporción con los hechos juzgados. **SEGUNDO:** Que, según los fundamentos fácticos de la acusación fiscal, se tiene que el once de agosto de dos mil seis, por las inmediaciones del puente Huánuco en la vía de evitamiento, distrito del Rímac, personal policial intervino el vehículo de placa de rodaje número AIQ guión ciento setenta y nueve, en cuyo interior se hallaban el procesado René Condori Flores, el reo contumaz Américo Huerta Espinoza y su pareja sentimental Eliana Coral Moreno Martínez, quienes se encontraban en actitud sospechosa, motivo por el cual se solicita información básica sobre las posibles requisitorias que pudieran registrar, empero, los dos primeros ofrecieron al personal policial la suma de mil nuevos soles a cambio de su libertad porque asumían que registraban ordenes de captura; que, ante dicha situación, hicieron una llamada telefónica a Santiago Richard Huamán Ruiz solicitándole la mencionada cantidad, quien aparecía con el dinero para entregarlo al personal policial, momento en el cual fue intervenido y conducido a la autoridad respectiva para la investigación de ley. **TERCERO:** Que el delito de cohecho activo genérico previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, sanciona al agente que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; que en el caso de autos se aprecia que los hechos incriminados están referidos al comportamiento del encausado Condori Flores quien habría ofrecido y entregado la suma de mil nuevos soles a los efectivos policiales intervinientes a fin de que estos omitan su obligación de detenerlo, debido a la orden de captura que pesaba en su contra. **CUARTO:** Que, al respecto, el acusado Condori Flores, a lo largo del proceso, negó los hechos incriminados en su contra, pero sí aceptó que se encontraba requisitoriado por un Juzgado Penal del Callao debido a que se le había dictado mandato de detención en un proceso instaurado en su contra por delito de robo agravado, al cual no se apersonó; sin embargo, tal negativa debe ser entendida en el marco del legítimo ejercicio de su derecho de defensa, puesto que de lo actuado ha quedado suficientemente acreditado, más allá de toda duda razonable, su responsabilidad penal en los hechos juzgados. **QUINTO:** Que, en efecto, se tiene como pruebas de cargo la testimonial del efectivo policial Juan Carlos Hidalgo Rodríguez quien durante el plenario –véase fojas seiscientos catorce– refirió que los encausados al ser intervenidos por encontrarse en actitud

sospechosa, le ofrecieron la suma de mil nuevos soles a cambio de su libertad, pues se encontraban requisitoriados, para lo cual se comunicaron telefónicamente con un sujeto para que le lleve la suma acordada, concertando la entrega en el óvalo de Zárate, es así que se apersonaron al lugar en espera de la persona, quien llegó a bordo de un station wagon e hizo entrega del dinero al encausado Condori Flores y este a su vez a su persona; por su parte, el testigo Javier Ulises Portocarrero Valencia, otro de los efectivos policiales intervinientes, en sus declaraciones de fojas trescientos tres y quinientos noventa y ocho, declaró que los encausados les ofrecieron la suma de mil nuevos soles a cambio de su libertad y que la persona que llegó con el dinero lo entregó al encausado Condori Flores; versiones que se ven corroboradas con el acta de recepción de dinero, corriente a fojas cuarenta y dos, y de manera parcial con las declaraciones de los encausados absueltos Santiago Richard Huamaní Ruiz y Eliana Coral Moreno Martínez, en las que el primero de ellos sostuvo que recibió una llamada de Moreno Martínez para que le pague una deuda pendiente; que al llegar al lugar del encuentro esta le indicó que entregue el dinero al ocupante de un auto verde que se encontraba estacionado, lo cual realizó, siendo esa toda su intervención; por su parte, la segunda de las nombradas refirió que los policías la obligaron a llamar a la persona que le debía dinero, lo cual efectivamente hizo, siendo que al concurrir Huamaní Ruiz al lugar en que se citaron, este fue intervenido al entregar el dinero. **SEXTO:** Que, en tal orden de ideas, se advierte que las pruebas aportadas permiten concluir que el encausado Condori Flores al ser intervenido por efectivos policiales y a fin de no ser detenido, por tener requisitorias pendientes, ofreció e hizo entrega a los policías de la suma de mil nuevos soles, cantidad que fue solicitada a la persona de Santiago Richard Huamaní Flores, quien llevó la indicada suma al lugar de encuentro previamente coordinado; que, por lo demás, no resulta lógico que una persona que mantiene una deuda se le requiera para que pague en forma intempestiva en horas de la noche y, en esas circunstancias, acceda a su cancelación en una forma poco usual, más aún que hiciera la entrega a un tercero que no conocía sin que se le entregue una constancia de la extinción de su obligación, por lo que las sindicaciones efectuadas por los efectivos policiales intervinientes ostentan virtualidad probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia que le asiste al encausado, puesto que no se adviertan que las mismas hayan sido brindadas por ánimo de animadversión que las invalide, aunadas al hecho que han sido corroboradas en sus aspectos periféricos y persistentes a lo largo del proceso; que, asimismo, se debe anotar que si bien al momento de la intervención de los encausados y de la formulación del acta de recepción de dinero no se

contó con la presencia del representante del Ministerio Público, tal circunstancia por sí sola no invalida tales diligencias puesto que al tratarse de una situación de flagrante delito, la policía se encuentra facultada a intervenir conforme lo establece el artículo uno concordante con el artículo cuatro de la Ley número veintisiete mil novecientos treinta y cuatro –Ley que regula la Intervención del Ministerio Público y de la Policía Nacional en la investigación preliminar del delito–, por lo que los agravios efectuados en tal extremo no son atendibles. **SÉTIMO:** Que, en cuanto a la pena impuesta al encausado, se observa que esta se condice con el parámetro punitivo establecido en la ley –no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad– y resulta proporcional con la gravedad de los hechos juzgados, por lo que no es procedente dotarla de una mayor severidad, tal como propone el Fiscal Superior, al no encontrarse justificada la imposición de una sanción penal distinta a la ya fijada; mientras que el monto de la reparación civil establecido resulta acorde con el daño ocasionado al bien jurídico protegido, como es el correcto funcionamiento de la administración pública.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos veinticuatro, del dieciocho de julio de dos mil ocho que condenó a René Condori Flores como autor del delito contra la Administración Pública - cohecho activo genérico en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como fijó en cuatro mil nuevos soles el monto de la reparación civil; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

066 Cohecho activo génerico: Ofrecimiento de pago a policía de tránsito

El encausado reconoció que en una actitud dolosa ofreció dinero, a fin de que no se le imponga la multa que le correspondía por haber infringido las normas de tránsito, hecho que configuró el delito de corrupción de funcionarios, por lo que se acogió al beneficio de la confesión sincera.

Recurso de Nulidad Nº 2978-2006-LIMA NORTE

SALA PENAL PERMANENTE

LIMA NORTE

Lima, 28 de enero de 2008

VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo señor Pariona Pastrana; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Lima Norte contra la sentencia de fojas ciento cincuenta y cuatro, del veintitrés de mayo de dos mil seis; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, Procurador Público Anticorrupción en su recurso formalizado de fojas ciento sesenta alega que los hechos imputados se encuentran fehacientemente comprobados, pues el encausado Beethoven Quintana Ramos reconoció que en una actitud dolosa ofreció dinero, a fin de que no se le imponga la multa que le correspondía por haber infringido las normas de tránsito, hecho que configuró el delito de corrupción de funcionarios, y aduce que si bien el acusado se acogió al beneficio de la confesión sincera, sin embargo la reparación civil resulta exigua con relación a los hechos materia del presente juicio, por tanto atentó contra el interés de su representada, pues al momento de fijar la reparación civil se debió tener presente el grave daño económico causado. **SEGUNDO:** Que, por el contrario, el Tribunal sentenciador ha valorado adecuadamente las exigencias que plantea la determinación de la reparación civil, en orden a las condiciones económicas del acusado, a la naturaleza del delito y a la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo –cabe señalar que el acusado (en su calidad de taxista) cuando cometió una infracción de tránsito e intentó darse a la fuga y al ser trasladado a la comisaría, pretendió entregar la suma de treinta nuevos soles al personal

policial con el fin de evitar la imposición de una papeleta de tránsito–, así como las reglas o factores previstos en los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y seis, noventa y dos y noventa y tres del Código Penal. **TERCERO:** Que la sentencia recurrida se expidió al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco, incisos uno y dos, de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, que regula el instituto procesal penal de la "conformidad" o de la "sentencia anticipada" vinculado a los principios de consenso y celeridad procesal penal, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral; es así que, la referida norma exige la aceptación del acusado de ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, así como la conformidad de su abogado defensor, que en este caso se ha cumplido, pues, se ha dado el concurso y coincidencia del imputado Beethoven Quintana Ramos, quien en el acto del juicio oral con los términos del debate fijados aceptó –ser autor y responsable de los cargos, esto es, los hechos que integran el relato de la acusación fiscal– la reparación civil –fojas ciento cincuenta– y su Abogado defensor estuvo conforme con él, por tanto esa confesión tuvo como efecto procesal concluir el juicio oral, teniendo en cuenta que con ello se destruye el principio de presunción de inocencia, cesando de ese modo toda posibilidad de esclarecimiento acerca de los hechos objeto de imputación. **CUARTO:** Que, la regla segunda del artículo aludido de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, la sentencia se expida en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas bajo sanción de nulidad –que conforme a el acto de juicio oral de fojas ciento cincuenta, del veintitrés de mayo de dos mil seis, se tiene que la sentencia se expidió en la mismo sesión, es decir, dentro del plazo establecido–; que es de tener presente que la sentencia anticipada solo está condicionado en cuanto al juicio histórico y la calificación jurídico penal y jurídico civil de los hechos admitidos por el acusado. **QUINTO:** Que, el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscriben al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la reparación civil solicitada, por lo que como postula la doctrina procesalista, el Tribunal está autorizado, a reconocerse los hechos atribuidos, es decir, no está circunscrita exclusivamente al pedido de reparación civil del Ministerio Público; por otra parte, se precisa que el Procurador en su oportunidad procesal no introdujo, ni aparejó recurso en el que haga constar la cantidad en que considera que aprecia los daños y perjuicios, que no estén apreciados en el escrito de acusación, como resultado, estuvo conforme, pues no puntualizó su discrepancia con

las cantidades fijadas por el Fiscal –facultad que le reconoce el artículo doscientos veintisiete del código de Procedimientos Penales–; ahora, la reparación civil está dentro de la fijada por el Fiscal, que solicitó mil nuevos soles –ver fojas ciento tres–; consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijar la reparación civil conforme a lo que corresponda, observando los principios de legalidad, proporcionalidad y condiciones económicas del acusado; que, en tal virtud, se aplicó debidamente el artículo cinco de la ley aludido, sin lesionar el entorno jurídico del acusado ni de la parte civil, por lo que la reparación civil impuesta se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento cincuenta y cuatro, del veintitrés de mayo de dos mil seis, en el extremo que fija en doscientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado el sentenciado Beethoven Quintana Ramos, como autor del delito contra la Administración Pública - corrupción activa de funcionarios en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

067 Cohecho activo genérico: Absolución por falta de pruebas del ofrecimiento al policía de tránsito

La descripción legal del tipo penal contenido en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal exige como verbo rector "ofrecer, dar o prometer", el mismo que se entiende como la acción de entregar –en el caso concreto– determinada suma de dinero a la autoridad policial para que omita un acto legítimo y propio de su cargo. Al no haberse acreditado que el encausado ofreció una suma de dinero a la efectivo policial interviniente a cambio de que no le imponga una papeleta por infracción vehicular, y estando a que la actividad probatoria desarrollada por la parte acusadora –Ministerio Público– no ha logrado destruir la presunción de inocencia que la Constitución reconoce a todo justiciable.

Recurso de Nulidad Nº 2677-2009-CALLAO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 23 de abril de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas ciento cincuenta y cinco, del quince de mayo de dos mil nueve; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso de nulidad de fojas ciento setenta y ocho sostiene que la efectivo policial Evelyn Rosario Pisfil Huamaní levantó el acta de incautación de fojas once debidamente firmada por el encausado Melecio Callupe Alfaro, la que no fue objeto de cuestionamiento alguno; que dicha instrumental tiene como finalidad asegurar la evidencia y la participación del presunto culpable y, que para su validez no requiere la presencia del representante del Ministerio Público; que el referido imputado no brindó una versión coherente en las diferentes instancias sobre la forma como entregó su licencia de conducir a la citada efectivo policial conjuntamente con el dinero incautado; que el ilícito penal que nos ocupa es un típico caso de los choferes de transporte público que tienen por costumbre entregar sumas de dinero conjuntamente con sus documentos a cambio de que no se les aplique la sanción que les corresponde por contravenir las reglas de tránsito. **SEGUNDO:** Que, según

la acusación fiscal de fojas ciento ocho, el día tres de julio de dos mil siete en circunstancias que el encausado Melecio Callupe Alfaro brindaba servicio de transporte público a bordo del vehículo de placa de rodaje UQ guión siete mil ochocientos cuarenta –a la altura del cruce de las avenidas Colonial y Santa Rosa en Bellavista– recogió pasajeros en un lugar antirreglamentario por lo que fue intervenido por la efectivo policial Evelyn Rosario Pisfil Huamaní quien le solicitó sus documentos personales, oportunidad en que el referido encausado, al efectuar la entrega de su licencia de conducir, entregó también dos billetes de diez nuevos soles con la finalidad de que no le imponga la papeleta de infracción que le correspondía. **TERCERO:** Que el encausado Melecio Callupe Alfaro uniformemente negó los cargos tanto en sede policial, a nivel de instrucción como en el acto oral –véase fojas nueve, veinticinco y ciento treinta, respectivamente–, para ello refirió que no intentó sobornar a la efectivo policial, sino que dentro de sus documentos portaba dos billetes de diez nuevos soles; al respecto es de resaltar que el acta de incautación de fojas once que elaboró la miembro policial Evelyn Rosario Pisfil Huamaní afirmó que: "(...) el intervenido al parecer intentó sobornar a la suscrita a fin de que no le imponga una infracción (...)", es decir, no se precisó contundentemente cuál fue la conducta desplegada por el encausado pues solo se consignó un supuesto de carácter condicional. **CUARTO:** Que, es mas, cuando la referida efectivo policial rindió su declaración en sede policial refirió que en circunstancias que solicitó al imputado su licencia de conducir se la entregó "aparentemente" con billetes de diez nuevos soles, declaración que ratificó a nivel de instrucción –véase fojas ocho y noventa y cinco, respectivamente–. **QUINTO:** Que, al respecto, la descripción legal del tipo penal contenido en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal exige como verbo rector "ofrecer, dar o prometer", el mismo que se entiende como la acción de entregar –en el caso concreto determinada suma de dinero a la autoridad policial para que omita un acto legítimo y propio de su cargo. **SEXTO:** Que, siendo así, al no haberse acreditado que el encausado Callupe Alfaro ofreció una suma de dinero a la efectivo policial interviniente a cambio de que no le imponga una papeleta por infracción vehicular y, estando a que la actividad probatoria desarrollada por la parte acusadora –Ministerio Público– no ha logrado destruir la presunción de inocencia que la Constitución reconoce a todo justiciable, se concluye válidamente que lo resuelto por el Colegiado se encuentra arreglado a ley, en mérito a lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas

ciento cincuenta y cinco, del quince de mayo de dos mil nueve, que absolvió a Melecio Callupe Alfaro de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionario - cohecho activo genérico en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

068 Cohecho activo genérico: Nulidad de sentencia absolutoria

Se declara nula sentencia que declaró absuelto al procesado, pues la Sala Penal Superior no valoró adecuadamente los hechos. Así, en el acta de incautación se consignó el hallazgo de un libro denominado "El secreto de la felicidad familiar" en cuyo contenido había un billete de cien nuevos soles, acta que se encuentra debidamente firmada tanto por el encausado como por el testigo.

Recurso de Nulidad Nº 2218-2009-LORETO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 5 de abril de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas doscientos seis, del veintiséis de enero de dos mil nueve; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas doscientos treinta y dos alega que no es cierto que en autos solo exista la imputación contra el encausado Vela Velásquez sin prueba idónea que lo corrobore porque existe la declaración en sede policial y a nivel del instrucción de Luis Enrique Caitimari Vásquez quien en su condición de miembro policial prestó servicios en el Establecimiento Penal de sentenciados e inculpados de Maynas –como alcaide del pabellón número dos– y fue en esas circunstancias que el encausado Larry Vela Velásquez le ofreció dentro de un libro la suma de cien nuevos soles con la finalidad de que le suspenda el castigo que le impuso; que ello se encuentra corroborado con el acta de incautación de fojas veintitrés y con el billete de cien nuevos soles que obra a fojas ciento quince; que además existe la declaración en sede policial del efectivo policial Mario Samuel Acosta Serruto quien constató los hechos, al igual que el interno y delegado José Carlos Cárcamo Maldonado quien presenció la intervención. **SEGUNDO:** Que, según los cargos materia de acusación fiscal de fojas ciento cincuenta y dos, el día veintitrés de abril de dos mil seis en circunstancias que el efectivo policial Luis Enrique Caitimari Vásquez realizó una inspección a las cinco y treinta de la madrugada en el Establecimiento Penal de sentenciados e inculpados de Maynas, escuchó música a alto volumen proveniente del

pabellón número dos, lo que hizo de conocimiento del efectivo policial Samuel Acosta Serruto; que ambos se dirigieron al citado pabellón y constataron que los internos Larry Vela Velásquez y Robinson Gonzáles Tomega se encontraban en estado de ebriedad, por lo que se dispuso su traslado a la sala de meditación - calabozo; que fue en esas circunstancias que el encausado Larry Vela Velásquez entregó al efectivo policial Luis Enrique Caitimari Vásquez un libro denominado "El secreto de la felicidad familiar" en cuyo contenido se halló un billete de cien nuevos soles, lo que efectuó con la finalidad de que no continúe con la intervención e impedir así ser castigado, por lo que se procedió a efectuar el acta de incautación respectiva. **TERCERO:** Que el efectivo policial interviniente Luis Enrique Caitimari Vásquez tanto en sede policial –ante el representante del Ministerio Público– como a nivel de instrucción señaló que el interno encausado Larry Vela Velásquez le mostró un libro azul indicándole que en su interior había un billete de cien nuevos soles, con la finalidad de que quede sin efecto la sanción impuesta –véase fojas nueve y ochenta y uno respectivamente–. **CUARTO:** Que ello se encuentra corroborado con la declaración en sede policial del efectivo policial Mario Samuel Acosta Serruto quien afirmó que el policía interviniente Luis Enrique Caitimari Vásquez le mostró un libro pequeño conteniendo un billete de cien nuevos soles y que le indicó que el mismo le fue entregado por el encausado Larry Vela Velásquez –véase fojas once–. **QUINTO:** Que refuerzan lo expresado la declaración brindada por el delegado del pabellón número dos José Carlos Cárcamo quien tanto en sede policial –ante el representante del Ministerio Público– como en la instrucción precisó que: "se percató que el encausado Larry Vela Velásquez conjuntamente con el interno Robinson Gonzáles Tomega se encontraban bebiendo licor (...), que se les trasladó a otro calabozo y en esas circunstancias se percató que salió una mano con un librito pequeño que lo recibió el alcalde (...), que cuando este lo revisó se dio con la sorpresa de que había cien nuevos soles (...), que me acerqué y efectivamente estaba dicho billete" –véase fojas trece y cincuenta y cinco, respectivamente–. **SEXTO:** Que a mayor abundamiento se tiene que a fojas veintitrés obra el acta de incautación donde se consignó el hallazgo de un libro denominado "El secreto de la felicidad familiar" en cuyo contenido había un billete de cien nuevos soles, acta que se encuentra debidamente firmada tanto por el encausado Larry Vela Velásquez como por el delegado del pabellón José Carlos Cárcamo Maldonado, este último en su calidad de testigo. **SÉTIMO:** Que, siendo así, es evidente que el Superior Colegiado no efectuó una debida valoración de los hechos materia de acusación ni compulsó adecuadamente las pruebas actuadas en el proceso, por lo que, es de aplicación lo

dispuesto en el último párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos seis, del veintiséis de enero de dos mil nueve, que absolvió a Larry Vela Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios - cohecho activo genérico en agravio del Estado; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado debiéndose tener presente lo expuesto en la presente Ejecutoria; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

069 Cohecho activo genérico: Extradición procedente

Se declara procedente la solicitud de extradición elevada por la Primera Sala Superior Penal para Procesos con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima dirigida a las autoridades judiciales del Gobierno de Francia respecto al reo contumaz, a quien se le imputa el delito de cohecho activo genérico al haber entregado a un capitán de la policía la suma de cinco nuevos soles para que omita un acto de violación de sus obligaciones, en circunstancias que el cuatro de febrero de dos mil siete, los denunciados pretendían ingresar al Penal de Lurigancho con visibles signos de ebriedad y acercándose al mencionado oficial manifestó que había trabajado en la noche y que por favor lo deje pasar para visitar al interno dándole el dinero en la mano con tal propósito ilícito, hechos que son corroborados con la manifestación de su codenunciado.

Extradición Activa Nº 68-2012-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE EXTRADICIÓN
Lima 5 de julio de 2012

VISTOS; la solicitud de extradición activa formulada por la Primera Sala Superior Penal para Procesos con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima a las autoridades competentes del gobierno de Francia, respecto al reo contumaz don Agustín De Souza Ramírez, en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios– cohecho activo genérico - en agravio del Estado peruano; emitiéndose la presente decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El Tratado de Extradición celebrado entre las Repúblicas de Perú y Francia, suscrito en la ciudad de París el treinta de setiembre de mil ochocientos setenta y cuatro, aprobada por el Congreso de la República mediante

resolución legislativa del ocho de junio de mil ochocientos setenta y cinco, promulgada el quince de junio de mil ochocientos setenta y cinco; se encuentra vigente desde el diecinueve de enero de mil ochocientos setenta y seis.

1.2. El artículo 515 del Código Procesal Penal, atinente al carácter de la resolución consultiva de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.3. El artículo 518 del Código Procesal Penal, referente a los requisitos que debe contener la demanda de extradición.

1.4. El artículo 521 del Código Procesal Penal, respecto al procedimiento de extradición.

1.5. Las Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslados de condenados contenidos en el Decreto Supremo número cero dieciséis guión dos mil seis - JUS.

1.6. La Sentencia del Tribunal Constitucional numero tres mil novecientos sesenta y seis, refiere que en materia de extradición activa la postulación debe reunir ciertas formalidades legales, lo que se explica si reparamos que: "El sistema continental (romano-germánico), en el cual los tribunales del Estado requerido solamente realizan una evaluación formal en base a los documentos remitidos por el Estado solicitante para verificar que se reúnan todos los requisitos formales. Es decir, no tienen facultades para revisar las cuestiones de fondo tenidas en cuenta para formular el pedido de extradición. Es un sistema jurídico contemporáneo predominante en los países de europa occidental (con excepción del Reino Unido y algunos países nórdicos) y de América latina"[1].

SEGUNDO: HECHOS ATRIBUIDOS AL *EXTRADITURUS*

Conforme se precisó en la solicitud de extradición elevada por la Primera Sala Superior Penal para Procesos con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima dirigida a las autoridades judiciales del Gobierno de Francia

(1) La sentencia recaída en el expediente número tres mil novecientos sesenta y seis - dos mil cuatro - HC/TC, Lima (Caso Enrique Benavides Morales, del tres de marzo del dos mil cinco), página cuatro, ítem dieciocho punto "b".

respecto al reo contumaz don Agustín De Souza Ramírez: "Se imputa al requerido conjuntamente con su co procesado Torres Delgadillo ser los autores de haber entregado al capitán PNP don Jorge Luis Livoni Esparta las sumas de cinco y dos nuevos soles respectivamente para que omita un acto de violación de sus obligaciones en circunstancias que el cuatro de febrero de dos mil siete, los denunciados pretendían ingresar al Penal de Lurigancho con visibles signos de ebriedad y acercándose al mencionado oficial, De Souza Ramírez le manifestó que había trabajado en la noche y que por favor lo deje pasar para visitar al interno don Pablo César Bondani Alvarracín, dándole el dinero en la mano con tal propósito ilícito, hechos que son corroborados con la manifestación del denunciado, quien acepta los cargos en su contra y con la manifestación del Capitán PNP don Jorge Livoni Esparta, el mismo que al denunciado como autor de/ilícito. Tales imputaciones determinaron que el Órgano Jurisdiccional Peruano apertura instrucción, dictándose contra los procesados mandato de comparecencia restringida.

TERCERO: ILÍCITO PENAL ATRIBUIDO AL REQUERIDO

Se dictó contra don Agustín De Souza Ramírez, auto de apertura de instrucción de cinco de febrero de dos mil siete (que en copia certificada obra en los folios veinticuatro a veintisiete) por delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios– Cohecho Activo Genérico - en agravio del Estado peruano, ilícito previsto y penado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, conforme aparece de la acusación fiscal de diecisiete de octubre de dos mil ocho (que en copia certificada obra en los folios treinta y nueve a cuarenta y dos), y mediante resolución de veinte de marzo de dos mil diez se le declaró reo contumaz (conforme obra de las copias certificadas de los folios cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco).

CUARTO: IDENTIFICACIÓN Y UBICACIÓN DEL *EXTRADITURUS*

El requerido se encuentra debidamente identificado, conforme aparece de la Ficha de Datos Personales del Extraditable en la cual se consignan sus generales de ley así como sus datos personales (conforme se advierte del folio cincuenta y seis); y se encuentra ubicado en el Gobierno de Francia, conforme se aprecia del oficio de Interpol Nº 2002-2012- DGPNP/INTERPOL-DIVIAP (que obra en copia simple en el folio cincuenta y cuatro).

QUINTO: PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN

5.1. Las relaciones extradicionales entre los gobiernos de Francia y Perú están regidas por el Tratado de Extradición suscrito en la ciudad de París el treinta de setiembre de mil ochocientos setenta y cuatro, aprobada por el congreso mediante resolución legislativa de ocho de junio de mil ochocientos setenta y cinco, promulgada el quince de junio de mil ochocientos setenta y cinco. Se encuentra vigente desde el diecinueve de enero de mil ochocientos setenta y seis, en el cual se estipulan los delitos que dan lugar a la extradición.

5.2. En tal sentido, los hechos atribuidos al requerido, materia de solicitud de extradición, también constituye delito punible en la legislación Francesa, cumpliéndose de esa forma con el principio de "identidad de la norma".

SEXTO: ESTABLECIMIENTO DE LA CAUSA PROBABLE

La demanda de extradición está recaudada con documentación referente al material probatorio el cual relieva la participación del reclamado en los hechos delictivos imputados, adjuntándose para ello:

6.1. La manifestación del requerido De Souza Ramírez, realizada a nivel preliminar (en presencia del representante del Ministerio Público) quien señaló que: "Cuando pretendía ingresar al Penal de Lurigancho a visitar a mi amigo don Pablo César Bondani Alvarracin (...) después de haber pasado tres controles de revisión, por parte de la policía y en el cuarto uno de los policias, me dijo que no podía ingresar porque tenía el cabello largo y los ojos pintados con apariencia de mujer por lo que le dije que era urgente visitar a mi amigo porque se encuentra enfermo de VIH, por lo que le estoy llevando su suero y otras cositas, pero como no me quería dejar ingresar, saqué cinco nuevos soles de mi bolsillo y le di para que me deje ingresar, recibiéndome la moneda de cinco nuevos soles, para luego decirme que saliera de la cola y me ponga a un costado (...) por ese motivo me encuentro detenido en esta comisaría por sobornar a un policía (conforme se advierte de la declaración referencial de los folios veinte y veintiuno).

6.2. La declaración preliminar del señor efectivo policial don Jorge Luis Livoni Esparta, quien refiere que: "El cuatro de febrero de dos mil siete, a horas nueve con cuarenta y cinco minutos en circunstancias que me encontraba

como encargado del control de visitas del penal de Lurigancho, y de pronto personal bajo mi mando me da cuenta que la persona de don Agustín De Souza Ramírez, pretendía ingresar al penal con visibles síntomas de ebriedad motivo por el cual me entrega la cédula de identificación del visitante y su DNI Nº 80366989, y se me acercó a la baranda dicha persona manifestando que había trabajado en la noche y que por favor lo deje posar y es cuando se me acerca y cuando yo le iba a entregar su DNI, para que sea retirado del penal este me entrega una moneda y me dice hágame pasar motivo por el cual no accedí y procedí a intervenir y formular la documentación correspondiente presentándola a la oficina del señor comandante Jefe de Seguridad externa del mencionado penal" (conforme se advierte de la declaración brindada a nivel preliminar de los folios dieciséis y diecisiete).

SÉTIMO: RESPECTO A LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El delito materia del pedido de extradición no se encuentra prescrito, conforme se hace referencia en la respectiva solicitud al señalar que los hechos materia de imputación se suscitaron el cuatro de febrero de dos mil siete, y el ilícito penal atribuido al *extraditurus* se encuentra conminado con una pena no mayor de seis años, ante ello conforme a lo establecido en la normatividad penal nacional y de conformidad con los artículos pertinentes que regulan los plazos de prescripción de la acción penal, se advierte que este prescribiría después de nueve años (conforme se advierte del punto XII de la solicitud de extradición del folio cuatro).

OCTAVO: CARÁCTER COMÚN DEL DELITO ATRIBUIDO

Los cargos imputados al *extraditurus* son de naturaleza común y no político.

NOVENO: ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE EXTRADICIÓN

En el presente cuaderno de extradición se ha dado cumplimiento a lo previsto en los artículos quinientos trece y quinientos dieciséis, en concordancia con el artículo quinientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal, vigente en virtud de lo dispuesto por la Ley número veintiocho mil seiscientos setenta y uno, en tanto el pedido cumple con las formalidades establecidas en el Decreto Supremo número cero dieciséis guión dos mil seis guión JUS, así como

lo estipulado en el citado Tratado de Extradición y los requisitos esenciales que debe contener el pedido de extradición activa.

DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

I. DECLARAR PROCEDENTE la solicitud de extradición formulada por la Primera Sala Superior Penal para Procesos con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima a las autoridades competentes del gobierno de Francia, respecto al reo contumaz don Agustín De Souza Ramírez, en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios– cohecho activo genérico - en agravio del Estado peruano;

ORDENAR se remita el cuaderno de extradición al Ministerio de Justicia por intermedio de la Presidencia del Poder Judicial; con conocimiento de la Fiscalía de la Nación; hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

CAPÍTULO X
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

El delito de cohecho activo específico está tipificado en el artículo 398 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley Nº 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 398.-*** *El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36 del Código Penal.*
>
> *Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.*
>
> *Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

070 Cohecho activo específico: Comisión por funcionario judicial

Se acreditó que la encausada es responsable penalmente de la comisión del delito de cohecho activo en agravio del Estado, así como el administrador del Módulo de Justicia de Chosica; quien se contactó con la encausada, asistente administrativa de la Sala y Juzgado Civil de Sub especialidad Comercial, para solicitarle que influyera en la decisión del Presidente de la Sala Comercial, en el proceso número ochocientos setenta y nueve-dos mil cinco, ofreciéndole la suma de dos mil dólares americanos.

Recurso de Nulidad Nº 4498-2007-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 9 de abril de 2008

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Blanca Rosa Dávila de Soto y Carlos Willians Soto Dávila, contra la sentencia de fojas mil doscientos setenta y cuatro, del doce de octubre de dos mil siete; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviene como ponente el señor Vocal Supremo Calderón Castillo; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la defensa de los encausados Dávila de Soto y Soto Dávila, al fundamentar su recurso impugnatorio a fojas mil doscientos ochenta y siete, sostiene que no existirían pruebas fehacientes que acredite la responsabilidad de sus patrocinados; pues el Colegiado Superior se habría basado en meras presunciones, asimismo señala que lo declarado por el sentenciado Juan de la Cruz Aybar Vargas carece de uniformidad, llegando a incurrir en contradicciones. **SEGUNDO:** Que, se atribuye a Blanca Rosa Dávila de Soto y Carlos Willians Soto Dávila –hijo de la primera–, la comisión del delito de cohecho activo en agravio del Estado, ilícito en cuya comisión también intervino el sentenciado Juan De la Cruz Aybar Vargas, Administrador del Módulo de Justicia de Chosica; es así que este último se contactó con Janeth Ludeña Mendoza, asistente administrativa de la Sala y Juzgado Civil de Sub especialidad Comercial, para solicitarle que influyera en la decisión del Presidente de la Sala Comercial, doctor Julio Martín Wong Abad, en el proceso número

ochocientos setenta y nueve - dos mil cinco, ofreciéndole la suma de dos mil dólares americanos; en ese contexto, el cinco de octubre de dos mil cinco, en horas de la noche, Aybar Vargas se reúne con la servidora Janeth Ludeña, haciéndole entrega de un sobre conteniendo mil dólares americanos, y un papel a manuscrito consignando el número de expediente y una de las partes procesales, siendo intervenido en esos instantes por personal de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura - Odicma y la fiscalía de turno, apoyados por efectivos de la Policía Nacional del Perú; habiéndose determinado que dichas acciones las efectuó a solicitud de la imputada Blanca Rosa Dávila de Soto, quien a la vez actuó por encargo del abogado Edgar Infantas Rodríguez. Posteriormente, mediante auto de fojas seiscientos treinta y tres, se comprendió a Carlos Willians Soto Dávila, servidor Judicial en el Módulo de Justicia de Chosica, atribuyéndosele el hecho de haber sido el nexo entre la imputada Dávila de Soto –su madre– y el sentenciado Juan De la Cruz Aybar Vargas –Administrador del Módulo de Justicia de Chosica–, e incluso sería quien proporcionó a este último el dinero que se incautara el cinco de octubre, así como una ayuda memoria. **TERCERO:** Que, respecto a la acusada Dávila de Soto, es de observar que no obstante señala que su conducta se limitó únicamente a entregar un sobre desconociendo su contenido y que a la vez le fue entregado por el abogado Infantas Rodríguez, para quien trabaja hace seis años, aproximadamente; empero no ha podido explicar de manera uniforme y coherente entre otros, el vínculo que la une al sentenciado Juan de la Cruz Aybar y las circunstancias en que lo habría conocido; es así que inicialmente sostuvo que solo lo conocía de vista, pero posteriormente indicó que era su amigo hace más de tres años, habiéndose conocido en un vehículo de transporte público, que días antes de los hechos le comentó que tenía un proceso en el Juzgado Comercial y le preguntó si podía ayudarla, empero no tenía conocimiento que este trabajaba en el Poder Judicial; por otra parte, la citada acusada afirmó que desconocía que su hijo, el acusado Soto Dávila trabajaba en la Administración de Justicia, que nunca comentó con su hijo temas relativos a su trabajo, solo sabía que este estaba terminando de estudiar la carrera de Derecho y le mencionó que trabajaba en Chosica, pero nunca le dijo en qué lugar, y ella tampoco le comentó a su hijo que trabajaba para un abogado –véase fojas diecisiete, ciento dieciocho y acta de juicio oral de fojas mil cuarenta y cuatro–; que, las citadas contradicciones e incoherencias en la versión exculpatoria de la acusada Dávila de Soto permiten colegir que esta estaría faltando a la verdad, más aún cuando de autos se desprende que ella y su coacusado Soto Dávila –su hijo– residían en el mismo domicilio. **CUARTO:** Que asimismo, lo declarado por la citada acusada ha sido desmentido por el sentenciado Juan De la Cruz Aybar Vargas, y tras admitir su

responsabilidad en los cargos que se le atribuye, indicó que fue Carlos Soto Dávila, que por entonces se desempeñaba como encargado de Mesa de Partes del Juzgado de Paz Letrado de Chosica, quien le preguntó si conocía a alguna persona en los juzgados comerciales a lo que le respondió afirmativamente, fue entonces que le comentó que su madre tenía un problema judicial allí, para lo cual le solicitó ayuda; asimismo, precisó que antes no mencionó a dicha persona porque en la Comisaría su coprocesada Dávila de Soto le pidió que no implique en los hechos a su hijo; el sentenciado De la Cruz Aybar Vargas, también afirmó que el dinero y la ayuda memoria le fue entregado por Carlos Willians Soto Dávila y este le dijo que su mamá, la acusada Blanca Dávila era la interesada en dicho caso, y que a esta última la conocía solamente de vista –véase fojas doce, cuarenta y nueve, doscientos sesenta y acta de juicio oral de fojas mil veintidós–; versión corroborada durante la diligencia de confrontación efectuada entre la procesada Dávila de Soto y el ahora sentenciado De la Cruz Aybar Vargas –véase fojas cuatrocientos catorce–; en consecuencia, es de estimar que está acreditada la responsabilidad penal de la acusada Dávila de Soto en los cargos que se le atribuye; habiéndose desvirtuado su derecho a la presunción de inocencia que la Constitución Política le reconoce, por lo que este extremo de la sentencia impugnada responde al mérito de lo actuado en el proceso. **QUINTO:** Que, en lo que concierne al acusado Soto Dávila, es de señalar que pese a que ha negado todo vínculo con su coprocesado De la Cruz Aybar Vargas, así como con los hechos materia de juzgamiento, indicando además que desconocía que De la Cruz Aybar Vargas conocía a su madre y que eran amigos –la acusada Dávila de Soto–, que no sabía a que se dedicaba su madre, ni donde trabajaba esta –véase fojas trescientos diez y acta de juicio oral de fojas mil veinticinco–; dicha versión carece de verosimilitud, sobre todo si se toma en cuenta el vínculo de parentesco entre los acusados Soto Dávila y Dávila de Soto; que asimismo, el sentenciado De la Cruz Aybar ha contradicho lo aseverado por el acusado Soto Dávila al señalar que hace tres años que laboraba en el mismo ambiente con dicho acusado y que inclusive, momentos antes de ser intervenido, al estar reunido con Janet Marleny Ludeña Mendoza, esta le pregunta el número de expediente y al no saberlo tuvo que llamar por teléfono al acusado Carlos Soto y él le devolvió la llamada y anotó con su puño y letra el número del expediente y las partes procesales, asimismo el día de la detención llamó dos veces a la casa del citado acusado –véase acta de juicio oral de fojas mil veintiséis–; versión que se encontraría corroborada con: a) las constantes llamadas telefónicas efectuadas entre el celular del sentenciado De la Cruz Aybar Vargas y el número de teléfono fijo de la casa de los acusados Soto Dávila y Dávila de Soto en fechas veintiséis, veintisiete y veintiocho de setiembre de dos mil cinco, conforme aparece detallado en el reporte de llamadas

correspondiente a los meses de setiembre a diciembre del dos mil cinco emitido por la empresa Telefónica Móviles Sociedad Anónima –véase fojas mil noventa–; lo que acreditaría el vínculo existente entre el acusado Soto Dávila y De la Cruz Aybar Vargas; b) el Oficio remitido por la Compañía Telefónica del Perú en fecha diecinueve de setiembre de dos mil siete, en el que se detallan hasta tres llamadas efectuadas de manera sucesiva entre el número celular perteneciente al sentenciado De la Cruz Aybar Vargas y el número de teléfono fijo del domicilio de los acusados Soto Dávila y Dávila de Soto, realizados en fecha cinco de octubre –día en que se realizó el operativo en el que fue detenido–, momentos previos a la detención del primero; corroborándose con ello lo declarado por De la Cruz Aybar Vargas, en el sentido que encontrándose en el restaurante llamó por teléfono al acusado Soto Dávila para que le proporcione los datos del expediente, devolviéndole este la llamada a su celular –véase fojas mil sesenta y uno–; que, consiguientemente es de concluir que lo actuado acredita suficientemente la responsabilidad penal del acusado Soto Dávila con los cargos que se le atribuye, habiéndose enervado el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución Política reconoce a todo justiciable; por lo que es de estimar que este extremo de la sentencia es conforme a derecho. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil doscientos setenta y cuatro, del doce de octubre de dos mil siete; en el extremo que condena a Blanca Rosa Dávila de Soto, como autora mediata del delito contra la Administración Pública –Corrupción de Funcionarios– cohecho activo específico en agravio del Estado, y le impone cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta e inhabilitación por el término de dos años; declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto condena a Carlos Willians Soto Dávila, como autor del delito contra la Administración Pública –Corrupción de Funcionarios– cohecho activo específico en agravio del Estado, y le impone seis años de pena privativa de libertad; la misma que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde doce de octubre de dos mil siete, vencerá el once de octubre de dos mil trece; asimismo se le impuso inhabilitación de dos años; con lo demás que al respecto contiene; y, los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SANTOS PEÑA
ROJAS MARAVÍ
CALDERÓN CASTILLO

071 Cohecho activo específico: Ofrecer dinero a Sala Penal a cambio de una resolución de sobreseimiento

La disposición de remitir los actuados al señor Fiscal Superior para que se pronuncie sobre el nuevo hecho concerniente tuvo su origen en que el encausado entregó a la Sala la tarjeta personal del acusado en el que se consignó, entre otros datos, el "vale por dos mil cien dólares americanos para ser entregado de inmediato contra la resolución que confirme sobreseimiento" lo que configura el delito de cohecho activo específico; que, no obstante esa incorrección se advierte que los motivos aducidos por la defensa del mencionado encausado no se encuentran inmersos de modo palmario en la causal genérica "temor de parcialidad" prevista en el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales, pues la referida actuación funcional de los magistrados recusados no expresa una afectación al deber de imparcialidad y una lesión consiguiente de los derechos e intereses legítimos del encausado, en tanto no supone un inadecuado ejercicio de la función jurisdiccional, sino por el contrario, corresponde a la exteriorización del respeto a las garantías mínimas del debido proceso.

Recurso de Nulidad Nº 4285-2009-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 10 de agosto de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado José Germán Antonio Larrieu Bellido contra la resolución de fojas doscientos treinta y ocho, del diecisiete de setiembre de dos mil nueve, que declaró inadmisible la recusación que promovió contra las señoras Jueces Superiores Paloma Altabás Kajatt, Cecilia Polack Baluarte y Pilar Carbonel Vílchez, en el proceso que se le sigue por el delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios - cohecho activo específico en perjuicio del Estado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el encausado Larrieu Bellido en su recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y uno

sostiene que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales los Jueces Superiores que recusó deben apartarse del conocimiento del presente proceso, porque existen motivos fundados para dudar de su imparcialidad pues abusaron de sus atribuciones al remitir el caso al representante del Ministerio Público para que realice una acusación complementaria. **SEGUNDO:** Que, la recusación tiene como fundamento la garantía de la imparcialidad del juzgador frente al objeto procesal y las partes, por tanto el ejercicio del derecho a un juez imparcial implica que el recusante sustente en razones objetivamente justificadas su pretensión de alejar del proceso a un juez. No basta con comunicar sus temores de ausencia de imparcialidad en abstracto, sino que aquella desconfianza u opiniones expresadas deben relacionarse consistentemente al caso concreto, promoviéndola conforme a las causales previstas en el artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales, o en la causal genérica de "dada en la imparcialidad del Juez" contemplado en el artículo treinta y uno del acotado Código de Procedimientos Penales. **TERCERO:** Que, el Colegiado Superior se equivoca al declarar inadmisible la reacusación del impugnante, pues si bien fue propuesta fuera del plazo de ley, sin embargo no advierte que el fundamento del recurrente referido a la incertidumbre de imparcialidad se originó en la sesión de los debates orales de fojas ciento ochenta y cinco, del dieciocho de agosto de dos mil nueve, esto es, cuando se dispuso remitir los actuados al señor Fiscal Superior para que se pronuncie sobre el nuevo hecho concerniente a que el encausado Espinoza Huamán –en la sesión de fojas cuarenta y nueve, del cuatro de noviembre de dos mil ocho– entregó a la Sala la tarjeta personal del acusado Pope Bravo en el que se consignó, entre otros datos, el "vale por dos mil cien dólares americanos para ser entregado de inmediato contra la resolución que con firme sobreseimiento" –ver fojas cincuenta y cinco–; que, no obstante esa incorrección se advierte que los motivos aducidos por la defensa del mencionado encausado no se encuentran inmersos de modo palmario en la causal genérica "temor de parcialidad" prevista en el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales, pues la referida actuación funcional de los Magistrados recusados no expresa una afectación al deber de imparcialidad y una lesión consiguiente de los derechos e intereses legítimos del encausado, en tanto no supone un inadecuado ejercicio de la función jurisdiccional, sino por el contrario corresponde a la exteriorización del respeto a las garantías mínimas del debido proceso. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución superior de fojas doscientos treinta y ocho, del diecisiete de setiembre de dos mil nueve, que declaró inadmisible la recusación que promovió el encausado José

Germán Antonio Larrieu Bellido contra las señoras Jueces Superiores Paloma Altabás Kajatt, Cecilia Polack Baluarte, Pilar Carbonel Vílchez, en el proceso que se le sigue por el delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios - cohecho activo específico en perjuicio del Estado; y los devolvieron.

SS.
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

072 Cohecho activo específico: Gerentes que no participaron directamente en el proceso judicial no pueden ser sancionados penalmente

No existen elementos probatorios suficientes e idóneos que acrediten que los encausados hayan cometido el delito de cohecho activo específico previsto en el artículo trescientos noventa ocho del Código Penal, esto es, ninguno de los encausados lo sindican de manera directa o indirecta de la entrega de donativo, promesa, ventaja o beneficio a favor del secretario judicial; que, además, no se les puede sancionar por el solo hecho de ocupar el cargo de Gerente de las empresas involucradas en estos hechos y porque iban a realizar una actividad comercial en la ciudad de Bellavista, que debe tenerse en cuenta que ellos no participaron de forma directa en el proceso judicial, sino quienes realizaron las coordinaciones y trámites correspondientes fueron sus abogados.

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 5 de mayo de 2010

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la responsabilidad penal de los acusados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina se encuentra acreditada en base a los siguiente indicadores: i) conforme a sus declaraciones vertidas en el juicio oral de fojas mil quinientos cuarenta y nueve y mil quinientos noventa y siete, respectivamente, aceptan que llegaron a la localidad de Bellavista a fin de invertir en el negocio de tragamonedas y cuando solicitaron la respectiva licencia de funcionamiento a la Municipalidad de Bellavista, les fue denegada al no contar con la autorización del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), ante ello interpusieron un proceso constitucional de amparo contra dicha entidad, contratando los servicios de un estudio jurídico de la ciudad de Tarapoto y del acusado Vela Sánchez, quien contaba con una oficina en la localidad de Bellavista, además este último se encargaría de tramitar el mencionado proceso constitucional en el Juzgado Mixto de Bellavista, así como realizar las gestiones necesarias con los asesores de las empresas, que finalmente dicho proceso

terminó con una sentencia favorable a los citados encausados; **ii)** conforme se determinó en el voto en mayoría se acreditó la responsabilidad penal del encausado Vela Sánchez, este último coordinó con los imputados Ruiz Ramírez y Vily Carbajal con la finalidad que la sentencia de primera instancia del proceso de amparo no sea elevado y se realice todo lo posible para que las impugnaciones sean efectuadas en forma extemporánea con la finalidad que adquiera la calidad de cosa juzgada, todo ello se dio porque hubo de por medio un beneficio o contribución indebida a los actores; pero, se debe precisar que el encausado Vela Sánchez era abogado contratado por los encausados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina quienes tenían conocimiento de lo que sucedía, además la contribución indebida no podría salir del bolsillo del encausado acusado Vela Sánchez porque el resultado final beneficiaba a los mencionados acusados, por lo que ellos tuvieron que entregarle la contribución a Vela Sánchez para que este último entregara a Vily Carbajal y Ruiz Ramírez; **iii)** dicho procedimiento ilegal se desarrolló puesto que inicialmente se logró que el Juez emitiera una resolución que declare improcedente el recurso de apelación presentado por los representantes de Mincetur, es decir, el objetivo trazado por los citados encausados cumplió su propósito que autorizaba a realizar sus actividades comerciales sin ningún inconveniente –podían instalar sus juegos de tragamonedas–. Por estos fundamentos: **NUESTRO VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho en el extremo que condena a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina como autores del delito contra la Administración Pública - cohecho activo específico en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta, inhabilitación de dos años y fija en seis mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado y de Mincetur; con lo demás que contiene al respecto y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
PRADO SALDARRIAGA
SANTA MARÍA MORILLO

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 24 de setiembre de 2010

VISTOS; en discordia; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Juan Carlos Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina contra la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho, en el extremo objeto de discordia que los condenó como autores de delito de cohecho activo específico en agravio del Estado y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –en adelante Mincetur–. Interviene como Juez Supremo discordante el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los encausados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina son Gerentes de la empresa Inversiones Turísticas "Las Vegas'', así como Kawa Sociedad Anónima Cerrada y Gerkin Sociedad Anónima Cerrada, respectivamente. Se les incrimina que, como instaron un proceso de amparo contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - Dirección Nacional de Turismo a fin de desarrollar sus actividades comerciales en el ámbito de juegos de azar - tragamonedas sin que el Estado, a través de la entidad anteriormente citada, impida el funcionamiento de las sucursales que pretendían instaurar –la Dirección Nacional de Turismo había denegado la autorización de funcionamiento–, en concierto con sus coimputados Vela Sánchez, abogado suyo en la referida causa, determinaron mediante móviles crematísticos a Vily Carbajal, Secretario de Juzgado, y Ruiz Ramírez, representante del Mincetur, para impedir que la entidad agraviada pueda recurrir, dentro del plazo de ley, la sentencia desfavorable que emitió el Juzgado Mixto de Bellavista, donde se tramitaba la causa.

SEGUNDO: Que la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y siete, como base del juicio de imputación, acotó que la influencia en las decisiones importó actos de corrupción "(...) mediante promesa, ventaja económica y afines, a sus coacusados Alex y Elías, por intermedio de sus coacusados Gerentes de las empresas demandantes del proceso de acción de amparo (...) ya que eran los únicos interesados directos del resultado favorable del proceso de amparo (...)" (folio mil trescientos setenta y uno). En este mismo sentido,

la sentencia recurrida de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, como base del juicio de culpabilidad, anotó que los imputados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina cristalizaron un plan concertado, con sus coimputados, de conseguir la autorización para el funcionamiento de su actividad empresarial de tragamonedas en la ciudad de Bellavista, que "(...) se traduce en un manifiesto interés económico de los acusados, pues de lo contrario nada explica la conducta falsaria de los acusados Elías Vily Carbajal, Alex Ruiz y Jorge Luis Vela Sánchez en la inusual celeridad y violación del debido proceso en la tramitación del proceso de amparo (...)" (folio mil setecientos sesenta y cinco).

TERCERO: Que es significativo, respecto de los cargos, que no se precise en qué consistió la ventaja económica, dádivas y afines que se concertó con los encausados Ruiz Ramírez, Vily Carbajal y Vela Sánchez. Tampoco se indicó cuándo y cómo se produjo ese hecho delictivo.

En el curso del proceso todos los involucrados han negado la comisión del delito de cohecho (declaración plenarial de Vily Carbajal, Secretario de Juzgado, de fojas mil cuatrocientos ochenta y uno y mil quinientos veintidós; declaración plenarial de Vela Sánchez, Abogado de los citados encausados en el proceso de amparo, de fojas mil quinientos cuarenta y tres –coincidente con su instructiva de fojas mil doscientos tres–; y declaración plenarial de Ruiz Ramírez –vinculado a Mincetur en el indicado proceso de amparo–, de fojas mil quinientos treinta y cuatro). Desde luego, también rechazaron los cargos los propios acusados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina (declaraciones plenariales de fojas mil quinientos cuarenta y nueve y mil quinientos noventa y siete, respectivamente). De igual manera no aportan información específica respecto a un acto de solicitud, ofrecimiento o promesa o, en su caso, de aceptación o recepción de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para influir en la conducta funcional del Secretario de Juzgado, los servidores judiciales Mayra Nataly Pezo del Águila –encargada de notificaciones del Juzgado– y Gisella Morales del Águila (fojas mil ciento cuarenta y dos y mil ciento cuarenta y seis, respectivamente).

CUARTO: Que, así las cosas, como no existe prueba directa, la única posibilidad de fundar un juicio de culpabilidad y dictar una sentencia condenatoria es acudir a la prueba por indicios.

Según se entiende de la sentencia recurrida, los Jueces Superiores estimaron que la condición de demandantes y directamente interesados en el resultado favorable del proceso de amparo, quienes además contrataron al abogado que intervino profesionalmente en la causa, no hace sino vincularlos con el cohecho atribuido –la conducta falsaria del Secretario de Juzgado no tiene otra explicación que el móvil económico, propiamente un soborno–. Asumieron, por tanto, que este hecho configura un indicio necesario –esto es, que por sí sólo acredita la veracidad del dato indicado: el soborno– y, como tal, está exento del requisito de pluralidad. Empero, ante la falta de concreción de los cargos: la ausencia de datos referidos a la forma y circunstancias del soborno atribuido a los imputados –que es un problema referido a la falta de datos de contenido criminalístico para definir el hecho objeto de imputación– resulta insuficiente fundar un cargo por cohecho. Aun cuando es cierto que el hecho resaltado por el Tribunal sentenciador constituye, en puridad, un indicio de móvil en función al interés de que judicialmente se reconozca su pretensión, este sin embargo no puede ser, en las circunstancias propuestas, por su relación causal, un indicio necesario. Es, propiamente, un indicio contingente, por su carácter polivalente: el que se quiera ganar un proceso no determina forzosamente que toda irregularidad que se cometa en su desarrollo y que favorezca su posición procesal se explique a partir de un acto de soborno; otras causas también pueden explicarlo. Es desde luego un indicio fuerte –más allá que los imputados sabían la política ministerial de no aceptar el funcionamiento de negocios de tragamonedas–, pero insuficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que el Secretario de Juzgado recibió o se le ofreció alguna ventaja para actuar como lo hizo. Por tanto, el requisito de pluralidad de indicios interrelacionados, concordantes, concurrentes y unívocos, unido a la ausencia de contraindicios, debe cumplirse acabadamente, lo que no se da en el caso de autos no se ha acreditado otros hechos periféricos que permitan sostener los cargos. Por tanto, al no haberse enervado la presunción de inocencia, debe emitirse una sentencia absolutoria. Es de aplicación el artículo 301, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; **MI VOTO:** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho, en el extremo objeto de discordia que condenó a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina

como autores del delito de cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, e inhabilitación por dos años, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado y Mincetur; con lo demás que al respecto contiene; reformándola: se **ABSUELVA** a dichos encausados por el referido delito en agravio del Estado y Mincetur, debiéndose anular sus antecedentes policiales y judiciales, y archivarse definitivamente la causa en esta parte. Hágase saber.

S.
SAN MARTÍN CASTRO

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 4 de octubre de 2010

AUTOS y VISTOS; con la Razón de relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO:** Que el señor Vocal Dirimente, Doctor San Martín Castro, ha cumplido con emitir el voto que le corresponde; que este voto coincide con el emitido por los señores Jueces Supremos Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo y Calderón Castillo, en el sentido que se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco del diecinueve de diciembre de dos mil ocho, que condenó a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina como autores del delito de cohecho activo específico –y no cohecho pasivo específico como se ha consignado en la sentencia– en agravio del Estado y Mincetur a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, e inhabilitación por dos años, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado y Mincetur, con lo demás que contiene al respecto; reformándola: se **ABSUELVA** a dichos encausados por el referido delito y agraviados, debiéndose anular sus antecedentes policiales y judiciales y archivarse definitivamente la causa; que, en tal virtud, se ha completado los votos para formar resolución, conforme a lo establecido por el artículo ciento cuarenta y uno, primer párrafo del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial y por el artículo doscientos noventa y seis del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: **REMÍTASE** los actuados al

lugar de origen, para los fines de ley; hágase saber y adjúntese el voto del señor Vocal Dirimente para su conocimiento.

S.
CALDERÓN CASTILLO

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE

El voto del señor Juez Supremo Lecaros Cornejo respecto a la situación jurídica de los acusados Alex Ruiz Ramírez, Elías Vily Carbajal y Jorge Luis Vela Sánchez respecto al delito de cohecho, es como sigue:

Lima, 5 de mayo de 2010

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que se atribuye a los acusados Ruiz Ramírez y Vily Carbajal haber recibido algún donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad que realicen todas las gestiones necesarias para que la sentencia de primera instancia expedida en el proceso de amparo no sea elevado a la Sala Penal Superior para su revisión; que, además, se imputa a Vela Sánchez haber entregado algún donativo, promesa, ventaja o beneficio al encausado Vily Carbajal con la misma finalidad. **SEGUNDO:** Que el artículo Vil del Título Preliminar del Código Penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, de modo que para establecer una sanción penal se debe acreditar debidamente en el proceso penal que los acusados participaron en la comisión del delito. **TERCERO:** Que del estudio de autos se advierte que las imputaciones que se realizan contra los citados encausados no tienen sustento probatorio alguno, puesto que no existen pruebas que acrediten que los acusados Ruiz Ramírez y Vily Carbajal hayan recibido donativo, promesa, ventaja o beneficio para que cambien la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia sobre el proceso de amparo con la finalidad que dicha resolución quede consentida y no sea elevada a la Sala Superior, asimismo, tampoco se puede determinar que el imputado Vela Sánchez haya hecho lo mismo, es decir, entregar donativo, promesa, ventaja o beneficio al acusado Vily Carbajal, quien se desempeñaba como Secretario del Juzgado Mixto de Bellavista de la Corte Superior de Justicia de San Martín. **CUARTO:** Que solo existe el indicio que

la mencionada notificación fue adulterada –se acreditó que en la falsificación tuvieron participación los encausados Ruiz Ramírez y Vily Carbajal, quienes fueron condenados por delito dicho ilícito penal–, pero este acontecimiento por sí sólo no puede servir para emitir una sentencia que condene, tanto más si no se encuentra corroborado y los acusados Ruiz Ramírez –véase fojas trescientos treinta y ocho, setecientos cincuenta y ocho y mil quinientos treinta y cuatro–, Vily Carbajal –véase fojas cuatrocientos noventa, mil cuatrocientos ochenta y uno y mil quinientos veintidós– y Vela Sánchez –véase fojas mil doscientos tres y mil quinientos cuarenta y tres– niegan que haya existido alguna prebenda económica indebida. **QUINTO:** Que, en tal sentido, ante la falta de consistencia en los medios de prueba inculpatorios, es de estimar como no probados los cargos atribuidos a los encausados Ruiz Ramírez, Vily Carbajal y Vela Sánchez, no habiéndose por tanto enervado la presunción de inocencia, prevista en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal "e" de la Constitución Política del Estado, que crea en toda persona el derecho de ser considerado inocente mientras no se pruebe fehacientemente lo contrario; en consecuencia, debe procederse conforme al artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare: **I. HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho en el extremo que condena a Alex Ruiz Ramírez y Elias Vily Carbajal como autores del delito contra la Administración Pública -cohecho pasivo propio en agravio del Estado y Mincetur; con lo demás que contiene al respecto; reformándola: se **ABSUELVA** a Alex Ruiz Ramírez y Elias Vily Ramírez de los cargos contenidos en la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -cohecho pasivo propio en agravio del Estado y Mincetur. **II. HABER NULIDAD** en la misma sentencia en la parte que condena a Jorge Luis Vela Sánchez como autor del delito contra la Administración Pública - cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur; reformándola: se **ABSUELVA** a Jorge Luis Vela Sánchez de los cargos contenidos en la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur; se **DISPONGA** que se anulen los antecedentes policiales y judiciales en relación a los delitos referidos respecto a Alex Ruiz Ramírez, Elias Vily Carbajal y Jorge Luis Vela Sánchez y se archive lo actuado definitivamente; y los devolvieron.

S.
LECAROS CORNEJO

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE

El voto de los señores jueces supremos Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo y Calderón Castillo, respecto a la situación jurídica de los acusados Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Mauel Kinoshita Shikina, es como sigue:

Lima, 5 de mayo de 2010

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que los encausados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina, Gerentes de la empresa Inversiones Turísticas "Las Vegas Sociedad Anónima" y de las empresas "KAWA Sociedad Anónima Cerrada" y "Gerkin Sociedad Anónima Cerrada", respectivamente, expresaron que viajaron a la localidad Bellavista para invertir en el negocio de tragamonedas, pero cuando se solicitó el permiso correspondiente fue denegado por la Municipalidad de Bellavista porque no se tenía la autorización del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), motivo por el cual coordinaron con el abogado de la empresa; Fredy Amasifuen, y se decidió interponer la acción de garantía constitucional de amparo; por lo que se desplazaron hasta dicha localidad donde contrataron los servicios del abogado Jorge Luis Vela Sánchez para que realice el trámite correspondiente; que las coordinaciones sobre dicho proceso eran entre Fredy Amasifuen y Vela Sánchez; que no conocen al Juez que vio la causa ni mucho menos a Vily Carbajal, secretario judicial; que no han entregado ningún beneficio o dádiva para que se tramite el mencionado proceso constitucional; que, por su parte el encausado Abusada Heresi precisa que fue la única oportunidad en que viajó a la ciudad de Bellavista, mientras que el imputado Kinoshita Shikina señaló que lo hizo en tres oportunidades –véase fojas mil quinientos cuarenta y nueve, y mil quinientos noventa y siete, respectivamente–. **SEGUNDO:** Que del estudio de autos se advierte que no existen elementos probatorios suficientes e idóneos que acrediten que los citados encausados hayan cometido el delito de cohecho activo específico previsto en el artículo trescientos noventa ocho del Código Penal, esto es, ninguno de los encausados Vela Sánchez y Vily Carbajal, lo sindican de manera directa o indirecta de la entrega de donativo, promesa, ventaja o beneficio a favor del último de los nombrados; que, además, no se les puede sancionar por el solo hecho de ocupar el cargo de Gerente de las

empresas involucradas en estos hechos y porque iban a realizar una actividad comercial en la ciudad de Bellavista, que debe tenerse en cuenta que ellos no participaron de forma directa en el proceso judicial, sino quienes realizaron las coordinaciones y trámites correspondientes fueron sus abogados. **TERCERO:** Que, por tanto, ante la falta de consistencia en los medios de prueba inculpatorios, es de estimar como no probados los cargos atribuidos a los encausados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina, no habiéndose enervado la presunción de inocencia, prevista en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal "e" de la Constitución Política del Estado, que crea en toda persona el derecho de ser considerado inocente mientras no se pruebe fehacientemente lo contrario; en consecuencia, debe precederse conforme al artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: **NUESTRO VOTO** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho en el extremo que condena a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina como autores del delito contra la Administración Pública - cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta, inhabilitación de dos años y fija en seis mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor; del Estado y de Mincetur; con lo demás que contiene al respecto; reformándola: **SE ABSUELVA** a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina de los cargos contenidos en la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur; y se **DISPONGA** se anulen los antecedentes policiales y judiciales en relación a los hechos que originaron el presente proceso respecto a Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina, y se archive lo actuado definitivamente.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

Recurso de Nulidad Nº 814-2009-SAN MARTÍN

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 5 de mayo de 2010

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados Alex Ruiz Ramírez, Elías Vily Carbajal, Juan Carlos Hernán Abusada Heresi, Gerardo Manuel Kinoshita Shikina y Jorge Luis Vela Sánchez, así como por la Procuradora Pública contra la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que los acusados Abusada Heresi, Kinoshita Shikina y Vela Sánchez en sus recursos formalizados de fojas mil setecientos setenta y seis, mil setecientos ochenta y dos y mil ochocientos cincuenta alegan inocencia y sostienen que no existen indicios o pruebas de su participación en el delito de cohecho activo específico; por su parte el acusado Ruiz Ramírez en su recurso formalizado de fojas mil ochocientos treinta y cuatro sostiene que la pericia grafotécnica practicada al documento cuestionado además de no haber sido ratificada en sede judicial, no precisa quién fue la persona que adulteró dicho instrumento, por lo que no podía ser utilizada como medio para imputar responsabilidad; asimismo, refiere que no trabajó para el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y que no hubo perjuicio porque la sentencia de amparo de primera instancia finalmente fue declarada nula; el encausado Vily Carbajal en su recurso formalizado de fojas mil ochocientos sesenta y cuatro afirma que no existen pruebas de su participación en el delito de cohecho pasivo propio; que si bien intervino en la notificación de la sentencia que recayó en la acción de amparo que se cuestiona, tal acto procesal finalmente fue declarado nulo, habiendo sido su persona sancionada administrativamente por este hecho; por su parte la Procuradora Pública en su recurso formalizado de fojas mil setecientos setenta y dos sostiene que el monto de la reparación civil fijado a los citados encausados resulta irrisoria en función al daño causado, por lo que solicita que se incremente, este concepto a cien mil nuevos soles. **SEGUNDO:** Que la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y siete señala los siguientes hechos: i) el once de enero de dos mil seis el Juzgado Mixto de Bellavista de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró fundada la demanda de proceso constitucional de amparo interpuesta, por las empresas "Inversiones Turísticas Las Vegas Sociedad Anónima" –cuyo

Gerente era el encausado Juan Carlos Hernán Abusada Heresi–, "Kawa Sociedad Anónima Cerrada" y "Gerkin Sociedad Anónima Cerrada" –cuyo Gerente fue Gerardo Manuel Kinoshita Shikina–, así como la empresa "Esfera Sociedad Anónima Cerrada", empresas demandantes que fueron asesoradas por el acusado Jorge Luis Vela Sánchez; con el mencionado proceso constitucional los demandantes perseguían garantizar el desarrollo comercial de sus actividades en todo el territorio nacional sin que la Dirección Nacional de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –en adelante Mincetur– ponga; obstáculos para el funcionamiento de las sucursales que pretendían poner en funcionamiento; **ii)** posteriormente el día doce de enero de dos mil seis el imputado Vily Carbajal, secretario del mencionado Juzgado, sin tener competencia para ello procedió a notificar la sentencia que recayó en el mencionado proceso de amparo a los representantes de las referidas empresas y a Ruiz Ramírez, representante de Mincetur, comoquiera que la función de notificar las resoluciones correspondía a la trabajadora Mayra; Nataly Pezo del Águila, esta última desconociendo el irregular comportamiento de Vily Carbajal procedió a notificar formal y regularmente la indicada sentencia, acción que cumplió el dieciséis de enero del año de dos mil seis; **iii)** ante la situación expuesta, los acusados Elías Vily Carbajal y Alex Ruiz Ramírez concertaron voluntades con el propósito de adulterar la cédula de notificación generada, por Mayra Nataly Pezo, modificando la fecha de recepción, consignando como fecha de dicho acto procesal el doce de enero del año dos mil, cuando en realidad se cumplió el dieciséis del mismo mes y año; cabe indicar que el objetivo de este ilícito accionar efectivamente se cumplió, porque el mencionado Juzgado declaró improcedente por extemporáneo el recurso de apelación que interpuso el Mincetur contra la aludida sentencia, puesto que se consideró como cierta la fecha de notificación adulterada; iv) posteriormente la notificación realizada por el encausado Vily Carbajal –de fecha doce de enero de dos mil seis– fue declarada nula por el Juez del Juzgado Mixto de Bellavista y convalidó la notificación realizada por Mayra Pezo Del Águila de fecha dieciséis de enero de dos mil seis y, por tanto, el Juzgado concedió el recurso de apelación, además impuso la medida disciplinaria de apercibimiento al acusado Vily Carbajal; v) además se sostiene que los encausados Abusada Heresi, Kinoshita Shikina, en su condición de empresarios y directamente interesados, por intermedio del acusado Vela Sánchez, abogado de las empresas representadas por los primeros, determinaron mediante móviles crematísticos a los acusados Vily Carbajal y Ruiz Ramírez, en su calidad de secretario de Juzgado y representante del Mincetur, respectivamente, para actuar conforme se ha detallado anteriormente. **TERCERO:** Que con

relación al delito de falsificación de documentos se tienen los siguientes indicadores: i) de la sentencia que declaró fundada la acción de amparo, en la parte superior izquierda, aparecen unos manuscritos de notificación de la referida resolución que tienen como fecha doce de enero de dos mil seis; sin embargo, conforme se verifica de la pericia grafotécnica de fojas mil sesenta, se advierte que dicho documento se encuentra adulterado en ese extremo; ii) el cambio de fecha de notificación se corrobora con los cargos de notificación de fojas sesenta y seis y sesenta y siete, donde se puede advertir que tanto a los representantes de las empresas involucradas como al encausado Ruiz Ramírez les notificaron el día doce de enero de dos mil seis; iii) en tal situación se declaró improcedente el recurso de apelación que interpuso la Procuradora Pública de Mincetur conforme se verifica de la resolución de fojas setenta, y ocho, del dieciocho de enero de dos mil seis; iv) sin embargo, cuando el Juez del; Juzgado Mixto advirtió tal irregularidad, declaró, nula la notificación del doce de enero de dos mil seis y dio como válida la que se efectuó el dieciséis del mismo mes y año, asimismo concedió el recurso de apelación –véase resolución de fojas ochenta y cuatro, del veintiséis de enero de dos mil seis–; v) además se debe valorar el testimonial de Mayra Nataly Pezo del Águila quien; expresó que el encausado cambió; la fecha de las notificaciones que; efectuó la deponente y consignó una fecha atrasada –véase mil ciento cuarenta y dos y mil trescientos ocho–, incluso en la diligencia de confrontación entre ella y el encausado Vily Carbajal se mantuvo en su sindicación –véase fojas trescientos ocho–. **CUARTO:** Que el encausado Ruiz Ramírez lejos de aceptar su responsabilidad señaló que no trabajó para el Mincetur, porque solo suscribió un contrato para recibir las notificaciones del Juzgado y enviarlas a la sede de la ciudad de Lima, pero únicamente respecto del expediente número, ciento sesenta y seis - dos mil cinco y no con relación al expediente doscientos ochenta y cuatro - dos mil cinco (relacionado al proceso de amparo que fue declarado fundado); sin embargo, aceptar que recibió la notificación efectuada por el encausado Vily Carbajal el doce de enero de dos mil seis, sobre este último expediente y después la que efectuó la notificadora del Juzgado Pezo del Águila de fecha dieciséis del mismo mes y año; agrega que envió las indicadas notificaciones vía fax al Mincetur por reciprocidad, pese a que no estaba obligado; precisa que no recibió beneficio o dádiva de ninguna persona –véase fojas trescientos treinta y ocho, cuatrocientos ochenta y tres, setecientos cincuenta y ocho y mil quinientos treinta y cuatro–; por otro lado, el encausado Vily Carbajal señaló que se considera inocente de los cargos imputados en su contra y que efectuó las notificaciones de manera personal porque el Juez Renny Sandoval Sánchez le ordenó

que hiciera tal gestión por tratarse de un tema delicado, agrega, que no presionó a Pezo del Águila para que certifique las notificaciones realizadas; que no se causó perjuicio alguno porque finalmente la Sala Superior declaró nula la sentencia de primera instancia y a él lo sancionaron administrativamente; que no recibió de ninguna persona beneficio o dádiva alguna, solo se limitó en realizar su trabajo. **QUINTO:** Que el estudio integral de los medios de prueba antes glosados permite razonablemente llegar a la convicción que los acusados Vily Carbajal y Ruiz Ramírez, actuando concertadamente, participaron en la adulteración de la cédula de notificación que correspondió a la sentencia emitida en el proceso de amparo al que ya se ha hecho referencia, pues ambos actuaron protagónicamente en dicho acto procesal e hicieron manifiesto su interés para que no se notifique adecuadamente al Mincetur, razones por las cuales a criterio de este Supremo Tribunal, por unanimidad es de estimar acreditada la responsabilidad de cada uno de ellos en el delito de falsificación de documentos. **SEXTO:** Que con relación a los encausados Vily Carbajal y Ruiz Ramírez por delito de cohecho pasivo propio y al acusado Vela Sánchez por delito de cohecho activo específico, este Colegiado en mayoría considera que la responsabilidad de los aludidos se encuentra debidamente acreditada, en base a los siguientes indicadores: i) se encuentra probado que el acusado Vily Carbajal, irregularmente se atribuyó la función de notificar la sentencia recaída en la acción de amparo ya mencionada, sabiendo que tal función correspondía a la trabajadora Mayra Nataly Pezo del Águila; ii) resulta obvio el accionar coordinado entre los acusados Vela Sánchez, Vily Carbajal y Ruiz Ramírez con el propósito de interferir en la notificación de la sentencia recaída en la acción de amparo en referencia, con el evidente propósito que Mincetur no fuera notificado debidamente, para impedir que pueda hacer valer oportunamente sus derechos, lo que se desprende del escrito presentado por el encausado Vela Sánchez el dieciocho de enero de dos mil seis –fecha que se emitió la resolución que declaró improcedente la apelación que interpuso Mincetur– solicitando que la citada sentencia sea declarada consentida debido a que no fue impugnada dentro del plazo legalmente establecido; **iii)** el acusado Ruiz Ramírez aceptó que no le correspondía recibir ni enviar las notificaciones que no sean del proceso signado con el número ciento sesenta y seis - dos mil cinco, porque el contrato firmado con Mincetur solo fue respecto a ese expediente –véase fojas doscientos cincuenta y tres–; empero, recibió y envió en forma tardía dicha notificación, lo que evidencia que su comportamiento obedeció a una manifiesta voluntad de conspirar contra los intereses del Mincetur; **iv)** que el acusado Ruiz Ramírez, como parte de sus alegatos de defensa aduce que en rigor no

tenía una relación laboral con el Mincetur; sin embargo, el mismo acepta haber sostenido una relación profesional con el indicado Ministerio en virtud de la cual incluso se permitió recibir notificaciones dirigidas a la indicada dependencia, de donde se desprende que en el peor de los casos mantuvo una relación de hecho con esta última, correspondiéndole por tanto la condición de funcionario o servidor público, en armonía con el inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal que califica como tales a los que mantienen relaciones contractuales con entidades u organismos del Estado, sea cual fuere su naturaleza; v) teniendo en cuenta que los protagonistas ya mencionados actuaron en evidente concierto con el fin de favorecer la causa que patrocinaba el abogado Vela Sánchez, queda claro que este fue el agente motivador de tal comportamiento, entendiéndose por sentido común y por la reglas de la experiencia que el accionar de los encausados Vily Carbajal y Ruiz Ramírez necesariamente obedeció a móviles crematísticos, pues resiente al sentido común que estos últimos incurran en las irregularidades detalladas anteriormente de manera gratuita. **SÉTIMO:** Que al haberse acreditado la responsabilidad penal de los acusados Ruiz Ramírez y Vily Carbajal como autores del delito de falsificación de documentos, procede valorar el quántum de la pena impuesta; al respecto, se debe tener en cuenta las condiciones personales de los mencionados encausados, la naturaleza del delito, la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, así como las reglas o factores previstos por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del acotado Código, sin dejar de lado que la determinación judicial de la pena constituye un proceso en el marco del cual el Juez debe definir la naturaleza y gravedad de los hechos incriminados, la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al agente en su condición de autor o partícipe de la infracción penal cometida; que, en el presente caso, la pena impuesta –cuatro años– se encuentra acorde con los factores y principios anteriormente mencionados y los márgenes que establece el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal. **OCTAVO:** Que con relación al monto de la reparación civil fijada a los encausados Ruiz Ramírez, Vily Carbajal y Vela Sánchez se debe tener en cuenta que el artículo doscientos veintisiete del Código de Procedimientos Penales establece que cuando la parte civil reclame daños y perjuicios que no estén apreciados en la acusación escrita o cuando no se conforme con las cantidades fijadas por el Fiscal, podrá presentar hasta tres días antes de la audiencia una pretensión alternativa mediante la cual precise la cantidad en que aprecia los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que debe ser restituida o pagada; que esa disposición no se ha cumplido, pues la parte civil ha hecho expresa su

pretensión indemnizatoria recién al formalizar el recurso de nulidad conforme se advierte del escrito de fojas mil setecientos setenta y dos, es decir, con evidente vulneración a la norma procesal que es de estricto y obligatorio cumplimiento, pese a que fue debidamente notificada para el inicio del juicio oral como se verifica del cargo de fojas mil cuatrocientos sesenta y cinco, incluso el Procurador Público concurrió al inicio de los debates orales y no hizo ninguna atingencia al respecto –véase acta de fecha veintiocho de octubre de dos mil ocho, corrientes a fojas mil cuatrocientos setenta y seis–. **NOVENO:** Que, por otro lado, el Fiscal Superior en su acusación escrita de fojas mil trescientos sesenta y siete solicitó que se fije como reparación civil a Ruiz Ramírez y Vily Carbajal cuatro mil nuevos soles y a Vela Sánchez, Abusada Helesi y Kinoshita Shikina seis mil nuevos soles, montos que fueron fijados por el Colegiado Superior, por lo que la pretensión de la parte civil no puede ser aceptada debido a que en su oportunidad no solicitó un monto superior. **DÉCIMO:** Que en lo que concierne a la responsabilidad de los acusados Juan Carlos Hernán Abusada Heresi y Gerardo Manuel Kinoshita Shikina se produjo discordia conforme al tenor de los votos que forman parte de la presente resolución. Por estos fundamentos: **I.** Declararon **POR UNANIMIDAD NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos cuarenta y cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil ocho en el extremo que condena a Alex Ruiz Ramírez y Elías Vily Carbajal como autores del delito contra la Fe Pública - falsificación de documentos en agravio del Estado, **II.** Declararon **POR MAYORÍA NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que condena a Alex Ruiz Ramírez y Elias Vily Carbajal como autores del delito contra la Administración Pública - delitos cometidos por funcionarios públicos - cohecho pasivo propio en agravio del Estado y Mincetur. **III.** Declararon **POR MAYORÍA NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que condena a Jorge Luis Vela Sánchez como autor del delito contra la Administración Pública -delitos cometidos por funcionarios públicos - cohecho activo específico en agravio del Estado y Mincetur, en cuanto le impone tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta, inhabilitación de dos años y fija en seis mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado y el Mincetur. **IV.** Declararon **POR UNANIMIDAD NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en cuanto impone a Alex Ruiz Ramírez y Elías Vily Carbajal cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta, sesenta días - multa; inhabilitación de dos años y fija en cuatro mil nuevos soles el monto de reparación

civil que deberán pagar los aludidos en forma solidaria a favor del Estado y el Mincetur; y habiéndose producido discordia respecto de los procesados Abusada Heresi y Kinoshita Shikina conforme al tenor de los votos que se acompañan, llamaron al Juez Supremo que corresponda como dirimente; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

073 Cohecho activo específico: Absolución por falta de pruebas

De los datos descriptivos proporcionados por el elenco de pruebas, no se ha probado el supuesto fáctico que exige la acción típica del delito de cohecho activo específico materia de imputación "ofrecer una suma de dinero a la Jueza del Despacho del Diecinueve Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima", pues más allá de indicios razonables de una presunta acción delictiva de la procesada, los testigos descartaron haber observado la conducta denunciada y menos el presunto incentivo económico ofrecido a la citada Magistrada; por lo que es del caso reiterar la decisión absolutoria.

Recurso de Nulidad Nº 366-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima 26 de agosto de 2011

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas doscientos cincuenta y nueve, del veinticinco de octubre de dos mil diez, que absolvió a Primitiva Evangelista Trebejo de Vargas de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública, corrupción de funcionados - corrupción activa de funcionarios en agravio del Estado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el Fiscal Superior en su recurso de nulidad formalizado de fojas doscientos sesenta y cuatro solicita que se declare nula la sentencia absolutoria y se reexamine la situación jurídica de la encausado porque existen elementos de prueba suficientes que acreditan que ella ofreció dinero a la Magistrada Delia Norma Wong Chung para que no cumpla con sus funciones en un proceso de usurpación agravada en la que la imputada era procesada; que ese hecho de soborno fue corroborado por Juan Antonio Alcacer Gonzáles, auxiliar jurisdiccional del juzgado de la magistrada, que los testimonios del personal policial que refieren no haber observado la conducta ilícita de la encausada en nada deslegitima ni disminuye la fortaleza de las afirmaciones expuestas por la Magistrada Delia Norma Wong Chung y por su personal jurisdiccional Juan Antonio Alcocer Gonzáles. **SEGUNDO:** Que,

según la acusación fiscal de fojas ciento veintinueve, aproximadamente a las ocho horas con treinta minutos del veintidós de agosto de dos mil tres, en el ambiente del Despacho del Diecinueve Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima a cargo de la Magistrado Delia Norma Wong Chung se atendió a la procesada Primitiva Evangelista Trebejo de Vargas a quien se le seguía en ese juzgado un proceso penal por el delito contra el patrimonio - usurpación, del que había tomado conocimiento que sentencia le iba a ser desfavorable, por lo que pretendía sobornar con quinientos nuevos soles a la citada Magistrada a efectos de que no ejecute la devolución del inmueble materia de ese juicio, que además afirmó que era comadre de un Juez Superior de provincia pero que no lo identificó, que según la procesada ese señor le había recomendado que soborne al Juez de la causa para que no prospere la devolución de ese inmueble. **TERCERO:** Que el Colegiado Superior se equivoca al sostener que absuelve al procesado porque se presenta un supuesto de "duda" en tanto que de los elementos de cargo como de descargo le generan duda que le impide arribar a la certeza sin poder establecer de modo indubitable la responsabilidad penal de la encausada, que luego señala que en caso de duda es de aplicación el principio *in dubio pro reo* al no haberse probado fehacientemente todos los elementos constitutivos del tipo penal, en tanto que la existencia de "duda" razonable radica en que los elementos probatorios de cargo que sostienen la tesis acusatoria y los de descargo de la defensa son de la misma idoneidad y magnitud cualitativa en virtud del cual es posible afirmar tanto la responsabilidad penal como la inocencia del encausado, por lo que en este conflicto entre una norma regla infraconstitucional y otra norma principio con rango Constitucional –conforme a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales– antes de aplicar la norma penal se debe preferir la constitucional que ampara el derecho fundamental a la presunción de inocencia [que el procesado ingresa a este escenario procesal premunido de la presunción de inocencia derecho que como persona tiene a no ser considerado culpable en tanto y en cuanto no se pruebe su responsabilidad, derecho fundamental reconocido en el literal e) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, y el inciso dos del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], por ser esta una exigencia del "principio pro homine" que en materia penal se materializa como el "principio de *in dubio pro reo*" por ser la más favorable a la persona; y distinto es la absolución por insuficiencia probatoria que afirma que las existentes no son de tal entidad y cualidad para determinar el delito, o bien sí la materialidad del delito pero no en grado de certeza la responsabilidad penal del imputado y por tanto se reitera la vigencia a la presunción de

inocencia que le ampara al encausado. **CUARTO:** Que, así las cosas, en este caso se presenta esta última situación probatoria, pues de la inferencia de los datos descriptivos proporcionados por el elenco de pruebas [en la que concurren medios de prueba –actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos que investigan– y fuentes de prueba están fuera del proceso, son extraprocesales, tales como la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, el documento [audio, video, fotografía, etcétera] no se ha probado el supuesto fáctico que exige la acción típica del delito materia de imputación "ofrecer una suma de dinero a la Jueza del Despacho del Diecinueve Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima", pues más allá de indicios razonables de una presunta acción delictiva de la procesada que fueron registrados en el acta de ocurrencia –de fojas treinta y dos– y con el testimonio en ese sentido de la Magistrada Delia Norma Wong Chung –ver declaraciones de fojas ciento siete y doscientos treinta y dos– acompañada de la declaración de su auxiliar jurisdiccional Juan Antonio Alcacer Gonzáles –ver declaración de fojas ciento diez y doscientos cuarenta y tres vuelta– antes de complementarse con otros datos objetivos expuestas al contradictorio esas iniciales afirmaciones perdieron consistencia frente a lo revelado por los testigos Joe Luis Llaja Tananta y Walter Humberto López Beltrán –ver declaraciones testimoniales de fojas ciento catorce y ciento quince, respectivamente– quienes descartaron haber observado la conducta denunciada y menos el presunto incentivo económico ofrecido a la citada Magistrada; por lo que es del caso reiterar la decisión absolutoria. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos cincuenta y nueve, del veinticinco de octubre de dos mil diez, que absolvió a Primitiva Evangelista Trebejo de Vargas de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública, corrupción de funcionarios - corrupción activa de funcionarios en agravio del Estado; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
VILLA BONILLA

CAPÍTULO XI
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo está tipificado en el artículo 399 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355 de fecha 06/10/2004:

> ***Artículo 399.-*** *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.*

074 Negociación incompatible: Presupuestos para que la conducta omisiva configure el delito

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.

Recurso de Nulidad Nº 661-2009-LIMA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 10 de marzo de 2010

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 Constructura 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 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 pausible 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 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. 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.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

075 Negociación incompatible: Falta de acreditación

No se ha llegado a establecer con la suficiencia que el caso amerita la responsabilidad penal del encausado por el delito de negociación incompatible con el cargo, quien alega no haber participado directa ni indirectamente en la adquisición de las computadoras de la municipalidad, a la empresa proveedora de la cual reconoce haber sido socio, versión que ha sido corroborada por el Jefe de Abastecimiento, quien afirmó que la compra de las cuatro computadoras se trató de una operación 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 compra 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, quien se desempeñaba como ingeniero, limitándose este en proporcionarlas mas no tuvo incidencia ni sugirió en la decisión de la empresa ganadora.

Recurso de Nulidad Nº 4259-2008-TUMBES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 9 de abril de 2010

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 S.C.R.L., 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 periodos 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 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 S.C.R.L., 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 esta 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.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

076 Negociación incompatible: Absolución porque cuando se efectuó la conducta no estaba tipificada como delito

Sobre la conducta del encausado calificada como negociación incompatible, 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 noventa 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 lo tanto, en aplicación del principio de legalidad, procede su absolución.

Recurso de Nulidad Nº 1069-2009-HUAURA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 23 de febrero de 2010

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 su gestión se advirtió la pérdida 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 noventa 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 formulada 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.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

077 Negociación incompatible: Absolución por incompetencia funcional del encausado

No se encuentra acreditada en el proceso la comisión del delito instruido ni la responsabilidad penal del acusado, pues conforme estableció la sentencia objeto de recurso, las capacidades funcionales –legalmente conferidas– que el acusado nombrado ejerció en el cargo que desempeñó no le facultaban las labores de contratación –incompatibilidades–, es decir, no tenía competencia funcional ni estaba legitimado por la norma jurídica para el rubro de las contrataciones aludidas, y que tampoco tuvo injerencia en la celebración de los contratos que suscribieron los respectivos funcionarios que sí estaban premunidos de las facultades y competencia para ello, la misma que estaba vedada al acusado, quien inobservó las normas administrativas aludidas.

Recurso de Nulidad Nº 4668-2006-LIMA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 24 de abril de 2008

VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo señor Pariona Pastrana; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior y por el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría de la República contra la sentencia de fojas cuatrocientos setenta, del cuatro de setiembre de dos mil seis, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos setenta y nueve alega que es evidente que el acusado se interesó (elemento típico) en la contratación ilegal de su sobrino –pues envió un oficio a la Fiscal de la Nación argumentando la necesidad de un especialista en archivo y propuso a su sobrino nombrado, lo que se dio en forma ventajosa, con sueldo superior al de empleados calificados y sin ningún concurso público o evaluación ni tener los requisitos, así como no se acreditó la necesidad– con lo que ha vulnerado el objeto de protección de la norma y la ley de Nepotismo, además incurrió en falsedad al señalar que la persona que contrató fue un especialista cuando era

un egresado de educación secundaria, asimismo, expresa que los demás elementos constitutivos del tipo penal imputado, radican en el contrato de servicios no personales y su renovación automática sujeto a la conformidad del servicio que otorgaba el acusado y su intervención por razón del cargo que desempeñó; que, por su parte, el Procurador Público Adjunto en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos ochenta y uno aduce que está acreditado que el acusado Máximo Félix Meléndez Fernández en su condición de Jefe del órgano de Control Institucional del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación solicitó expresamente mediante oficios, –a la Fiscalía de la Nación y a la Gerencia General de Logística–, intervino y tuvo injerencia directa en la contratación de su sobrino Carlos Alberto Bejarano Ramón, quien no cumplió los requisitos, en las plazas asignadas a su área, así como en la renovación del contrato y aumento de sueldo para su sobrino nombrado, con lo que vulneró sus atribuciones y las normas. **SEGUNDO:** Que, de la acusación fiscal de fojas trescientos cincuenta y nueve y del contexto de la prueba diligenciado, se tiene que la acción penal por delito de aprovechamiento indebido del cargo contra el acusado Máximo Félix Meléndez Fernández, ex Jefe del Órgano de Control Institucional (OCI) del Ministerio Público (según su sello Gerente Central de Auditoria interna), es por haber solicitado a la Fiscal de la Nación a través de oficio número quinientos noventa y nueve - dos mil dos - MP-FN-DICAI –del veintiocho de agosto de dos mil dos, véase fojas veintiséis y veintiocho– la contratación de su sobrino Carlos Alberto Bejarano Ramón (–en el cargo de Especialista de Archivo– quien laboró en la Oficina del Órgano de Control Institucional del Ministerio Público desde el dos de setiembre de dos mil dos hasta el treinta y uno de julio de dos mil tres bajo la modalidad de servicios no personales y desde el uno de agosto de dos mil tres hasta el dos de enero de dos mil cuatro bajo el régimen laboral de la actividad privada –Decreto Legislativo número setecientos veintiocho–, véase fojas veintiocho, treinta y siete, treinta y nueve, cuarenta y uno a cuarenta y seis), luego –no obstante la labor para la cual fue contratado y la falta de estudios superiores ni experiencia en auditoria– la participación del contratado nombrado como integrante de la Comisión que realizó visitas de Inspección en los Distritos Judiciales de Huánuco, Huaraz y Arequipa y finalmente también solicitó a la Gerencia General autorizar a partir del uno de enero de dos mil tres pagar el monto propuesto de dos mil nuevos soles por servicios no personales, inobservando con ello lo dispuesto en los literales a) e i) del artículo diez del Reglamento de Organización y Funciones de los órganos Administrativos de la Fiscalía de la Nación, las cuales señalan textualmente: "Realizar las actividades de control posterior al ámbito del

Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en las normas del Sistema Nacional de Control", y "Las demás que le asigne el Fiscal de la Nación, de acuerdo a su ámbito funcional y las que corresponda según los dispositivos legales vigentes", respectivamente. **TERCERO:** Que, del análisis que se realiza, se verifica que el Tribunal sentenciador ha valorado adecuadamente los medios probatorios, puesto que las declaraciones instructivas, testimoniales y plenarias –que han dado como resultado la sentencia absolutoria cuya impugnación es materia del presente grado– desvirtuaron los supuestos cargos y explicaron que: a) la declaración testimonial de Raúl Enrique Rivera Bustamante, en el cargo de Gerente General del Ministerio Público –desde el uno de marzo de dos mil dos hasta el diecinueve de abril de dos mil cuatro– en ese entonces, manifestó que en el Reglamento de Organización y Funciones (de los órganos Administrativos de la Fiscalía de la Nación) no se establece como una de las funciones del acusado Máximo Félix Meléndez Fernández, proponer personal dentro de su área, sin embargo es factible que informe de la existencia de plazas no cubiertas, también expresó que la Gerencia General derivó a la Gerencia Central de Logística para que previa verificación de la disponibilidad presupuestal y evaluación del perfil según el servicio solicitado, se lleve a cabo el procedimiento de contratación, agrega que la Fiscal de la Nación solo formula requerimientos, los que son evaluados conforme a las características del requerimiento y de no ser factible la contratación se comunica a la unidad solicitante –véase fojas doscientos ochenta y uno–; b) la declaración testimonial y plenarias de los testigos María Isabel Oliva Fernández Prada de Luna y Juan Manuel Aponte Cajavilca, respectivamente, quienes se desempeñaron como Gerente Central de Logística –cada uno en su oportunidad–, la primera de los nombrados de febrero de dos mil tres hasta los primeros días de noviembre del referido año, y el segundo de los nombrados del cinco de enero al cuatro de febrero de dos mil tres; siendo que la testigo Oliva Fernández Prada de Luna señala que el acusado Máximo Félix Meléndez Fernández no le solicitó ni le requirió –tampoco le efectúo una visita personal en su oficina– que contrate y luego renueve el contrato de Carlos Bejarano Ramón –familiar del acusado– que ello se dio dentro del trámite normal, y que las áreas facultadas para celebrar y negociar contratos de servicios en el Ministerio Público eran la Gerencia General, la Gerencia de Personal y la Gerencia de Logística; por su parte el testigo Aponte Cajavilca también indica que el acusado no intercedía de manera directa ni indirecta para la renovación de contrato, y que no se tenía en cuenta la tercerización; en este sentido los dos testigos nombrados coinciden en señalar que las contrataciones y renovaciones o no de contratos se realizaron en mérito a la

facultad que tenía la Gerencia General, instancia que efectuaba y autorizaba la contratación, y con la referida aprobación se enviaba a la Gerencia de Logística, y que en tal verificación suscribieron los contratos que constan a fojas cuarenta y uno y cuarenta y dos, y en su declaración plenaria expresan que el acusado Máximo Félix Meléndez Fernández no intercedió ante la Gerencia a su cargo para la contratación propuesta –véase fojas ciento treinta y uno, cuatrocientos treinta y ocho - vuelta y cuatrocientos cuarenta - vuelta–; y, c) el testigo Segundo Garate Guerra –Gerente Central de Personal– refirió que las contrataciones eran a propuesta del despacho de la Fiscal de la Nación o de la Gerencia General que autorizaba al contratación a la Gerencia de Personal y a su vez esta última instancia efectuaba la revisión de la documentación completa de las declaraciones juradas de incompatibilidad –véase fojas setenta y ocho–. **CUARTO:** Que en consecuencia no se encuentra acreditada en el proceso la comisión del delito instruido ni la responsabilidad penal del acusado Máximo Félix Meléndez Fernández, pues conforme estableció la sentencia objeto de recurso, las capacidades funcionales –legalmente conferidas– que el acusado nombrado ejerció en el cargo que desempeñó no le facultaban las labores de contratación –incompatibilidades–, es decir, no tenía competencia funcional ni estaba legitimado por la norma jurídica para el rubro de las contrataciones aludidas, y que tampoco tuvo injerencia en la celebración de los contratos que suscribieron los respectivos funcionarios que sí estaban premunidos de las facultades y competencia para ello, la misma que estaba vedada al acusado, quien inobservó las normas administrativas aludidas, por lo que está la sentencia expedida arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos setenta, del cuatro de setiembre de dos mil seis, que absuelve a Máximo Félix Meléndez Fernández de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios - negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

078 Negociación incompatible: Nulidad de sentencia por falta de valoración de todas las pruebas

La sentencia recurrida amparó su decisión en que el encausado no cometió el delito de negociación incompatible, pues no actuó con dolo al suscribir la documentación que permitía el trámite de la transferencia de los dos tractores, ya que no redactó tal documentación y que no ejercía la encargatura de la Dirección Regional de Agricultura; que, en todo caso, la responsabilidad recae en el Director Regional, pues el acusado solo estuvo como encargado de la citada Dirección; que, sin embargo, no realiza el análisis de todas las pruebas de cargo y de descargo recabadas en el curso del proceso, ni actúa diligencias importantes.

Recurso de Nulidad Nº 3664-2009-JUNÍN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE DE LA REPÚBLICA
Lima, 4 de octubre de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por el Señor Fiscal Adjunto Superior contra la sentencia absolutoria de fojas mil catorce –Tomo II–, del veintidós de junio de dos mil nueve; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el Señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas mil treinta y cinco –Tomo II– alega que la Sala Penal Superior no motivó de manera adecuada la sentencia recurrida porque solo analizó el aspecto subjetivo del delito que se atribuye al acusado Vargas Hernández, sin pronunciarse respecto de la tipicidad objetiva; que no valoró que el encausado, en su condición de Presidente del Sub Comité de Administración de los Fondos de Asistencia y Estímulo de la Dirección Regional de Agricultura Junín –en adelante Sub Cafae Draj–, cursó el veintiocho de noviembre de dos mil tres el Oficio número cero quince - dos mil tres –fojas treinta y nueve– dirigido a la Dirección Regional de Agricultura a través del cual solicitó la baja de dos tractores y que él mismo, cuando ocupó provisionalmente el cargo de Director Regional, recibió, proveyó y tramitó su propio

oficio, al emitir el Memorando número cero cero tres - dos mil cuatro - DRAJ / OAJ, del trece de enero de dos mil cuatro –fojas cuarenta y siete–, que dispuso la baja de los tractores; que los argumentos de irresponsabilidad referidos a que actuó en forma interina y no se acreditó que haya elaborado los documentos que suscribió, constituyen apreciaciones carentes de veracidad y colisionan con la lógica de la conducta funcional del funcionario o servidor público; que tampoco se tomó en cuenta que las declaraciones del acusado en el plenario corroboran que tenia la intención de beneficiarse con la utilización de los tractores donados. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas setecientos cincuenta y ocho –Tomo II–, el encausado Edilberto Vargas Hernández –Presidente del Sub Cafae Draj–, el veintiocho de noviembre de dos mil tres, cursó el Oficio número cero quince-dos mil tres-Subcafae-Draj, a cuyo efecto solicitó a la Dirección Regional de Agricultura Junín, a cargo de Mario Raúl Melgar Hinostroza, la baja de dos tractores marca Kubota de propiedad de la citada entidad; que, asimismo, dispuso la consulta técnico legal ante la Superintendencia de Bienes Nacionales respecto de la posible cesión en uso de tales vehículos, institución que absolvió declarando improcedente lo consultado, con lo que se acredita el interés que tenia respecto a la adquisición de tales vehículos; que por Resolución Directoral Agraria número cero ochenta y cinco-dos mil cuatro-DRA-OAJ/J, del doce de mayo de dos mil cuatro, se dispuso la donación de dos tractores marca Kubota M - ciento diez y nueve mil DI con sus respectivos arados y rastras, con lo que esta última generó sus propios recursos; que, sin embargo, en el procedimiento de donación se advierte irregularidades, tales como que el acusado Vargas Hernández se aprovechó de la encargatura que ejerció de la Dirección Regional de Agricultura y en su calidad de presidente del Sub Cafae, a través del Memorando número cero cero tres-dos mil cuatro-DRA OAJ, ordenó la evaluación de los tractores anotados para darles de baja y ulterior donación; que con los respectivos informes y reasumido el cargo Melgar Hinostroza [Director Agrario - Junín] se expidió la Resolución Directoral Regional Agraria número cero ochenta y cinco - dos mil cuatro antes glosada, que dispuso la donación de los tractores al Sub Cafae Draj; que el citado acto administrativo se sustentó en el Informe Técnico número cero cero nueve-dos mil tres-CP-UASA-OA-DRA/J, del treinta de diciembre de dos mil tres, emitido por Offer Ñaupari Galarza, Presidente de Gestión Patrimonial, instrumento con el que se justificó la baja de la maquinaria en referencia, no obstante que dichos bienes estaban en regular estado, tal como se corroboró en la evaluación del Balance General de Estados Financieros

del Cafae del Gobierno Regional de Junín; que el procedimiento de baja y donación descrito implica la infracción al deber funcional en el que están inmersos otros funcionarios, al contarse con el asentimiento de Luis Antonio Visurraga Camargo –Administrador– y Clodoaldo Fernández Zea –Asesor Legal–, quienes no observaron la normatividad vigente para la procedencia de dicho trámite, así el artículo ciento setenta y cuatro del Decreto Supremo número ciento cincuenta y cuatro-dos mil uno-EF, establece que la donación de bienes muebles se hará efectiva previa aprobación por Resolución Ministerial del sector que la efectúa. **TERCERO:** Que la Tercera Sala Penal Superior de Junín no efectuó una debida apreciación del hecho atribuido al encausado Vargas Hernández, ni compulsó de manera adecuada los medios de prueba que obran en autos; que, además, no actuó diligencias importantes para establecer su inocencia o culpabilidad. **CUARTO:** Que, en efecto, la sentencia recurrida amparó su decisión en que el encausado no actuó con dolo al suscribir la documentación que permitía el trámite de la transferencia de los dos tractores Kubota a favor del Sub Cafae Draj –ver el trigésimo fundamento jurídico, acápites cuatro y cinco–, ya que no redactó tal documentación y que no ejercía la encargatura de la Dirección Regional de Agricultura; que, en todo caso, la responsabilidad recae en el Director Regional, pues el acusado solo estuvo como encargado de la citada Dirección; que, sin embargo, no realiza el análisis de todas las pruebas de cargo y de descargo recabadas en el curso del proceso, ni actúa diligencias importantes. **QUINTO:** Que, siendo ello así, deberá realizarse un nuevo juicio oral en el que deberá recabarse: a) una confrontación entre los encausados Vargas Hernández y Fernández Zea –asesor jurídico de la entidad agraviada– en atención a las versiones contradictorias; b) la declaración del representante legal del Gobierno Regional agraviado; c) las testimoniales de Tomás Aldana Rosales y Offer Ñaupari Galarza para que depongan respecto de la participación del encausado en el trámite de la donación cuestionada, así como las demás diligencias que sean pertinentes para el cabal esclarecimiento de los hechos juzgados. **SEXTO:** Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo trescientos uno –último párrafo– del Código de Procedimientos Penales es menester rescindir la recurrida y disponer que otro Superior Colegiado lleve a cabo un nuevo juicio oral. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia absolutoria de fojas mil catorce - Tomo del veintidós de junio de dos mil nueve; con lo demás que contiene; en consecuencia: **ORDENARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado teniendo presente lo expuesto en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto,

quinto y sexto de esta Ejecutoria; en el proceso seguido contra Edilberto Vargas Hernández por delito contra la Administración Pública –aprovechamiento indebido del cargo– negociación incompatible en agravio del Estado - Gobierno Regional de Junín; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

079 Negociación incompatible: Absolución por falta de acreditación del perjuicio a la entidad

No se acreditó una actitud dolosa –conciencia y voluntad– de parte de los indicados encausados para favorecer un interés particular en la adjudicación directa pública número cero cero tres - dos mil uno - MPT realizado en el año dos mil uno, en la que se otorgó la buena pro a la empresa proveedora, para que repotencie una máquina chancadora trituradora secundaria de propiedad de la indicada entidad edil, sobre todo si no se advierte que en la ejecución de esa decisión administrativa se ocasionó un perjuicio de contenido económico al patrimonio de la indicada municipalidad, 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, sino que resulta solo un quebrantamiento legal de índole administrativo; en consecuencia, es correcta la absolución de los indicados encausados.

Recurso de Nulidad Nº 982-2009-TACNA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 21 de abril de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Tacna, contra la sentencia de fojas mil setecientos ochenta, del veintiuno de noviembre de dos mil ocho, que dio por retirada la acusación fiscal contra Luis Ramón Torres Robledo, Patricia Verónica Jaramillo Vargas, Antonia María del Carmen Casaretto Flores, Gloria Angélica Bayona Aedo, Carlos Leonardo Baldarrago Valdivia, Elizabet Pinto Romaní y Sonia Gladys Huere Curi por el delito contra la fe pública –falsedad ideológica–; así mismo, dio por retirada la acusación fiscal contra Luis Ramón Torres Robledo y Jesús Ricardo Ascuña López por el delito contra la administración pública –negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo–, ambos delitos en agravio

de la Municipalidad Provincial de Tacna y el Estado peruano; y absolvió a Patricia Verónica Jaramillo Vargas, Oscar Fabricio. Meléndez Liendo, Carlos Alejandro Díaz Cárdenas, Mario Martín Meléndez Condori y Carina Enriqueta Valcárcel Torres de Banda de la acusación fiscal formulada por el delito contra la administración pública –negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo– en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna y el Estado Peruano; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Tacna en su recurso de nulidad formalizado a fojas mil ochocientos ocho sostiene que en el plenario se demostró que la encausada Carina Valcárcel Torres no firmó el acta respectiva, con la agravante que en ese acto público no estuvo presente el Notario Público; que no se comunicó a PROMPYME la realización del proceso de selección en la modalidad de menor cuantía; agrega que la gravedad del hecho radica en que supuestamente se ejecutó la obra en un año diferente y se liquidó financieramente cuando ese proyecto nunca se ejecutó, lo que sin duda agravió los intereses del Estado. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas mil cincuenta y ocho, en la Municipalidad Provincia de Tacna, en el periodo del año dos mil uno, se realizaron las siguientes actividades ilícitas: i) A los acusados Luis Ramón Torres Robledo –Alcalde–, Patricia Verónica Jaramillo Vargas –Jefa de Abastecimiento–, Gloria Angélica Bayona Aedo –Jefa de la Oficina de Planificación y Presupuesto–, Sonia Gladys Huere Curi –Jefa de la Oficina de Planificación y Presupuesto–, Antonia María del Carmen Casaretto Flores –Gerente de Administración–, Carlos Leonardo Baldarrago Valdivia –Jefe de la Oficina de Supervisión de Proyectos– y Elizabet Pinto Romaní –Presidenta de la Comisión de Recepción y Liquidación de obras–, se les atribuye haber alterado la realidad de la gestión económica en la "Construcción de cuatro aulas en el Centro Educativo Mercedes Indacochea" perjudicando a la entidad edil agraviada, porque en la liquidación técnica financiera de la indicada obra ejecutada en el año dos mil uno, se incluyeron gastos que no correspondían a esa obra ascendentes a once mil cuatrocientos dieciséis nuevos soles, los que se referían a la orden de registro y afectación número cero treinta y cuatro, del diecinueve de abril de dos mil uno, por el concepto de agregados Fabrimac por un importe de cuatro mil trescientos treinta y dos nuevos soles, y otra a la orden de registro y afectación número ciento diecinueve del cuatro de setiembre de dos mil uno por concepto de alquiler de maquinarias por un importe de siete mil ochenta y cuatro nuevos soles, determinándose que la orden de registro número treinta y cuatro correspondía a la obra Carretera Tacna - Tarata - Candavare, y la orden

número ciento diecinueve correspondió a la obra de "señalización vial, construcción carretera Costanera Sur II", tramo remodelación Plaza Leoncio Prado; asimismo, en la emisión de la evaluación presupuestaria del año dos mil se incluyó la indicada obra pese a que ese proyecto se ejecutó en el año dos mil uno; y ii) Los acusados Luis Ramón Torres Robledo –Alcalde–, Jesús Ricardo Ascuña López –Gerente General–, Patricia Verónica Jaramillo Vargas –Jefa de Abastecimiento e Integrante del Comité de Especial–, Oscar Fabricio Meléndez Liendo –Jefe de abastecimiento e Integrante del Comité de Especial–, Mario Martín Meléndez Condori, Carlos Alejandro Díaz Cárdenas, Carina Enriqueta Valcárcel Torres de Banda –Jefa del Departamento de Asesoría Legal e Integrante del Comité de Especial– se aprovecharon del cargo de funcionario público para favorecer intereses particulares, porque se detectó irregularidades en la adjudicación directa pública número cero cero tres - dos mil uno - MPT repotenciación de planta chancadora trituradora secundaria, realizado en el año dos mil uno, en la que se efectuó dos convocatorias declaradas desiertas realizadas sin presencia de Notario Público y, posteriormente, se procedió a contratar a la Empresa Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima COMESA, incluyéndose la realidad, además, pese a estar comprendido en el contrato no solicitaron la respectiva carta fianza para proteger la inversión de la entidad edil; todo lo cual perjudicó los intereses económicos de la entidad agraviada. **TERCERO:** Que es oportuno recordar que el principio acusatorio implica que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, al juzgador no le corresponde ejercer esta facultad, lo que significa que frente a la inexistencia de tal impulso o acusación el proceso debe llegar a su fin, por lo que no es posible que pueda examinarse el fondo de la controversia y reabrir la causa u ordenar al Fiscal que formule acusación, esto de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, en tanto medie la particular importancia de no haberse vulnerado otros derechos fundamentales de incidencia procesal como el derecho a la prueba y debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme se determinó en la sentencia del Tribunal Constitucional número dos mil cinco - dos mil seis -PHC/TC, del trece de marzo de dos mil seis, y en la Ejecutoria Vinculante de este Supremo Tribunal número mil seiscientos setenta y ocho-dos mil seis, del trece de abril de dos mil siete. **CUARTO:** Que, en el caso *sub examine*, el Fiscal Superior en los debates orates al formular su requisitoria oral de fojas mil cuatrocientos cincuenta y cuatro procedió a retirar su acusación fiscal respecto de los hechos ilícitos que inicialmente había acusado a fojas mil cincuenta y ocho, y que están contenidos en el acápite "i)" del segundo fundamento jurídico de esta

resolución que fueron calificados como delitos contra la fe pública –falsedad ideológica– y atribuido a los encausados Torres Robledo, Jaramillo Vargas, Casaretto Flores, Bayona Aedo, Baldarrago Valdivia, Pinto Romaní y Huere Curi; y sobre el hecho descrito en el acápite "ii)" del citado fundamento jurídico respecto del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo atribuido a los encausados Torres Robledo y Ascuña López; criterio que posteriormente fue compartido por el Colegiado Superior aceptando el retiro de la acusación fiscal en esos extremos y, consecuentemente, declaró sobreseída la causa contra los referidos imputados por los indicados delitos investigados; que, al ser impugnada esta resolución por parte del Representante del Estado, el Fiscal Supremo en lo Penal compartió esa inicial conclusión y opinó que se declare no haber nulidad en ese extremo de la recurrida –que por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica que rige en el Ministerio Público, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si éste coincide con lo decidido por el Fiscal Inferior, concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público–, siendo el caso que no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación, sobretodo sino se advierte haberse vulnerado otros derechos fundamentales de incidencia procesal como el derecho a la prueba y debida motivación de las resoluciones judiciales, por lo que en aras del pleno respeto del principio acusatorio y, como tal, de la vigencia de la garantía del debido proceso se debe reiterar el pronunciamiento de ese extremo recurrido.
QUINTO: Que, en cuanto a la responsabilidad penal de los encausados Jaramillo Vargas, Meléndez Liendo, Díaz Cárdenas, Meléndez Condori y Valcárcel Torres de Banda en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, por haber realizado el hecho descrito en el acápite "ii)" del segundo considerando de esta Ejecutoria, se debe señalar que no se acreditó una actitud dolosa –conciencia y voluntad– de parte de los indicados encausados para favorecer un interés particular en la adjudicación directa pública número cero cero tres - dos mil uno - MPT realizado en el año dos mil uno, en la que se otorgó la buena pro a la Empresa Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima COMESA, para que repotencie una máquina chancadora trituradora secundaria de propiedad de la indicada entidad edil, sobre todo si no se advierte que en la ejecución de esa decisión administrativa se ocasionó un perjuicio de contenido económico al patrimonio de la indicada Municipalidad, 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. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos ochenta, del veintiuno de noviembre de dos mil ocho, que dio por retirada la acusación fiscal contra Luis Ramón Torres Robledo, Patricia Verónica Jaramillo Vargas, Antonia María del Carmen Casaretto Flores, Gloria Angélica Bayona Aedo, Carlos Leonardo Baldarrago Valdivia, Elizabet Pinto Romaní y Sonia Gladys Huere Curi por el delito contra la fe pública –falsedad ideológica–; asimismo, dio por retirada la acusación fiscal contra Luis Ramón Torres Robledo y Jesús Ricardo Ascuña López por el delito contra la Administración Pública –negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo–, ambos delitos en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna y el Estado peruano; y absolvió a Patricia Verónica Jaramillo Vargas, Oscar Fabricio Meléndez Liendo, Carlos Alejandro Díaz Cárdenas, Mario Martín Meléndez Condori y Carina Enriqueta Valcárcel Torres de Banda de la acusación fiscal formulada por el delito contra la administración pública –negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo– en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna y el Estado peruano; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y, los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

080 Negociación incompatible: Cosa juzgada

Si bien es cierto que en el otro proceso se tipificó su conducta como delitos de concusión, cobro indebido, aprovechamiento del cargo y cohecho pasivo propio en agravio del Estado, la garantía de la prohibición de la doble persecución penal veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho ya juzgado, sin importar las diversas calificaciones jurídicas que se puedan efectuar respecto de las conductas desarrolladas por los agentes infractores, en tanto en cuanto se basen en los mismos hechos que dieron lugar al proceso ya culminado por sentencia firme; que, por tanto, una actuación contraria atentaría contra la vigencia de la garantía de la cosa juzgada. En este contexto, se presentan los presupuestos de la institución de la "cosa juzgada", previsto en el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, pues existe identidad pasiva –respecto al encausado– e identidad del objeto material de proceso, en cuanto los supuestos hechos, como acontecimiento de la realidad, son los mismos que sustentaron la absolución y condena, respectivamente.

Recurso de Nulidad Nº 3124-2008-CUSCO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 28 de enero de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Raúl Villafuerte Errasquín contra la sentencia de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, del veintiuno de mayo de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el encausado **VILLAFUERTE ERRASQUÍN** en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos ochenta y tres sostiene lo siguiente: i) que en el proceso penal número doscientos cincuenta y dos - dos mil siete fue absuelto por los mismos hechos que han sido materia de juzgamiento y condena en esta causa; ii) que, por tanto, se advierte la presencia de la identidad objetiva como presupuesto de la excepción de la cosa juzgada; iii) que no se determinó la identidad de la persona que llenó las cotizaciones presuntamente falsificadas; iv) que desconocía que estos documentos eran fraguados y no trató de favorecer a la empresa "Inversiones

Fredy". **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas ciento treinta y ocho, el acusado Raúl Villafuerte Errasquín, Jefe de la Unidad de Abastecimiento de la Municipalidad Provincial de la Convención, participó en el proceso de selección de proveedores para la adquisición de trescientos pernos acerados de cinco octavos por dos pulgadas; que con tal finalidad se solicitaron y adjuntaron las cotizaciones remitidas por las empresas "Pernocentro Bajaj", "Repuestos Oreón" e "inversiones Fredy" y se declaró ganador de la buena pro a esta última persona jurídica –ofertó la suma de cuatro mil ochocientos nuevos soles–; que, sin embargo, los representantes legales de las dos primeras empresas nombradas señalaron que no participaron en las cotizaciones del referido producto y los documentos donde aparecían los sellos de sus representadas eran falsificados; que las cotizaciones fraguadas fueron empleadas para elaborar los cuadros comparativos de cotizaciones y las actas de otorgamiento de la buena pro; que bajo la misma modalidad se realizó la selección de proveedores para la adquisición de doscientos pernos de cuchilla, ocasión en que emplearon documentos falsificados de las mismas empresas antes anotadas; que estos hechos fueron tipificados como delitos de negociación incompatible y falsedad ideológica en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de La Convención. **TERCERO:** Que, sin embargo, de la revisión de la denuncia, auto de apertura de instrucción, acusación y sentencia de fojas ochenta y nueve, noventa y dos, ciento cinco –del cuadernillo de nulidad– y cuatrocientos veintiséis, respectivamente, del expediente número doscientos cincuenta y dos - dos mil siete, se advierte que el mencionado encausado Villafuerte Errasquín ya fue investigado, juzgado y absuelto por los mismos hechos –la decisión final quedó consentida a través de la resolución de fojas cuatrocientos treinta y cinco, del once de abril de dos mil ocho, por ausencia de impugnación–, lo que constitucional y legalmente impide la prosecución de una nueva causa contra el referido acusado por esos mismos hechos. **CUARTO:** Que si bien es cierto que en ese proceso se tipificó su conducta como delitos de concusión, cobro indebido, aprovechamiento del cargo y cohecho pasivo propio en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de La Convención, la garantía de la prohibición de la doble persecución penal veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho ya juzgado, sin importar las diversas calificaciones jurídicas que se puedan efectuar respecto de las conductas desarrolladas por los agentes infractores, en tanto en cuanto se basen en los mismos hechos que dieron lugar al proceso ya culminado por sentencia firme; que, por tanto, una actuación contraria atentaría contra la vigencia de la garantía de la cosa juzgada. **QUINTO:** Que, en este contexto, se presentan los presupuestos de la institución de la "cosa juzgada",

previsto en el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, pues existe identidad pasiva –respecto al encausado– e identidad del objeto material de proceso, en cuanto los supuestos hechos, como acontecimiento de la realidad, son los mismos que sustentaron la absolución y condena, respectivamente; que, en tal sentido, es procedente la excepción de cosa juzgada deducida por el acusado Villafuerte Errasquín. Por estos fundamentos: **I.** Declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, del veintiuno de mayo de dos mil ocho, en cuanto condena a Raúl Villafuerte Errasquín por delito contra la Administración Pública –negociación incompatible– y contra la fe pública –falsedad ideológica– en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de La Convención a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, un año de pena de inhabilitación y fija en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar en forma solidaria a favor de los agraviados, así como declara infundada la excepción de naturaleza de acción que dedujo. **II.** Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que declara infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el acusado Raúl Villafuerte Errasquín; reformándola: declararon **FUNDADA** la excepción de cosa juzgada deducida por el citado encausado; en consecuencia, extinguida la acción penal por delito contra la Administración Pública –negociación incompatible– y contra la fe pública –falsedad ideológica– en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de La Convención; **DISPUSIERON** el archivo de la causa y la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generado como consecuencia de este proceso; y devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

081 Negociación incompatible e incumplimiento de actos funcionales: Prescripción de la acción penal

Entre los delitos imputados a los procesados (negociación incompatible de cargo e incumplimiento de actos funcionales), y a la encausada (negociación incompatible de cargo), se ha producido un concurso ideal de delitos, al existir unidad de acción entre dichos ilícitos; en consecuencia, teniendo en cuenta que los delitos imputados a los encausados, se encuentran sancionados en los artículos trescientos setenta y seis y trescientos noventa y nueve del Código Penal, con una pena privativa de libertad no mayor de dos y seis años, respectivamente, resulta que la acción persecutoria del Estado ha prescrito, considerando que los hechos incriminados a los mismos concluyeron el día veinte de setiembre del dos mil, ya que el plazo a computarse es de nueve años, tiempo que en el presente caso ha transcurrido, al haber sobrepasado tanto los términos ordinario y extraordinario de la acción penal, previstos en los artículos ochenta y ochenta y tres del citado cuerpo legal, no siendo de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el último párrafo del artículo ochenta del acotado Código, pues no se ha afectado el patrimonio del Estado; por lo que habiendo operado la acción liberadora del tiempo, resulta procedente declarar la Prescripción de la Acción Penal a favor de dichos encausados, y por ende, extinguida la potestad punitiva del Estado.

Recurso de Nulidad Nº 3911-2009-HUANCAVELICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 3 de junio de 2010

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los procesados Marco Antonio Urruchi Rojas, William Alfredo Mayhua Crispín y Doris Ada Páucar Román contra la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta y ocho de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO: PRIMERO: a) que, la defensa técnica del procesado Marco Antonio Urruchi Rojas y William Alfredo Mayhua Crispín en su escrito de formulación de agravios de fojas mil seis seiscientos tres a mil seiscientos once, señala que se ha condenado a sus patrocinados, sin que existan pruebas objetivas que demuestren su responsabilidad; que se ha incurrido en causal de nulidad insalvable, pues el Colegiado no resolvió el recurso de nulidad presentado contra la resolución que denegó el retiro de acusación a favor de William Alfredo Mayhua Crispín; b) que la defensa técnica de la encausada Doris Ada Páucar Román en su escrito de formulación de agravios de fojas mil seiscientos doce, alegó que no concurren los elementos constitutivos del tipo penal por el cual se le ha condenado, pues no tenía la calidad de funcionaria ni servidora pública de la entidad edil agraviada; además, no se ha tenido en cuenta que el delito submateria es eminentemente doloso, circunstancia que no ocurre en el caso de autos, toda vez que su participación se debió a la creencia que su actuar era ilícito. Finalmente, solicita se declare prescrita la acción penal. **SEGUNDO:** Que, conforme trasciende de la acusación fiscal escrita de fojas seiscientos trece se atribuye al procesado Marco Antonio Urruchi Rojas, que con fecha veinte de setiembre del dos mil, usurpó el cargo de Director Municipal de la Municipalidad Provincial de Huancavelica, pues no existía la documentación sustentatoria que avale su presunta designación, habida cuenta que el mismo se desempeñaba como Asesor de Alcaldía. Del mismo modo, se imputa al encausado Marco Antonio Urruchi Rojas, haberse interesado en el Contrato de Locación de Servicios Profesionales números cero veintiuno-dos mil-DM/MPH, que suscribió con su coencausada Doris Ada Páucar Román, siendo que esta última, tenía impedimento legal por estar laborando en ese entonces en el Consejo Transitorio de Administración Regional de Huancavelica y además, por no haber participado en el proceso de selección, contando para ello, con la colaboración de William Alfredo Mayhua Crispín, quien omitió cumplir sus funciones para que el proceso de contratación se ajustara a los trámites de Adjudicación Directa. **TERCERO:** Que, con relación a los procesados William Alfredo Mayhua Crispin y Doris Ada Páucar Román, al respecto, conviene precisar, que la prescripción de la acción penal, es el 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 mecanismo debido a las consecuencias de su aplicación, se encuentra sometido a reglas y términos precisos, previamente establecidos en la norma penal. Así, el Código Sustantivo acotado, establece en su artículo ochenta, los plazos de prescripción de la acción

penal de acuerdo al máximo de la pena fijada por la ley para el delito; y en caso de concurso ideal, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave (prescripción ordinaria), tiempo al cual conforme al artículo ochenta y tres, parte *in fine* del acotado Código Sustantivo, debe adicionarse una mitad si se hubiere producido la interrupción la acción penal (prescripción extraordinaria). **CUARTO:** Que en el caso de autos, debemos indicar que entre los delitos imputados a los procesados William Alfredo Mayhua Crispín (Negociación Incompatible de Cargo e Incumplimiento de Actos Funcionales), y Doris Ada Páucar Román (Negociación Incompatible de Cargo), se ha producido un concurso ideal de delitos, al existir unidad de acción entre dichos ilícitos; en consecuencia, teniendo en cuenta que los delitos imputados a los encausados, se encuentran sancionados en los artículos trescientos setenta y seis y trescientos noventa y nueve del Código Penal, con una pena privativa de libertad no mayor de dos y seis años, respectivamente, resulta que la acción persecutoria del Estado ha prescrito, considerando que los hechos incriminados a los mismos concluyeron el día veinte de setiembre del dos mil, ya que el plazo a computarse es de nueve años, tiempo que en el presente caso ha transcurrido, al haber sobrepasado tanto los términos ordinario y extraordinario de la acción penal, previstos en los artículos ochenta y ochenta y tres del citado cuerpo legal, no siendo de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el último párrafo del artículo ochenta del acotado Código, pues no se ha afectado el patrimonio del Estado; por lo que habiendo operado la acción liberadora del tiempo, resulta procedente declarar la Prescripción de la Acción Penal a favor de dichos encausados, y por ende, extinguida la potestad punitiva del Estado. **QUINTO:** Que en lo atinente al procesado Marco Antonio Urruchi Rojas de la revisión y análisis de los actuados, se advierte que existen suficientes elementos probatorios que acreditan su responsabilidad penal, en efecto, su acción delictiva se encuentra fehacientemente demostrada, con su propio reconocimiento puesto de manifiesto en su instructiva de fojas setenta y dos y en el contradictorio del Juicio Oral de fojas mil doscientos noventa, en los que admitió haber presentado su renuncia al cargo de Director Municipal de dicha Comuna en el mes de febrero del año dos mil, asignándosele luego el cargo de Asesor de la Alcaldía hasta el mes de diciembre del dos mil, siendo que con fecha veinte de setiembre del dos mil suscribió en representación de la entidad edil agraviada como Director Municipal el Contrato de Locación de Servicios Profesionales número cero veintiunodos mil-DM/MPH con su coencausada Doris Ada Páucar Román; si bien en

su descargo, alega que luego de haber hecho entrega de cargo de Director Municipal a su sucesora Carmen Morales Torres el día dieciséis de junio del dos mil y como esta última no podía permanecer en su puesto por actos de Nepotismo, se le encargó nuevamente la Dirección Municipal hasta nuevo aviso, por lo que en dicho intervalo de tiempo, suscribió el contrato sub materia; sin embargo, este dicho lo refiere con el fin de evadir su responsabilidad, si se tiene en cuenta, que no existen documentos que avalen el ejercicio del cargo en mención, con posterioridad al dieciséis de junio del dos mil, pues los Memorandum a los que hace alusión dicho encausado están referidos al impedimento por Nepotismo de la Directora Municipal nombrada, mas no se refiere, a encargatura alguna. **SEXTO:** Que, a lo anterior se abona que durante el juicio oral el Alcalde Provincial encargado del año dos mil, Pedro Palomino Pastrana en la sesión del ocho de julio de dos mil nueve, cuyas actas corren insertas de fojas mil cuatrocientos sesenta y seis y siguientes, refirió que ocupó dicho cargo desde el siete de agosto del dos mil hasta el dos mil dos, en la señaló que el aludido inculpado renunció al cargo de Director Municipal para asumir la función de Asesor Municipal, resaltando que: "existieron problemas internos entre él –Marco Antonio Urruchi Rojas– y un grupo de trabajadores" y que el aludido procesado no podía firmar los contratos. **SÉTIMO:** Que asimismo, se encuentra plenamente demostrado que el encausado Marco Antonio Urruchi Rojas, tuvo interés en el Contrato de Locación de Servicios Profesionales número cero veintiuno-dos mil-DM/MPH, pues fue este quien, inicialmente, cuando tenia el cargo de Director Municipal, efectuó las tratativas previas del proceso de selección - conforme se desprende de la copia fedateada del Memorándum número cero dieciséis - OSEGE/MPH - dos mil (ver fojas mil trescientos cincuenta y cinco); así como, fue quien, finalmente, suscribió el Contrato y Adenda con su coencausada Doris Ada Páucar Román, pese a que existían serias irregularidades y contravención a las Bases Administrativas para la Adjudicación Directa, entre ellas, que el postor no podía transferir total o parcialmente la prestación del servicio adjudicado –permitió el cambio de postor, considerándose irregularmente como ganadora a Doris Ada Páucar Román–; así como, haber suscrito el contrato después de seis meses del proceso de adjudicación, se realizó en el mes de marzo y se suscribió el veinte de setiembre del dos mil. **OCTAVO:** Que en ese sentido, los argumentos expuestos por el procesado Marco Antonio Urruchi Rojas en su recurso impugnatorio, se encuentran desvirtuados con lo reseñado en los párrafos precedentes; y, con relación a la Prescripción solicitada, es del caso puntualizar que al encontrarnos en un concurso ideal de delitos,

teniendo en cuenta que los ilícitos imputados al encausado en mención se encuentran sancionados en los artículos trescientos sesenta y uno y trescientos noventa y nueve del Código Penal, con pena privativa de libertad no mayor de siete y seis años, respectivamente, resulta que la acción persecutoria del Estado aún no ha prescrito, y en cuanto a la causal de nulidad, es del caso precisar que el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, establece que: "No procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados, o que no afecten el sentido de la resolución (...)"; por lo que considerando que si bien el representante del Ministerio Público realizó su requisitoria hasta en tres oportunidades, ello, no afectó de modo alguno el sentido de la misma, pues en las tres fueron en el mismo sentido, acusando al encausado en mención. Siendo así, es de concluirse que la sentencia se halla arreglada a ley y sustentada en los actuados del proceso en lo que a este extremo se refiere. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia mil quinientos cincuenta y ocho de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve en el extremo que condenó a Marco Antonio Urruchi Rojas como autor del delito de Corrupción de Funcionarios - Negociación Incompatible con el Cargo y Usurpación de Funciones, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huancavelica; **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que condenó a William Alfredo Mayhua Crispín como cómplice por el delito de Negociación Incompatible con el Cargo y como autor del delito de Abuso de Autoridad –Incumplimiento de Actos Funcionales–, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huancavelica; y a Doris Ada Páucar Román como cómplice primaria por el delito de Corrupción de Funcionarios –Negociación Incompatible con el Cargo–, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huancavelica, y, **REFORMÁNDOLA** declararon de oficio prescrita la acción penal a favor de dichos encausados por los citados delitos, debiendo anularse los antecedentes penales generados por el delito prescrito. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

082 Negociación incompatible: Competencia de los Juzgados y Salas Penales Liquidadoras

Teniendo en cuenta que el único ilícito objeto del presente proceso que se encuentra inmerso dentro de las secciones II (Concusión), III (Peculado) y IV (Corrupción de Funcionarios) del Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, es el de negociación incompatible atribuido solo a un encausado; en consecuencia, habiéndose determinado que la competencia de los Juzgados y Salas Penales Especiales (ahora Juzgados y Salas Penales Liquidadoras), según la resolución administrativa número ciento cincuenta y cuatro-CE-PJ, comprende las denuncias por los delitos indicados en el primer artículo, que fueran perpetrados "(....) por una pluralidad de personas (...)", esto es, debe comprobarse la existencia de por lo menos dos sujetos activos a quienes el Ministerio Público les impute alguno de los ilícitos que son de competencia material de los órganos jurisdiccionales del subsistema anticorrupción, sin importar el grado de participación delictiva; supuesto este que no se configura en el caso materia de análisis. En consecuencia, estando a lo razonado precedentemente la Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en referencia es la competente para seguir conociendo los hechos materia de juzgamiento.

Competencia Nº 17-2010-LIMA

SALA PENAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
Lima, 22 de julio de 2011

VISTOS; la contienda de competencia negativa promovida en el proceso penal seguido contra Jorge Guido Vigil Bardelli por los delitos contra la Administración Pública - abuso de autoridad y negociación incompatible, en agravio del Estado –representado por PETROPERÚ S.A.–, y contra David Hugo Arévalo López por los delitos contra la Función Jurisdiccional - falsa declaración en proceso administrativo, y contra la Fe Pública - falsificación y uso de documento público, en perjuicio del Estado, representado por PETROPERÚ S.A.;

de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo Penal, interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, examinado los autos se tiene: A) Que, la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima el nueve de mayo de dos mil seis (véase fojas trescientos veinticuatro), fecha en que el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima abrió instrucción contra Jorge Guido Vigil Bardelli por el delito contra la Administración Pública - negociación incompatible, se encontraba de turno, así transciende del oficio de fojas trescientos cuarenta y tres; B) Que, culminada la investigación y emitida la acusación escrita de fojas mil siete, se expidió el veintitrés de setiembre de dos mil ocho, el auto superior de enjuiciamiento de fojas mil cincuenta y dos, fijándose día y hora para la audiencia pública (fojas mil ciento ochenta y tres), significándose que en la primera sesión el representante del Ministerio Público solicitó que se remita el expediente a la Sala Anticorrupción de turno, amparando para tal efecto su petición en la resolución administrativa número ciento cincuenta y cuatro-CE-PJ, vigente desde el veintiuno de agosto del dos mil cuatro, pues consideraba que los referidos órganos jurisdiccionales tenían competencia para resolver las denuncias por delitos contra la administración pública, en los que se encuentren comprendidos dos o más encausados y que el órgano público afectado tenga carácter nacional; **SEGUNDO:** Que, por auto del quince de abril del dos mil nueve –fojas mil ciento ochenta y seis–, la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres accedió a lo peticionado por la Fiscalía, disponiendo la remisión del expediente a la mesa de partes de las Sales Penales Especiales de Lima, quien lo derivó a la Tercera Sala Penal Especial, la que por razones de turno mediante resolución del diez de diciembre de dos mil nueve envió el expediente a la Cuarta Sala Penal Especial (véase fojas mil doscientos veinticuatro); no obstante lo dispuesto el citado órgano jurisdiccional en mérito al auto de fecha veintiuno de diciembre del dos mil nueve (fojas mil doscientos veintiséis) ordena la devolución del proceso nuevamente a la Tercera Sala Penal Especial, argumentando que el establecimiento del turno de las Sales Penales Especiales solo tiene por objeto regular la distribución de expedientes e incidentes procedentes de los Juzgados Penales Especiales, así como las comunicaciones de apertura de instrucción, en aplicación del artículo ochenta y ocho del Código de Procedimientos Penales, mas no la competencia entre las Salas Superiores del subsistema; por lo que previamente debe establecerse si a la presente causa le corresponde esta vía o debe continuar en la Sala Penal de origen; frente a esta situación, la Tercera Sala Penal Especial por auto del seis de enero del dos mil diez (fojas mil doscientos veintiocho), dispuso elevar los

autos a b Corte Suprema de Justicia de la República a fin de que se determine la competencia para el juzgamiento del proceso; **TERCERO:** Que, para dilucidar contienda negativa de competencia, es necesario tener en cuenta lo siguiente: a.- que, el proceso penal se encuentre dentro del marco de la competencia fijada para los Juzgados y Salas Penales Especiales de la Corte Superior de Justicia de Lima (sub-sistema anticorrupción), y b.- comprobado ello, determinar la Sala Superior que debe avocarse al desarrollo del plenario; **CUARTO:** Que, las diversas resoluciones administrativas emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y Corte Superior de Justicia de Lima, establecieron que el sub sistema anticorrupción inicialmente se avoque al conocimiento de los procesos instaurados o por instaurarse en contra del ciudadano Vladimiro Montesinos Torres, y aquellos que por conexión pudieran ser acumulados. Sin embargo, por resolución administrativa número ciento cincuenta y cuatro-CE- publicada el veinte de agosto del dos mil cuatro, se amplió la competencia material de los Juzgados y Salas Penales Especiales, disponiendo se avoquen al conocimiento de: "Las denuncias que se presenten a partir de la vigencia de la presente resolución, por delitos contra la Administración Pública previstos en las secciones II (Concusión), III (Peculado) y IV (Corrupción de Funcionarios) del Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos del Libra Segundo de la Parte Especial del Código Penal, en el caso que se perpetren por una pluralidad de personas y siempre que el órgano público afectado o al que pertenece el imputado tenga carácter nacional. Los delitos conexos a los anteriormente señalados, incluso si tienen prevista una pena superior"; **QUINTO:** Teniendo en cuenta b expuesto, examinados los dictámenes acusatorios de fojas quinientos veinticinco y mil siete, el única ilícito que se encuentra inmerso dentro del marco legal antes puntualizado, es el delito contra la administración pública negociación incompatible atribuido solo a Jorge Guido Vigil Bardelli (véase fojas trescientos veinticuatro); en consecuencia, habiéndose determinado que la competencia de los Juzgados y Salas Penales Especiales (ahora Juzgados y Salas Penales Liquidadoras), según la resolución administrativa número ciento cincuenta y cuatro-CE-PJ, comprende las denuncias por los delitos indicados en el primer artículo, que fueran perpetrados "(...) por una pluralidad de personas (...)", esto es, debe comprobarse la existencia de por lo menos dos sujetos activos a quienes el Ministerio Público les impute alguno de los ilícitos que son de competencia material de los órganos jurisdiccionales del subsistema anticorrupción, sin importar el grado de participación delictiva; supuesto este que no se configura en el caso materia de análisis, pues si bien es cierto que en esta causa está comprendido el procesado David Hugo Arévalo López,

respecto de este último no recae imputación por los delitos que comprende la anotada disposición administrativa. En consecuencia, estando a lo razonado precedentemente la Sala en referencia es la competente para seguir conociendo los hechos materia de juzgamiento, fundamentos por los que en uso de las facultades jurisdiccionales previstas en los artículos quince y veintiocho del Código de Procedimientos Penales, este Supremo Tribunal determina que el indicado órgano jurisdiccional debe continuar en el conocimiento del proceso y desarrollar a la brevedad posible el contradictorio, atendiendo a las dilaciones incurridas, emitiendo la resolución final que corresponda. Por estos fundamentos: **DIRIMIERON** la contienda negativa de competencia a favor de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, debiendo continuar con la tramitación del proceso seguido contra Jorge Guido Vigil Bardelli y otro por los delitos contra la Administración Pública - negociación incompatible, y abuso de autoridad y otros en agravio del Estado - Petróleos del Perú Sociedad Anónima (Petroperú S.A.); hágase saber y remítase los autos al órgano jurisdiccional competente.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

CAPÍTULO XII
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El delito de tráfico de influencias está tipificado en el artículo 400 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley Nº 29758 de fecha 21/07/2011:

> ***Artículo 400.-*** *El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*
>
> *Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*

083 Tráfico de influencias: Delito abstracto

El delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas.

Recurso de Nulidad Nº 4097-2008-SANTA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 28 de enero de 2010

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial del Santa contra la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y cinco, de fecha cinco de junio de dos mil ocho; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la Procuradora Pública en su recurso fundamentado a fojas mil trescientos ochenta y uno, cuestiona la decisión de la Sala Penal Superior de absolver al procesado Juan Andrés Nomberto Chanduví de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de tráfico de influencias, alegando que el delito se encuentra debidamente acreditado con las diligencias preliminares llevadas a cabo en presencia del señor Fiscal, en virtud de lo cual se le encontró en posesión de mil nuevos soles, solicitados previamente por el encausado a la testigo Olga Carlos Poma para que interceda en su elección como profesora nombrada del PRONOE número dos de Bellamar; que los argumentos esbozados por el procesado para rechazar los cargos son contradictorios e ilógicos; que no es verosímil que la testigo Olga Elizabeth Carlos Poma haya puesto en el pantalón del encausado los billetes encontrados por el representante del Ministerio Público y efectivos

policiales, pues el dinero se halló en la billetera que el procesado tenía guardada en su pantalón; que la negativa del encausado no enervó todo el material incriminatorio hallado en su contra del que se desprende además que habría mantenido una relación sentimental con la Directora de la Unidad de Gestión Educativa Local –en adelante UGEL–; y que no se evaluó todo el material probatorio de autos. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal obrante a fojas mil ciento setenta y cuatro, Juan Andrés Nomberto Chanduví, aprovechando su condición de Jefe de la Unidad Técnica Pedagógica de la UGEL - Santa - ofreció a Olga Elizabeth Carlos Poma solucionar su problema en el trámite de designación como profesora del PRONOE número dos de Bellamar, solicitándole para tal efecto cuatro mil nuevos soles, suma que sería distribuida entre la directora de la UGEL de esa época, Romy Saldaña Távara, y Esmaro Hermetrio Jiménez Velásquez –Director del Sistema Administrativo–, solicitándole también un encuentro sexual. Coordinado el operativo, fotocopiaron los billetes que aparecen a fojas cinco y seis, y luego del seguimiento respectivo se ingresó a la habitación número trescientos dos del Hostal "El Príncipe", donde al efectuarse el registro personal al encausado se le halló en su billetera el dinero que previamente fue fotocopiado; **TERCERO:** Que, la defensa en la tesis planteada rechaza todos los cargos y sostiene que el dinero encontrado en la billetera del encausado fue sinuosamente introducido por la testigo Olga Elizabeth Carlos Poma en el cuarto del referido hostal, mientras que el encausado se duchaba; que no se ha acreditado que el procesado haya intercedido a favor de la agraviada en el procedimiento administrativo de nombramiento, ni que haya sostenido relación amorosa alguna con la Directora de la UGEL, quien debía resolver el referido pedido en el procedimiento administrativo; y que la referida promesa de influenciar en un procedimiento administrativo previo pago dinerario y favor sexual, solo se haya sostenido en la solitaria versión de la testigo Olga Elizabeth Carlos Poma; **CUARTO:** Que, de la revisión de lo actuado se advierte que el Tribunal Superior no efectuó una correcta compulsa de las pruebas, ni valoró en forma debida el material probatorio existente en autos; que, en efecto, en el presente caso, la sentencia recurrida no tuvo en cuenta como condicionante excluyente de la versión del encausado respecto a que el dinero –fotocopiado anteladamente– fue introducido por la testigo Olga Elizabeth Carlos Poma, que esta previamente había denunciado los hechos a la fiscalía, sin tener conocimiento preciso del tiempo y forma en que se desarrollaría el operativo fiscal, menos aún pudo contar –*ex ante*, con la confianza que le permita efectuar una denuncia formal– con tener oportunidad de acceder a la billetera del referido encausado momentos antes de la intervención fiscal, lo que apunta a

una lógica contraria a la arribada por el Colegiado Superior y permite apreciar mayor fiabilidad al relato de la testigo Carlos Poma, tanto más si la posibilidad de alcanzar la billetera del encausado estaba vinculado a aspectos externos no controlados enteramente por la testigo Carlos Poma –por ejemplo, que el encausado decidiera ingresar al cuarto de baño sin su ropa o que acepte tomarse una ducha antes de la intervención fiscal–; que además, el Tribunal Superior no ingresó a la valoración global de la prueba toda la extensión de lo vertido por el efectivo policial Luis Alberto Calderón Torres, quien participó en la intervención efectuada al encausado en el Hostal "El Príncipe" y que obra a fojas cuatrocientos setenta y ocho, en la que entre otras cosas afirmó que el encausado luego de abrir la puerta del cuarto del hostal, quiso salir sin nada en la mano y el deponente le cerró el paso, notó preocupación en su rostro, y que alcanzó a escuchar que le dijo a la agraviada "por qué me haces esto", "que luego del cotejo de billetes el procesado mostró una actitud de desesperación, que volteó y se dirigió a la agraviada diciéndole "por qué me haces esto (...) que su intención era de ayudarla", declaración que fue repetida en el plenario conforme se aprecia a fojas mil trescientos dieciocho; que otro medio probatorio de deficiente exposición en la sentencia lo constituye el mérito de la diligencia de confrontación llevada a cabo entre el encausado y la testigo Carlos Poma, donde la referida enrostra al encausado una conducta corrupta y rechaza haber sostenido relaciones sexuales con el encausado exigiendo para desvirtuar ello, que la describa físicamente en aspectos íntimos, encontrándose la referida testigo dispuesta a someterse a un examen médico para contrastar las apreciaciones; además no se valoró el hecho que al encausado se le encontró una fotografía de la Directora de la UGEL entre sus documentos; de igual modo, es admisible la evaluación lógica construida por el recurrente en cuanto indica que no es dable alinearse con una estrategia defensiva que afirme que la testigo denunció al encausado porque este terminaría la relación, cuando lo cierto es que ambos fueron encontrados en un cuarto de hostal, lugar insospechado para expresar una decisión de terminar una relación sentimental. De otro lado, corresponde puntualizar que la no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues recuérdese que el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente,

es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas, lo que debió ser apreciado de manera exhaustiva por el Colegiado Superior. Que por lo demás, y aunque la testigo Olga Elizabeth Carlos Poma no concurrió al Juicio Oral, sin culpa de las partes ni del Tribunal, es preciso insistir con su convocatoria en un nuevo Juicio Oral, sin perjuicio de actuarse las otras pruebas personales que corresponda. Que, en tal virtud, debe anularse la sentencia materia de grado y disponerse se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otra Sala Penal, a efecto que se efectúe una nueva valoración del material probatorio y se actúen las pruebas anotadas en la presente resolución, conforme a lo indicado en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas mil trescientos sesenta y cinco, de fecha cinco de junio de dos mil ocho, que absolvió de la acusación fiscal a Juan Andrés Nomberto Chanduví por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de tráfico de influencias, en agravio del Estado y de Olga Elizabeth Carlos Poma; **MANDARON** se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otro Colegiado Superior; **RECOMENDARON**: celo y celeridad; y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

084 Tráfico de influencias: No requiere resultado material

Cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba dinero a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que conozca un caso judicial o administrativo (o proceso de selección de trabajadores públicos), para darle estatus o preferencia, sin importar el resultado material ni el hecho que las influencias sean reales o simuladas; comete el delito de tráfico de influencias, ya que este es un delito de peligro abstracto (de mera actividad), que no exige lesión efectiva al bien jurídico.

Recurso de Nulidad Nº 1280-2011-HUANCAVELICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 10 de mayo de 2012

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fecha treinta y uno de enero de dos mil once a fojas mil cuatrocientos cuarenta y uno, que absolvió de la acusación fiscal a José Alfonzo Herrera Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe por el delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias en agravio del Ministerio del Interior– Policía Nacional del Perú; interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el señor Fiscal fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil cuatrocientos ochenta y cinco, sosteniendo que: i) la Sala Penal al momento de emitir la sentencia cuestionada, no ha valorado adecuadamente los medios de prueba que obran en autos, las mismas que determinarían la responsabilidad de los encausados; asimismo, el Colegiado Superior en sus propios fundamentos ha sostenido que la entrega del dinero ha quedado demostrada y que las declaraciones de los denunciantes son coherentes y precisas al determinar que sí conocieron a los procesados, en circunstancias que le exigieron dinero para que la hija de estos ingresara a la Escuela de Sub Oficiales de Huancavelica; sin embargo, absolvió a los imputados a razón de que la conducta atribuida a estos no configura el tipo del delito de tráfico de influencias; situación por la cual solicita la nulidad de la sentencia por no estar

arreglada a ley. **SEGUNDO:** Que según el sustento fáctico de la acusación escrita obrante a fojas setecientos noventa y ocho, se incrimina a José Alfonzo Herrero Carbajal y Raymundo Cirilo Jipe Quispe, el delito de tráfico de influencias, en razón a que Edith Huiza Contreras en el año dos mil siete, se presentó al primer examen para el ingreso a la Escuela Técnica de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú - Huancavelica, para ello su padre Raúl Huiza Páucar, hizo contacto con el procesado Raymundo Cirilo Tipe Quispe (personal policial) quien trabajaba como policía judicial, siendo esta persona quien le solicitó a Huiza Páucar la suma de cuatro mil nuevos soles, para asegurar el ingreso de Edith Huiza Contreras a dicha Escuela; para ello, Raúl Huiza Páucar solicitó un crédito en la Caja Rural "Los Libertadores de Ayacucho", entregándole al encausado Raymundo Cirilo Tipe Quispe la suma de tres mil nuevos soles quien señaló a su vez que entregaría el dinero a su colega, el, procesado José Alfonzo Herrero Carbajal, sin embargo, culminado el referido examen Edith Huiza Contreras no ingresó a la referida Escuela, prometiendo el encausado José Alfonzo Herrera Carbajal que en la ampliación de dicho examen ésta ingresaría, solicitando para ello un aumento de mil nuevos soles, suma que fue entregada personalmente al procesado José Alfonzo Herrera Carbajal por Raúl Huiza Paucar, quien solicitó un nuevo crédito a la Caja Municipal de Huancayo; sin embargo, su hija no logró ingresar, por lo que el encausado José Alfonzo Herrero Carbajal le devolvió la suma de mil nuevos soles, negándose a devolver el saldo restante. **TERCERO:** Que 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 creación 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, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, 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, lógica-jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **CUARTO:** Que en el presente caso, se imputa a los encausados José Alfonzo Herrera Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe, el delito de Corrupción de Funcionarios en su modalidad tráfico de influencias, regulado en el artículo cuatrocientos del Código Penal, que establece: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe,

hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...)" –artículo modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro, y vigente al momento de los hechos–; es de indicar que el modelo peruano de tráfico de influencias es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que contempla el esquema de la modalidad de corrupción relevantes, por tanto respecto a la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en este caso de ser este funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la administración pública, por lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba cualquier medio corrupto de ofrecimiento de interceder, la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o sus atribuciones, sino que está simplemente buscando una posición de ventaja que le da su estatus –ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición, enero dos mil once página setecientos ochenta y uno–. Por tanto, es de indicar que el delito en estudio es uno de mera actividad en la cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir la ejecución de su conducta, sin importar el resultado material, ni el hecho que las influencias sean reales o simuladas. **QUINTO:** Que de autos se aprecia que la Sala Penal emitió sentencia absolutoria a favor de los procesados José Alfonzo Herrero Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe, por cuanto consideró que si bien, en sus declaraciones los denunciantes Huiza Paucar y Contreras Matamoros, han indicado que entregaron el dinero a los procesados, con, la finalidad de que ayuden a ingresar a la Escuela de Oficiales PNP de Huancavelica a su hija Edith Huiza Contreras, señalando que dichas versiones son acorde a los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis –ver fundamento quinto de la recurrida–; sin embargo, establece que dichos medios de pruebas actuados, no son suficientes para acreditar la conducta ilícita de los encausados; más aún, la Sala Penal indica que no ha quedado claro qué función, encargo o labor de influencia se comprometieron a realizar los encausados, agrega que en la época de admisión el encausado Raymundo Cirilo Tipe Quispe desempeñaba la función de policía de tránsito, no ocupando otra función diferente que lo vincule al proceso de admisión a la Escuela de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú, de igual forma, precisa que el encausado José Alfonzo Herrera Carbajal no ha tenido ningún poder de decisión ni inferencia sobre dicho proceso ni

frente a los miembros de la comisión del mismo; incluyendo que la conducta atribuida a estos, no configura el tipo penal del delito de tráfico de influencias, esto a razón de que no se incrimina la simple influencia que pueda poseer el agente sobre el funcionario público, esto conforme a la legislación comparada de Italia, Argentina, España y Colombia, la misma que no puede ser castigada penalmente –ver fundamento sétimo–, situación por la cual corresponde su absolución. **SEXTO:** Sin embargo, ante los fundamentos mencionados propios de la sentencia recurrida, es de indicar que esta adolece de una debida valoración de los elementos típicos del delito de tráfico de influencias, por cuanto a lo contrariamente fijado por el Colegiado Superior, no exige para su configuración la verificación de lo prometido o afirmado por el sujeto activo, por cuanto como se ha señalado líneas arriba, este delito no exige una lesión efectiva al bien jurídico al ser este un delito de peligro abstracto, debiéndose por tanto tener en cuenta que la naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permita dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta que dicha invocación o promesa pueda formularse también mediante datos sutiles que denoten que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación del interesado, dada sus vinculaciones o relaciones con el sujeto público nominado (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición, enero dos mil once, página setecientos noventa y uno). **SÉTIMO:** Que estando a que la Sala Penal, no ha realizado una valoración adecuada de los elementos constitutivos del tipo penal imputado a los encausados, corresponde por tanto un nuevo pronunciamiento, que sea acorde a derecho; asimismo, de lo antes expuesto tenemos de autos medios probatorios, que podrían atribuir a los procesados responsabilidad penal, como son: i) declaración testimonial de Eugenia Contreras Matamoros, quien tanto a nivel policial, judicial y juicio oral a fojas quince, ciento treinta y cinco, mil ciento setenta y nueve y mil doscientos setenta y cuatro, sindica en forma coherente y precisa a los imputados como las personas que iban a ayudar a su hija Edith Huiza Contreras a ingresar a la Escuela de Sub Oficiales - PNP de Huancavelica, solicitando estos para ello un beneficio económico –cinco mil nuevos soles, cuatro mil nuevos soles en el primer examen y mil nuevos soles en el examen de ampliación–, el cual le fue entregado, indicando finalmente que no ayudaron a su hija con dicho examen, por lo que al reclamar dicho dinero con insistencia, estos les devolvieron; ii) declaración de Raúl Huiza Páucar, quien a nivel policial, judicial y juicio oral a fojas veinticinco, ciento ochenta y nueve y mil trescientos veinte, indicó que su hija Edith, iba a postular a la Escuela de Oficiales - PNP de

Huancavelica, en el año dos mil siete, que al procesado Herrero Carbajal lo conoció justamente en el primer proceso de selección donde participó su hija, que lo conoció a través de la persona de nombre Taipe Quispe, y le dijo a este último como broma si le puede dar una manito, y este le dijo que conversaría con su colega, esto fue a principio del año dos mil siete; por ello luego le llamó y le dijo que le estaban solicitando la suma de cuatro mil nuevos soles, es por ello cuando le citó fue con su esposa, quien se quedó esperando y con el procesado Taipe Quispe, se fueron hacia el malecón Virgen de La Candelaria, dirigiéndose a una cantina, donde conversaron de que le diera una mano a su hija Edith para que ingresara a la Escuela de Policía, es allí donde le entregó la suma de cuatro mil nuevos soles en efectivo y este le dijo que le daría el referido dinero a su promoción, sin embargo, su hija no ingresó, empero, Herrero Carbajal le dijo que su hija entraría en el segundo intento solicitándole adicionalmente mil nuevos soles, el mismo que lo entregó en su domicilio, diciéndole que "esta vez sí voy a lograr su ingreso con la ayuda de un científico", pero finalmente no ingresó, por lo que le reclamó el dinero, el mismo que le devolvieron; iii) testimonial de Maribel Contreras Matamoros quien a nivel preliminar, judicial y juicio oral a fojas treinta y tres, doscientos cuarenta y nueve y mil trescientos cinco - indicó que el treinta y uno de marzo de dos mil ocho, acompañó a su hermana Eugenio Contreras Matamoros y su sobrina Zenaida Huiza Contreras, para encontrarse con el procesado José Alfonzo Herrero Carbajal y que este le dio a su hermana la suma de quinientos nuevos soles, diciendo este "te voy a decir delante de tus hijas no te doy nada más", "quéjate donde sea" eso lo dijo fuerte; iv) declaración de Zenaida Contreras Matamoros, quien a nivel judicial y juicio oral a fojas once y mil doscientos noventa y tres, indicó que acompañó a su madre Eugenio Contreras Matamoros, a buscar al encausado José Alfonzo Herrero Carbajal, quien les llevó a su domicilio que queda a lado de la referida escuela y le dio a su madre la suma de quinientos nuevos soles y que además este le dijo que no habría más dinero y que no insistiera y que se quejara si quería; v) acta de reconocimiento a fojas diecinueve, en la que Eugenio Contreras Matamoros reconoce a los procesados José Alfonzo Herrero Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe en las respectivas fotografías que se le presenta; vi) acta de reconocimiento a fojas veintiocho, en la que Raúl Huiza Paucar reconoce a los procesados José Alfonzo Herrero Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe en las respectivas fotografías que se les presenta; vii) documento de nombramiento de Raymundo Cirilo Tipe Quispe como apoderado de Edith Huiza Páucar de fojas mil doscientos setenta y uno, con fecha seis de junio de dos mil siete, documento dirigido al Coronel encargado de la Comisión

Central de Admisión de la Escuela de Policías; siendo así, se aprecian elementos de cargo suficientes que evidenciarían la responsabilidad penal de los procesados, la misma que debe de ser esclarecida en un nuevo pronunciamiento, emitido por un nuevo Colegiado Superior. **OCTAVO:** Que de lo antes expuesto, se permitiría establecer que la sentencia recurrida no ha sido desarrollada en base a un análisis lógico-jurídico, donde se halla tomado en cuenta los elementos constitutivos del tipo penal imputado a los encausados, así como la valoración adecuada del conjunto de medios de prueba antes mencionados, por lo cual, debe emitirse un nuevo pronunciamiento, el cual debe efectuarse con criterio jurisdiccional que pueda crear en su conjunto convicción de la responsabilidad penal o no de los encausados; siendo ello así, se evidencia que se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; además, en esas circunstancias, la absolución de los procesados no importa una razonable y fundada apreciación de los hechos materia de acusación ni consecuentemente se ha realizado una completa y correcta valoración de las pruebas de cargo, por lo que resulta de aplicación el último parágrafo del artículo trescientos uno de la Norma procesal acotada. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fecha treinta uno de enero de dos mil once a fojas mil cuatrocientos cuarenta y uno, que absolvió de la acusación fiscal a José Alfonzo Herrero Carbajal y Raymundo Cirilo Tipe Quispe por el delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias en agravio de Ministerio del Interior - Policía Nacional del Perú. **MANDARON:** se realice un nuevo Juicio Oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria, así como las diligencias necesarias para el esclarecimiento del caso, el mismo que deberá realizarse bajo el principio de economía y celeridad procesal; y, los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

085 Tráfico de influencias: Características

El delito de tráfico de influencias se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punición, en comparación al delito de cohecho; por ello, es que el tipo penal, para su consumación solo exige la invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas; en ese sentido, se exige como elementos objetivos que: a) el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la Administración Pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero un donativo o promesa.

Recurso de Nulidad Nº 4218-2009-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, veinte de abril de dos mil diez.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez contra la sentencia condenatoria de fecha veintiuno de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas doscientos catorce; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, **i)** el representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad a fojas doscientos veintiséis, alegando que la sentencia condenatoria ha sido expedida con una motivación indebida y deficiente, toda vez que no se ha realizado una correcta valoración de las pruebas actuadas, siendo el caso que se ha desnaturalizado el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales al imponérsele a los encausados una pena por debajo del mínimo legal y fijar una reparación civil exigua e irrisoria. **ii)** De otro lado, el encausado Roberto Neptalí Solano Sandoval fundamenta su recurso de nulidad a fojas doscientos veintinueve, alegando que no existe ningún medio de prueba que permita demostrar la conducta de interceder ante el Juez para obtener la libertad de César Augusto Yovera Miranda, siendo insuficiente la sindicación de Gladys Yovera Miranda y la testimonial de Estilita Arámbulu de Dioses, puesto que

carecen de uniformidad y coherencia; en ese sentido, refiere que debe absolvérsele, ante la falta de pruebas de cargo que lo vinculen con la imputación; y, **iii)** el encausado Jorge Clavijo Velásquez fundamenta su recurso de nulidad, a fojas doscientos treinta y siete, alegando que no se ha acreditado que haya ofrecido a Gladys Yovera Miranda interceder o favorecer para la obtención de la libertad de César Augusto Yovera Miranda, instruido por tráfico ilícito de drogas, siendo insuficiente las contradictorias e incoherentes, debiendo tomarse en cuenta que resulta ser ajeno a los quehaceres judiciales. **SEGUNDO:** Que, conforme se advierte de la acusación escrita, de fojas ciento treinta y seis, se atribuye a los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez haber recibido dinero con la finalidad de interceder para favorecer con una resolución de libertad a César Augusto Yovera Miranda, el mismo que era instruido en el Primer Juzgado Penal de Talara por el delito de tráfico ilícito de drogas, donde Solano Sandoval ejercía la función de secretario Judicial y por intermedio de Clavijo Velásquez la señora Gladys Yovera Miranda, en su condición de hermana del investigado, hizo entrega del monto pactado ascendente a cuatro mil nuevos soles. **TERCERO:** Que, el delito de tráfico de influencias se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punición, en comparación al delito de cohecho; por ello, es que el tipo penal, para su consumación solo exige la invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas; en ese sentido, se exige como elementos objetivos que: a) el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la Administración Pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero, un donativo o promesa. **CUARTO:** Que, de la revisión de los autos se advierte que existen pruebas de cargo suficientes que acreditan –con plena certeza– las influencias invocadas por los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez –el primero en calidad de autor y el segundo como cómplice primario–; conclusión que se fundamenta en la sindicación realizada por la agraviada Gladys Yovera Miranda, quien durante el desarrollo de la investigación preliminar, instrucción y juicio oral, a fojas once, cincuenta y cinco y ciento ochenta y nueve, respectivamente, sindicó a los encausados como las personas a las que les dio cuatro mil nuevos soles a cambio de que intercedan y favorecer con una resolución de libertad para su hermano César Augusto Yovera Miranda, el mismo que era instruido en el Primer Juzgado Penal de Talara por el delito de tráfico ilícito de drogas, versión coherente y verosímil, pues viene respaldada por las declaraciones testimoniales de Estilita Arámbulu Canales de Dioses, obrantes a fojas dieciocho,

noventa y seis y ciento noventa y dos y de Santos Olaya Peña a fojas veinte y ciento noventa y cinco, donde señalaron que las dos declarantes estaban en la casa de Estilita Arámbulu Canales de Dioses, lugar donde le entregaron la suma de cuatro mil nuevos soles al encausado Jorge Clavijo Velásquez, conocido como "chiqui" para que se lo confiera al secretario Roberto Neptalí Solano Sandoval con el propósito de solucionar el problema del hermano de Gladys Yovera –quien previamente les había entregado el dinero–; siendo el caso que después de la entrega del dinero, el encausado Solano Sandoval las llamó por teléfono para indicarles que no hablaran con él en el juzgado; en ese sentido, se advierte que la sindicación realizada por la agraviada es constante, verosímil y coherente, y por tanto tiene virtualidad procesal para ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de los encausados, resultando adecuada la condena impuesta a los recurrentes. **QUINTO:** Que, la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: *Indret*. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. Enero, dos mil siete, página nueve); en ese sentido, la determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena el hecho delictivo; es decir, el quántum de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una pena hacia arriba o hacia abajo, realizándose dicho razonamiento conforme al injusto y la culpabilidad del encausado, es decir, de acuerdo a una concepción material del delito; que, de la revisión de los autos advertimos que la pena impuesta a los encausados resulta proporcional al hecho realizado, habiéndose considerado para los fines de determinación la carencia de antecedentes penales y el grado de participación, así como –en el caso de Roberto Neptalí Solano Sandoval– la calidad de funcionario público, última circunstancia que permite justificar la pena efectiva, pues la vulneración del bien jurídico es más latente; asimismo, la reparación civil resulta acorde con el daño civil causado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de setiembre de dos mil nueve, a fojas doscientos catorce, que condenó a Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de tráfico de influencias, en agravio de Gladys Yovera Miranda; imponiendo, al primero de los nombrados tres años de pena privativa de libertad efectiva,

la que computada desde el veintiuno de setiembre de dos mil nueve vencerá el veinte de setiembre de dos mil doce; asimismo, lo inhabilitaron por el periodo de tres años conforme al artículo treinta y seis, incisos segundo y tercero del Código Penal; en tanto, al segundo le impusieron dos años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo plazo, bajo reglas de conducta; y fijó en dos mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberán pagar de manera solidaria los sentenciados, sin perjuicio de devolver la suma indebidamente recibida, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
BIAGGI GÓMEZ
BARRIOS ALVARADO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES

086 Tráfico de influencias: Trámite que no sigue el conducto regular no constituye delito sino falta administrativa

Si bien la encausada se benefició con el cambio de plaza docente, sin embargo no se acreditó que para expedirse la resolución por la cual se le cambió de plaza, aquella haya ofrecido algún beneficio de contenido económico a sus coprocesados porque las declaraciones de sus encausados solo se orientan a reconocer la irregularidad de esa decisión administrativa, en tanto que la solicitud de la agraviada no fue tramitada por conducto regular por tratarse de un asunto de carácter reservado al estar comprometida su integridad física, situación que en modo alguno puede revelar que haya existido una actitud dolosa para beneficiar a la administrada, lo que en todo caso obedecería a acciones indebidas de índole administrativo; que al no concurrir los elementos típicos del delito de tráfico de influencias –invocación de influencias u ofrecimiento de interceder ante funcionario público para el logro– resulta correcta la decisión absolutoria.

Recurso de Nulidad Nº 1912-2009-CUSCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 13 de abril de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Cusco contra la sentencia de fojas seiscientos sesenta y cinco, del treinta de enero de dos mil nueve, en el extremo que absolvió a Silvio Orlando Chura Quisocala, Maritza Lovatón Solórzano y Marcial Hernán Rodríguez Zela de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –tráfico de influencias y contra la Fe Pública– falsedad genérica en agravio del Estado; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO:** Que la Procuradora Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Cusco en su recurso formalizado de fojas seiscientos ochenta y cuatro alega que se determinó la responsabilidad penal de los encausados en los delitos

imputados porque: i) el acusado Silvio Orlando Chura Quisocala mediante la expedición de la Resolución número mil ciento veintinueve, y con el visto bueno de Marcial Hernán Rodríguez Zela, efectuó el cambio de plaza docente de manera irregular conforme se acreditó con las manifestaciones de los propios encausados Silvio Orlando Chura Quisocala y Marcial Hernán Rodríguez Zela de fojas ciento catorce y ciento veintiuno, respectivamente, y con el Informe número cuatro-dos mil cuatro-DREC/C.N.D de fojas veintisiete emitido por los integrantes de la Comisión de Adjudicación de Plazas Docentes; y ii) la encausada Maritza Lovatón Solórzano presentó la solicitud para obtener su cambio de plaza, de fojas cuarenta y tres, faltando a la verdad, bajo el argumento de que estaba siendo amenazada, hecho que no pudo probar. **SEGUNDO:** Que, según la acusación fiscal de fojas quinientos setenta y dos, se atribuye a Maritza Lovatón Solórzano obtener clandestinamente su cambio de plaza, simulando estar amenazada en su integridad física por personas desconocidas, tras haber alcanzado la plaza docente del Centro Educativo número treinta y ocho mil ochocientos sesenta y nueve de Pueblo Libre Baja del Distrito de Kimbiri - Provincia de la Convención en sorteo público de plazas denominado Tercera Fase en el local de la Dirección Regional de Educación del Cusco efectuado por la Comisión de Adjudicación de Plazas Docentes nombrada por Silvio Orlando Chura Quisocala, Director Regional de Educación, y presidida por Marcial Hernán Rodríguez Zela; para lo cual, después de cuatro días de efectuada la adjudicación de plazas docentes, irregularmente por Resolución numero mil ciento veintinueve, del dieciséis de abril de dos mil cuatro, el encausado Chura Quisocala conjuntamente con Hernán Rodríguez Zela destinan a la citada profesora al Centro Educativo número cincuenta mil setecientos cuarenta y uno de Tiracanchi, Distrito del Salvador - Provincia de CaIca. **TERCERO:** Que, el proceso penal tiene por finalidad, entre otros, alcanzar la verdad concreta, por ello el Juzgador impondrá una sentencia condenatoria cuando exista plena certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la que solo 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 dos de la Constitución Política del Estado. **CUARTO:** Que de autos se advierte que si bien la encausada Lovatón Solórzano se benefició con el cambio de plaza docente, sin embargo no se acreditó que para expedirse la Resolución número mil ciento veintinueve, esta haya ofrecido algún beneficio de contenido económico a sus coprocesados Silvio Orlando Chura Quisocala y Marcial Hernán Rodríguez Zela porque las declaraciones de sus encausados

–véase fojas ciento catorce y ciento veintiuno– solo se orientan a reconocer la irregularidad de esa decisión administrativa –en tanto que la solicitud de la agraviada no fue tramitada por conducto regular por tratarse de un asunto de carácter reservado al estar comprometida su integridad física–, situación que en modo alguno puede revelar que haya existido una actitud dolosa para beneficiar a la administrada, lo que en todo caso obedecería a acciones indebidas de índole administrativo; que al no concurrir los elementos típicos del delito de tráfico de influencias –invocación de influencias u ofrecimiento de interceder ante funcionario público para el logro– resulta correcta la decisión absolutoria. **QUINTO:** Que respecto al delito de falsedad genérico imputado a la acusada Lovatón Solórzano, aunque el Fiscal Superior en su acusación sostiene que su responsabilidad está probada porque simuló estar amenazada en su integridad física por personas desconocidas que no aprobaron su designación en la primigenia plaza, no obstante, no ofreció pruebas que sostengan esa tesis de imputación; que, por consiguiente, no existiendo material probatorio corresponde su absolución. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos sesenta y cinco, del treinta de enero de dos mil nueve, en el extremo que absolvió a Silvio Orlando Chura Quisocala, Maritza Lovatón Solórzano y Marcial Hernán Rodríguez Zela de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - tráfico de influencias y contra la Fe Pública falsedad genérica en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CAPÍTULO XIII
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito está tipificado en el artículo 401 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley Nº 29758 de fecha 21/07/2011:

> ***Artículo 401.-*** *El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*
>
> *Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.*

087 Enriquecimiento ilícito: Falta de acreditación del delito

Efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional o policial como durante los periodos de la instrucción y el contradictorio oral ante el Juzgado Penal y la Sala Superior, respectivamente, no se ha llegado a determinar la materialidad del delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados, así como no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito; en ese sentido, no se aprecian de autos pruebas fehacientes que demuestren que los encausados perpetraron la infracción punible que se les incrimina y que a consecuencia de dichas conductas incrementaron ilícitamente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones ediles; de donde se concluye que la resolución materia de grado, en cuanto a este extremo, se encuentra dictada con arreglo a lo actuado y conforme a ley.

Recurso de Nulidad Nº 2328-2006-APURÍMAC

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 18 de enero de 2008

VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el señor Zecenarro Mateus; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia de fojas mil ochocientos ochenta y tres, su fecha veintitrés de enero de dos mil seis, en el extremo absolutorio; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que en el aspecto impugnatorio el señor Fiscal Superior, en su recurso de nulidad interpuesto a fojas mil novecientos y formalizado a fojas mil novecientos tres, alega que se encuentra acreditado el delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados, durante su gestión edil, aprovechándose de sus cargos se apropiaron de dinero del Estado e incrementaron su patrimonio; que en cuanto al ilícito de colusión desleal atribuido al encausado David Huamán –ex alcalde– se encuentra demostrado, que se valió de su cargo para contratar a su sobrino Pariona Huamán y a su cuñado Nemesio Utani Pareja, coludiéndose con los interesados para perjudicar el patrimonio edil; que respecto al delito de falsificación de documentos en general, sostiene que existen suficientes elementos probatorios para que se emita una sentencia condenatoria. **SEGUNDO:** Que en el aspecto fáctico y en cuanto se refiere a los cargos formulados contra

los encausados, del contexto de la acusación fiscal corriente a fojas mil doscientos cincuenta y cuatro, aparece que los hechos incriminados consisten entre otros que durante el ejercicio de los años de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, los procesados David Huamán Ccerare, en su condición de Alcalde y Serapio Aguirre Mena y Santos Anampa Falcón, ambos en su calidad de Regidores de la Municipalidad Distrital de Tintay, cuando asumieron estos dos últimos el cargo de tesorería para el cual estaban impedidos, se apropiaron de dinero de la Municipalidad consistente en fondos por ingresos del año mil novecientos noventa y seis; que pagaron viáticos indebidamente; que no justificaron la disposición de dieciocho mil nuevos soles del Fondo de Compensación Municipal del ejercicio del mes de febrero de mil novecientos noventa y siete; que se apropiaron de cuarenta y siete mil ochenta nuevos soles del préstamo del Banco de la Nación; que no justificaron el destino de treinta y cinco mil nuevos soles girados a nombre de Santos Anampa Falcón en el ejercicio del año mil novecientos noventa y ocho; que pagaron remuneraciones y dietas sin realizar las retenciones y aportes de ley; que pagaron honorarios profesionales sin haberse efectuado las retenciones del impuesto a la renta; que no conformaron el Comité del vaso de leche; que no contaron con los libros de contabilidad dispuesto por la Contaduría Pública de la Nación; que contrataron indebidamente a un sobrino Pariona Huamán y cuñado Utani Pareja del ex alcalde; que se cobró un cheque a nombre de David Huamán Ccerare por veinte mil nuevos soles para la campaña electoral; y que no se devolvió el faltante de ciento diez mil seiscientos sesenta y cinco nuevos soles con cuarenta seis céntimos. **TERCERO:** Que, efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional o policial como durante los periodos de la instrucción y el contradictorio oral ante el Juzgado Penal y la Sala Superior, respectivamente, no se ha llegado a determinar la materialidad del delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados Huamán Ccerare, Aguirre Mena y Anampa Falcón, así como no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito; en ese sentido, no se aprecian de autos pruebas fehacientes que demuestren que los encausados perpetraron la infracción punible que se les incrimina y que a consecuencia de dichas conductas incrementaron ilícitamente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones ediles; de donde se concluye que la resolución materia de grado, en cuanto a este extremo, se encuentra dictada con arreglo a lo actuado y conforme a ley. **CUARTO:** Que, en lo concerniente al segundo extremo absolutorio por el delito de colusión desleal atribuido al encausado David Huamán Ccerare, por haber contratado a su cuñado Nemesio Utani Pareja y a su sobrino Gregorio Pariona Huamán como trabajadores de la Municipalidad de Tintay; no se ha acreditado en autos el

vínculo de parentesco atribuido; y sobre el cargo de doble remuneración que percibió Pariona Huamán por parte del Estado, se aprecia que fue contratado como Secretario bajo la modalidad de servicios no personales, fijándole el horario de lunes a viernes de tres a cinco de la tarde, conforme fluye de fojas quinientos noventa y cinco, que en horas de la mañana se desempeñaba como docente, ejercicio de la docencia que debe ser considerado dentro de la normatividad legal correspondiente. **QUINTO:** Que, en relación al tercer extremo absolutorio, el delito de falsificación de documentos en general, incriminado a Huamán Ccerare, se ha basado en el documento que obra en copia simple a fojas quinientos siete de este proceso en el que no se ha realizado una pericia grafotécnica por lo que existe insuficiencia probatoria, más aún si no se ha acreditado que se hubiese causado perjuicio. **SEXTO:** Que, los demás fundamentos que contiene la pretensión impugnatoria penal, se evidencia que ya fueron merituadas en las partes que respectan por el Superior Colegiado; concluyéndose, por tanto, que la resolución materia de grado en los extremos recurridos se encuentra dictada con arreglo a lo actuado durante el curso del proceso y de acuerdo a lo que establece el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. **SÉTIMO:** Que debe tenerse en cuenta que los encausados fueron condenados como autores del delito de peculado, en el contexto de la sentencia recurrida, extremo que no es materia de pronunciamiento. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia que corre a fojas mil ochocientos ochenta y tres, su fecha veintitrés de enero de dos mil seis, en el extremo que absuelve a David Huamán Ccerare, Serapio Aguirre Mena y Santos Anampa Falcón de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública delitos cometidos por funcionarios públicos en su modalidad de enriquecimiento ilícito en agravio de la Municipalidad de Tintay y el Estado; absuelve a David Huamán Ccerare de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Pública delitos cometidos por funcionarios públicos en su modalidad de colusión desleal y contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos en general en agravio de la Municipalidad de Tintay y el Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

088 Enriquecimiento ilícito: Determinación del patrimonio del funcionario como presupuesto

La pericia contable ha omitido en pronunciarse a cuánto ascendía el patrimonio de cada uno de los acusados antes de ser designados en los cargos que ostentaron y cuánto fue su patrimonio después que dejaron sus cargos funcionales, situación que es indispensable para resolver los delitos objeto de acusación.

Recurso de Nulidad Nº 4931-2006-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
Lima, 2 de abril de 2008

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, el Fiscal Superior y los acusados Jesús Alfonso Chumpitaz Vásquez, Jorge Edmundo Ramírez Gonzáles y María Teresa de Jesús Montes Rengifo contra la sentencia de fojas dos mil cuatrocientos treinta y cuatro, del dos de agosto de dos mil seis; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviene como ponente el señor Vocal Supremo Calderón Castillo; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que la parte civil en su recurso formalizado a fojas dos mil cuatrocientos cuarenta y ocho, alega que los hechos materia de proceso se llevaron a cabo en concurso real entre el delito de enriquecimiento ilícito y el de falsedad de documentos; que pese a existir elementos probatorios suficientes, la Sala Superior, en forma inadecuada, absolvió a los acusados de los delitos antes mencionados; agrega, que el monto de la reparación civil fijada resulta inadecuada en función al daño causado. Por su parte, el Fiscal en su recurso formalizado a fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y tres, sostiene que existen pruebas idóneas suficientes de la comisión de los delitos acusados, así como la responsabilidad penal de los encausados. Por otro lado, los acusados Chumpitaz Vásquez, Ramírez Gonzáles y Montes Rengifo en sus recursos formalizados a fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco, dos mil cuatrocientos cincuenta y ocho y dos mil cuatrocientos sesenta y uno, respectivamente, alegan que los fondos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) no pertenecían al Estado, sino que se trataba de fondos particulares, estimando que

por ello no incurrieron en los delitos imputados; que no existen pruebas que acreditan que actuaron en forma dolosa al firmar las respectivas declaraciones juradas; que el Colegiado Superior se reservó la resolución de la excepción de naturaleza de acción que dedujeron en su oportunidad para cuando dictara sentencia, pese a lo cual al momento de hacerlo omitió pronunciarse sobre esta articulación incurriendo en causal de nulidad al haberse trasgredido la norma procesal. **SEGUNDO:** Que conforme a la acusación fiscal de fojas doscientos cuarenta y dos, se atribuye a los acusados Montes Rengifo (Presidente del Instituto Nacional de Bienestar Familiar - INABIF), Ramírez Gonzáles (Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Integración de la Persona con Discapacidad - CONADIS) y Chumpitaz Vásquez Presidenta del Consejo Directivo de la Oficina Nacional de Cooperación Nacional - COOPOP) haber obtenido doble remuneración del Estado peruano, durante el periodo mil novecientos noventa y nueve a dos mil, para lo cual mantuvieron en error a los funcionarios del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) al firmar declaraciones juradas donde indicaban que no tenían ningún vínculo laboral con el Estado, pese a que eran funcionarios públicos. **TERCERO:** Que, del análisis de autos, se advierte que la Sala juzgadora ha incurrido en una serie de irregularidades en la tramitación del juzgamiento, así tenemos: i) la pericia contable ha omitido en pronunciarse a cuánto ascendía el patrimonio de cada uno de los acusados antes de ser designados en los cargos que ostentaron y cuánto fue después que dejaron sus cargos funcionales, situación que es indispensable para resolver los delitos objeto de acusación; y, ii) la Sala Superior se reservó su pronunciamiento en relación a la excepción de naturaleza de acción que dedujeron los encausados, anunciando que decidiría lo conveniente al momento de emitir la sentencia –véase fojas dos mil sesenta y siete–; sin embargo, cuando finalmente dictó la citada resolución omitió adoptar una decisión sobre esta incidencia. **CUARTO:** Que, teniendo en cuenta lo antes anotado, el Colegiado Superior no efectuó una correcta apreciación de los hechos y valoración de las pruebas actuadas con el fin de establecer debidamente la culpabilidad o inocencia de los encausados, por lo que es de aplicación el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, debiendo procederse a un nuevo juicio oral a efecto de esclarecer debidamente los hechos, para cuyo fin corresponde ordenar la concurrencia obligatoria de Rosario Almenara Díaz De Peso, que fue Presidenta de la Comisión Administradora y Fiscalizadora del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público, a fin que explique la forma y circunstancias en que se firmaron los contratos con los mencionados

acusados. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas dos mil cuatrocientos treinta y cuatro, del dos de agosto de dos mil seis; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria; en el proceso seguido contra María Teresa de Jesús Montes Rengifo y otros por delito contra la Administración Pública - enriquecimiento ilícito y otros, en agravio del Estado; y los devolvieron. Interviene el señor Vocal Supremo Zecenarro Mateus, por el señor Vocal Supremo Rodríguez Tineo, en la presente causa con informe oral.

SS.
VILLA STEIN
SANTOS PEÑA
ROJAS MARAVÍ
CALDERÓN CASTILLO
ZECENARRO MATEUS

089 Enriquecimiento ilícito: Diligencias necesarias para acreditar el delito

Resulta imprescindible para acreditar el delito de enriquecimiento ilícito que se efectúen las siguientes diligencias: a) se realice una pericia contable financiera para determinar si existe o no un desbalance patrimonial; b) se proceda con el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, información que una vez recabada será también materia del peritaje contable.

Recurso de Nulidad Nº 4472-2007-CUSCO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 23 de mayo de 2008

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Ponce de Mier; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Erasmo Velarde Andrade y la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial del Cusco, contra la sentencia de fojas cuatro mil ciento diez, del dieciocho de setiembre de dos mil siete; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el encausado Erasmo Velarde Andrade en su recurso formalizado de fojas cuatro mil ciento treinta y seis, alega que el informe Financiero número treinta y dos concluyó por la existencia de un desbalance probable, pero no probado, que el patrimonio incrementado no le pertenece sino a su ex cónyuge Varinia Huamantica Loaiza, por ello dedujo la excepción de naturaleza de acción pues el patrimonio que supuestamente incrementó ilícitamente era de propiedad de su ex cónyuge, sobre el que no tenía ningún derecho, que presentó diferentes medios probatorios y diversos documentos que no se tomaron en cuenta en la instrucción; que, por su parte, la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial del Cusco, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil ciento setenta y siete, refiere que el monto fijado por concepto de reparación civil –diez mil nuevos soles–, no refleja el criterio equitativo que debió observarse en el presente proceso. **SEGUNDO:** Que se imputa al encausado Erasmo Velarde Andrade haberse enriquecido ilícitamente durante su gestión como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santiago, provincia y departamento del Cusco, en el periodo comprendido desde el mes de enero hasta agosto de dos mil tres, gastando en

la construcción del tercer y cuarto nivel del inmueble ubicado en la Manzana C, Lote veintiuno de la avenida Antonio Lorena - C - veintiséis Zarzuela Alta del Distrito de Santiago, la suma de ciento cincuenta y tres mil cuatrocientos noventa nuevos soles con cincuenta y siete céntimos o su equivalente en dólares americanos en la suma de cuarenta y tres mil ochocientos cincuenta y cuatro punto cuarenta y cinco, según la valorización del inmueble, monto que no podía haber costeado el acusado pues durante el periodo cuestionado percibió ingresos reales por la suma de dieciocho mil quinientos ochenta y dos dólares americanos, y a pesar de ello en ese mismo lapso presentó egresos por la suma de cincuentiún mil ochocientos treinta y nueve dólares americanos –incluido los gastos de la construcción–, por tanto, existió un desbalance patrimonial por la suma de treinta y tres mil doscientos cincuenta y siete dólares americanos que el encausado no justificó. **TERCERO:** Que el proceso penal –sobre todo en la etapa de instrucción– tiene como orientador el principio de búsqueda de la verdad concreta, que solamente se puede condenar a una persona cuando exista un pleno convencimiento de su culpabilidad y para ello deben concurrir suficientes elementos de prueba de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado; que, en ese sentido el delito atribuido al encausado Erasmo Velarde Andrade no está debidamente esclarecido no habiéndose actuado pruebas sustanciales que permitan determinar con certeza la inocencia o responsabilidad del acusado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. **CUARTO:** Que en ese sentido resulta imprescindible efectuar las siguientes diligencias: a) se realice una pericia contable financiera por peritos designados por el Juez Penal, quienes deberán examinar la documentación que obra en autos desde la etapa preliminar y los documentos presentados por el encausado para determinar si existe o no un desbalance patrimonial; b) recabar la documentación que se recomienda en el punto quince del Informe Financiero número treinta y dos, suscrito por los analistas financieros de la Fiscalía de la Nación –ver fojas mil sesenta y cinco– y de ser el caso sea analizada en la pericia contable; c) se proceda con el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria del encausado, información que una vez recabada será también materia del peritaje contable; d) se efectúe una pericia por Ingenieros especializados para determinar el tiempo de construcción del segundo nivel del inmueble en cuestión, y de haberse construido en el año dos mil tres, deberá practicarse una pericia de valorización; e) deberá concurrir a declarar la testigo Varinia Huamantica Loaiza, para que corrobore o desvirtúe lo declarado por el encausado. **QUINTO:** Que, de otro lado, el encausado Erasmo Velarde

Andrade fue privado de su libertad el dieciocho de setiembre de dos mil siete, fecha en que se dictó la sentencia materia de grado, por lo que al declararse la nulidad de la misma debe recobrar su libertad, al encontrarse con mandato de comparecencia restringida –conforme al auto apertorio de instrucción de fojas tres mil cuatrocientos sesenta y siete–. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatro mil ciento diez, del dieciocho de setiembre de dos mil siete, e **INSUBSISTENTE** la acusación fiscal de fojas tres mil novecientos treinta y cuatro; **MANDARON** ampliar la instrucción por el plazo de treinta días a fin de que se actúen las diligencias anotadas en la presente Ejecutoria y las demás que resulten necesarias para el esclarecimiento de los hechos; en el proceso penal seguido contra Erasmo Velarde Andrade por delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado; **ORDENARON** la inmediata libertad de Erasmo Velarde Andrade, que se ejecutara siempre y cuando no exista mandato de detención emanada de autoridad competente y se sujetará al cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en el auto apertorio de instrucción; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

090 Enriquecimiento ilícito: Falta de consignación del patrimonio del funcionario en su declaración jurada no es indicio del delito

No existe elemento de prueba que acredite con certeza que el encausado incrementó ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; que, no obstante quedó probado que el citado procesado no consignó su patrimonio en la declaración jurada de bienes y rentas por los años 1998 y 1999, es de precisar que tal omisión no deja de constituir un indicio sin otros elementos acreditativos que consoliden los cargos.

Recurso de Nulidad Nº 740-2010-LIMA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 27 de julio de 2010

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior y la Parte Civil Procurador Público Ad-hoc contra la sentencia de fojas dos mil novecientos cincuenta y siete, del uno de febrero de dos mil diez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas tres mil sostiene que en la recurrida no se ha efectuado una adecuada valoración de la prueba actuada, pues no se valoraron los movimientos históricos de las cuentas en el Banco Wiesse Sudameris ni las del Banco Interbank, así como tampoco se tuvo en cuenta la omisión en la que incurrió el encausado al no consignar su patrimonio en la declaración jurada de bienes y rentas por los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, ni el Informe Financiero número noventa y siete-CEAF-SBS, así como los cuadros elaborados por el Ministerio Público por el periodo mil novecientos noventa-dos mil uno. **SEGUNDO:** Que la Parte Civil Procurador Público Ad-hoc en su recurso formalizado de fojas dos mil novecientos setenta y ocho alega que la absolución del encausado Carlos Guillermo Espinoza Flores vulnera la expectativa de satisfacción indemnizatoria por el daño causado por el delito; que la sentencia no fue adecuadamente motivada, al no tomar en cuenta el Informe Financiero CEAF-SBS-noventa y siete, los informes

remitidos por el Ejército en el que se hace referencia a gestiones irregulares realizadas por el acusado en el manejo de los presupuestos institucionales, el Informe del Banco interbank y la pericia contable de parte que contempla un patrimonio actual de cuatrocientos cincuenta mil seiscientos sesenta y cinco dólares americanos con ochenta y tres centavos, cuando sus ingresos brutos durante veinte años ascienden a cuatrocientos sesenta y cinco mil seiscientos noventa nuevos dólares americanos con veintisiete centavos. **TERCERO:** Que según la acusación fiscal de fojas mil seiscientos sesenta y siete, en base a lo concluido en el Informe Financiero CEAF-SBS número noventa y siete, se atribuye al encausado Carlos Guillermo Espinoza Mores que, aprovechando el cargo de alto funcionario del Estado al desempeñarse como miembro del Ejército peruano, haber incrementado ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos entre mil novecientos noventa al dos mil uno y no haber podido justificarlo razonablemente; que es así que durante su servicio como Oficial del Ejército desde el año mil novecientos sesenta y ocho los fondos movilizados por la Sociedad Conyugal de la que forma parte, en sus cuentas de ahorros –Bancos Wiesse Sudameris e Interbank–, ascenderían a ochocientos ochenta y cuatro mil doscientos siete dólares americanos, los que no son congruentes con sus ingresos, que ascendían a trescientos noventa y tres mil novecientos cuarenta y nueve dólares americanos, lo que evidencia un desbalance patrimonial de cuatrocientos noventa mil doscientos cincuenta y ocho dólares americanos, patrimonio que excede enormemente el nivel de ingresos legales del procesado; que, asimismo, no declaró el cuantioso patrimonio que tenía en ese entonces. **CUARTO:** Que, no obstante que a fojas cuatrocientos treinta y cuatro obra el Informe Financiero CEAF-SBS número noventa y siete, elaborado por el Comité Especializado de Análisis Financiero de la SBS, suscrito por los contadores Silvia Wuan Almandós y Adrián Artemio Mamani Vitulas, que concluyeron que la Sociedad Conyugal Espinoza-Fazio presentaba un aparente desequilibrio financiero entre sus ingresos y gastos ascendente a cuatrocientos noventa mil doscientos cincuenta y ocho dólares americanos, es de advertir que cuando ambos profesionales concurrieron al Juicio Oral mencionaron que había un aparente desequilibrio pero faltaban documentos que podían favorecer indudablemente a la persona investigada y que para emitir su informe únicamente tuvieron a la vista los antecedentes que les fueron proporcionados por la Fiscalía de la Nación; que no contaron con información adicional por parte del procesado; que el Informe lo realizaron en base a los montos brutos de las remuneraciones mas no los montos netos, que habrían reducido los valores, porque esa fue la

información que les fue proporcionada –actas de juicio oral de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco y dos mil setecientos noventa y cuatro–. **QUINTO:** Que, del mismo modo, si bien en autos obra a fojas dos mil ciento trece el Informe de Auditoría efectuada por Inspectoría del Ejército peruano, que señala que los cargos que desempeñó el acusado Espinoza Flores en el Ejército peruano estaban referidos a manejos presupuestales y económicos de la institución, a fojas dos mil ciento dieciséis obra el Oficio emitido por el Ministerio de Defensa que remite copia fedateada de los Informes realizados por la Inspectoría General del Ejército –particularmente Observaciones y Recomendaciones– concernientes a la Gestión del Oficial Carlos Guillermo Espinoza Flores, entre el periodo mil novecientos noventa y ocho al dos mil; que en los citados Informes se precisa que en dicho lapso el acusado se desempeñó como Comandante General de la Octava División de Infantería, periodo en el que la mencionada entidad ejecutó acciones de control; empero, es de destacar que de la revisión de los mismos no se advierten hallazgos relacionados con irregularidades en el manejo de fondos públicos, puesto que se limitan a realizar recomendaciones de tipo administrativo –fojas dos mil ciento quince–. **SEXTO:** Que el acusado Espinoza Flores negó el cargo formulado en su contra y adujo que los montos dinerarios registrados en sus cuentas provenían de las remuneraciones que percibió debido a los cargos que ejerció en el extranjero, situación que le permitió generar ahorros –fojas mil veintisiete, mil treinta y cuatro, mil ciento siete y acta de juicio oral de fojas dos mil setecientos cuarenta y cinco–. **SÉTIMO:** Que dicha versión se encuentra corroborada con el Informe Pericial Contable de fojas mil setecientos veintidós –cuya realización fue ordenada de oficio por el Juez Penal–, que concluyó que la sociedad conyugal Espinoza-Fazio "no presenta desbalance patrimonial, puesto que el flujo de movimiento económico refleja en forma permanente y sostenida un saldo favorable. Se estima que los ingresos más significativos del procesado lo conforma los ciento setenta mil doscientos ochenta y tres dólares americanos provenientes de sus remuneraciones; sesenta mil doscientos cincuenta y ocho dólares americanos con ochenta y cuatro centavos por comisión de servicios en la República de Paraguay en el año mil novecientos ochenta y tres y mil novecientos ochenta y cuatro, ciento treinta mil quinientos doce dólares americanos con sesenta y tres centavos por el cargo de Delegado en la Junta interamericana a Estados Unidos en el año mil novecientos noventa y uno; y sesenta mil dólares americanos por la venta de un inmueble en el Distrito de Magdalena" –ratificado en juicio oral a fojas mil novecientos trece–. **OCTAVO:** Que, en consecuencia, en autos no

existe elemento de prueba que acredite con certeza que el encausado Espinoza Flores incrementó ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; que, no obstante quedó probado que el citado procesado no consignó su patrimonio en la declaración jurada de bienes y rentas por los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, es de precisar que tal omisión no deja de constituir un indicio sin otros elementos acreditativos que consoliden los cargos. **NOVENO:** Que, siendo así, es de concluir que lo actuado resulta insuficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución Política del Estado reconoce a toda persona en su artículo dos, inciso veinticuatro, acápite e), en consecuencia, la absolución del encausado Espinoza Flores responde al mérito de lo actuado en el proceso. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil novecientos cincuenta y siete, del uno de febrero de dos mil diez, que por mayoría absuelve a Carlos Guillermo Espinoza Flores de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SECCIÓN II

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

CAPÍTULO I
USURPACIÓN DE FUNCIONES

El delito de usurpación de funciones está tipificado en el artículo 361 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 1 del Decreto Ley N° 25444 de fecha 23/04/1992:

> ***Artículo 361.-*** *El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.*
>
> *Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

091 Usurpación de funciones: No se configura cuando el contrato se realiza en mérito a las facultades delegadas

Al aceptar el contrato de adquisición mediante el pago diferido del mismo, las autoridades de la Universidad Nacional, implícitamente aceptan las facultades dadas al encausado, ya que éstas no cuestionaron dicho contrato, ni denunciaron la usurpación de funciones, lo cual descarta la existencia del ánimo de ejercer funciones correspondientes al cargo diferente del que se tiene.

Recurso de Nulidad Nº 2355-2011-ÁNCASH

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 9 de agosto de 2012

VISTOS; interviniendo como ponente el señor juez Supremo Morales Parraguez; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil cinco, del diecisiete de enero de dos mil once en el extremo que absolvió a Antonio Mariano Domínguez Flores de la acusación fiscal por el delito de contra la Administración Pública en la modalidad de encausado suscribió el contrato de compraventa en mérito a las facultades delegadas por el Rectorado de función pública en agravio del Estado - Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo"; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Fundamentos del recurso e identificación del problema jurídico.- El Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil catorce, sostiene lo siguiente:

A. En autos se encuentra acreditado que el encausado Antonio Mariano Domínguez Flores sin contar con la delegación correspondiente del Rector de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", realizó un contrato de compraventa con la Empresa Electro Médica Sociedad Anónima,

para la adquisición de un equipo espectrofotómetro, por el cual pagó la suma de sesenta y cinco mil ochocientos dólares americanos.

B. El citado encausado usurpó una función pública por no estar Facultado a suscribir el contrato de compra venta aludido, habiendo invadido la esfera de competencia del Rector de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, pese a que tenía conocimiento sobre los trámites que se debían realizar para la adquisición de bienes, por tener cargo público en dicha universidad.

SEGUNDO: Imputaciones contenidas en la acusación. Delimitación de cargos y calificación jurídica.- Según la acusación fiscal de fojas setecientos treinta, el hecho objeto de imputación es el siguiente:

1. El día veintinueve de diciembre de dos mil, el encausado Antonio Mariano Domínguez Flores, en su calidad de Jefe de Centro de Producciones, suscribió con Alberto Tamashiro Miyasato –representante de la Empresa Electromédica Peruana Sociedad Anónima– un contrato por la adquisición de un equipo espectrofotómetro de absorción atómica valorizado en la suma de sesenta y cinco mil ochocientos dólares americanos, pese a no contar con la visación de la Oficina de Asesoría Legal correspondiente, ni le había sido delegada esa función por el Rector Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" la facultad para celebrar este tipo de contrato, lo cual evidencia que usurpó una función pública con la finalidad de beneficiarse con la adquisición del equipo aludido.

2. Este hecho fue calificado como delito de usurpación de función pública previsto en el primer párrafo del artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal.

TERCERO: Este Supremo Tribunal evaluará los medios probatorios, no solo de forma individual, sino igual y necesariamente en conjunto, bajo la óptica de prevalencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de acuerdo con los criterios de apreciación relativos a la naturaleza y circunstancias del delito imputado, ya sea que llegue a la convicción o no del hecho objeto de prueba; empero, lo que no es jurídicamente admisible es dejar de lado la imprescindible confrontación que se impone de todas las pruebas en su conjunto, puesto que cada de una de ellas puede contener una verdad, o mejor dicho dar origen a un criterio de verdad, que como tal deber ser confrontado

con los demás, para que en su universo e integrados todos, se deslinden los que pueden calificarse de lógicos y sustentados en datos concretos y objetivos, de aquellos que no lo son.

CUARTO: Es significativo entonces, precisar que el núcleo de la imputación parte y se sustenta en el "Examen Especial de Verificación de Denuncias" realizado por la Oficina General de Auditoría de la Asamblea Nacional de Rectores de fojas cien, ratificado en el juicio oral a fojas novecientos cincuenta y nueve, en el cual se concluyó que el encausado Antonio Mariano Domínguez Flores incumplió con las obligaciones señaladas en el Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, por haber suscrito el contrato para adquisición del Equipo Espectrofotómetro de Absorción Atómica con la Empresa Electromédica Peruana Sociedad Anónima, el mismo que resulta ilegal porque el citado encausado no debió firmar, toda vez que, no era representante de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo"; sin embargo, esta prueba –de carácter preconstitutiva– no tiene otro significado que el inicio de una línea de investigación preliminar, como punto de partida de la investigación judicial o instrucción, en la que se reunirán los actos de investigación a fin de determinar si el Fiscal formula o no acusación.

QUINTO: En el presente caso, no se encuentra acreditada la comisión del ilícito penal instruido ni la responsabilidad penal del encausado Antonio Mariano Domínguez Ramos, puesto que, como se dejó establecido en la sentencia recurrida el contrato de adquisición del Equipo Espectrofotómetro de Absorción Atómica se suscribió el veintinueve de diciembre de dos mil, siendo cancelado en su totalidad muchos meses después con dinero de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", en cuatro partes, sin que las autoridades de dicha universidad cuestionaran dicha compra, ni denunciaran usurpación de funciones, pese a que se realizaron pagos diferidos en el tiempo, lo cual descarta la existencia del ánimo de ejercer funciones correspondientes al cargo diferente del que se tiene; además, el apoderado de la entidad agraviada en su declaración prestada en el juicio oral a fojas novecientos cinco, quien señaló que el consejo de Facultad puede delegar facultades para realizar este tipo de adquisiciones; en consecuencia, subsiste la posibilidad de que el citado encausado suscribió el contrato de compraventa en mérito a las facultades delegadas por el Rectorado, conforme lo ha sostenido en todo momento.

SEXTO: Siendo esto así, el examen especial realizado por la Oficina General de Auditoría de la Asamblea Nacional de Rectores, por sí solo, no permite desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, pero no se trata de un problema de credibilidad, sino de insuficiencia probatoria, pues para que pueda fundarse una condena en dicho examen de auditoría, es preciso que se adicione al mismo algún dato que lo corrobore mínimamente, es decir, se requiere que esté avalado por algún hecho o la concurrencia de datos periférico de carácter externo que lo corroboren mínimamente y, esa corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en el hecho punible que el juzgador ha considerado probado.

SÉTIMO: En el caso de autos, no existe material probatorio suficiente e inequívoco que autorice a tener objetivamente acreditada la responsabilidad penal del encausado Antonio Mariano Domínguez Flores; por lo que, su absolución se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cinco, del diecisiete de enero de dos mil once, en el extremo que absolvió a Antonio Mariano Domínguez Flores de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de usurpación de función pública en agravio del Estado - Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Manolo"; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.- Interviene el señor Morales Parraguez por licencia del señor Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

092 Usurpación de funciones: Absolución del acusado por falta de dolo

El encausado suscribió las conformidades como administrador, mas no consignó el cargo de Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, con el propósito de sorprender al Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, para que proceda con el pago, no advirtiéndose dolo en su conducta –el delito de usurpación de funciones exige el dolo–.

Recurso de Nulidad Nº 3149-2011-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 18 de julio de 2012

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público Especializado en delito de Corrupción de Funcionarios contra la sentencia absolutoria de fojas dieciséis mil seiscientos cuatro, del veintiuno de junio de dos mil once; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, y; **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, el señor Procurador Público en su recurso fundamentado a fojas dieciséis mil seiscientos noventa y siete, alega que: a) el memorándum número cero cuarenta y seis guión dos mil dos guión PROMUDEH diagonal SETAL, no facultó al encausado Ruiz Novoa, otorgar conformidad del servicio de consultoría del proyecto a César Augusto Álvarez Falcón; tan es así, que este último en la sesión de audiencia de juicio oral, indicó que no otorgó ninguna facultad al referido encausado para firmar conformidad de servicio o pago; y b) el oficio del veintiocho de febrero de dos mil dos, suscrito por el Antropólogo Eduardo Achútegui Giraldo, en su condición de coordinador del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos, dirigido a la Gerencia del Banco Mundial, para la no objeción de la contratación directa de Álvarez Falcón por servicios de consultoría, acredita que la coordinación del proyecto no estaba a cargo del encausado Ruiz Novoa. **SEGUNDO.-** Que, en la acusación fiscal de fojas dieciséis mil doscientos setenta y dos, se imputó al encausado Humberto Isaac Ruiz Novoa haber suscrito los documentos que dieron las conformidades de órdenes de pago con los oficios

número cero cero ocho guión dos mil dos guión PROMUDEH guión ZI, del veintidós de abril de dos mil dos; el oficio número cero noventa y seis guión dos mil dos guión PROMUDEH, del veinticuatro de mayo de dos mil dos; y el oficio número cero setenta y nueve guión :dos mil dos, del veintisiete de junio de dos mil dos, a favor del señor; César Augusto Álvarez Falcón –se desempeñaba como consultor del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos–; no correspondiéndole dicha función, pues eran propias del Secretario Técnico de Asuntos Indígenas. **TERCERO.-** Que, en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado solo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta, la presunción de inocencia se encuentra incólume. **CUARTO.-** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes en el presente acervo, compulsando los agravios expresados por el señor Procurador Público en su recurso de nulidad, se colige que la absolución emitida por el Tribunal Superior a favor del encausado Ruiz Novoa está conforme a derecho al haber valorado adecuadamente los medios probatorios que glosan en autos. **QUINTO.-** Que, el encausado Ruiz Novoa al efectuar sus descargos en sede judicial –ver audiencia de juicio oral de fojas dieciséis mil cuatrocientos treinta y cinco– indicó férreamente ser inocente de los cargos atribuidos por el representante del Ministerio Público, precisando que en febrero de dos mil dos, fue contratado en el cargo de Administrador del Proyecto, y al no haberse seleccionado un coordinador del mismo, fue el Secretario Técnico Álvarez Falcón que mediante memorándum le otorgó facultades de coordinación del Proyecto, por ello, suscribió las conformidades de los meses de abril, mayo y junio de dos mil dos, para que se proceda al pago de los consultores. **SEXTO:** Que, de la revisión de autos se advierte que por memorándum número cero cuarenta y seis guión dos mil dos guión PROMUDEH diagonal SETAI, del veintisiete de febrero de dos mil dos, emitido por César Álvarez Falcón en su condición de Secretario Técnico de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos –ver fojas ochocientos ochenta y cinco–, se designó al encausado Ruiz Novoa la responsabilidad de coordinación del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos, y la relación directa con el Banco Mundial, hasta la designación de una persona que asuma la conducción y responsabilidad del mismo, en mérito a ello, es que suscribió los oficios número cero cero ocho guión dos mil dos guión PROMUDEH guión ZI, del veintidós de abril de dos mil dos (conformidad a favor de los consultores

César Álvarez Falcón y Ángel Alvarado Ancaya), de fojas seiscientos cincuenta y seis el oficio número cero noventa y seis guión dos mil dos guión PROMUDEH, del veinticuatro de mayo de dos mil dos, de fojas seiscientos cincuenta y nueve (conformidad a favor del consultor César Álvarez Falcón); y el oficio número cero setenta y nueve guión dos mil dos, del veintisiete de junio de dos mil dos (conformidad a favor de los consultores César Álvarez Falcón y Jorge Carrasco Calderón), de fojas seiscientos sesenta y dos; que, el referido documento no fue materia de cuestionamiento por la parte civil, esto es, no fue tachado; aunado a ello, se tiene que el señor César Álvarez Falcón en el acto Oral –ver sesión de audiencia de juicio oral a fojas dieciséis mil cuatrocientos sesenta y ocho y dieciséis mil cuatrocientos noventa y nueve– señaló haber dejado la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas al haber asumido el cargo de consultor en desarrollo institucional y planificación estratégica del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos; por tanto, es en mérito de lo expuesto que el encausado Ruiz Novoa suscribió las conformidades, tan es así, que el referido encausado suscribió tales documentos como administrador, conforme aparece a fojas seiscientos cincuenta y seis, seiscientos cincuenta y nueve y seiscientos sesenta y dos, mas no consignó el cargo de Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, con el propósito de sorprender al Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, para que proceda con el pago, no advirtiéndose dolo en su conducta –el delito de usurpación de funciones exige el dolo–; además, el referido Ministerio no cuestionó las conformidades aludidas, esto es, que hayan sido suscritas por el Administrador, y no por el Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, por el contrario las admitió y procedió con el pago; además, se tiene que el literal r) del manual de Operaciones para el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos indígenas y Afroperuanos, referidas a las funciones del administrador, que ostentaba el encausado Ruiz Novoa, es: "las demás dispuestas en el convenio y los Reglamentos o que sean delegadas o inherentes su cargo" (como bien hace notar la Sala Superior); que, el hecho que Eduardo Achútegui Giralda dirigiera a la Gerencia del Banco Mundial, un oficio para la no objeción de la contratación directa de Álvarez Falcón por servicios de consultoría, y que dicha acción acreditaría que era el coordinador del Proyecto –conforme la posición del señor Procurador Público, no resulta suficiente para desvirtuar el descargo del encausado Ruiz Novoa, tanto más, si como ya se indicó obra el memorándum número cero cuarenta y seis guión dos mil dos guión PROMUDEH diagonal SETAI, del veintisiete de febrero de dos mil dos. **SÉTIMO.-** Que, el representante del Ministerio Público, 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 folios quince mil ciento ochenta y ocho, en relación a la responsabilidad penal del encausado Ruiz Novoa, tan es así, que no impugnó la sentencia absolutoria venida en grado; 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 de fojas dieciséis mil seiscientos cuatro, del veintiuno de junio de dos mil once, que absolvió a Humberto Isaac Ruiz Novoa de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en la modalidad de usurpación de funciones, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

SECCIÓN III

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I
ENCUBRIMIENTO REAL

El delito de encubrimiento real está tipificado en el artículo 405 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 982 de fecha 22/07/2007:

> ***Artículo 405.-*** *El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*
>
> *Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley Nº 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.*

093 Encubrimiento real agravado: Ocultamiento de prueba

Si el agente policial afirma que entregó la prueba del delito de tráfico ilícito de drogas en el juzgamiento de los procesados, para posteriormente en un proceso en su contra, variar dichos argumentos al alegar que no entregó dicha prueba por negligente; se demuestra que siempre mantuvo en su poder la prueba del delito, ya que la entregó luego de consentirse la sentencia que condenó a los procesados por un delito menor (micro comercialización de drogas), dificultando así el actuar de la justicia, por lo que se confirma que solo busca beneficiarse de una pena más benigna, lo cual no es amparable.

Recurso de Nulidad Nº 4052-2011-LAMBAYEQUE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 5 de julio de 2012

VISTOS:

El recurso de nulidad interpuesto por el procesado Juan Helder Valderrama Pozo, contra la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos noventa y ocho, que lo condenó como autor del delito contra la Administración de Justicia, en su modalidad de encubrimiento real en agravio del Estado peruano y le impuso siete años de pena privativa de libertad; 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 procesado recurrente en su escrito de fundamentación de agravios de fojas quinientos once, alega que el Tribunal Superior no ha motivado ni justificado debidamente que en el caso submateria se haya actuado en forma dolosa y que más bien lo que existió solo fue negligencia, lo que configuraría con su accionar dentro de los alcances del tipo penal de omisión o rehusamiento al cumplimiento de actos funcionales, estableciéndose que dicho recurrente habría negligentemente retardado una labor propia de su función,

esto es, la droga que fue incautada en la ciudad de Chiclayo dentro del inmueble de personas habituadas a la micro comercialización de tales sustancias.

SEGUNDO: Que, de la acusación fiscal de fojas trescientos treinta y uno, se atribuye al procesado Juan Helder Valderrama Pozo la comisión del delito de encubrimiento real, toda vez, que en su condición de Sub Oficial de Tercera de la Policía Nacional del Perú, generó la desaparición de un alijo de pasta básica de cocaína, contenido y distribuido en un total de trescientos veinte envoltorios de papel, los mismos que contaban con un peso neto de ciento siete punto cuatrocientos dieciocho gramos, sustancia psicotrópica que había sido objeto de comiso en el marco de un operativo policial realizado el siete de mayo de dos mil siete, en el inmueble ubicado en la calle Fizcarral número quinientos - Pueblo Joven "Diego Ferré" de la ciudad de Chiclayo, hallazgo que motivó la detención, procesamiento y ulterior sentencia solo a uno de los comercializadores de dicha sustancia, dificultando el procesamiento de un segundo encausado en un proceso precedente.

TERCERO: Que, el comportamiento ilícito contenido en el artículo cuatrocientos cinco del Código Penal, requiere que el procesado haya actuado con dolo, procurando el ocultamiento de la prueba del delito o el ocultamiento de los efectos del mismo, es decir, que tal conducta por sus características propias debe ser intencionada y sin que medie excusa de ningún tipo que justifique o pretenda justificar dicho ocultamiento.

CUARTO: Que, del examen de autos se tiene que el procesado fue comisionado por el Teniente de la Policía Nacional del Perú, Roberto Manuel Rubión Bermúdez, con la finalidad de que realice el traslado hasta la ciudad de Lima de un total de treinta y ocho oficios, documentos a los cuales se anexaban un número similar de muestras de drogas, para su internamiento y análisis en el Laboratorio Central de la Policía Nacional del Perú con sede en la ciudad de Lima, esto, debido a que el imputado se desempeñaba como efectivo policial destacado a la Unidad Especializada de Divandro de la ciudad de Chiclayo, y no obstante que debió concretar durante el mes de noviembre de dos mil siete tal entrega conforme se menciona en el oficio número mil seiscientos treinta y siete - II - DIRTEPOL-RPL/DIVANDRO-CH, que aparece en copia certificada a foja cuatrocientos dos y por el mérito del cargo número cero cero uno - DIVANDRO-CH/DITID-G cero dos, de fojas cuatrocientos tres, se ha demostrado durante el proceso que no se recepcionó la totalidad de los

documentos enviados por intermedio del procesado, situación que ha sido corroborada con la declaración testimonial de Ana Cecilia Agüero Piana de fojas doscientos setenta y tres, quien ha señalado que durante el año dos mil siete se desempeñaba como Secretaria de la DIVANDRO - Chiclayo, solo recibió de parte del encausado a su regreso de la ciudad de Lima treinta y un cargos de oficios, desconociendo la razón por que dicho encausado no haya entregado la totalidad, versión que a su vez es corroborada con la testimonial de Hoover Samuel Bobadilla Chumacero de fojas doscientos setenta y nueve, quien era jefe de la referida Unidad Policial.

QUINTO: Que, a estas alturas del proceso, esto es, sólo cuando la etapa del trámite es del recurso impugnatorio de nulidad, el recurrente variando sus preliminares argumentos referidos a que sí entregó la totalidad de los oficios, entre ellos, el correspondiente a trescientos veinte envoltorios de papel periódico, distribuidos en cuatro bolsas plásticas, conteniendo sustancia pulvurenta color pardo, comprometiéndose a entregar los cargos correspondientes de recepción conforme consta de su manifestación policial de fojas ciento ochenta y cuatro, en presencia del representante del Ministerio Público, ahora pretende alegar que realmente no los entregó por una negligencia de su parte, pero que tal omisión en modo alguno constituye encubrimiento real sino omisión, rehusamiento y retardo de actos funcionales comprendidos en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, obviamente, tal alegación de manera extemporánea y durante esta etapa del proceso está dirigida a poder beneficiarse con una pena más benigna, lo cual no es amparable, toda vez, que no existe negligencia, ni retardo de actos funcionales cuando este compareció al juicio oral seguido contra los hermanos Eduardo Víctor Zamora Delgado y Miguel Ángel Zamora Delgado por el delito de tráfico ilícito de drogas comprendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, según acusación que en copia certificada de fojas ochenta y tres, de cuya acta de audiencia pública de fojas ciento cuarenta y dos se puede advertir claramente, que al declarar testimonialmente el ahora imputado, este señaló "(...) efectivamente remitió la droga, para lo cual en esa fecha llevó treinta y ocho oficios conteniendo droga al Laboratorio de Criminalística de Lima, que se internó treinta y un oficios y devolvieron siete, entre ellos el oficio número mil seiscientos treinta y siete, porque le faltaba información, solo habían puesto Ricardo Reaño Fuentes y era William Ricardo Reaño Fuentes por eso lo devolvieron, por lo que el declarante entregó al Sub Oficial de Segunda, Fernández Pasapera, José, (...)", sin

embargo, cuando el Sub Oficial José Fernández Pasapera fue citado al mismo juicio oral y declaró en audiencia pública cuya acta corre a fojas ciento cuarenta y seis, dijo "(...) que no era verdad"; aún más, se llevó a cabo una diligencia de confrontación, donde el ahora recurrente es desmentido y además, aceptó que de haberse dado tal situación de rechazo de oficios debió entregarlo al Jefe de Grupo, Teniente P.N.P., Ruvión Bermúdez. Lo cierto es, que otro de los argumentos iniciales del procesado también fue categóricamente desmentido, lo que demuestra que no existió negligencia como ahora alega.

SEXTO: Que, el actuar doloso del imputado se puede colegir también por los siguientes hechos relevantes:

i) los hermanos Zamora Delgado fueron procesados por delito de tráfico ilícito de drogas comprendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, sin embargo, en virtud del accionar del procesado para no entregar los resultados del análisis químico que estaba en su poder, el Tribunal Superior se vio en la imperiosa necesidad de desvincularse en la sentencia que puso fin al proceso, condenando a los referidos procesados solo por el delito de micro comercialización de drogas al no poder valorar la cantidad de sustancias contenidas en los trescientos veinte envoltorios desaparecidos, obteniendo así una pena leve conforme se puede advertir del considerando cinco de la sentencia expedida en dicho proceso penal obrante a fojas ciento cincuenta y nueve;

ii) que no fue hasta que se declaró consentida la mencionada sentencia, en el mes de octubre de dos mil ocho, que el procesado sorpresivamente en enero de dos mil nueve conforme consta del escrito de fojas ciento noventa y tres, presentó los cargos correspondientes a la copia certificada del dictamen pericial químico y del tantas veces mencionado oficio número mil seiscientos treinta y siete- II-DIVANDRO, objeto de encubrimiento real, lo que demuestra que siempre estuvo en su poder;

iii) el recurrente no es un efectivo policial recientemente destacado a la unidad policial donde ocurrieron los hechos, contrariamente se trata de un miembro de la Policía Nacional del Perú con veintidós años de servicio en la División Antidrogas, por ende, con amplia experiencia y conocedor de los trámites y de las consecuencias de sus actos en una Unidad Especializada de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas de la Policía Nacional del Perú y más aún, cuando precisamente, la prueba que se ocultó fue precisamente

durante el trámite de un proceso penal por tráfico ilícito de drogas;

iv) que finalmente debe adicionarse en la determinación judicial de la pena, que el recurrente tiene antecedentes penales por incumplimiento de obligaciones funcionales conforme consta del certificado de antecedentes penales de fojas doscientos quince, lo que hace inferir, que tampoco era probable una negligencia como ahora alega, cuando ya había cometido este tipo de delito con anterioridad en cumplimiento de sus funciones; advirtiéndose además, la gravosidad del acto cometido, cuando se colige que aprovechó su condición de miembro de la unidad especial antidrogas para encubrir pruebas de la comisión de un delito.

Por todas estas razones, la condena y pena fijada por el Tribunal Superior resulta conforme a ley y no debe ser modificada.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos noventa y ocho, que condenó a Juan Helder Valderrama Pozo como autor del delito contra la Administración de Justicia, en su modalidad de encubrimiento real en agravio del Estado peruano y le impuso siete años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

CAPÍTULO II
PREVARICATO

El delito de prevaricato está tipificado en el artículo 418 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley Nº 28492 de fecha 12/04/2005:

> ***Artículo 418.-*** *El juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

094 Prevaricato: Configuración por aplicar criterio de cierto sector de la doctrina

Del texto de la ley inadvertida, artículo cuatro del Código Procesal Constitucional, se advierte que esta no admite interpretaciones distintas a las que expresamente se señalan en el contenido de esta, esto es, que, para que la resolución materia de conocimiento del Juez Penal propio de una demanda de hábeas corpus, es necesario para su procedencia que esta se encuentre firme, o que sea objeto de pronunciamiento en una segunda instancia ordinaria, lo que para el presente caso no se presentó. Si bien existe por parte de un sector de la doctrina pronunciamientos que amparen como fundamento para la procedencia de la demanda de hábeas corpus, la mera infracción de la infracción de la garantía constitucional, vulneración en forma manifiesta de la libertad individual y tutela procesal efectiva; sin embargo, este fundamento no resulta ser válido, tratándose del cumplimiento expreso y cabal de la ley, que establece de manera clara y precisa cuándo procede o no una demanda de hábeas corpus, máxime si lo establecido por un sector de la doctrina no puede ser considerado como criterio vinculante a seguir, de modo que permita desconocer sin más la vinculación de la norma.

Apelación Nº 12-2011-TUMBES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
SENTENCIA SUPREMA DE APELACIÓN

Lima, 29 de agosto de 2012

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado Leoncio Harold Hilario Ramírez; contra la sentencia de fojas ciento sesenta y cuatro, del catorce de setiembre de dos mil once, que lo condenó como autor del delito contra la Administración de Justicia - en su figura contra la Función Jurisdiccional, en su modalidad de prevaricato en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año e inhabilitación por un año, incapacidad para obtener

mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, y fijó por concepto de reparación civil la suma de mil quinientos nuevos soles, a favor del Estado.

Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA:

PRIMERO: Que, la defensa legal del encausado Leoncio Harold Hilario Ramírez, en su recurso fundamentado de fojas ciento ochenta y cinco sostiene:

i) Que, no se ha cumplido el primer filtro del tipo penal, pues se confunde la sanción administrativa, por cuanto el encausado ya fue sancionado, con el reproche penal, afectándose seriamente el principio de última ratio del Derecho Penal;

ii) Que, la ley que se atribuye al encausado haber inobservado, artículo cuatro del Código Procesal Constitucional, no tiene un texto expreso y claro, sino que por el contrario, admite varias interpretaciones, por lo que optar por una de esas interpretaciones, no es un delito de prevaricato, sino que es un caso de atipicidad, conforme la han expresado tanto la doctrina y la jurisprudencia.

iii) Que, la resolución cuestionada, fue expedida cuatro días después de notificada la resolución del Superior Jerárquico (Sala Penal de Tumbes), y el hábeas corpus que tenía un criterio distinto, fue expedido con anterioridad en más de un mes en que se expidió la resolución cuestionada, siguiendo el razonamiento del Superior Jerárquico, de donde resulta falsa la imputación de tener criterios contradictorios e injustificados.

II. ANTECEDENTES:

A) Proceso de hábeas corpus

SEGUNDO: Que, a fojas ochenta y siete, obra la resolución número dos de fecha treinta de mayo de dos mil ocho, mediante el cual el Juez del Primer Juzgado Especializado Penal, declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por César Augusto Aliaga Chávez a favor de su hijo Augusto Arturo Aliaga Atiaja; en consecuencia, dejó sin efecto el mandato de detención

dictado contra el referido tutelado, y ordenó la inmediata excarcelación, de Augusto Arturo Aliaga Atiaja, bajo responsabilidad.

A fojas noventa y siete obra la resolución emitida por el Tribunal Constitucional del nueve de enero de dos mil nueve, recaída en el expediente número cuatro mil doscientos trece-dos mil ocho-PHC/TC, mediante la cual el Supremo Intérprete de la Constitución declara infundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por Augusto Arturo Aliaga Atiaja, respecto al auto de apertura de instrucción e improcedente la demanda en el extremo que cuestiona el mandato de detención; precisando en su parte considerativa, que el "(...) Código Procesal Constitucional, establece en su artículo cuarto que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y tutela procesal efectiva (...)"; "no procede la misma, 1) cuando la resolución cuestionada no ha sido impugnada en el proceso ordinario o 2) si está siendo recurrida no resultara firme, al no existir un pronunciamiento definitivo o de segundo grado".

B) Acusación:

Que, se imputa a Leoncio Harold Hilario Ramírez haber emitido resolución judicial contra el texto claro y expreso de la ley en su condición de Juez Penal Suplente del Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Tumbes, con motivo de conocer el proceso de Hábeas Corpus interpuesto por don César Augusto Aliaga Chávez a favor de Augusto Arturo Aliaga Atiaja - Juez de Paz Letrado de Zarumilla; habiendo expedido para ello la signada bajo el número uno del veintinueve de mayo del año dos mil ocho y la signada bajo el número dos del treinta de mayo del mismo año, en la primera se admite a trámite la demanda respecto al mandato de detención que se le había dictado por delito de Corrupción de Funcionarios en la Instrucción número doscientos trece - dos mil ocho; dejando sin efecto el mandato antes indicado, no obstante que este había quedado firme; vulnerándose de esta forma lo previsto por el artículo cuarto –segundo párrafo del Código Procesal Constitucional–. Más aún, si como antecedente, el propio encausado declaró improcedente un hábeas corpus interpuesto por Cuenca Sulca, signado bajo el número trescientos cuarenta y tres - dos mil ocho, precisamente señalando que la resolución cuestionada no cumplía el requisito de firmeza que establece taxativamente el artículo cuarto del Código Procesal Constitucional.

III. DEL TRÁMITE:

TERCERO: Que, previo al análisis de fondo resulta necesario verificar si el presente proceso fue tramitado conforme a su naturaleza procesal, pues se advierte que la sentencia de primera instancia ha sido emitida por una Sala Superior, lo que significa que el trámite seguido en la presente causa es el regulado en el Título III de la Sección Primera del Libro Quinto del Código Procesal Penal: "El proceso por delito atribuido a otros funcionarios públicos".

CUARTO: Que, la Sala Superior por auto de fojas ciento noventa y dos, su fecha once de octubre de dos mil once, admitió el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Hilario Ramírez Leoncio Harold contra la sentencia de fecha catorce de setiembre de dos mil once.

Asimismo, recibido el cuaderno de apelación, la Sala Suprema por auto de fecha diecisiete de enero de dos mil doce, declaró bien concedido el recurso de apelación promovido por el sentenciado Leoncio Harold Hilario Ramírez; disponiendo que se notifique a las partes a efecto de que ofrezcan medios probatorios.

QUINTO: Que, cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, y al estar debidamente notificados, estos no ofrecieron pruebas de conformidad con el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, conforme se observa del Cuadernillo formado por esta Sala Penal.

SEXTO: Que, al no haber cumplido con ofrecer medios probatorios las partes, se dispuso señalar fecha para la Audiencia de Apelación, la que se realizó en el día de la fecha - fojas cuarenta y dos del cuaderno formado en esta Suprema Instancia.

SÉTIMO: Que, deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de apelación cuya lectura se realizará en audiencia pública –con las partes que asisten– se realizará por la Secretaría de la Sala el día doce de setiembre de dos mil doce.

IV. ANÁLISIS:

OCTAVO: Que, del análisis de autos, se advierte que el cuestionamiento de la sentencia impugnada por la defensa legal del encausado Hilario Ramírez

Leoncio Harold, se refiere en estricto a la inobservancia por parte del Juez Penal del artículo cuatro del Código Procesal Constitucional, "el hábeas corpus (...) no procede: 1) cuando la resolución cuestionada no ha sido impugnada en el proceso ordinario o, 2) si está siendo recurrida no resultara firme, al no existir un pronunciamiento definitivo o de segundo grado"; en la expedición de la resolución que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por César Augusto Aliaga Chávez a favor de su hilo Augusto Arturo Aliaga Atiaja; dejando sin efecto el mandato de detención dictado contra el referido tutelado, y ordenó la inmediata excarcelación, de Augusto Arturo Aliaga Atiaja.

NOVENO: Que, al respecto debe precisarse:

i) que de por medio obran en el expediente antecedentes de materias similares de hábeas corpus; donde el encausado en su calidad de Juez declaró la improcedencia de tales casos, precisamente señalando que no se habría cumplido con un requisito de procedibilidad, en tanto, es de cuestionamiento, una resolución que no tiene la calidad de firme, pues presenta una impugnación en instancia ordinaria, conforme se advierte del presente caso;

ii) que del texto de la ley inadvertida, artículo cuatro del Código Procesal Constitucional, se advierte que esta no admite interpretaciones distintas a las que expresamente se señalan en el contenido de esta, esto es, que, para que la resolución materia de conocimiento del Juez Penal propio de una demanda de hábeas corpus, es necesario para su procedencia que esta se encuentre firme, o que sea objeto de pronunciamiento en una segunda instancia ordinaria, lo que para el presente caso no se presentó.

iii) que, si bien existe por parte de un sector de la doctrina pronunciamientos que amparen como fundamento para la procedencia de la demanda de hábeas corpus, la mera infracción de la infracción de la garantía constitucional, vulneración en forma manifiesta la libertad individual y tutela procesal efectiva; sin embargo, este fundamento no resulta ser válido, tratándose del cumplimiento expreso y cabal de la ley, que establece de manera clara y precisa cuándo procede o no una demanda de habeas corpus, máxime si lo establecido por un sector de la doctrina no puede ser considerado como criterio vinculante a seguir, de modo que permita desconocer sin más la vinculación de la norma; salvo esta haya sido derogada, declarada ilegal o inconstitucional por el Tribunal constitucional o se realice la

desvinculación del mismo bajo los criterios del control difuso que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, elementos que tampoco se advierten en la presente causa sub júdice.

iv) que, tampoco resulta válido lo sostenido por el recurrente, en cuanto afirma que su pronunciamiento se habría basado siguiendo el razonamiento del Superior Jerárquico, de la Sala Superior de Tumbes, la misma que en una resolución anterior a la expedida por este se expresaban fundamentos en este mismo sentido, que por tanto, el solo cambio de criterio no configuraría el delito de prevaricato; sin embargo, al respecto debe precisarse que no se trata de un simple cambio de criterio o interpretación de la ley, sino del cumplimiento fiel del mismo, más aún, si de manera precisa se definen los casos en los que deben proceder o no una demanda de hábeas corpus, máxime si al respecto en la resolución submateria, no se hace alusión alguna a la resolución del Superior Jerárquico que señala el encausado siguió en su resolución, ni de los fundamentos por los que este motivadamente cambió de orientación y emitió uno distinto a lo establecido por la ley.

DÉCIMO: Que, de lo anteriormente anotado, se advierte que la responsabilidad del encausado se encuentra plenamente acreditado, a partir de los elementos circunstanciados que se han precisado precedentemente, en consecuencia la sentencia de grado se encuentra arreglada a ley; consideraciones por las que la condena y pena impuesta deben mantenerse.

V. DECISIÓN:

De Conformidad con los artículos trescientos noventa y tres y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y por las consideraciones expuestas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resuelve:

I. CONFIRMAR la sentencia de fojas ciento sesenta y cuatro, del catorce de setiembre de dos mil once, que lo condenó a Leoncio Harold Hilario Ramírez como autor del delito contra la Administración de Justicia - en su figura contra la Función Jurisdiccional, en su modalidad de prevaricato en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año e inhabilitación por un año, incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, y fijó por concepto de reparación civil la suma de mil quinientos nuevos soles, a favor del Estado.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia de apelación sea leída en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON se remitan los actuados al Tribunal Superior de origen para los fines pertinentes.

Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
SANTA MARÍA MORILLO

095 Prevaricato: Bien jurídico protegido y acción no solo comporta una vulneración de la legalidad

Con relación al prevaricato no se trata de proteger únicamente la mera legalidad formal –en el aspecto sustantivo y procesal–, sino aquella legalidad asentada en el estricto respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En esta línea, se entiende que "(...) la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida; es decir, coherente con la Constitución". En relación con el objeto de protección penal, la actividad prevaricadora no solo comporta una vulneración de la legalidad en la actividad de administrar justicia, sino que también constituye un menoscabo de la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial, la cual debe guiarse de acuerdo a los principios del Estado de Derecho; los verbos rectores consisten en dictar, emitir, citar y apoyarse; el sujeto activo es el juez o fiscal, por cuanto nuestra legislación taxativa es excluyente en ese sentido; el sujeto pasivo del delito es el Estado, configurando un ilícito penal que va en desmedro de la administración de justicia; cabe precisar, asimismo, que el delito de prevaricato no busca sancionar el simple error judicial.

APELACIÓN Nº 15-2011-ICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Lima, 3 de octubre de 2012

AUTOS y VISTOS; habiendo vencido el plazo para presentar pruebas en sede de apelación suprema; y estando al recurso de apelación presentado por el representante del Ministerio Público, de fojas ciento diez de fecha veintitrés de noviembre de dos mil once, contra la sentencia de fojas cien de fecha dieciséis de noviembre de dos mil once, que absolvió de la acusación fiscal a María Fabiola Ortega Saldaña por el delito contra la Administración de justicia - prevaricato en agravio del Estado. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES DE IMPUTACIÓN

PRIMERO:

i) Que, se tiene con fecha veintisiete de octubre de dos mil cinco, la abogada Juana Luna Victoria Rosas en representación de Robert Sukari Valdivia interpone demanda sobre otorgamiento de escritura pública contra Cirilo Sukari Mamani y Lourdes Valdivia de Sukari, progenitores del representado, para que se le otorgue la escritura de compraventa del inmueble ubicado en la calle Grau número trescientos ochenta y tres, de la provincia y departamento de lca.

ii) Tramitado el proceso, en audiencia única, la magistrada procesada emite sentencia contenida en la resolución diez, obrante a fojas sesenta y uno del expediente judicial, en la que declara fundada la demanda y ordena a los demandados cumplan con otorgar la escritura pública de compraventa de las acciones y derechos a favor de los demandantes. Ante el pronunciamiento el demandado y su abogado se negaron a firmar el acta de diligencia y al culminar la audiencia, en la misma fecha, el demandado interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, ampliando con el recurso presentado el diez de enero de dos mil seis; sin embargo, la Magistrada acusada María Fabiola Ortega Saldaña –en su condición de Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica–, por resolución de fecha trece de enero de dos mil seis declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, calificándolo de extemporáneo, con el fundamento de que conforme a lo dispuesto en el artículo 558 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 376 de la misma Norma procesal, la apelación de autos con efecto suspensivo (como es el caso de la sentencia) debe realizarse en la misma audiencia en la que se dictó; posteriormente, mediante resolución número catorce de fecha dieciséis de enero de dos mil seis, declara consentida la sentencia.

iii) Se precisó que en relación al trámite de la apelación de las sentencias, la norma ha prescrito en el artículo 373 del Código Procesal Civil, que la apelación contra las sentencias, se interponen dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contados desde el día siguiente de la notificación, de manera que los procesos sumarísimos, se encuentran regulados en el

artículo 556 de la Norma procesal, que establece que la sentencia, al igual que las resoluciones que declara improcedente la demanda o fundada una excepción o defensa previa, son apelables con efecto suspensivo dentro del tercer día de notificadas, precisando también que las demás resoluciones son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 de la misma norma procesal que respeta al trámite.

iv) Que a pesar de la claridad del texto normativo, que establece el plazo para impugnar la sentencia en un proceso sumarísimo, la procesada apartándose del sentido expreso e inequívoco de la norma, consideró que la apelación de la referida sentencia, debió presentarse en la misma audiencia en la que fue dictada, no obstante que para estos supuestos existe una regulación clara de una norma específica, como lo es el artículo 556 del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS DE APELACIÓN

SEGUNDO: Que en el presente caso, el representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de apelación de fojas ciento diez, del cuaderno de debate, sosteniendo que:

i) Sentencia recurrida viola el principio de legalidad, por la cual toda persona debe ser sancionada ante la comisión de un hecho que está previsto en la ley como delito; por lo que el recurrente tiene interés legítimo y directo para que se sancione a la procesada María Fabiola Ortega Saldaña por el delito que cometió.

ii) En el desarrollo del juicio oral la tesis incriminadora fáctica, ha quedado plenamente acreditada y tal situación ha sido reconocida por la propia Sala Penal Especial de Ica, en sus fundamentos tres punto uno y tres punto dos (respecto al análisis de los hechos).

iii) Que se demostró que la encausada, abusó de su posición de Magistrada y emitió una resolución judicial visiblemente apartada de la ley y, lo dispuesto no resulta sostenible por ningún método interpretativo jurídicamente admitido, ello por cuanto aplicó dispositivos legales diferentes, que no eran sostenibles en este caso (ello referido a los artículos 376 y 558 del Código Procesal Civil; debiendo por tanto haber aplicado los artículos 373 y 556 de la Norma Procesal anotada), siendo que queda fuera de toda duda que estamos frente a una resolución contraria a ley.

iv) Asimismo, refiere que la sentencia cuestionada, atenta contra los principios de la recta administración de justicia, toda vez que en ella se afirma que la resolución no está claramente definida y que otros Magistrados habrían compartido la misma línea de interpretación de la acusada; empero, en el presente caso no se ha incorporado medio de prueba que permita tal afirmación.

v) Que estando a lo expuesto, se advierte que la acusada, al emitir la resolución número doce, de fecha trece de enero de dos mil seis, obrante a fojas diez del expediente judicial, lo ha efectuado contra el texto, claro y expreso, descrito en los artículos 373 y 556 del Código Procesal Penal, por ello solicita se revoque la sentencia recurrida y reformándose se le condene a esta, como autora del delito por el cual fue acusada.

FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN ELEVADA

TERCERO: Es de señalar que la Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil once de fojas cien, estableciendo que:

i) Del estudio de las pruebas actuadas, se determinó que la conducta realizada por la procesada, no configura el delito de prevaricato, en razón que la resolución Nº 12, de fecha trece de enero de dos mil seis, del expediente 2005 - 032000 - O - 1401 JR- CI - 03, no contravino lo dispuesto expresamente en el artículo 556 del Código Procesal Civil –referida a la apelación de los procesos sumarísimos–, tanto más que dicho dispositivo señala respecto al recurso de apelación,

ii) Asimismo, indica que la interpretación realizada por la acusada al expedir la resolución cuestionada, se encuentra justificada bajo lo prescrito en el artículo 558 del Código Procesal Civil, ya que este texto remite al traslado de la apelación con efecto suspensivo dispuesto en el artículo 376 de dicho cuerpo normativo; además, si bien el artículo 556 del mismo cuerpo legal, indica los plazos para impugnar una sentencia, el artículo 558, hace mención a la apelación con efecto suspensivo (efecto que corresponde a una sentencia). Por lo que, no es posible inferir que de modo explícito esta resolución se haya dictado contraria a ley, por cuanto también la fórmula argumentativa realizada por la acusada es válida.

iii) Refiere que se debe tener en cuenta que el demandado Cirilo Zenón Sukari Mamani, demandó la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, de la sentencia recaída en el expediente Nº 2005-3200 –sobre otorgamiento de escritura pública–, la cual fue declarada infundada en primera instancia, considerando que Cirilo Zenón Sukari Mamani es responsable de su propia conducta omisiva, que el juzgado no pudo convalidar, ello en virtud a que se declaró improcedente su recurso de apelación. En el mismo sentido, la Primera Sala Civil, respecto a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, conforme se advierte a fojas cuarenta del expediente principal revocó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, reformándola la declaró improcedente, a razón de que si bien el recurso de apelación fue interpuesto en la misma fecha de la audiencia, sin embargo, lo hizo fuera de ella, hecho que dio lugar para que se declare improcedente su recurso de apelación contra la sentencia recaída en el Expediente Nº 2006-271 –sobre otorgamiento de escritura pública–.

iv) Concluyendo que la resolución de la Odicma de fecha dos de mayo de dos mil seis, de fojas setenta y uno del expediente judicial, indicó que de la revisión de la legislación procesal civil, se aprecia específicamente, en su artículo 558, que el trámite de la apelación con efecto suspensivo (en el caso de apelación de sentencia) se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376, que fueron fundamentos de la decisión de la Magistrada quejada para declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por Cirilo Zenón Sukari Mamani. Siendo así, al no evidenciarse que la conducta de la acusada configure los elementos típicos del delito que se le imputa, devino en su absolución.

DELITO QUE SE LE IMPUTA A LA ENCAUSADA MARÍA FABIOLA ORTEGA SALDAÑA

CUARTO: El delito de prevaricato está catalogado dentro del Título correspondiente a los delitos Contra la Administración de Justicia, específicamente en el tipo penal del artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, señalándose en relación a este ilícito penal que no se trata de proteger únicamente la mera legalidad formal –en el aspecto sustantivo y procesal–, sino aquella legalidad asentada en el estricto respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En esta línea, se entiende que "(...) la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a

la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida; es decir, coherente con la Constitución"[1]. En relación al objeto de protección penal, la actividad prevaricadora no solo comporta una vulneración de la legalidad en la actividad de administrar justicia, sino que también constituye un menoscabo de la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial, la cual debe guiarse de acuerdo a los principios del estado de derecho[2]; los verbos rectores consisten en dictar, emitir, citar y apoyarse; el sujeto activo es el juez o fiscal, por cuanto nuestra legislación taxativa es excluyente en ese sentido; el sujeto pasivo del delito es el Estado, configurando un ilícito penal que va en desmedro de la administración de justicia; cabe precisar, asimismo, que el delito de prevaricato no busca sancionar el simple error judicial.

La necesidad de que la resolución dictada sea manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley –que no debe entenderse, como se ha dicho, como la mera ley en sentido formal– no solo constituye una exigencia connatural al principio de intervención mínima del Derecho Penal, concordante con el principio de legalidad penal, sino que se desprende también del reconocimiento del principio de independencia jurisdiccional, puesto que no puede asumirse que toda interpretación distinta o alternativa de una norma jurídica pueda dar lugar a la comisión de delito de prevaricato, lo que supondría una amenaza para uno de los más importantes principios de la función jurisdiccional, esto es, el principio de independencia jurisdiccional.

FACULTAD DE ÓRGANO SUPERIOR

QUINTO: Que, de conformidad con el artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Penal, este Supremo Tribunal –como segunda instancia– conocerá el recurso de apelación, dentro de los límites de pretensión impugnatoria, y las facultades conferidas en el ordenamiento legal, en la que examinará la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos como

(1) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Jurista Editores, Lima, 2000, p. 170. En otro sentido, resaltando la posibilidad de interpretación que le asiste el juez, indica De Diego que: "La segunda cuestión es la aplicación de la letra de la ley cuando no existe razón para su apartamiento, en general, en el derecho penal la tipificación de los delitos deja poco margen para apartarse de su encuadramiento. En cambio, en el Derecho Privado, le permite al magistrado mayor flexibilidad de interpretar el espíritu de la norma y ser al respecto más creativo". DE DIEGO, Luis Alfredo. *Prevaricación de Abogados y Procuradores*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 64.

(2) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delitos contra lo Administración de Justicia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 267,

en la aplicación del derecho, ya que dicho examen tiene como propósito que la resolución elevada sea anulada o revocada, total o parcialmente de ser el caso.

PRONUNCIAMIENTO

SEXTO: Que del análisis de los actuados, se tiene que el señor Fiscal en su requerimiento fiscal de fojas uno (del cuaderno de debates) imputa a la encausada María Fabiola Ortega Saldaña –en su condición de Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica– el delito de prevaricato en agravio del Estado al haber declarado improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el expediente Nº 2005-3200 –sobre otorgamiento de escritura pública–, por el hecho que el medio impugnatorio interpuesto por Cirilo Zenón Sukari Mamani, fue declarado extemporáneo con el fundamento que conforme a lo dispuesto en el artículo 558 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 376 de la misma Norma procesal, dicha apelación debió interponerse en la misma audiencia que se dictó la sentencia. Sin embargo, este Supremo Tribunal considera que la conducta de la encausada no se encuentra inmersa dentro de los elementos típicos del delito de prevaricato, porque:

i) Se tiene de autos la declaración de la acusada, quien en el debate oral de fojas ochenta y cinco (cuaderno de debate), señaló que como magistrada no ha cometido delito alguno, ya que en el caso que resolvió, aplicó literal y textualmente lo que establecen las normas, indicando además, que utilizó doctrina del libro más didáctico "Comentarios al Código Procesal Civil, del jurista Alberto Hinostroza Mingues"; indicando que no fue su intención perjudicar ni hacer daño al denunciante Cirilo Zenón Sukari Mamani, por el contrario lo que trató de hacer fue aplicar literalmente lo que prescribe dicha norma –artículo 376 y 558 del Código Procesal Civil–, que a su criterio dicha resolución fue expedida con correcta interpretación, siendo que el artículo 558 del Código Procesal Civil –en la que indica, que el trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376, es de indicar que este último artículo establece que dicho recurso se interpone en la misma audiencia que fue expedida la resolución– le facultaba para emitir dicha resolución.

ii) Asimismo, corroborando la versión de la acusada María Fabiola Ortega Saldaña, se tiene que la persona de Cirilo Zenón Sukari Mamani (agraviado por la emisión de la resolución emitida por la acusada que decla-

ró improcedente su recurso de apelación) interpuso demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, contra la sentencia recaída en el Expediente Nº 2005-3200 –sobre otorgamiento de escritura pública–; sin embargo, su pretensión fue declarada infundada, conforme obra en la sentencia Nº 26 de fecha diecisiete de noviembre de dos mil ocho, de fojas treinta y dos (cuerpo del expediente judicial), estableciéndose que no se ha incurrido en afectación al debido proceso y menos se ha causado agravio alguno al demandante; por el contrario, el propio demandante es responsable de su propia conducta omisiva, que el juzgado no podía convalidar, en virtud a haberse declarado improcedente el recurso de apelación, que debió corresponder el recurso de queja y no de nulidad como se planteó.

iii) Aunado a ello, se tiene que al ser apelado la Sentencia N° 26, la Primera Sala Civil, emite sentencia de vista de fojas cuarenta, refiriendo en su sexto considerando lo siguiente: "siendo del caso que el recurso de apelaciones de la sentencia si bien fue interpuesto en la misma fecha de la referida audiencia única (nueve de enero de dos mil seis); sin embargo, lo hizo fuera de ella; hecho que dio lugar para que sea declarada improcedente mediante resolución N° 12 de fecha trece de enero de dos mil seis (resolución emitida por la acusada) en aplicación del inciso 2 del artículo 376 del Código Procesal Civil, por remisión expresa del artículo 558 del código acotado" (dispositivos legales aplicados para la emisión de la resolución expedida por la procesada), pues la aplicación de la sentencia implica efectos suspensivos (...). Asimismo, el sétimo considerando indica que, de lo anterior se puede colegir que en buena cuenta el demandante no ha expeditado su derecho para promover la presente causa –nulidad de cosa fraudulenta– toda vez que no ha agotado los recursos idóneos al interior de aquel proceso –sobre otorgamiento de escritura pública–.

iv) Igualmente, es de indicar que obra en autos la resolución de fecha dos de mayo de dos mil seis de fojas setenta y uno, emitida por la Oficina Distrital de Control de la Magistratura de la Corte Superior de ICA - ODICMA, expedida en la investigación administrativa a la encausada por cuanto se presentó una queja por parte de Cirilo Zenón Sukari Mamani, que se abrió porque no emitió una resolución con arreglo a ley, atribuyéndosele irregularidades en el trámite recaído en el Expediente Nº 2005-3200 –sobre otorgamiento de escritura pública–; es así, que al expedirse tal resolución administrativa, se tiene que en el punto número 6 refiere que: "de la re-

visión de la legislación procesal civil, se aprecia específicamente en su artículo 558 que el trámite de la apelación con efecto suspensivo (que es el caso de la apelación de la sentencia) se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376 de la citada norma legal, articulado en el cual la Magistrada quejada se fundamento para declarar improcedente el recurso, de allí que ante este extremo tampoco se encuentra atisbos de irregularidad funcional".

SÉTIMO: Por ello, estando a los fundamentos anotados, se establece que María Fabiola Ortega Saldaña, no ha expedido resoluciones contrarias al texto expreso de la ley, incluso otros Magistrados de la misma especialidad civil, expidieron resoluciones con el mismo análisis; no pudiendo colegirse que se haya configurado el respectivo delito, ya que, no puede asumirse que toda interpretación distinta o alternativa de una norma jurídica (como en el presente caso que es razonable), pueda dar lugar a la comisión del delito de prevaricato.

OCTAVO: Por tanto, debe procederse en virtud del parágrafo "e" del inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política del Estado -principio de presunción de inocencia.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

CONFIRMARON la sentencia de fojas cien de fecha dieciséis de noviembre de dos mil once, que absolvió de la acusación fiscal a María Fabiola Ortega Saldaña por el delito contra la Administración Pública - prevaricato en agravio del Estado. **MANDARON** se notifique la presente resolución a las partes procesales, archivándose. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO

096 Prevaricato: Juez al fallar no tuvo en cuenta el principio de legalidad

El procesado pese a tener la condición de juez especializado en el área penal, no tuvo en cuenta el principio de legalidad penal que se encuentra establecido en el apartado veinticuatro, literal d) del artículo segundo de la Constitución del Estado, en concordancia con los artículos II del Título Preliminar, once y doce del Código Penal, que expresamente establecen que no se puede condenar o procesar a persona alguna por acto u omisión no establecida en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. La conducta desplegada por el encausado reviste dolo, dado que con el pleno conocimiento de sus facultades, competencias y prohibiciones expidió una resolución sin respetar el principio de legalidad, causando con su conducta un grave perjuicio al justiciable, hecho que resulta reprochable penalmente al configurarse el delito de prevaricato.

Apelación de Sentencia NCPP Nº 5-2011-AREQUIPA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, 6 de marzo de 2012

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de Apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público y el encausado Juan Francisco León Guerrero contra la sentencia del catorce de junio de dos mil once obrante a fojas veintinueve del cuaderno de debate. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Que, por sentencia de fojas veintinueve, su fecha catorce de junio de dos mil once, la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Arequipa, falló declarando a Juan Francisco León Guerrero, autor del delito de Prevaricato, previsto en el artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, en agravio del Estado, y le impusieron tres años de pena privativa de libertad, suspendida por dos años, bajo reglas de conducta.

SEGUNDO: Que, leía dicha sentencia en acto público, conforme aparece registrado a fojas veintisiete, el representante del Ministerio Público se reservó su derecho a impugnar, y el acusado interpone recurso de apelación, concediéndole la Sala dicho medio impugnatorio, y deberá fundamentarlo en el plazo de ley.

TERCERO: Que, el señor Fiscal Superior a fojas cuarenta y nueve, su fecha veinte de junio de dos mil once, interpone y fundamenta su recurso de apelación, en el extremo que no emite pronunciamiento en cuanto a la inhabilitación solicitada para el encausado, solicitando que se integre la sentencia en ese extremo, ya que dicha omisión impide el cumplimiento adecuado y correcto de la función sancionadora del Estado, en especial estando al carácter del delito de función materia de proceso, no obstante que su Despacho solicitó la inhabilitación, además de la pena y reparación civil, la misma que debe ser por el plazo de la condena, de conformidad con el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal.

CUARTO: Que, el procesado Juan Francisco León Guerrero fundamenta su apelación a fojas cincuenta y dos, su fecha veintiuno de junio de dos mil once alegando que, no se efectuó una adecuada valoración y análisis de las pruebas incorporadas por su defensa en el juicio oral; que la sentencia carece de motivación, lo cual vulneró el principio de prohibición de la arbitrariedad y la obligación de la debida motivación establecida en el artículo ciento treinta y nueve, numeral cinco de la Constitución Política del Estado que si bien en su condición de Juez especializado conoció en grado de apelación el expediente como órgano revisor, debido a la carga procesal e insuficiencia de personal que se sostenía a la fecha de la expedición de la resolución número dos, conllevó a limitar su capacidad para realizar un análisis apropiado del proceso.

QUINTO: Que, la Sala por auto de fojas sesenta y tres, su fecha veintitrés de junio de dos mil once, concedió ambos recursos de apelación, disponiendo que se eleven a la Corte Suprema.

SEXTO: Que, cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, fue absuelto por el procesado mediante su escrito de fojas treintiuno del Cuadernillo formado ante esta Sala Penal, dictándose luego la resolución que declaró bien concedido el recurso de apelación promovido por el Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones y por el sentenciado Juan

Francisco León Guerrero, disponiendo que se notifique a las partes a efecto de que ofrezcan medios probatorios.

SÉTIMO: Que al no haber cumplido con ofrecer medios de prueba las partes, se dispuso la fecha para la Audiencia de Apelación, la que se ha realizado en el día de la fecha –fojas cincuenta y dos y sesenta del Cuaderno formado en esta Instancia–.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de apelación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asisten– se realizará por la Secretaria de Sala el día siete de marzo de dos mil doce.

DEL REQUIRIMIENTO DE ACUSACIÓN

Que, según requerimiento de acusación de fojas dos –vuelta–, se desprende; que ante el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante y Rivero se siguió un proceso por faltas en contra de Rosa Zarela Zea Sánchez en agravio de Teodoro Carrasco Navarro y viceversa, siendo los hechos de este los siguientes; con fecha diez de agosto de dos mil siete se produjo un accidente de tránsito choque entre vehículos, conducidos por la denunciante y Teodoro Carrasco Navarro, produciéndose daños materiales en ambos vehículos, siendo remitidos los antecedentes a conocimiento del Juzgado de Paz de José Luis Bustamante y Rivero donde se abre proceso por faltas, dictándose sentencia, declarando autora de las faltas a Rosa Zarela Zea Sánchez en la modalidad de daños, imponiéndole prestación de servicios de veinte jornadas así como cumpla con resarcir los daños debiendo pagar a favor del agraviado la suma de ochocientos nuevos soles Posteriormente la sentenciada apeló la sentencia mediante escrito de fecha veinticuatro de marzo de dos mil ocho, fundamentando que los hechos son daños materiales por accidente de tránsito, en consecuencia la vía por faltas con el que se tramitó la instrucción no era la adecuada y que los accidentes de tránsito se tramitan a petición de parte y no se tramitan de oficio; sin embargo el denunciado pese a lo expresamente señalado por la denunciante, sin mayor análisis de los mismos procedió a confirmar la sentencia. Debe tenerse en cuenta que en nuestra normatividad el delito de daños, sanciona el comportamiento consistente en dañar, destruir o inutilizar un bien, siendo que en su tipicidad subjetiva se requiere necesariamente dolo, elemento del tipo que necesariamente debe concurrir, incluso si los hechos dada su cuantía no sobrepasan una

remuneración mínima vital y deban ser tramitados como faltas; sin embargo, conforme han ocurrido los hechos, se desprende que se trató de un accidente de tránsito.

FUNDAMENTOS DE LA SALA DE APELACIONES

PRIMERO: Que, el presente proceso se siguió bajo los parámetros establecidos en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal, que establece el proceso por delito de función atribuidos a otros funcionarios públicos, toda vez que el procesado tiene la condición de Juez del Cuarto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, recayendo la Disposición de la Fiscalía de la Nación número cero cero cuatro - dos mil diez-MP-FN, su fecha dieciséis de julio de dos mil diez, que obra a fojas doscientos sesenta y nueve del cuaderno principal.

SEGUNDO: Que, el delito de prevaricato previsto en el artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, sanciona al Juez o Fiscal que dicta resolución o emite dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en las leyes supuestas o derogadas; siendo el bien jurídico tutelado la correcta administración de justicia, entendida como una de las funciones que comprende la administración pública que ejerce el estado.

TERCERO: Que, antes de analizar el fondo de los hechos, es preciso realizar un análisis respecto de los elementos constitutivos del tipo penal, a ello debemos precisar que solo pueden ser sujetos activos de este ilícito los jueces o fiscales de cualquier nivel –tipo penal propio– en tanto el sujeto pasivo es el Estado; la doctrina lo define como en tipo doloso, es decir, que no se comete a título de culpa, no basta el descuido ni para imputarse su comisión ya que exige como condición sine qua non el dolo.

CUARTO: Que, bajo estas premisas corresponde analizar la conducta del encausado León Guerrero quien en su condición de Juez Especializado en lo Penal habría confirmado la sentencia que condenó a Rosa Zarela Zea Sánchez como autora de faltas en la modalidad de daños en agravio de Teodoro Carrasco Navarro sin tener en cuenta que los hechos correspondían a un accidente de tránsito, ya que estos se derivan de un choque con fuga entre los vehículos de placa de rodaje número BII - trescientos veintiuno conducido por Teodoro Carrasco Navarro y el automotor de placa de rodaje Número EH cinco mil

doscientos diecinueve conducida por Rosa Zarela Zea Sánchez - ocurrencia policial de fojas treinta y uno e informe de apoyo técnico número cero uno-cero ocho XI-DIRTEPOL-RPA-DIVTRA-DEPIAT de fojas sesenta y siete - y al no llegar a ningún acuerdo en el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante y Rivero, se abrió proceso por faltas contra el patrimonio, sancionado en el artículo cuatrocientos noventa y cuatro del Código Penal –fojas cincuenta y cinco y cincuenta y seis del expediente judicial–.

QUINTO: Que, los daños es la lesión ilícita e intencionalmente producida en la materialidad de una cosa perteneciente a otra persona con el propósito directo e inmediato de extinguir o disminuir su valor económico, para lo cual debe dañar, destruir o inutilizar dicha cosa, y por lo tanto, no cabe en este tipo de daños, el culposo.

SEXTO: Que, a fojas noventa y cinco –del expediente judicial– obra la resolución expedida por el Magistrado León Guerrero, su fecha veinte de junio de dos mil ocho, mediante la cual confirmó la sentencia del veintisiete de febrero de mil ocho, verificándose de su contenido que no realizó un análisis exhaustivo de los hechos, ni expone el razonamiento lógico que debe realizar todo Magistrado al momento de decidir en una controversia, excusándose el encausado el no haber cumplido con sus obligaciones debido a la carga procesal y falta de personal; sin embargo, dichos argumentos no han sido probados durante la investigación.

SÉTIMO: Que, el procesado pese a tener la condición de Juez especializado en el área penal, no tuvo en cuenta el principio de legalidad penal que se encuentra establecido en el apartado veinticuatro, literal d) del artículo segundo de la Constitución del Estado, en concordancia con los artículos II del Título Preliminar, once y doce del Código Penal, que expresamente establecen que no se puede condenar o procesar a persona alguna por acto u omisión no establecida en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.

OCTAVO: Que, la conducta desplegada por el encausado reviste dolo, dado que con el pleno conocimiento de sus facultades, competencias y prohibiciones expidió una resolución sin respetar el principio de legalidad, causando con su conducta un grave perjuicio al justiciable, hecho que resulta reprochable penalmente.

NOVENO: Que, con respecto al agravio de falta de motivación el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 1994-2011-PHC/TC, en su fundamento jurídico 3 y 4 ha sostenido: "3. El artículo 139 inciso 3, de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, los derechos y las garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que, la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva un derecho de defensa. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, la cual tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo [Cfr. STC Exp. Nº 0090-2004-AA/TC, fundamento 12]. A lo dicho debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44 de la Constitución). 4. Respecto a la motivación de las resoluciones, cabe indicar que este Tribunal Constitucional viene señalando en su jurisprudencia que "[L]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión" [véase entre otras la sentencia recaída en el Expediente Nº 1230-2002-HC/TC, fundamento 11). Esto es así por cuanto hay grados de motivación, pues la motivación ausente resulta inconstitucional, sin embargo la fundamentación jurídica que presente una suficiente justificación que sustente lo resuelto no resulta inconstitucional, lo que debe ser apreciado en el caso en particular [Cfr. STC Exp. Nº 02004-2010-PHC/TC, fundamento 5]".

DÉCIMO: Que, del análisis que se realiza de la sentencia venida en grado, se desprende que está debidamente motivada, debido a que ha respondido los agravios formulados, estableciendo los parámetros relacionados a los hechos, a la prueba y valoración de las mismas, la antijurícidad. Culpabilidad, determinación de la pena y reparación civil en forma profusa.

DÉCIMO PRIMERO: Que, el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal establece que los delitos previstos en los Capítulos II –Delitos cometidos por Funcionarios Públicos– y III –Delitos contra la Administración de justicia– de este Título –Delitos contra la Administración Pública–, serán sancionados además, con pena de inhabilitación; que, el delito de prevaricato además de la pena privativa de la libertad, tiene la inhabilitación en su calidad de una pena conjunta por encontrarse en el Capítulo Tercero del Título XVIII, consecuentemente no existe una reforma en peor, sino que más bien es el cumplimiento de la aplicación de la norma señalada, la misma que fue omitida por la Sala Superior, por lo que debe ser integrada la sentencia en dicho extremo, tanto más que aquello no causa indefensión alguna al procesado, por cuanto este tenía pleno conocimiento de la acusación fiscal, donde además de solicitarle la pena privativa de libertad, la reparación civil, se requirió la inhabilitación.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en ese sentido, es preciso indicar además que el numeral tres del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Penal establece que el Juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación; y si se tiene en cuenta que el Ministerio Público en su requerimiento de acusación solicitó la pena de inhabilitación, es válido que la sentencia sea integrada conforme a lo solicitado por el Fiscal Superior.

DÉCIMO TERCERO: Que, el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho en su fundamento doce aborda el tema de referido a la omisión del fiscal de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente Vinculada al tipo legal objeto de acusación; siendo que al respecto ha precisado lo siguiente: "(...) a. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37 del Código Penal establece que la pena de inhabilitación –según su importancia y rango– puede ser impuesta como principal o accesoria.

La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39 del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "(...) el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela curatela o actividad regulada por ley". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40 del Código Penal. b. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone: como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad. c. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si esta –en el presente caso la inhabilitación– está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla. d. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas (...)"; claro está que este fundamento es específicamente aplicable a los casos en que el Fiscal omite solicitar la pena de inhabilitación, ante lo cual el Juez está obligado a aplicarla, ahora, en el caso de autos habiendo el Fiscal solicitado la pena de inhabilitación para el encausado León Guerrero, es perfectamente válido que esta Instancia imponga la pena de inhabilitación omitida por la Sala Superior, ya que si permite imponerla aun cuando el Fiscal no la solicitó, con mucha más lógica es pertinente imponerla si como en el caso que nos ocupa la solicitó el representante del Ministerio Público en su requerimiento fiscal.

Por estos fundamentos:

CONFIRMARON la sentencia del catorce de junio de dos mil once obrante a fojas veintinueve del cuaderno de debate que condenó a Juan Francisco León Guerrero como autor del delito de prevaricato en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años y fijó en novecientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor del Estado, e Integrando la recurrida impusieron la pena de Inhabilitación por el plazo de la condena, de conformidad con los incisos primero y segundo del artículo treinta y seis del Código Penal.

SS.
VILLA STEIN
RODRíGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES

097 Prevaricato, abuso de autoridad, detención ilegal: Plazos de prescripción

Siendo que en el caso de autos tenemos que el encausado viene siendo procesado por los delitos de abuso de autoridad –artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, cuya pena máxima es de dos años–, detención ilegal –artículo cuatrocientos diecinueve del Código Penal, cuya pena máxima es de cuatro años– y prevaricato –artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, cuya pena máxima es de cinco años–, por lo que, teniendo en cuenta ello, y que los hechos se suscitaron el seis de abril de dos mil cuatro, con la expedición del auto de apertura de instrucción por parte del encausado y tratándose de concurso ideal de delitos, la acción penal a la fecha se encuentra prescrita, al haber transcurrido siete años y seis meses de la pena que corresponde al delito más grave, que para el presente caso resulta ser el de prevaricato.

Apelación Nº 14-2011-HUAURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
SENTENCIA
Lima, 11 de setiembre de 2012

VISTOS; el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución del veintiuno de noviembre de dos mil once, obrante a fojas cuarenta, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de apelación a fojas cincuenta y uno, alegando que el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez oblicua CJ guión ciento dieciséis es claro cuando regula la institución de la suspensión de los plazos de prescripción y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de interrupción de la prescripción; que la suspensión estima la paralización del curso de la prescripción, en cambio, la interrupción considera una perturbación del curso de la prescripción, pues si bien queda sin efecto el tiempo transcurrido, empero, según el artículo ochenta y tres del Código Penal prescribe en todo caso cuando el tiempo transcurrido

sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción, conforme lo sostuvo el Tribunal Constitucional; que en el presente caso los hechos materia del proceso se originaron el seis de abril de dos mil cuatro con la emisión del auto de apertura de instrucción; sin embargo, existe un concurso ideal de delitos y para ello las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave siendo en este caso el de prevaricato, interrumpiéndose el plazo de prescripción con las actuaciones del Ministerio Público con la emisión de la resolución del veinte de abril de dos mil cuatro por el Fiscal Superior, siendo a partir de esa fecha que debe contabilizarse el plazo de prescripción extraordinario, el cual es de siete años y medio; siendo también que mediante resolución del veintiuno de setiembre de dos mil nueve la Fiscal de la Nación autoriza el ejercicio de la acción penal contra el encausado Segundo Penas Sandoval, que por disposición del veintiséis de marzo de dos mil diez se formaliza la denuncia y continuar con la investigación preparatoria, por ello desde esa fecha los plazos prescriptorios se encontraban suspendidos; **SEGUNDO:** Que, según requerimiento fiscal de fojas doce, del expediente judicial, se atribuye al investigado Segundo Penas Sandoval, haber recibido alguna especie de donativos, promesa u otro beneficio con la finalidad de expedir la resolución número uno del seis de abril de dos mil cuatro, en el expediente judicial número 2004-226-130201JP-1JP por el cual abre instrucción con mandato de detención contra Humberto Luis Salcedo Caballero, toda vez que previamente al expedir dicha resolución sostuvo una reunión con el abogado de la empresa Agroindustria Paramonga, Edwin Borja Córdova, siendo este último el encargado de hacer llegar los oficios del juzgado a la dependencia policial para la captura de Humberto Luis Salcedo Caballero y José Natividad Fuentes Paz; **TERCERO:** Que, el acuerdo Plenario número 3-2012/CJ-116 de fecha veintiséis de marzo de dos mil doce, publicado en el diario oficial *El Peruano* el veintiséis julio del presente año, en el punto cuatro señala lo siguiente: "(...) 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83 y 84 del Código Penal de 1991, con el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional (...). 10. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83 del Código Penal vigente. El artículo 84 del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque

ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5 en sus incisos 1 y 2: "1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado. 2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido". Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010-CJ-116 (...)" **CUARTO:** Que, en ese sentido, tenemos que el Acuerdo Plenario citado en el considerando anterior solidifica los criterios sobre la suspensión de los plazos de prescripción establecidos como doctrina legal en el Acuerdo Plenario número 1-2010/CJ- 116, en sus fundamentos veintiséis y veintisiete establece lo siguiente: "(...) 26. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 3390 del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión sui géneris, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal –quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción– suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Inversión Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una, sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27. La redacción y el sentido del 'texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión' con todas las consecuencias y

matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara (...)"; **QUINTO:** Que, en la apelación número 13-2011- Huaura, este Supremo Tribunal en su séptimo considerando expuso lo siguiente "(...) este Colegiado Supremo no comparte opinión en el extremo del Acuerdo Plenario número cero uno-dos mil diez/CJ- ciento dieciséis; respecto a la suspensión de la prescripción de la acción penal –artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal–; sin embargo, encontrándose vigente dicho Acuerdo debe cumplirse con este, conforme lo dispone el artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales; no obstante a lo señalado, es de precisar que se llevará a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha diecinueve de marzo del presente año, en la que se volverá a debatir este extremo en controversia. Por lo que, de ser el caso, quedará abierta la posibilidad de que en función a lo que se decida en dicho Pleno Extraordinario la parte recurrente pueda interponer su medio de defensa materia de pronunciamiento (...)"; sin embargo, como se ha mencionado anteriormente el Acuerdo Plenario número 3-2012/CJ-116 de fecha veintiséis de marzo de dos mil doce, si bien ratifica los criterios plasmados en el Acuerdo Plenario número 1-2010/CJ-116 sobre la suspensión de los plazos de prescripción, también lo es que da una solución al problema de la aplicación del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal; al establecer en el fundamento once, que debe entenderse que la suspensión no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo; **SEXTO:** Que, en ese sentido, en aplicación del mencionado acuerdo, el artículo ochenta y tres del Código Penal en su último párrafo señala que la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción; siendo que en el caso de autos tenemos que el encausado Penas Sandoval viene siendo procesado por los delitos de abuso de autoridad –artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, cuya pena máxima es de dos años–, detención ilegal –artículo cuatrocientos diecinueve del Código Penal, cuya pena máxima es de cuatro años– y prevaricato –artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, cuya pena máxima es de cinco años–, por lo que, teniendo en cuenta ello, y que

los hechos se suscitaron el seis de abril de dos mil cuatro, con la expedición del auto de apertura de instrucción por parte del encausado Penas Sandoval, y tratándose de concurso ideal de delitos, la acción penal a la fecha se encuentra prescrita, al haber transcurrido siete años y seis meses de la pena que corresponde al delito más grave, que para el presente caso resulta ser el de prevaricato; aplicándose en el presente caso lo más favorable al reo, debiéndose tener en cuenta además que el Ministerio Público recién dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria el veintiséis de marzo de dos mil diez –seis años después de sucedidos los hechos–, conforme es de verse de la disposición número 02-2010, obrante a fojas uno del expediente judicial; **SÉTIMO:** Que, a su vez, el artículo cuatro del Código Procesal Penal en su numeral uno establece que la cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley; se trata de casos en los que la ley dispone que se debe satisfacer determinados requisitos sin los cuales no es posible iniciar válidamente el proceso penal; sin embargo, en el caso de autos, la resolución del veintiuno de setiembre de dos mil nueve, mediante la cual la Fiscal de la Nación autoriza el ejercicio de la acción penal contra el encausado Segundo Penas Sandoval, no puede ser considerada como una cuestión previa; ya que ello constituye el procedimiento a seguir en el caso que el procesado es un magistrado, como es el de la materia; por tanto, dicho término no suspende el plazo de prescripción. Por estos fundamentos: **CONFIRMARON** la resolución del veintiuno de noviembre de dos mil once, obrante a fojas cuarenta, que por mayoría declaró prescrita la acción penal a favor del procesado Segundo Penas Sandoval por los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y detención ilegal en agravio del Estado; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
SANTA MARÍA MORILLO

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Estudio introductorio **5**

SECCIÓN I

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CAPÍTULO I
ABUSO DE AUTORIDAD

001. **Abuso de autoridad: Incumplimiento de deberes funcionales debe causar perjuicio** **17**

002. **Abuso de autoridad y aprovechamiento indebido del cargo: Prescripción de la acción penal** **27**

CAPÍTULO II
CONCUSIÓN

003. **Concusión: Tipicidad** **35**

004. **Concusión: Configuración** **46**

005. **Concusión: Abuso del cargo para obligar o inducir la obtención de un beneficio patrimonial indebido son los presupuestos para su configuración** **50**

CAPÍTULO III
COLUSIÓN

006. **Colusión: Tipicidad** **63**

007. Colusión: Características nucleares del tipo 70

008. Colusión: Sujeto activo solo es el funcionario con cargo y capacidad de decisión directa de la contratación 77

009. Colusión: Delito de resultado según la jurisprudencia 83

010. Colusión: Concertación, relación funcional y perjuicio patrimonial del Estado como presupuestos del delito 89

011. Colusión: Debe acreditarse el acuerdo colusorio 97

012. Colusión: Debe acreditarse el acuerdo colusorio 103

013. Colusión: No existe colusión si no se prueba la concertación 110

014. Colusión: No existe colusión al ejecutarse las prestaciones pactadas dentro del alcance de lo previsto en un contrato 116

015. Colusión: Diferentes infracciones administrativas constituyen indicios de concertación 122

016. Colusión: Hechos constituyen infracciones administrativas y no tienen contenido penal 135

017. Colusión desleal: No se configura cuando el agente opera en el cumplimiento de su rol 142

018. Colusión: Absolución por falta de acuerdo colusorio 148

CAPÍTULO IV
PECULADO

019. Peculado: Bien jurídico protegido 159

020. Peculado: Tipicidad 164

021. Peculado: Presupuestos para su configuración 170

022. Peculado: Sujeto activo 175

023. Peculado: Elementos materiales para su configuración 179

024. Peculado: Se configura cuando regidor cobra dieta sin asistir a sesiones de concejo 186

025. Peculado: No se configura si no se prueba el aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero 191

026. Peculado: Disponibilidad jurídica no requiere la tenencia directa por parte de agente del bien público 197

027. Peculado: Vinculación entre el sujeto activo y el bien custodiado debe ser específico 200

028. Peculado: Orientación de la prueba 204

029. Peculado: Pericias contables determinan que hubo desbalance patrimonial 209

030. Peculado: Pericia contable es de vital importancia para acreditar el delito 218

031. Peculado: Ejecución de obra defectuosa no constituye delito 223

032. Peculado: No se configura el delito si los regidores fijaron las dietas a percibir de manera razonable 228

033. Peculado: No se configura cuando dinero cumple con la finalidad para la cual fue entregado 235

034. Peculado: Manejo indebido de los fondos públicos en beneficio patrimonial propio 239

035. Peculado culposo: Conducta negligente, sustracción del caudal o efectos y vinculación funcional 247

036. Peculado: No constituye un delito de función si el agente activo es un policía 251

CAPÍTULO V
MALVERSACIÓN DE FONDOS

037. Malversación de fondos: Tipicidad 259

038. Malversación de fondos: Tipicidad 265

039. Malversación de fondos: Presupuesto 270

040. Malversación de fondos: Lesión al patrimonio del Estado no es un presupuesto del delito 276

041. Malversación de fondos: Debe acreditarse la aplicación definitiva de los fondos a finalidad diferente a la que están destinados 281

042. Malversación de fondos y peculado: Contienen situaciones e imputación contradictorias 287

CAPÍTULO VI
COHECHO PASIVO PROPIO

043. Cohecho pasivo propio: Configuración 297

044. Cohecho pasivo propio: Acreditación de la acción concertada 304

045. Cohecho pasivo propio: Falta de prueba de la entrega de dinero puede suplirse con concatenación y enlaces lógicos de otras pruebas 308

046. Cohecho pasivo propio: Conducta de los procesados debe adecuarse a este delito 312

047. Cohecho pasivo propio: Beneficio económico inmotivado acredita la solicitud de dinero por parte del agente policial..... 316

048. Cohecho pasivo propio: Testimonio debe contar con datos objetivos que acrediten la sindicación para acreditar el delito..... 319

049. Cohecho pasivo propio: Policía a cargo de investigaciones recibió dinero para favorecer a detenido 324

050. Cohecho pasivo propio: Acreditación de la responsabilidad penal del procesado..... 327

051. Cohecho pasivo propio: Absolución por falta de acreditación del acuerdo de voluntades 331

052. Cohecho pasivo propio: Absolución por declaraciones contradictorias..... 337

053. Cohecho pasivo propio: Absolución por falta acreditación de la ventaja económica 340

CAPÍTULO VII
COHECHO PASIVO IMPROPIO

054. Cohecho pasivo impropio: Comisión efectuada por regidor 347

055. Cohecho pasivo impropio: Acreditación de la responsabilidad penal..... 352

056. Cohecho pasivo impropio: Tesis acusatoria tiene mayor fuerza que tesis de defensa 355

057. Cohecho pasivo impropio: Conducta denunciada no se adecua al tipo penal..... 358

058. Cohecho pasivo impropio: Absolución por falta incriminación con falta de credibilidad 361

059. Cohecho pasivo impropio: Reducción de la pena por debajo del mínimo legal por aplicación del Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116 364

060. Cohecho impropio: Prescripción de la acción..... 367

CAPÍTULO VIII
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

061. Cohecho pasivo específico: Tipicidad 373

062. Cohecho pasivo específico: Acreditación de la responsabilidad penal 376

CAPÍTULO IX
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

063. Cohecho activo genérico: Consumación no requiere aceptación del funcionario 383

064. Cohecho activo genérico: Acreditación de la responsabilidad penal..... 389

065. Cohecho activo genérico: Pago a policías para evitar detención 392

066. Cohecho activo génerico: Ofrecimiento de pago a policía de tránsito..... 396

067. Cohecho activo genérico: Absolución por falta de pruebas del ofrecimiento al policía de tránsito 399

068. Cohecho activo genérico: Nulidad de sentencia absolutoria 402

069. Cohecho activo genérico: Extradición procedente 405

CAPÍTULO X
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

070. Cohecho activo específico: Comisión por funcionario judicial 413

071. Cohecho activo específico: Ofrecer dinero a Sala Penal a cambio de una resolución de sobreseimiento 417

072. Cohecho activo específico: Gerentes que no participaron directamente en el proceso judicial no pueden ser sancionados penalmente 420

073. Cohecho activo específico: Absolución por falta de pruebas 437

CAPÍTULO XI
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

074. Negociación incompatible: Presupuestos para que la conducta omisiva configure el delito..... 443

075. Negociación incompatible: Falta de acreditación 448

076. Negociación incompatible: Absolución porque cuando se efectuó la conducta no estaba tipificada como delito 451

077. Negociación incompatible: Absolución por incompetencia funcional del encausado 454

078. Negociación incompatible: Nulidad de sentencia por falta de valoración de todas las pruebas 458

079. Negociación incompatible: Absolución por falta de acreditación del perjuicio a la entidad 462

080. Negociación incompatible: Cosa juzgada 467

081. Negociación incompatible e incumplimiento de actos funcionales: Prescripción de la acción penal 470

082. Negociación incompatible: Competencia de los Juzgados y Salas Penales Liquidadoras 475

CAPÍTULO XII
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

083. Tráfico de influencias: Delito abstracto 481

084. Tráfico de influencias: No requiere resultado material 485

085. Tráfico de influencias: Características 491

086. Tráfico de influencias: Trámite que no sigue el conducto regular no constituye delito sino falta administrativa 495

CAPÍTULO XIII
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

087. Enriquecimiento ilícito: Falta de acreditación del delito 501

088. Enriquecimiento ilícito: Determinación del patrimonio del funcionario como presupuesto 504

089. Enriquecimiento ilícito: Diligencias necesarias para acreditar el delito 507

090. Enriquecimiento ilícito: Falta de consignación del patrimonio del funcionario en su declaración jurada no es indicio del delito 510

SECCIÓN II

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

CAPÍTULO I

USURPACIÓN DE FUNCIONES

091. **Usurpación de funciones: No se configura cuando el contrato se realiza en mérito a las facultades delegadas** **517**

092. **Usurpación de funciones: Absolución del acusado por falta de dolo** **521**

SECCIÓN III

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

ENCUBRIMIENTO REAL

093. **Encubrimiento real agravado: Ocultamiento de prueba** **527**

CAPÍTULO II

PREVARICATO

094. **Prevaricato: Configuración por aplicar criterio de cierto sector de la doctrina** **535**

095. **Prevaricato: Bien jurídico protegido y acción no solo comporta una vulneración de la legalidad** **542**

096. **Prevaricato: Juez al fallar no tuvo en cuenta el principio de legalidad** **551**

097. **Prevaricato, abuso de autoridad, detención ilegal: Plazos de prescripción** **560**

Índice general **567**