



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

**“LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN
Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU INCIDENCIA EN
LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL ESTADO”**

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Trejo Broncano Flor de María

Asesor:

Dr. Ricardo Luperdi Gamboa

Trujillo - Perú

2021

DEDICATORIA

A mi Padre Celestial

Por haberme permitido llegar a este punto de mi vida y brindarme salud y fortaleza para lograr mis objetivos, por su infinito amor y bondad.

A mis padres Cecilia y Antonio

Por su amor y apoyo incondicional, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me han permitido ser una persona de bien.

A mi hermanas Ana, Sophie y Akira

Por su amor, su apoyo y ánimos en la elaboración del presente proyecto de investigación.

A la Familia Vásquez Arbildo

Por su amor y apoyo constante en mis inicios del ejercicio de mi carrera profesional.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a la Universidad Privada del Norte, por ser mi centro de saber durante mi época universitaria, a mi asesor, el Dr. Ricardo Luperdi Gamboa, por su guía constante en la realización del trabajo de investigación, mi reconocimiento y agradecimiento a todos y cada uno de los docentes de la Facultad, que tuve el privilegio de ser su alumna, porque supieron fortalecer mis conocimientos académicos con su gran experiencia profesional en mi preparación como estudiante.

Mi agradecimiento en especial, a los fiscales: Dra. Marlene Mabel Mariños Lecca y el Dr. Renato Antonio Pérez Corrales, por su colaboración y orientación en la realización del presente trabajo de investigación, ya que supieron guiarme de la mejor manera con su repertorio amplio de conocimientos, experiencia en la labor fiscal y por su valiosa amistad.

Tabla de contenidos

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE DE TABLAS	5
ÍNDICE DE FIGURAS	6
RESUMEN.....	7
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Realidad Problemática.....	8
1.2. Antecedentes.....	10
1.3. Marco teórico.....	12
1.4. Justificación de la Investigación.....	67
1.5. Limitaciones.....	68
1.6. Formulación del problema.....	68
1.7. Objetivos.....	68
1.7.1. Objetivo General.....	68
1.7.2. Objetivos específicos.....	69
1.8. Hipótesis.....	69
1.7.1. Hipótesis.....	69
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA.....	70
2.1. Matriz de operacionalización de variables de investigación.....	70
2.2. Matriz de operativización.....	71
2.3. Tipo de investigación.....	73
2.4. Población y Muestra.....	74
2.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	77
2.6. Procedimiento.....	78
2.7. Aspectos éticos.....	79
CAPÍTULO III. RESULTADOS	81
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	142
REFERENCIAS.....	157
ANEXOS.....	161

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 01.....	69
MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES DE INVESTIGACIÓN	
TABLA 02.....	71
MATRIZ DE OPERATIVIZACIÓN	
TABLA 03.....	74
MUESTRA	
TABLA 04.....	80
TRIANGULACIÓN DE RESULTADOS DEL OBJETIVO GENERAL	
TABLA 05.....	82
TRIANGULACIÓN DE RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO N°01	
TABLA 06.....	83
TRIANGULACIÓN DE RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO N°02	
TABLA 07.....	84
TRIANGULACIÓN DE RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO N°03	
TABLA 08.....	85
TRIANGULACIÓN DE RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO N°04	
TABLA 09.....	87
CRITERIOS IDENTIFICADOS DE LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES DE TRUJILLO	
TABLA 10.....	89
RESPUESTAS DE LOS ENTREVISTAS A LA PREGUNTA ¿EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CONSIDERA QUE SE ESTÁ REPARANDO ADECUADAMENTE EL PERJUICIO OCASIONADO AL ESTADO POR DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS?	
TABLA 11.....	92
DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS DE LOS ENTREVISTADOS RESPECTO A SI SE ESTÁ REPARANDO ADECUADAMENTE EL PERJUICIO OCASIONADO AL ESTADO POR DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	
TABLA 12.....	94
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LOS JUECES DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES DE TRUJILLO Y SALAS PENALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	
TABLA 13.....	106
CRITERIOS ANALIZADOS DE LAS SENTENCIAS DE EXPEDIENTES DE LOS JUECES DE SALA DE APELACIONES DE TRUJILLO	
TABLA 14.....	121
ANALIZAR LA MOTIVACIÓN DE LOS JUECES DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES DE TRUJILLO AL IMPONER LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	
TABLA 15.....	129
DESCRIBIR EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	
TABLA 16.....	131
DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS DE LOS ENTREVISTADOS RESPECTO AL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	93
Distribución de los datos de los entrevistados respecto a sí se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios	
Figura 2	106
Resultados de los criterios analizados de las sentencias de los Juzgados Unipersonales de Trujillo	
Figura 3	120
Resultados de los criterios analizados de las sentencias de las Salas Penales de Apelaciones de Trujillo	
Figura 4	128
Resultados sobre los criterios la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible	
Figura 5	132
Distribución de los datos de los entrevistados respecto de los criterios que utilizan los jueces penales para la determinación y motivación en sus sentencias de delitos de corrupción de funcionarios.	

RESUMEN

La presente tesis, tiene como objetivo principal, determinar de qué manera el delito de Colusión y Negociación Incompatible inciden en la Reparación Integral del Estado.

En el Sub capítulo I de marco teórico, se desarrolló todo lo concerniente a la Reparación civil, su naturaleza jurídica, así como la responsabilidad extracontractual proveniente de un delito y su normativa en la legislación peruana.

En el Sub capítulo II del marco teórico, se examinó todo lo concerniente al delito de Colusión, en sus dos modalidades, por el extremo de delito de peligro y de resultado, asimismo se analizó su evolución en la normativa peruana.

En el Sub capítulo III del marco teórico, se desarrolló todo lo concerniente al delito de Negociación Incompatible, asimismo se analizó su evolución en la normativa peruana.

Como cuarto y último sub capítulo del marco teórico, se analizó todo lo referente a la Reparación Integral del Estado y su ausencia de una normativa que regule la misma.

A través del desarrollo de los objetivos específicos, análisis de sentencias obtenidas como muestra, obtención de entrevistas de jueces que resuelven sobre delitos de Corrupción de Funcionarios, fiscales anticorrupción y abogados de la Procuraduría Anticorrupción y un amplio marco teórico, se ha podido dar respuesta a los objetivos planteados en la presente investigación. Se evidencia entonces, un problema al momento de determinar la reparación civil por delitos de colusión y negociación incompatible, dado que no existe un criterio uniforme que sigan los jueces, por lo tanto, el presente trabajo busca brindar una solución que permitan mejorar el desempeño de los mismos.

Palabras clave: (Reparación civil), (Delitos de corrupción de funcionarios), (Motivación en las sentencias), (Reparación integral del Estado).

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Una de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito es la reparación civil, en nuestra legislación la Responsabilidad civil *ex – delicto* ha sido desarrollada en la parte general del Derecho Penal; por otro lado, la comisión de los delitos especiales como la Colusión y Negociación Incompatible rigen por la normatividad del derecho sustantivo general. En ese sentido es importante considerar que no existen criterios determinados en nuestra legislación sustantivo penal y los jueces al emitir sentencias condenatorias sobre estos dos delitos no emplea criterios adecuados para la determinación correcta de la reparación civil a favor del Estado, aspecto que evidencia una problemática en la realidad peruana con implicancias en las contrataciones con el Estado.

El artículo 93 del Código Penal, indica que la reparación civil, tiene dos enfoques: La restitución e indemnización. El juez de juicio oral es quien determina la reparación civil, el cual deberá tener suficiente conocimiento de los criterios aplicables, los cuales deben ser objetivos, sin apartarse de la debida motivación de sus sentencias.

Respecto a la debida motivación en las resoluciones judiciales, estipulada en el art. 139 numeral 5). de la Constitución Política del Perú, como principio y derecho que identifican la labor de los jueces cuando van a resolver una causa, los cuales son principios y derechos de la función jurisdiccional, entre ellos se encuentra la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias.

Los delitos de Colusión y Negociación Incompatible son delitos cometidos en el ámbito de la contratación estatal, lo que hace que su tratativa sea aún mucho más especial dentro del catálogo de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, comprendidos en el Código Penal, debido a su complejidad en materia

probanza y por tratarse de que el agraviado es el Estado, que tiene por beneficiarios directos de los objetos de contratación pública las comunidades, pretendiendo lograr el bien común, su bienestar y una mejora en su calidad de vida.

Es necesario precisar que, en el distrito judicial de La Libertad, en el Sub sistema Especializado de Delitos de Corrupción de Funcionarios, se han emitido sentencias por los Juzgados Unipersonales, justamente por delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el periodo 2017-2019, donde se aprecia: 1). Insuficiencia de pronunciamiento, respecto a la indemnización que se hace al Estado, o escasa, la determinación del monto de la reparación civil; 2). Ausencia de un criterio uniforme para determinar el monto de la reparación civil en estos tipos de delitos; generando claramente una afectación a la reparación integral de la Administración Pública, porque se ve afectada la Reparación Integral del Estado.

La reparación integral del Estado va más allá de una compensación económica, si no más bien de una reparación efectiva y completa a la víctima. Las víctimas definitivamente tienen un lugar en la definición de los intereses protegidos por el Derecho Penal y por ende también en el Derecho Procesal Penal. El concepto de Reparación Integral estipulado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial y el otorgamiento de medidas en aras de reparar adecuadamente, constituyendo uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado, sobre todo en estos tipos de delitos que merecen un tratativa especial, al involucrarse fines comunes, debido a que es en estos contratos estatales de bienes, obras o servicios (donde se cometen los delitos de Colusión y Negociación Incompatible), se convocan, suscriben y ejecutan, en aras de mejorar la sociedad, persiguiendo siempre un bien común.

En ese sentido, el propósito del trabajo de investigación es analizar las sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonales de Trujillo, que resuelven sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, en el periodo 2017-2019, en el extremo de la reparación civil, para identificar y analizar los criterios utilizados por los jueces para determinar la reparación civil, así como su motivación, si ella se ciñe a su estricta búsqueda de la reparación integral del Estado.

1.2. Antecedentes

En el proceso de revisión sistemática, se consultaron trabajos de investigación, de los cuales no se encontró alguno realizado sobre el tema en específico. Teniéndose como antecedentes los trabajos bases, sobre reparación civil que servirán en nuestras bases teóricas:

Nacional:

Ingrid Díaz Castillo “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”. Universidad de Salamanca, España.

Desarrolla la problemática de la corrupción en la contratación estatal a partir del estudio del tipo de injusto de dos delitos contenidos en el Código Penal peruano, cuyo ámbito de aplicación específico es el ciclo de la contratación estatal: el delito de colusión y el delito de negociación incompatible.

Entendiendo que estos delitos constituyen parte importante de la respuesta que ofrece el sistema penal peruano a la incursión de la corrupción en la contratación estatal, se ha revisado la doctrina y jurisprudencia referida a estos tipos penales a fin de identificar los problemas que jueces y fiscales tienen en su aplicación. A partir de ello, se ofrecen algunas respuestas que permiten convertir los delitos mencionados en herramientas eficaces para el sistema de justicia.

En ese contexto, la tesis aborda básicamente la definición del bien jurídico protegido por estos delitos, como su configuración como tipos de peligro abstracto. Con esta base se interpretan, además, los elementos típicos necesarios para la configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible. Cabe señalar que también se ha abordado su necesidad de político-criminal, por cuanto sólo si medidas menos lesivas al Derecho Penal no resultan suficientes para dar respuesta al problema de la corrupción en el ámbito de la contratación, aquel se verá legitimado a intervenir.

Tomás Aladino Gálvez Villegas “La reparación civil en el proceso penal”, tercera edición 2016, Actualidad Penal – Instituto Pacífico, en donde se concluye que:

La acción resarcitoria es de naturaleza privada aun cuando tenga origen en la comisión de un delito, se ha sostenido que el ámbito natural para ejecutarla debería ser el proceso civil, no así el proceso penal, ya que en la vía civil el Juzgador estaría mejor capacitado para resolver el conflicto, por contraposición al proceso penal, cuya finalidad está orientada a la aplicación de la pena fundamentalmente.

Es de entenderse entonces, que la víctima de un ilícito reclame en la vía civil la reparación de daños y perjuicios, ya que el juez civil se encuentra mejor preparado que el juez penal para evaluar daños y determinar la indemnización que corresponde, ya que este último debe estar preocupado fundamentalmente en sancionar al delincuente a nombre de la sociedad.

Luis Gustavo Guillermo Bringas “La Reparación Civil en el proceso penal. Aspectos sustantivos y procesales con especial énfasis en el nuevo Código Procesal Penal”, tesis para optar el grado de abogado, por la Universidad Nacional de Trujillo, concluye que: Existe una preocupante omisión por parte de nuestros operadores jurídicos or motivar de forma adecuada la reparación civil, lo que trae como consecuencia que tanto la parte agraviada como el imputado se vean perjudicados, debido a que en nuestro país la gran

mayoría de las sentencias adolecen de nulidad por vulnerar el derecho que le corresponde a todos los administrados, la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Ramiro Salinas Siccha “Delitos contra la administración pública”, donde concluye que:

La reparación civil proveniente de un delito surge a consecuencia del daño ocasionado por este, sin que entre las partes haya existido una vinculación jurídica o relacional previa, y por tanto constituye una especie de responsabilidad civil extracontractual, sujeta a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas de contenido privado. La responsabilidad civil constituida por la obligación resarcitoria proveniente de delito tiene naturaleza privada al no trascender la esfera particular del agraviado o titular del bien jurídico afectado.

1.3. Marco Teórico

1.3.1. Reparación civil

1.3.1.1. Concepto

Palacios (2004), señala que la reparación civil comprende la restitución del bien obtenido por el delito, o en defecto de aquella, el pago de su valor, abarcando igualmente la indemnización de los daños y perjuicios causados al ofendido o las personas con derecho a dicha reparación. Dicha restitución, engloba el concepto de reparación, consistente en la restauración material del estado anterior a la violación del derecho.

En materia civil se entiende por daño o perjuicio los deterioros sufridos y las ganancias que se han dejado de obtener, es decir al daño emergente que consiste en la pérdida o disminución de las cosas y derechos y lucro cesante, que viene a ser la pérdida o disminución de una ganancia esperada.

En el Derecho Penal, en cambio, la concepción es más amplia: el daño está constituido por las consecuencias objetivas directas de la acción objetiva de la acción delictiva y el perjuicio está constituido por las consecuencias indirectas del delito, cuando existe afectación a los intereses de la víctima.

Ferrero (2004), explica que el daño comprendería las consecuencias directas del delito (daño emergente) y el perjuicio las consecuencias indirectas (lucro cesante), el primero consistiría en una disminución directa o indirecta del patrimonio, y el segundo en la falta de aumento.

La reparación civil, abarca ambos conceptos, ya que en algunos casos sólo podrá existir daño y en otros sólo perjuicio; a partir de ello se puede afirmar que lo esencial y la razón de ser de la indemnización es que se responda por las consecuencias del delito, que se cubra totalmente sus efectos y consecuentemente la indemnización de los daños materiales y morales.

Estevill citado por Gálvez (2016) indica que cuando la causación de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber (erga omnes) de no causar daño a nadie e, infringiendo este deber se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el Derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual, o también como algunos denominan perjuicio extracontractual o aquiliano.

Mediante el Decreto Legislativo Nro. 1068 y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo Nro. 017-2008-JUS), la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios desempeña un rol importante en la representación y defensa jurídica de los intereses del Estado.

La labor del Procurador Anticorrupción, constituido como actor civil para tal efecto, le corresponde la titularidad de la acción civil (Artículo 11.1 del Código Procesal Penal), con una misión fundamental en el combate contra estos delitos. Su función,

determinada por el objetivo central (cobro de la reparación civil en los casos que involucran daño al Estado), involucra uno de los principales campos de investigación y represión contra la corrupción y de especialización en la investigación aplicada.

1.3.1.2. Responsabilidad civil extracontractual

Estevill citado por Gálvez (2016) indica que cuando la causación de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber (erga omnes) de no causar daño a nadie e, infringiendo este deber se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el Derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual, o también como algunos denominan perjuicio extracontractual o aquiliano. Asimismo, Roca citado por Gálvez (2016) manifiesta que debe quedar debidamente diferenciada la atribución de responsabilidad extracontractual de la atribución de responsabilidad contractual; en esta última, de lo que se trata es de averiguar en qué casos y bajo qué supuestos la falta de actuación de un programa de presentación o la ejecución de una prestación defectuosa le son imputables al deudor.

El concepto original e la responsabilidad contractual tiene como pura función la ejecución forzosa del contrato. En ese sentido, solo se tratará de la responsabilidad civil cuya fuente es el acto ilícito, el mismo que en muchos casos también resulta configurativo de delito, y por tanto sujeto a responsabilidad penal.

1.3.1.2.1. Elementos de la Responsabilidad civil extracontractual

1.3.1.2.2. Responsabilidad civil extracontractual proveniente de delito

Los daños sujetos a la responsabilidad extracontractual, a la vez, pueden diferenciarse entre los que se ocasionan mediante una conducta activa u omisiva, y los de contenido penal (constitutivo de delito o falta) de los que no lo son. Para los de contenido penal, además de la acción resarcitoria propia de la responsabilidad civil también surge, en contra

del agente del daño, la pretensión punitiva del Estado (posibilidad de ser sometido al correspondiente proceso penal a través del ejercicio de la acción penal). En el presente trabajo, como queda dicho, los únicos daños a los que se va a referir son los daños provenientes de la comisión de un delito, donde no se incluye los daños ocasionados mediante una conducta configurativa de falta, ya que este tipo de conductas no son ventiladas en un proceso penal, ante el Juez Especializado en lo Penal – proceso que constituye el ámbito de la investigación – sino en un proceso especial ante el Juez de Paz.

1.3.1.3. La cuantificación del daño al Estado en los delitos de Corrupción de Funcionarios

En los temas de corrupción de funcionarios se ve la implicancia del Estado como parte agraviada, dado que es titular de derechos; por ende, es factible de reparación civil. Asimismo, es de suma importancia la determinación de criterios que deben ser tomados en cuenta para la determinación del monto dinerario a solicitar a raíz del daño ocasionado al Estado en los delitos especiales como es el caso de los delitos de corrupción de funcionarios. La afectación ocasionada a la identidad instauradora del Estado, es diferente al daño relacionado al decrecimiento del caudal patrimonial del mismo; siendo así que su reparación debe ser tomada en cuenta de forma distinta, por lo que consecuentemente para la determinación el monto dinerario tiene que estar regido por perspectivas de cuantificación específicas, en correlación a su naturaleza especial de persona jurídica.

Se debe tomar en cuenta para la cuantificación de los delitos de corrupción de funcionarios criterios los cuales serán indicadores para la determinación

del monto. Asimismo, estos criterios coadyuvarán a una valoración dineraria equitativa, la cual se debe realizar tomando en consideración a las tipologías de factores, que ayudarán en su aplicación de forma organizada, homogénea y conjunta. Por ello se tiene en cuenta para su determinación los siguientes criterios:

1.3.1.3.1. Criterio Objetivo

Se debe considerar que los criterios objetivos se basan en las características particulares y a la situación en concreto, respecto de los delitos contra la administración pública y en específico en los delitos de corrupción de funcionarios. Asimismo, se consideran como parte de los criterios objetivos a la gravedad del ilícito, la modalidad de su realización, la reincidencia y por último a la medida de la ventaja conseguida por el funcionario público. Seguidamente se desarrollará de forma amplia cada uno de los criterios considerados:

- **Gravedad del ilícito**

- Está relacionado a la proporcionalidad del daño sufrido, esto quiere decir que depende de cuan valioso sea el bien jurídico que fue dañado, entonces si este es de gran valor el quantum indemnizatorio que se deberá otorgar será mayor el monto. Se toma en consideración que en los delitos contra la administración pública en su mayoría se realiza teniendo conocimiento y la intención del hecho ilícito (dolo) , por ello es que para la reparación civil sería un agravante en el incremento de la cuantía para el resarcimiento en los casos en concreto.

- **Modalidad de la realización**

- Es primordial tomar en cuenta la forma y/o modalidad del hecho ilícito que se emplea y la magnitud de la pena que será impuesta en cada caso en concreto, dado que el hecho delictivo tiene que tener una pena proporcional a lo cometido.

• **Reincidencia**

- Este criterio está relacionado con el comportamiento ilícito el cual se ha generado de forma repetida del demandado. Lo cual se interpreta como un indicio de que las sanciones interpuestas anteriormente no tiene un efecto persuasivo; dicho esto es que la punición en el derecho penal como en el civil, deben robustecerse para que de tal manera se pueda hacer frente a la reafirmación de hechos delictivos y por ende se pueda sancionar de forma eficiente y eficaz, siendo así efectivamente la conducta no sea repetida.

• **Ventaja conseguida por el funcionario**

- En cuanto a este criterio efectivamente tiene vinculación al costo – beneficio que desarrollará el demandado, en relación al hecho delictuoso generado. Entonces para prevenir que estos hechos delictivos se vuelvan a generar de forma repetida, la indemnización aumenta en relación a la cuantía, la cual tiene que graduarse conforme al provecho que el sujeto que realiza la acción haya obtenido, de modo tal que no se vea beneficiado la acción dañosa por su conducta delictiva, por ende, no obtenga ningún beneficio. Entonces, cabe resaltar que, este criterio tiene como finalidad de que el demandado no haya obtenido como resultado de su acción delictiva beneficio alguno,

y por ende pueda asumir una responsabilidad de forma igualitaria u mayor a la ventaja que quiso obtener.

1.3.1.3.2. Criterio Subjetivo

En el caso de los criterios subjetivos, estos se encuentran netamente concordados con el sujeto que realiza la acción delictiva; asimismo, se debe tener presente que es fundamental considerar para la determinación del quantum indemnizatorio y obtención de un resarcimiento idóneo las situaciones en los casos en particular para la realización del delito cometido por un funcionario público. Por ello se toman en cuenta la posición del funcionario en el Estado y su capacidad de representación del mismo.

- **Posición del funcionario en el Estado**

- En este caso lo que se quiere determinar es cuan grave es el ilícito cometido en relación a su condición especial al ser funcionario público dentro del aparato en el ámbito administrativo concerniente al estado.

- Se considera que es grave el ilícito cometido, cuando se tiene una relación directa con el grado de responsabilidad y también de jerarquía en relación a funciones que desempeña, dentro del cual se configura el sujeto activo o quien realiza la acción delictiva.

- Por otro lado, se toma en cuenta la causa del mencionado criterio se fundamenta en que cuanta mayor responsabilidad se tiene acarrea consigo un incremento de la posibilidad de daño al Estado concerniente al desarrollo de sus funciones y como consecuencia se verá vulnerado en obligaciones directas del servidor público siendo así que se suscita una defraudación grave de institucionalidad estatal.

- **Capacidad de representación del funcionario**

- Este criterio está vinculado con el criterio antes mencionado, siendo así que se complementan en relación a la gravedad del hecho que causa el daño el cual es producido al Estado, teniendo como posición especial el funcionario el de representante del propio Estado para con la población.

- Cabe recalcar entonces que la jerarquía de representación ante la población que tenga el funcionario público, mayor relevancia tendrá en cuanto al resarcimiento que tendrá que pagar al Estado por los daños causados en un hecho ilícito en relación a su derecho de identidad.

- **Criterio Social**

En este caso, dichos criterios están relacionados al impacto social que trae como consecuencia de la comisión de hechos delictivos los cuales están relacionados a los actos de corrupción.

Dicho lo anterior, esto trae consigo un resquebrajamiento en la identidad institucional del Estado de forma directa con la sociedad. Por estas razones, es que toman en cuenta criterios, los cuales están abocados a la función de naturaleza social, entre ellos los de naturaleza social de la función, que consecuentemente fue materia del delito y la difusión del impacto.

- **La Naturaleza social de la función materia de defraudación**

- En este caso, se tiene que tener en cuenta el grado de cercanía el ejercicio de la función pública con la finalidad de ser un servicio para el beneficio de los ciudadanos, por esta razón será que el daño causado tendrá mucha más relevancia en cuanto esté referido al fin que persigue

el ente del Estado. Teniendo como consecuencia el reflejo externo de un sujeto que no está en la capacidad de actuar de forma eficiente y eficaz, dado que su accionar es de forma contraria a la de la institución por la cual trabaja; tomándose en cuenta a la cercanía también en el contexto de territorio, dado el caso en concreto.

- **Impacto ocasionado al público**

- Se hace referencia a la magnitud del impacto ocasionado en los medios, que pueda producir la realización de un hecho delictivo contra la administración pública. Esto quiere decir, que, a mayor difusión del hecho delictivo en contra del estado, también será mayor en cuanto a la percepción de la sociedad, desvirtuando la institucionalidad estatal, por esta razón es que será mayor el monto a resarcir.

1.3.1.3.3. Una aproximación a criterios de cuantificación de daños extrapatrimoniales en el Perú

Jurisprudencialmente, no existen criterios específicos para determinar el monto de la reparación civil por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, los cuales son derivados de contrataciones públicas, por lo tanto, tienen una tratativa especial. La Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 189-2019 Lima Norte , ha desarrollado “Criterios de cuantificación de la reparación civil por daño extrapatrimonial en los delitos cometidos por funcionarios públicos”; sin embargo, dichos criterios son muy amplios, siendo de aplicación para inclusive, cualquier tipo de delitos y no sólo a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, como se desarrolla dicha sentencia de casación.

Los criterios objetivos y subjetivos, que han desarrollado en dicha sentencia casatoria, son: i) La gravedad del hecho ilícito. ii) Las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica. iii) El aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables. iv) El nivel de difusión pública del hecho ilícito. v) La afectación o impacto social del hecho ilícito. vi) La naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada. vii) El alcance competencial de la entidad pública perjudicada. viii) El cargo o posición de los funcionarios públicos. Sin embargo, dichos criterios en su mayoría no son específicos y siguen siendo genéricos y de aplicación en el peor de los casos, subjetiva de parte de los jueces, tal como el nivel de difusión pública, considerando que todos los casos mediáticos, deberían ser reprochables con más dureza al imponer un monto de reparación civil, que casos delicados, que no tienen presión mediática.

1.3.2. Delito de Colusión

El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal el cual señala dos modalidades, simple y agravada, en palabras de Salinas (2017), en otras legislaciones recibe denominaciones de “negociaciones incompatibles”, “fraude a la administración pública”, “celebración indebida de contratos” o “fraude contra el Estado. Es un delito derivado de contrataciones públicas, donde el Estado es parte.

Su descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 384.- Colusión Simple y Agravada

“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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

La colusión simple tiene como verbo rector al término “concertar”, en cambio, la colusión agravada tiene como verbo rector al término “defraudare”. Si la concertación es descubierta antes que se defraudare patrimonialmente al Estado, estaríamos frente a una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, nos encontraremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada.

1.3.2.1. Bien Jurídico tutelado

El bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado.

En tanto que el bien jurídico específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios públicos.

El sujeto público, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la administración pública, tiene que hacerlo conforme a deber funcional que le impone el cargo público que desempeña. Si el sujeto público directa o indirectamente infringe aquel deber y de paso, con su actuación, busca defraudar o llegar a defraudar el patrimonio del Estado, entra a tallar el delito de colusión, ya sea en su faceta simple o agravada.

De ahí, que el bien jurídico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior de la administración.

Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público.

De modo que sustenta la sanción penal, la inobservancia de un deber específico que vincula al sujeto público con los fines del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino sólo aquel de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público debe disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado. De modo que el

patrimonio del Estado es protegido en forma indirecta por el delito de colusión.

El delito de colusión tiene como propósito específico el conminar a los funcionarios o servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido a participar en nombre del Estado en todos los niveles de las modalidades de contrataciones, adquisiciones y demás operaciones públicas.

(Salinas, 2016) no dice al respecto que: El funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelar y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado.

Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional y, por lo tanto, es pasible de ser imputado el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

1.3.2.2. Colusión Simple

Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado.

“El tipo penal mismo dice que ese “fraude” debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública,

siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple "Colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario".

(Rojas, 2002), nos dice al respecto que:

Defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

El agente, como menciona (García Caveró, 2008), con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio ya sea real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasionen un perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Sala Penal de la Corte Suprema, mediante Ejecutoria Suprema del 02 de abril de 2014 en el R. N. N° 1076-2013-Ucayali, al

precisar que “debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes-el Estado y los particulares esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”.

Interpretando el tipo penal antes de la modificatoria, la jurisprudencia alegaba que “cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384° del Código Penal contempla como núcleo rector típico el “El defraudar al Estado o Entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados”, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras”.

De la ejecutoria Suprema (R. N. N° 1296-2007-Lima, 2° Sala Penal Transitoria, de fecha 12 de noviembre del 2017), además señala al respecto que no puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que

tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos”.

1.3.2.3. Colusión Agravada

Aun cuando pareciera lo mismo “defraudar” y “defraudare”, el significado que se le ha dado en el tipo penal 384° del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N° 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que debe darse al término “defraudare” que viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público.

El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de la concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, en

tanto que, en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas.

1.3.2.3.1. Elementos constitutivos de delito

1.3.2.3.1.1. Por razón del cargo

Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras y servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado, en concesiones, por ejemplo, el delito en análisis no se configura.

(García. 2008), nos dice que en cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N° 29758, se tiene que "los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo 384° del código sustantivo vienen a ser el acuerdo

clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, El Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”.

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público. En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón del cargo, y dentro de su función asignada previamente, ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el Patrimonio del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas – sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras – vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan.

1.3.2.3.1.2. Concertar con los interesados

El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

(Salinas, 2017), nos dice que, la concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subreptico y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa.

Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento, mediante una labor de negociación. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado.

(Rojas, 2002), respecto a la concertación, detalla que la concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados – sobrevaluados o subvaluados -, admitir calidades inferiores a la requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. El término interesados, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicio y realiza obras en beneficio de los administrados.

Por otro lado, debe quedar establecido, en palabras de (Abanto, 2014) que la concertación solamente puede realizarse por comisión. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa,

debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna.

En el mismo sentido, (García, 2008), concluye que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exigen el tipo penal. Aquel funcionario público que omite podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión. En la misma posición y línea interpretativa, (Castillo, 2008), asevera que en el caso que un funcionario que participa de las negociaciones – pero no obra por razón de cargo – sólo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado estaremos ante un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, a concertar qué exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Lo fundamental es los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica.

Finalmente, se debe dejar establecido que, si bien tanto en la colusión agravada como en la simple interviene la concertación o acuerdo clandestino y fraudulento, también es cierto que en la colusión simple es el verbo rector y, por lo tanto, se configura el citado delito con la simple concertación tendiente a defraudar el

patrimonio del Estado. El agente concierta con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. En tanto que en la agravada la concertación es un medio que utiliza el agente para perjudicar el modo efectivo el patrimonio del Estado.

1.3.2.3.2. Instrumentos de delito

1.3.2.3.2.1. Cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado

En la Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 4187/2010- Poder Judicial, se describe que el agente, con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

Comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo.

Engloba en consecuencia la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante que realiza el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos.

El considerando séptimo de la ejecutoria suprema R.N. N° 1016-2004-Ayacucho fija que: “El ilícito previsto en el artículo 384° del Código Penal, exige que el funcionario o servidor público a cargo

de las adquisiciones, concierte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en detrimento del patrimonio estatal”.

Se refiere con ello, a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

Suministros son acuerdos a que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

En tanto que licitaciones, representan un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o convivencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

Concurso de precios, es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

En cambio, subastas son actos de venta pública de bienes al mejor postor, puede hacerse judicial o administrativamente.

El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación semejante a las anteriores en la cual es Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión. Pero estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes,

obras o servicios del Estado. Podrán incluirse, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía. No puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal 384°. Sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio. En este marco pueden producirse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja patrimonial para el Estado, dando prioridad a los intereses económicos de los particulares que negocian con el Estado.

El término convenio significa los acuerdos concretos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, lo que se traducen o positivizan en un contrato. El legislador al utilizar el término "convenios" no solo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también se refiere a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa correspondiente.

Así, por ejemplo, las adquisiciones realizadas en el marco de convenios internacionales mencionados en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

Estado, o los convenios marcos de precios regulados en forma específica en la mencionada Ley-

En tanto que ajustes, significa las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando hay desavenencias en el cumplimiento del contrato. Se puede ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc. Los ajustes son supuestos que se contemplan simplemente para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, ello según el artículo 38° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Liquidaciones significa que los contratos firmados entre el Estado u organismos estatales con terceros llegan a su fin y es necesario hacer el procedimiento de liquidación. Esta deberá ser elaborada por el particular contratista y luego presentada a la entidad estatal correspondiente, deberá ser aprobada por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello, se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

Los suministros representan los acuerdos a que llegan los representantes del organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y/o servicios. Los suministros en palabras de (García, 2008) constituyen en la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades. Siendo el caso que luego de firmarse el contrato de suministro, la empresa contratista

con conocimiento del agente público realiza suministros de menor calidad o cantidad a la comprometida. Por ejemplo, alimentos descompuestos para los damnificados, chalecos antibalas de menor grosor que la pactada, leche con fecha límite de consumo vencida, etc.

1.3.2.3.2.2. El sujeto activo

En sus dos modalidades, nos encontramos ante un delito especialísimo de infracción de deber, en el cual el sujeto activo o agente, además de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384°, esto es funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales o competencia funcional el deber de participar en cualquier etapa de las modalidad de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser agente del delito.

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si

no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

El tipo penal del artículo 384° además, engloba la conducta del funcionario o servidor público que se concerta con los interesados para perjudicar el patrimonio del Estado en forma “directa o indirecta”. Esto es, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas, puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos y adquisiciones que realice.

Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración, de verificarse su participación junto al sujeto público obligado, tendrán la condición de cómplices del delito de colusión.

1.3.2.3.2.3. Los interesados como cómplices

En principio, debe señalarse que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones; Primero: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, Segundo: No tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, no significa que su conducta queda impune.

(Rojas, 2002) Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos por la forma como está construida la fórmula legislativa – penal, sería impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber sustentada por Roxin en el sentido de que solo el sujeto público intraneus infringe un deber especial, en tanto que el extraneus no infringe deber alguno, por lo tanto, es cómplice.

Asumiendo la tesis de unidad de título de la imputación, queda establecido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado, siendo necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones de contrataciones públicas. La idea parte del hecho que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico. Los sujetos son distintos, por un lado, los funcionarios o servidores públicos y, por el otro, los terceros interesados los cuales, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado.

Que, para que el delito de colusión se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por esa sola circunstancia en participación punible, sino que para ello la intervención necesaria debe asumir unas determinadas características en cuanto al bien jurídico y la forma de ataque que legitimen una imputación penal como partícipe. En el

curso de la investigación se tiene que verificar el contubernio, el acuerdo o la concertación entre el sujeto público y el tercero interesado para defraudar las expectativas patrimoniales del Estado. El tercero interesado tiene que intervenir en tal concertación. Si ello no se acredita sin duda, no podrá imputársele delito alguno.

En esa misma línea, (Abanto, 2001), enseña que los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune; no pueden ser considerados como partícipes de este delito. Para serlo al igual que los demás funcionarios intervinientes, tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor.

Lo concreto es que la colusión se produce cuando mediante la concertación, el interesado da, ofrece o promete dar una ventaja patrimonial al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

En la modalidad en la cual el agente público actúa en forma indirecta, igual serán imputados el delito de colusión en su modalidad de complicidad, aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con terceros interesados representando al agente público.

1.3.2.3.2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, EsSalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el presupuesto estatal y que, por lo tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales. Es importante, dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad y organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo, excluyéndose al Estado, de lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil.

1.3.2.3.3. Tipicidad subjetiva

De la lectura del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No siendo relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Según R.N. N° 3017-2004-Huánuco, aquí sólo es posible el dolo directo. Ello se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado.

De acuerdo con la estructura de la colusión simple y la agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con la intención de defraudar el patrimonio público. En tanto que, en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público.

Se debe precisar que la fórmula legislativa empleada por el legislador, solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre "concertándose" con los particulares interesados con actos omisivos. Concertar implica actos comisivos de las partes. Si una de las partes guarda silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal.

1.3.2.3.4. Antijuricidad

Después que se verifica en las conductas analizadas la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal.

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384°, es imposible que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo. En la simple, el agente se colude con los interesados

para defraudar los intereses públicos. En la agravada, el agente público mediante los acuerdos colusorios defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado.

1.3.2.3.5. Consumación

Del contenido del primer párrafo del artículo 384° del Código Penal se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, sólo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto.

Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.

(Abanto, 2001), enseñaba incluso antes de la vigencia de la Ley N° 29758 que el delito de colusión es un delito de peligro y de mera actividad; en consecuencia, el delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario.

En cambio, del contenido del segundo párrafo del 384° del Código Penal, se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente perjudica o defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado previamente una

concertación con los terceros interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado. Sin duda, ese perjuicio puede ser imputado al agente público, pero será por otro delito; jamás por colusión. Esta, para que se verifique exige la concurrencia de una concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación o adquisiciones del Estado.

Es decir, en palabras de (Rojas, 2002) en la colusión agravada, se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados. Es entonces, irrelevante a efectos de la consumación, verificar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica.

1.3.2.3.6. Tentativa

De la lectura de la nueva fórmula legislativa, se advierte que tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa.

En palabras de (Salinas, 2016) La colusión simple al tratarse de un delito de peligro concreto no admite tentativa, pues al constituirse en el verbo rector y central el concertar, basta que este empiece para consumarse el delito.

Antes del inicio de la concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, no hay nada punible. Una vez que esta se inicia,

es decir, se inician los acuerdos clandestinos y colusorios con los terceros interesados, automáticamente se produce la consumación del delito.

En cuanto a la colusión agravada, como ya explicé, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa.

Esto es así debido a que si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa.

Esto es así debido a que, si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa.

1.3.2.3.7. Penalidad

De verificarse y probarse luego del debido proceso penal que el acusado es responsable penalmente de una conducta sancionada en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa. Esta es la pena para la colusión simple.

En cambio, si es imputado el delito de colusión agravada, el agente público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se entiende que los demás sujetos públicos sin relación funcional y los extraños a la administración que participan en la comisión del delito de colusión simple o agravada, de modo alguno serán sancionados con los máximos de pena previstos. Su pena siempre será menor a la impuesta al autor.

1.3.3. Delito de Negociación Incompatible

1.3.3.1. Tipo penal

El delito de negociación incompatible y aprovechamiento indebido de cargo, aparece registrado en el art 399 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Art. 399.- Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirectas o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos y sesenta y cinco días – multa”.

El tipo constituye un ilícito penal de conducta comisiva dolosa, cuyo verbo rector se expresa en el vocablo “interesarse”; pero no se refiere de cualquier interés sino aquella que es indebida; de manera que el agente, en forma

directa o indirecta o por acto simulado muestra palpablemente interés, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

Asimismo, Hugo y Huarcaya (2018) establece que el tipo penal contiene un elemento normativo que expresa en el vocablo “indebidamente” que va asociada a la acción de interesarse; de manera que literalmente el verbo rector que identifica al tipo tiene una aceptación referida a una acción material de interés por lograr un beneficio valiéndose del cargo especial del cual goza y por el cual interviene de acuerdo a ley.

Es un hecho punible de acción dolosa cuyo verbo rector es el vocablo “interesarse” que es el que define la conducta del agente configurado como un ilícito penal en el artículo 399 del Código Penal. Muestra un interés especial con fines ajenos al correcto proceder de un funcionario o servidor público.

G Fontán (S.F.) se interesa en un contrato u operación quien pide que se resuelva con rapidez; en la jerga administrativa, quien inquiriere en qué estado se encuentra. Así también, se interesa el funcionario que pone atención preferente en las condiciones y el trámite de un negocio jurídico. Pero a nada de esto ha podido querer referir la ley, sino al caso que el autor es al mismo tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en el por razón de su cargo.

Es decir, el concepto jurídico del verbo rector “interesarse” está referido a la circunstancia, como indica Soler (1978) al desdoblamiento de la personalidad del agente, de manera que a un mismo tiempo resulte intervenir en una relación (contrato y operación) como interesado y como órgano del Estado.

Entonces, al decir interesarse es participar en un contrato o negocio que interviene por razón de su cargo como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose "a sí mismo" o a un tercero. Donde el que interviene como funcionario, busca intervenir, al mismo tiempo, como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. La última es la forma más usual empleada por el agente.

La dualidad de participación simultánea del agente (como funcionario y como parte interesada) es la nota característica de la incompatibilidad entre el cargo y el negocio o contrato.

La acción dolosa del sujeto activo se orienta a lograr que el contrato o negocio se configure en un interés particular o beneficio propio. Por ejemplo, el alcalde que interviene mostrando un especial interés en la contratación de una empresa de servicios, en el cual es accionista su esposa o un amigo suyo.

Así también, el juez que en un proceso civil embarga un bien inmueble y por razón de su cargo interviene como funcionario rematando el bien y al mismo tiempo como parte beneficiario, o, el jefe de abastecimiento de una municipalidad y el agente municipal que directamente se interesa en un contrato o negocio que intervienen a celebrarse con una empresa de proveedores de bienes y servicios en el cual son accionistas que intervienen por razón de su cargo.

Portocarrero (1996) indica que es necesaria la vinculación entre el interés de la parte y la esfera de la competencia del funcionario sin necesidad de potestad plena de decisión.

Es así que, la expresión “por razón de su cargo” que utiliza el legislador del código penal en el tipo está referido a aquellas funciones y atribuciones que la ley otorga al funcionario o servidor público para intervenir o participar en un contrato o negocio cualquiera sea su naturaleza (adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición de bienes y servicios, etc.). Por ejemplo, La Ley orgánica de Municipalidades establece de manera expresa y taxativa, la facultad del alcalde en intervenir en los contratos o negocios a celebrarse con un particular, entre otros; y los instrumentos de gestión básica como el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF) prescribe las funciones del cargo; de forma tal que el gerente de Administración, el jefe de Abastecimientos, etc., pueden intervenir, por razón de su cargo, en un contrato o negocio y ser, por tanto, sujetos activos del tipo.

Entonces todo funcionario o servidor público participa en los contratos o negocios, sino solo aquellos que tienen facultades expresas señaladas por cualquier norma por razón del cargo (resolución de alcaldía que designa el Comité Especial de Adquisiciones, Decreto Supremo, Ordenanza, etc.).

La frase “por razón de su cargo” contiene el posesivo “su”, apcope de “suyo, suya”; indica que se refiere a las funciones que a tal funcionario le confiere la ley. Estas funciones provienen de las normas jurídicas que rigen el cargo, los actos administrativos, etc., de manera que no basta la simple relación funcional general sino específica.

Ahora bien, el funcionario o servidor público al asumir o aceptar el cargo lo hace para servir con lealtad, probidad, legalidad y rectitud a la

Administración y a través de ella la comunidad. No se admite valerse del cargo para beneficiarse o servirse de la Administración.

Además, Hugo y Huarcaya (2018) expresa que es un delito formal que no requiere la producción de un daño a la Administración para la configuración del tipo; y contiene dos elementos materiales:

-Que el sujeto activo tenga la calidad del funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga que intervenir en contratos o negocios en que el Estado este de algún modo interesado.

-Que el funcionario o servidor público se “interese” en el contrato operación en el que está llamado a intervenir asumiendo una dualidad de participación simultanea (como funcionario y como parte) en interés particular o beneficioso propio.

1.3.3.2. Bien Jurídico

En el tipo penal se identifica que el bien jurídico tutelado no es el patrimonio del Estado sino la rectitud, probidad, legalidad y el prestigio de los actos de la función pública.

1.3.3.3. Elementos constitutivos del delito

1.3.3.3.1. El interés del agente en contratos u operaciones que por razón de su cargo interviene

Según Hugo y Huarcaya (2018) indica que toda acción dolosa es finalista y la finalidad en el tipo, por ser un delito formal, se agota en el interés del agente que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación, en una dualidad de participación simultánea (como funcionario y como parte al mismo tiempo).

Se identifica que el texto del artículo 399 del Código Penal no señala expresamente a qué tipo de interés se refiere: económica o de cualquier otra naturaleza. De manera que todo parece indicar que, en este extremo, admite una interpretación analógica.

La norma penal hace referencia al interés del funcionario o servidor público en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, pero de manera taxativa y excluye cualquier otro acto administrativo. Hugo y Huarcaya (2018) expresa que los actos administrativos son aquellos referidos o actos enmarcados dentro del proceso de contratación civil o de una operación de carácter económico que a diferencia del contrato la Administración (es el estado) actúa por *ius imperium*; como por ejemplo en el caso de subasta, expropiaciones, comisos, licitaciones, etc.

Se observa que tanto en los contratos como en las operaciones estas deben tener un contenido patrimonial o económico; de tal manera que no se trata de un contrato u operación sin dicho contenido. Es así que el tipo no puede extenderse más allá del texto normativo descrito en el artículo 399 del Código Penal.

Soler (1978) indica que en la doctrina existe una amplia discusión sobre el particular, pero que responde a los distintos textos nacionales y que están representados en dos tendencias extrema: la italiana y la francesa. La italiana admite un concepto muy amplio del interés no solo referido al aspecto patrimonial o económico y la francesa que la reduce al interés pecuniario.

Manzini (1961) expresa que poner interés particular no equivale a recabar utilidad particular, sino simplemente interesarse por el acto o en el acto, en el momento de su proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación, anulación, ejecución, etc., con miras a un ilícito final del particular de cualquier índole.

Por su parte, Gómez (1941) sostiene que no importa que él no sea pecuniario, porque el texto legal no tutea exclusivamente, la hacienda pública, sino también, el prestigio de la Administración; y ese prestigio sufre desmedro cuando el funcionario aprovecha las facilidades que le brinda el cargo que desempeña para satisfacer su interés particular. Hugo y Huarcaya (2018), indican que el concepto de “interés” utilizado por el legislador en el artículo 399 del Código Penal no se reduce exclusivamente al aspecto económico, tiene una connotación mayor. El interés particular puede manifestarse en un hecho cualquiera de injerencia aprovechadora; careciendo de significado que el fin perseguido se logre o no.

Es por ello, que el hecho ilícito se consuma con la acción de tomar importancia o interesarse, por ser un delito formal. Además, no se reprime, en sí misma, el contrato u operación celebrada o llevada a cabo de manera irregular, sino el tipo califica o sanciona el interés manifiesto del agente por la incompatibilidad entre el cargo y el negocio; es decir, la negociación que sería incompatible con el cargo.

1.3.3.4. Formas de participación

El artículo 399 del Código Penal, según Hugo y Huarcaya (2018) admite dos formas o conductas del agente en la configuración del tipo:

-Directamente: El agente (funcionario o servidor público) se interesa personalmente en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, desplegando esfuerzo, induciendo, proponiendo o directamente tomando decisión o declaradamente muestra el interés de parte. Es una de las formas más torpes y poco usuales.

-Indirectamente o por acto simulado: El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa. Por ejemplo, el ejecutor coactivo que traba embargo a un contribuyente moroso, concurre por medio de un tercero al remate del bien que el mismo practica por razón de su cargo.

Entonces el agente que interviene por razón de su cargo en el remate, pero al mismo tiempo interviene, como parte en la subasta a través de un tercero; existiendo un acuerdo en la acción dolosa. En los "actos simulados", el agente recurre a formas artificiales para ocultar su interés en el contrato u operación recurriendo al clásico "testaferro".

Fontán (s.f.) sostiene que, en cuanto al acto simulado, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a favor de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido.

Esta es la forma más usual empleada en el medio jurídico. Algunos funcionarios o servidores públicos constituyen "empresas de servicios", o de cualquier otra razón social empleando para ello "testaferros", mostrando interés en el contrato u operación a celebrarse con los mismo, beneficiándose de alguna manera en su condición de funcionario y de parte.

Es así que dichos funcionarios o servidores pueden obtener un contrato de suministros a precios más ventajosos para la Administración que los ofrecidos por cualquier otro proveedor y no producir un perjuicio al Estado; pero incurre en el hecho ilícito descrito en el artículo 399 del Código Penal porque lo que se sanciona es el “interés” en el contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, como funcionario y como parte al mismo tiempo. Basta que sea incompatible funcionalmente.

Se concluye que el solo hecho de interesarse en el contrato constituye delito, aunque no llegue a obtener algún provecho o ventaja que se propuso. De manera que en la configuración del tipo no se requiere resultado alguno o que el agente logre o no la finalidad que se propuso, basta el hecho evidente del interés mostrado, pero naturalmente, este interés tiene que tener una manifestación concreta, destinada a conseguir algo. Por ello, que se habla de una conducta de actos preparatorios penalizados y, por tanto, el tipo no admite la tentativa.

1.3.3.5. Sujeto activo

Según Hugo y Huarcaya (2018) el sujeto activo es el funcionario o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado se interesa en un contrato u operación en la que invierte por razón de su cargo. No se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino de aquel que tiene formalmente a su cargo el “contrato” u “operación” para la Administración Pública por razón de su cargo. No es sujeto activo el agente que no teniendo formalmente esta capacidad por razón del cargo se interesa en un contrato u operación. Diferente es el caso del tercero que se interesa por encargo del funcionario o servidor público en la que interviene por razón de su cargo; en esta última

hipótesis, el funcionario público responderá como autor del hecho punible en comentario y el segundo como cómplice.

1.3.3.6. Sujeto Pasivo

En el tipo penal se identifica que es el Estado.

1.3.4. Motivación en las sentencias

1.3.4.1. Concepto

Se tiene en cuenta que en un estado democrático es de suma importancia que el ejercicio de los jueces en cuanto plasma sus sentencias, estas tienen que estar debidamente motivadas, dado que esta sirve para dar legitimidad ante la actuación jurisdiccional y por ende permitirá un debido control en las sentencias y/o resoluciones judiciales emitidas, las cuales son el reflejo de la forma de como resuelve el juez.

La motivación de las sentencias es un requisito de suma importancia para el buen ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva, por ello es que la misma debe de ser congruente y este correlacionada con las cuestiones planteadas en el proceso. Asimismo, se considera como un elemento crítico y valorativo, el cual se fundamenta en de forma razonable con la fundamentación de hecho y derecho para el sustento de la decisión final. Entonces, motivar es expresar la deliberación razonada que aplican los jueces al momento de emitir su opinión, la cual esta correlacionada con la solución de la controversia.

Fundamentar una sentencia es sumamente difícil para los jueces, dado que se centra en la decisión judicial. Por ello es que tiene que realizarse de forma fundamentada con todos los elementos necesarios, por ende, sea acertada en

relación al caso en concreto. Esta decisión del juez plasmado en una sentencia tiene que estar debidamente fundamentada, precisa, coherente e idónea.

Por otro lado, la motivación en las sentencias es de suma importancia porque esto implica que las partes entiendan la decisión tomada por el juez, de modo tal que generen seguridad jurídica.

Asimismo, da respuesta a que las partes en el proceso puedan conocer cuáles son los fundamentos considerados en las sentencias expedidas para que de tal manera puedan adoptar ciertas determinaciones respecto al caso en concreto. el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política acoge el principio y derecho en relación a la función que ejerce el órgano jurisdiccional, en cuanto a la observación de una debida y adecuada motivación de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces; siendo que estas deben contener consideraciones que estén debidamente argumentadas, las cuales se fundamentarán en la adecuación de los hechos en los cuales yacen supuestos hipotéticos de la normatividad las cuales se aplicaron.

Dando lugar a la construcción de un razonamiento judicial que será fundamental para el apoyo a la declaración jurisdiccional; dado que de lo contrario la sentencia emitida no podría configurar en la persuasión o convencimiento de las partes, por otro lado, tampoco habría un control adecuado de los órganos encargados.

Esto quiere decir que la finalidad de la motivación en las sentencias se da debido a que garantizará que los jueces encargados de acuerdo a los casos en concreto puedan expresar el proceso de forma lógica, lo cual los ha llevado a decidir la controversia, de modo tal que se asegure el ejercicio de la potestad de administrar justicia de forma correcta e idónea conforme lo establece la

norma en la Constitución y consecuentemente se vea favorecido el ejercicio adecuado del derecho de defensa. En conclusión, se entiende entonces, que la existencia de la motivación en cuanto a las sentencias, se da siempre y cuando exista una clara fundamentación jurídica que sea sucinta, congruente e idónea entre lo que se pide y lo resultado, por lo cual la misma sentencia expresará de forma justificada la decisión por la cual opto el juez, así sea esta de forma breve.

1.3.4.2. Función de la Motivación en las Sentencias

La motivación en las sentencias tiene como finalidad salvaguardar el interés público, dado que se podía concebir la posibilidad de poder anular una sentencia la cual sea notorio que no se aplicó de forma adecuada pudiendo prevalecer la injusticia; seguidamente se permite a las partes en el proceso la ventaja de la visualización de la redacción de la sentencia, con la única finalidad de valorar lo estipulado regido al derecho, que en ciertos casos era posible de que una de las partes pudiera impugnar esa decisión del juez las cuales podían ser condenar o absolver.

La doctrina ten relación a la motivación indica que puede tener dos dimensiones:

- **Dimensión endoprocesal**
 - La cual tiene efectos en relación a un control técnico – jurídico para la decisión emitida por el juez, que como consecuencia será desarrollado durante el proceso por las partes.
- **Dimensión extraprocesal**

- Esta está relacionada con un grupo de funciones las cuales cumple la motivación fuera del proceso, como consecuencia del impacto causado por una resolución jurisdiccional en el ámbito social.
- La motivación de forma expresa se encuentra reflejada en todas las resoluciones emitidas en las diferentes instancias. Así también, en la jurisprudencia se hace mención respecto a la motivación que diferentes finalidades; permitiendo de tal manera, un control adecuado a la actividad jurisdiccional en relación a la opinión pública, siendo así que cumple con el requisito de publicidad; también cabe recalcar que la jurisprudencia hace mención sobre el sometimiento del juez en relación a lo que estipulan las normas en el ordenamiento jurídico; de igual forma el logro al persuadir a las partes respecto a la justicia en relación a la decisión judicial, lo cual hará que evite arbitrariedades por ende se aplicará de forma razonable y concreta respecto a lo que las partes peticionan.

1.3.4.3. Principio de congruencia y la debida motivación

El principio de congruencia está correlacionado con la motivación de las resoluciones y el de iura novit curia, el cual se encuentra regulado en el título preliminar del código procesal civil. Siendo así que para la emisión de las resoluciones judiciales es de suma importancia que tengan coherencia en relación al proceso que se sigue, de no ser así se verá afectado el debido proceso.

1.3.5. Reparación Integral

1.3.5.1. Criterios de Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se estableció criterios respecto al concepto de reparación integral desarrollado por la Corte IDH, mediante los cuales desarrollan a continuación:

a) Base normativa

En el artículo 63.1 de la CADH prescribe que cuando se determine que existió una violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá lo siguiente:

- Se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.
- Si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos.
- El pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De las cláusulas mencionadas, Calderón (2015) indica que son una “potestad que tiene el Tribunal para poder resarcir a las víctimas en el goce de sus derechos y para modificar las consecuencias producidas por la violación, ya sea en la víctima o por cualquier medida o situación que provocó la afectación”. Así también, se dispone la posibilidad de otorgar el pago de una indemnización considerada justa.

De acuerdo al artículo 68.2 de la CADH, la parte donde se ubica el fallo y se disponga una indemnización compensatoria, este se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En buena parte de ellos el Tribunal ha remitido que dicho pago se realice en el fuero interno.

Se infiere que el mecanismo establecido en el artículo 63.1 de la CADH brinda un mecanismo más amplio de reparación para la Corte IDH que los

que se establecen en los Sistemas Europeo y africano o en el Penal Internacional.

b) Doble dimensión: Deber-Derecho

Se indica la importancia que es entender la reparación del daño en una doble dimensión: Obligación del Estado que resulta de su responsabilidad internacional y Derecho fundamental de las víctimas.

Las dimensiones en mención se reflejan en el desarrollo del Derecho Internacional público. Calderón (2015) indica que los casos donde los individuos no eran sujetos de Derecho Internacional, la exigencia de reparar las consecuencias del ilícito internacional recaía en los Estados, que la mayoría de las veces debían compensar la violación.

Es así que, en muchos años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos logro determinar en el Informe de Fondo las violaciones acreditadas y emitió una serie de recomendaciones a los Estados para el caso concreto. Dichas recomendaciones, aunque los puntos discutidos tenían alcance general, estos carecían de un análisis pormenorizado de los daños ocasionados y las medidas adecuadas para repararlos, así que la disposición genérica recomendada por la Comisión IDH recaía en que el Estado brindara la reparación a las víctimas. No es sino hasta el desarrollo de la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte, a partir de la reforma reglamentaria de 1996, que se formaliza la oportunidad de los representantes de las víctimas de demostrar sus afectaciones y demandar las medidas más apropiadas para su reparación.

Según Calderón (2015) comenta que tuvo repercusiones en el análisis y la acreditación de los daños como en el debate relativo a las mejores formas de repararlos y sus consecuencias. Frente a términos prácticos, la acreditación de responsabilidad del Estado ya no sólo el Estado tiene el deber de reparar, sino que las víctimas tienen el derecho a exigir una reparación integral, misma que, de ser procedente, el Estado deberá cumplir a cabalidad. En consecuencia, en la sentencia del 23 de noviembre de 2009 en el Caso Radilla Pacheco vs. Mexico se indicó que el deber del Estado surge de contar con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el acceso a una reparación integral en Derecho Interno, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, así como con los principios del control de convencionalidad.

c) Víctimas

Concepto de parte lesionada, víctimas y beneficiarios: retomando la distinción

Así se tiene otro elemento de la reparación integral que consiste en resarcir a las víctimas que sufrieron afectaciones y consecuencias como resultado de la violación a un derecho humano. Según la Corte IDH ha reparado, en términos prácticos, a víctimas directas, a víctimas indirectas e, incluso, a víctimas colectivas y potenciales. Calderón (2015) indica que lo anterior ha sido motivo de una discusión terminológica y conceptual en el Sistema Interamericano que ha repercutido en el reconocimiento de quién es beneficiario de la reparación como parte lesionada.

La jurisprudencia vigente de la Corte expresa que la parte lesionada es aquella a quien se le viola un derecho consagrado en la Convención y por ende a quien se le debe reparar.

c) Daños

Después de haber identificado a las víctimas del caso, o en caso que exista posibles beneficiarios que hayan sufrido una afectación con motivo de la violación incurrida por el Estado, como base fundamental del concepto de reparación integral, corresponde analizar e identificar los daños sufridos.

Calderón (2015) expresa que desde el punto de vista de los derechos humanos y, en particular, a través de la práctica de la Corte, resulta muy importante que se hayan reconocido daños más amplios que los que había desarrollado la perspectiva del Derecho tradicional Civil y del Derecho común.

Desde el enfoque integral de la persona humana, según la Corte ha reconocido que con motivo de una violación a los derechos humanos se pueden generar afectaciones en dos categorías principales: material e inmaterial.

- **Daño inmaterial**

Al respecto, el Tribunal en el caso de *Los niños de la Calle vs. Guatemala*, ha establecido que este daño inmaterial comprende los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

- **Daño material**

Al respecto, el Tribunal mediante Sentencia del 22 de febrero del 2002 en el caso *Bácama Velasquez vs. Guatemala*, ha dispuesto que este daño es la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que

tengan un nexo causal con los hechos del caso. Este daño comprende: i) el daño emergente, ii) la pérdida de ingresos, así como iii) el lucro cesante y el daño al patrimonio familiar.

d) Medidas de reparación integral

Como siguiente paso consiste en identificar los remedios adecuados para reparar de manera integral los daños en el caso concreto. Para Calderón (2015) es necesario hacer una analogía con el trabajo que realiza el médico ante un herido múltiple, es así que el médico deberá detectar cada padecimiento de manera particular e identificar el remedio preciso para cada afectación, así como otros que lo ayuden en general a recobrar su salud. Para ello, un mismo remedio puede servir para varios daños, mientras que otros requerirán de medidas adicionales específicas.

De lo antes expuesto la Corte otorgará por lo general diversas medidas para cada caso, conocidas como medidas de reparación integral: 1) restitución; 2) rehabilitación; 3) satisfacción; y 4) indemnización compensatoria.

- **Restitución**

Según la Corte esta pretende devolver a la víctima a la situación anterior a la violación. Ésta comprende tanto la restitución material como la restitución de derechos.

- **Rehabilitación (tratamiento o asistencia médica y psicológica)**

La rehabilitación pretende reparar lo que concierne a las afectaciones físicas, psíquicas y morales que puedan ser objeto de atención médica o psicológica.

La rehabilitación fue ordenada por primera vez en los casos Barrios Altos, Cantoral Benavides y Durand y Ugarte vs. Perú, a través de acuerdos entre las partes que fueron homologados por el Tribunal. Luego fue incluida en el

catálogo de medidas de satisfacción y en fechas recientes alcanzó su autonomía como medida de rehabilitación, siendo ordenada en la mayoría de los casos.

- **Satisfacción**

Esta medida tiene como objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria. Según la Corte ha indicado que estas medidas buscan, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso. Por otro lado, algunas medidas también tienen un efecto de no repetición, éstas se caracterizan sobre todo por su efecto satisfactorio, lo cual no excluye otros alcances.

- **Indemnización compensatoria**

La presente tiene como fundamento en diversos instrumentos internacionales de carácter regional y universal efecto satisfactorio, lo cual no excluye otros alcances.

Calderón (2015) sostiene que el concepto de indemnización compensatoria incluye la valoración de daños materiales e inmateriales. Es en esta medida que se integra toda orden de la Corte respecto de un monto determinado que atiende a un daño específico, incluido el caso de los gastos médicos incurridos (por concepto de daño emergente), los gastos futuros o los fondos de desarrollo a comunidades, sobre los cuales se tasa un monto.

En las primeras sentencias de la Corte IDH sólo otorgó a las víctimas el pago de una justa indemnización como en el Caso Velásquez Rodríguez. No fue sino después que comenzó a desarrollar las medidas analizadas con

anterioridad, en muchos casos a partir de la concertación de acuerdos de reparaciones entre las partes.

Dicha indemnización tiene carácter compensatorio por su naturaleza y monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial, es así que en el caso Gonzales y otras vs. México el cual indica que no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia. Además, una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación, como fue realizada en el caso González, por tanto, la indemnización incluso compensa daños que ya se repararon con otras medidas.

Asimismo, se enlistan en mérito de los casos desarrollados por la Corte los principales criterios desarrollados, según Calderón (2015) estos son para valorar la determinación del monto, pruebas y criterios de compensación:

- La Corte ha fijado, en la mayoría de los casos contenciosos que ha conocido, el pago de una justa compensación para reparar las consecuencias del daño o pérdida sufrida con ocasión de la violación de un derecho o libertad protegidos en dicho tratado.
- La indemnización busca compensar el daño y debe estar vinculada con los hechos constitutivos de violación según la Sentencia de la Corte.
- Para estimar la indemnización por daño material, la Corte IDH ha aludido a “una apreciación prudente de los daños”.
- El monto de las indemnizaciones que fija el Tribunal, tanto en el plano material como en el inmaterial, depende en particular de las circunstancias

de cada caso, así como de los criterios establecidos para valorar los daños y de la prueba requerida.

- Para determinar las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial, el Tribunal ha recurrido a “los principios de equidad”.
- Por tanto, el monto indemnizatorio dependerá de la gravedad de los hechos; la situación de impunidad, en su caso; la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas y/o sus familiares, y las alteraciones de las condiciones de existencia producidas y que sean imputables al Estado.
- La Corte ha remitido al ámbito interno la determinación y liquidación de la indemnización por daño material. Conforme al artículo 68.2 de la misma, “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.
- La Corte IDH ha valorado aquellas indemnizaciones ya adelantadas por los Estados en el Derecho Interno, de considerarlas adecuadas según los estándares interamericanos.
- El monto de las indemnizaciones puede ser acordado por las partes en el caso. De juzgarlo necesario, la modalidad del pago de la justa indemnización es valorada en el contexto socioeconómico del país de que se trate.
- La utilización del dólar de los Estados Unidos de América como divisa “dura” para el cálculo de la indemnización compensatoria. Entre las modalidades de cumplimiento, en la mayoría de sus sentencias la Corte señala que a) en general los montos deben ser pagados dentro de un año; b) el pago de intereses moratorios sobre la cantidad adeudada debe

corresponder al interés bancario moratorio en el Estado en cuestión; c) la prohibición de aplicar cargas fiscales sobre los pagos por concepto de daño material e inmaterial y costas y gastos establecidos en la sentencia; d) en caso de muerte de las víctimas, los pagos de la indemnización se distribuirán en partes iguales entre sus derechohabientes; e) en caso de no poder ser recibidos por los beneficiarios, el Estado consignará el monto en una cuenta o certificado de depósito y, ante la falta de reclamo luego de 10 años, las cantidades podrán ser devueltas al Estado con los intereses, y f) en caso de incumplimiento en la entrega del territorio indígena, correrán intereses.

e) Costas y gastos

Conforme a lo señalado por la Corte mediante Sentencia de 3 de marzo de 2011 en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, en el indica que las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana". La Corte ha señalado en el Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina que:

[...] las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante este Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la

jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable.

Por otro lado, sobre el reembolso por concepto de costas y gastos comprende tanto honorarios como gastos de tramitación del caso relativos a transporte, mensajería, servicios de comunicación y servicios de notariado, entre otros.

1.4. Justificación de la Investigación

- **Justificación Teórica:** Se analiza y profundiza sobre los conceptos de reparación civil, delitos de Colusión y Negociación Incompatible y Reparación Integral del Estado, siendo este último una figura jurídica poco estudiada en la doctrina nacional. Asimismo, se trata de proponer criterios teóricos normativos para determinar correctamente el monto de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.
- **Justificación Aplicativa:** Existen sentencias por delitos de Colusión y Negociación Incompatible de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, que en el extremo de la reparación civil se hace una motivación insuficiente e inadecuada sobre la reparación civil, así como se hace evidente la ausencia de criterios uniformes para determinar el monto de la reparación civil.
- **Justificación Valorativa:** La investigación serviría como base, en caso de discutirse en un Pleno Jurisdiccional Penal, para los jueces al momento de determinar la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.
- **Justificación Académica:** Se evidencia un problema al momento de determinar la reparación civil por delitos de colusión y negociación incompatible, dado que no

existe un criterio uniforme que sigan los jueces, por lo tanto, el presente trabajo busca brindar una solución que permitan mejorar el desempeño de los mismos.

1.5. Limitaciones

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se presentó una limitación, la cual fue del que en el contexto de la pandemia Covid – 19, se hizo en un inicio, imposible el poder acceder físicamente a las sentencias expedidas por las Salas Penales de Apelaciones, debido a que el Poder Judicial, al igual que otras entidades públicas, priorizan el trabajo remoto y restringen el acceso masivo de personas en dicho edificio, por el aforo y evitar el riesgo de contagios.

No obstante la limitación antes descrita, la investigadora a través de personal que labora en el Poder Judicial (Salas Penales de Apelaciones de La Libertad) pudo tener acceso a través de su Sistema Electrónico del Poder Judicial de las sentencias en segunda instancia que fueron materia de apelación en los expedientes analizados de primera instancia, con lo cual se estableció una muestra No Probalística.

1.6. Formulación del problema

¿De qué manera los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, inciden en la Reparación Integral del Estado en el periodo 2017-2019?

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Determinar de qué manera los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden en la Reparación Integral del Estado.

1.7.2. Objetivos específicos

- Analizar los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible.
- Analizar la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.
- Describir el contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios.
- Identificar el contenido de la reparación integral del Estado en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis

Los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden de manera negativa en la Reparación Integral del Estado en el periodo 2017-2019, toda vez que aplican criterios inadecuados e insuficientes, debido al desconocimiento de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y la no existencia de criterios uniformes para determinar el monto de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Matriz de operacionalización de las variables de investigación

Tabla 01
Matriz de operacionalización de variables de investigación

VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DEFINICIÓN DIMENSIÓN	INDICADOR
<p>Variable independiente 1:</p> <p>Criterios para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible</p>	<p>Palacios (2004), señala que la reparación civil comprende la restitución del bien obtenido por el delito, o en defecto de aquella, el pago de su valor, abarcando igualmente la indemnización de los daños y perjuicios causados al ofendido o las personas con derecho a dicha reparación.</p>	<p>Dimensión 1: Delito de Colusión</p> <p>(Abanto, 2014) señala que la concertación solamente puede realizarse por comisión. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado.</p> <p>Dimensión 2: Delito de Negociación Incompatible</p> <p>Hugo y Huarcaya (2018) establece que el tipo penal contiene un elemento normativo que expresa en el vocablo “indebidamente” que va asociada a la acción de interesarse; de manera que literalmente el verbo rector que identifica al tipo tiene una aceptación referida a una acción material de interés por lograr un beneficio valiéndose del cargo especial del cual goza y por el cual interviene de acuerdo a ley.</p>	<p>Definición de Reparación civil</p> <p>Delitos de Colusión y Negociación Incompatible</p>

VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DEFINICIÓN DIMENSIÓN	INDICADOR
Variable independiente 2: Reparación Integral del Estado	Sobre la Reparación Integral, se define como un mecanismo establecido en el artículo 63.1 de la CADH brinda un mecanismo más amplio de reparación para la Corte IDH que los que se establecen en los Sistemas Europeo y africano o en el Penal Internacional.	Dimensión 1: Reparación Integral La reparación Integral, va más allá de la compensación económica de la Restitución e Indemnización, que nacen de la reparación civil, es más íntegra, debido que analiza y se sustenta en una reparación debida de la víctima, incluyendo mecanismos legales efectivos del cobro, entre otros, es así que el Estado en estos delitos, también debe aspirar a tal tipo de reparación.	Definición de Reparación Integral
			Definición de Reparación Integral del Estado
			Reparación Integral en la Legislación Comparada

Fuente: Autora

2.2. Matriz de operativización

Tabla 02
Matriz de operativización

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADOR	ÍTEMES	INSTRUMENTOS
Criterios para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible	Reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible	Definición de reparación civil	Consecuencia accesoria de la comisión de un delito, consistente en la restitución e indemnización del daño ocasionado.	Sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonales y Salas Penales de Apelaciones de La Libertad por el delito de Colusión y Negociación Incompatible en el periodo 2017-2019. Cuestionario de preguntas a jueces, fiscales anticorrupción y abogados de la Procuraduría
		Definición del delito de Colusión	1. Consiste en la concertación y/o la defraudación patrimonial entre funcionarios y servidores públicos y un tercero ajeno a la administración pública.	

		Definición del delito de Negociación Incompatible	2. Consiste en interesarse indebidamente en un contrato u operación estatal.	Pública Anticorrupción.
--	--	---	--	-------------------------

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADOR	ÍTEMS	INSTRUMENTOS
Reparación Integral del Estado	Reparación Integral	Definición de Reparación Integral	3. Va más allá de la compensación económica de la Restitución e Indemnización, que nacen de la reparación civil, es más íntegra.	Ficha de datos normativos

2.3. Tipo de investigación

La presente investigación según su enfoque es de tipo **Cualitativo**, ya que implica la obtención y utilización de una variedad de instrumentos y métodos, los cuales son: La búsqueda de información teórica a través de libros físicos, informes institucionales, normativa relacionada al tema de estudio, referidos al tema de investigación, orientados a conceptos específicos de la reparación civil en general, en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Al respecto Hernández (2010), señala que las actividades dentro de la investigación, las de encontrar el expediente y en ellas recoleccionar los datos importantes, analizarlos rigurosamente y organizarlos en las tablas establecidas previamente es una investigación cualitativa.

Lamberto (2016), señala sobre la Investigación Cualitativa, señala que es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr

una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular.

El tipo de investigación es **Descriptiva**, ya que permite, que se realicen estudios a las actividades, relaciones, medios e instrumentos en una determinada situación jurídica existente. Van Dalen (2006), señala que el objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.

No experimental: Encontrado los documentos valiosos de estudio, de hechos acaecidos en el pasado, las variables de estudio se recogerán de ella tal cual aparecen, no existiendo la manipulación por parte del investigador.

Transversal: Se tomará en consideración que los hechos ocurrieron en un tiempo y espacio determinado. (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). El fenómeno materia de investigación, quedó registrado en documentos valiosos, conteniendo hechos ocurridos en varios años, y en varias etapas, aun así, la transversalidad recorre todo el expediente materia de estudio.

2.4.Población y muestra

2.4.1. Unidad de estudio

- Relación entre las sentencias por los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, emitidas por los Juzgados Unipersonales de Trujillo y las figuras jurídicas de reparación civil y reparación integral.
- Opinión de operadores jurídicos, siendo los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo que resuelven sobre delitos de corrupción de funcionarios, fiscales anticorrupción y abogados de la Procuraduría Pública anticorrupción.

2.4.2. Población

- Doce (12) sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Trujillo sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, correspondientes al periodo 2017 – 2019.
- Doce (12) sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Trujillo sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, correspondientes al periodo 2017 – 2019.
- Dos (2) jueces, tres (3) abogados de la procuraduría anticorrupción de La Libertad, y cuatro (4) fiscales anticorrupción de La Libertad. Los cuales son los siguientes:

2.4.3. Muestra

La presente muestra es de tipo **población-muestra**, es decir, todas las sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonales de Trujillo por los delitos de Colusión y Negociación Incompatible de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el periodo 2017-2019.

Tabla 03
Muestra

POBLACIÓN	MUESTRA	CRITERIO	JUSTIFICACIÓN
-----------	---------	----------	---------------

<p>Sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Trujillo sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, correspondientes al periodo 2017 – 2019.</p>	Sentencia del Expediente 01352-2015	Insuficiente motivación en el extremo de la Reparación civil.	Debido a que, en el extremo de la reparación civil, no se fundamenta adecuadamente el monto, afecta directamente la reparación integral del Estado.
	Sentencia del Expediente 01596-2018		
	Sentencia del Expediente 01598-2018		
	Sentencia del Expediente 02006-2018		
	Sentencia del Expediente 02082-2018		
	Sentencia del Expediente 02675-2015		
	Sentencia del Expediente 03529-2018		
	Sentencia del Expediente 05050-2015		
	Sentencia del Expediente 06494-2014		
	Sentencia del Expediente 06692-2015		
	Sentencia del Expediente 05472-2018		
Sentencia del Expediente 01609-2018			
<p>Sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Trujillo sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, correspondientes al periodo 2017 – 2019.</p>	Sentencia del Expediente 01352-2015	Validación de criterios insuficientes de parte de los jueces de Sala de las sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonales.	Se analizará las sentencias de Sala, las cuales fueron materia de apelación, a fin de verificar si es que Sala validó los criterios de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, que resuelven sobre delitos de Corrupción de Funcionarios.
	Sentencia del Expediente 01596-2018		
	Sentencia del Expediente 01598-2018		
	Sentencia del Expediente 02006-2018		
	Sentencia del Expediente 02082-2018		

	<p>Sentencia del Expediente 02675-2015</p> <p>Sentencia del Expediente 03529-2018</p> <p>Sentencia del Expediente 05050-2015</p> <p>Sentencia del Expediente 06494-2014</p> <p>Sentencia del Expediente 06692-2015</p> <p>Sentencia del Expediente 05472-2018</p> <p>Sentencia del Expediente 01609-2018</p>		
<p>JUECES DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES DE TRUJILLO QUE RESUELVEN SOBRE DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Corte Superior de Justicia de La Libertad – Sede Natasha</p>	<p>Juez Carlos Raúl Solar Guevara</p> <p>Juez Santos Teófilo Cruz Ponce</p>	<p>Jueces de Juicio Oral, que resuelven por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, en la Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p>	<p>Debe señalarse que desde el año 2018, en la Corte Superior de Justicia de La Libertad se implementó un Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, donde existen sólo un juez especializado de Investigación Preparatoria y otro de Juicio Oral, siendo que se seleccionó el periodo de 2017-2019, a fin de tener variedad de sentencias, ya que antes en la actualidad, es sólo un juez que resuelve los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.</p>
<p>ABOGADOS DE LA PROCURADURÍA ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD</p>	<p>Dra. Ruby Núñez Romero</p> <p>Dra. Maria Elena Solis Mendoza</p>	<p>Legitimados por mandato legal a solicitar la reparación civil por delitos de</p>	<p>El criterio de selección por lo cual se decidió incluir a los abogados de la Procuraduría Anticorrupción, es porque ellos son los legitimados</p>

		corrupción de funcionarios.	para la incorporación en los procesos penales por delitos de Corrupción de Funcionarios, para solicitar el monto de reparación civil del Estado, por mandato legal.
	Dr. Carlos Fernando Valverde Valderrama		
FISCALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD	Fiscal Provincial Titular: Dra Marlene Mabel Mariños Lecca	Fiscales especializados en delitos de corrupción de funcionarios, por delitos de Colusión y Negociación Incompatible.	El criterio de selección por lo cual se decidió incluir a los Fiscales Anticorrupción, es porque ellos son los legitimados por mandato legal, del ejercicio de la acción penal, de disponer de los actos de investigación para demostrar la comisión de delitos de corrupción de funcionarios, por lo tanto, tienen una participación activa en el proceso.
	Fiscal Provincial Titular: Dr. Victor Ricardo Bazán Alagón		
	Fiscal Adjunto Titular: Dr. Raúl Kenyi Melgarejo Tarazona		
	Fiscal Adjunto Titular: Dr. Juan Carlos Rodríguez Muñóz		

Fuente: Autora

2.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

TÉCNICA	INSTRUMENTO	JUSTIFICACIÓN	MÉTODOS
Análisis documental	Ficha de datos normativos	Permitió conocer los aspectos generales y específicos sobre la reparación civil y la reparación integral en la normativa peruana.	Síntesis
Análisis de sentencias	Formato de estudio para las sentencias	Permitió determinar los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo que resuelven sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, y de los jueces de segunda instancia quienes validaron dichos criterios para determinar la reparación civil y su incidencia en la reparación integral del Estado.	Análisis y síntesis Inductivo-Deductivo

Entrevista	Formato de estudio para las entrevistas	Permitió conocer las ideas, posturas y percepciones de los jueces de Juicio oral, Fiscales anticorrupción y Abogados de la Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción de funcionarios, respecto al tema objeto de estudio.	Inductivo - deductivo
------------	---	---	-----------------------

Fuente: La autora

2.6. Procedimiento

TÉCNICA	INSTRUMENTO	PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE DATOS
Análisis documental	Ficha de datos normativos	La investigadora a través del fichaje de textos recolectó toda la información relevante respecto al tema materia de investigación.	Luego de haberse efectuado la recolección de la información requerida en el presente trabajo de investigación, procedió bajo el método de síntesis a redactar los acápites los cuales correspondían al marco teórico.
Análisis de Sentencias	Formato de estudio para las sentencias	La investigadora a través de una tabla de análisis de sentencias obtuvo la información que a continuación se hace detalle: Sentencias de Primera Instancia: a) Datos Generales b) Extracto de la sentencia que contiene los criterios empleados por el Juzgador (Extremo de la reparación civil) c) Identificación de criterios adoptados en las sentencias d) Determinación sobre una correcta utilización y determinación de los criterios de la responsabilidad civil extracontractual	

		<p>e) Se motivó correcta y suficientemente</p> <p>f) Se cumple con resarcir integralmente al Estado.</p> <p>Sentencias de Segunda Instancia:</p> <p>a) Datos Generales</p> <p>b) Extracto de Sentencia que contiene el pronunciamiento sobre la reparación civil</p> <p>c) Determinación sobre si se hizo un análisis en el extremo de la reparación civil.</p> <p>d) Decisión sobre el extremo de Reparación civil.</p>	
Entrevistas	Formato de estudio para las entrevistas	<p>La investigadora realizó el cuestionario (4 preguntas), en formato Word, correspondientes a brindar un aporte al tema de investigación. Posteriormente, se contactó personalmente con los entrevistados a quienes se les planteó las preguntas señaladas en el Formato de entrevistas anexadas al presente trabajo de investigación.</p>	<p>Una vez realizadas las entrevistas, la investigadora bajo el método inductivo, analizó cada una de las respuestas de los entrevistados, con el fin de obtener una conclusión de cada pregunta elaborada.</p>

Fuente: Autora

2.7. Aspectos éticos

Durante el recojo de información de las técnicas empleadas en la presente investigación se ha empleado ética en su desarrollo. Ello es fundamental, para realizar correctamente un proyecto de investigación conforme al respeto de autoría de los autores que han realizado investigaciones relacionadas al tema. En ese sentido, todo lo realizados en el presente trabajo cuenta con citas en caso se haya obtenido información y se haya parafraseado, además, todo lo manifestado en la recolección de datos es

conforme la realidad. Han sido validados los instrumentos por especialistas en la materia, se ha creado los instrumentos de forma autentica y la información señalada es totalmente cierta, cumpliendo así con los requisitos éticos de un trabajo de investigación que la Universidad espera de sus alumnos.

Es necesario precisar que las entrevistas se realizaron de manera presencial, debido a la apretada agenda de los entrevistados, la investigadora se encargó de transcribirlos a sus respectivos formatos, bajo la debida autorización de los mismos. En aplicación al principio de la Buena fe, me someto a cualquier control posterior para verificar la autenticidad de los mismos, así como su autorización para que puedan consignarse sus opiniones en el presente trabajo.

Asimismo, en la recaudación de la información se han utilizado las citas “APA” a fin de respetar los conocimientos de los autores que han elaborado sus investigaciones y que han contribuido con esta investigación, además se ha utilizado tal formato en el presente trabajo.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

3. Triangulación de Resultados

3.1. Triangulación de resultados del Objetivo general

Tabla 04
Triangulación de resultados del Objetivo general

Objetivo General		
Determinar de qué manera los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden en la Reparación Integral del Estado.		
TÉCNICAS	INSTRUMENTO	CONTENIDO
Análisis y síntesis Inductivo-Deductivo	Formato de análisis de sentencias	De las 12 sentencias analizadas, se advierte que en la práctica los criterios más frecuentes utilizados por los Jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo que resuelven sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible son los que se encuentran en la Responsabilidad Civil extracontractual, los cuales son: Antijuricidad, Factor de atribución, Relación de causalidad y Daño producido, con excepción de la sentencia del Expediente N°02675-2015 por delito de Colusión Simple, en el cual se adiciona el criterio del daño ilícito.
Inductivo - deductivo	Formato de entrevistas	Pregunta 3°: ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios? Síntesis de las respuestas de los siguientes entrevistados: Dr. Carlos Raúl Solar Guevara Dr. Santos Teófilo Cruz Ponce Dr. Carlos Valverde Valderrama Dra. María Elena Solís Mendoza Dra. Ruby Núñez Romero Dra. Marlene Mabel Mariños Lecca Dr. Raúl Kenyi Melgarejo Tarazona

		<p>Dr. Juan Carlos David Rodríguez Muñoz Dr. Víctor Ricardo Bazán Alagón</p> <p>No se está cumpliendo con resarcir el daño ocasionado al Estado, en el cual es el agraviado en estos delitos. Entre las causas por la cual no se estaría cumpliendo con resarcir integralmente el daño ocasionado al Estado, según los entrevistados, se encuentran: Los jueces penales no son los expertos en la materia, hay una escasa especialización, la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil, los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado, la falta de preparación de los operadores jurídicos impide que la reparación civil cumpla con el resarcimiento real al daño causado.</p>
--	--	--

3.2. Triangulación de resultados del objetivo específico N° 01

Tabla 05
Triangulación de resultados del Objetivo específico N°01

Objetivo Específico N°1		
Analizar los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible.		
TÉCNICAS	INSTRUMENTO	CONTENIDO
Análisis y síntesis Inductivo-Deductivo	Formato de análisis de sentencias	<p><u>Sentencias de los Juzgados Unipersonales de Trujillo:</u> De las sentencias analizadas, en el extremo de los criterios que se instrumentalizan en elementos de la responsabilidad</p>

		<p>extracontractual en las sentencias emitidas por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se tienen como resultados que del 100% de las sentencias no se ha logrado individualizar los elementos de la responsabilidad extracontractual por cada uno de los acusados y que sólo se ha señalado daños patrimoniales y extrapatrimoniales pero no señala cuáles son, de la muestra del trabajo de investigación, también se tiene que un 100% sólo se hace mención de los mismos, pero especifican cuáles.</p> <p><u>Sentencias de Salas Penales de Apelaciones:</u></p> <p>De las sentencias analizadas, sobre la revisión de las sentencias de primera instancia impugnadas, en las sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se tienen como resultados que del 100% de las sentencias de segunda instancia, no se ha hecho un análisis en el extremo de la Reparación civil, un 89% de las decisiones que confirmaban las sentencias de primera instancia no variaron, mientras un 11% varió, revocándola por voto de mayoría, plasmada en el expediente N° 01352-2015, por delito de Colusión agravada, en agravio del Estado – Sedalib, con ello se advierte que Sala ha validado los criterios fijados por los jueces de primera instancia, los cuales como se ha reflejado en los resultados del objetivo general son insuficientes e inadecuados y no</p>
--	--	---

		cumplen con reparar integralmente al Estado.
--	--	--

3.1. Triangulación de resultados del objetivo específico N° 02

Tabla 06
Triangulación de resultados del Objetivo específico N°02

Objetivo Específico N° 02		
Analizar la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.		
TÉCNICAS	INSTRUMENTO	CONTENIDO
Análisis y síntesis Inductivo-Deductivo	Formato de análisis de sentencias	Sobre la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se observa que en la sentencia del Exp. 01352-2015 se hace el detalle que, si bien no hay una tabla o valores exactos, se fija un monto determinado correspondiente a la responsabilidad civil bajo el criterio de proporcionalidad, mientras en los Exp. 01596-2018, 05050-2015, 03529-2018, 05472-2018, 01609-2018 y 01598-2018, se detalla que el monto de la reparación civil debe ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil, bajo el criterio que la pena se ha fijado dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal, en el Exp. 2006-2018, 2675-2015, 06692-2015 y 064-2014, señalan que es bajo los criterios de proporcionalidad mínima y razonabilidad, mientras en el Exp. 2082-2018, se toma como criterio en consideración el valor de referencia del contrato estatal. Es así, que puede observarse que, sobre la motivación no existen criterios específicos que empleen los jueces para determinar el monto

		de la reparación civil, además de los ya conocidos elementos de la responsabilidad extracontractual, los cuales son: Antijuricidad, Daño causado, Relación de causalidad y Factores de Atribución estipulados en el Código civil.
--	--	---

3.2. Triangulación de resultados del objetivo específico N° 03

Tabla 07
Triangulación de resultados del Objetivo específico N°03

Objetivo Específico N° 04		
Describir el contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios.		
TÉCNICAS	INSTRUMENTO	CONTENIDO
Inductivo - deductivo	Formato de entrevistas	Respecto a las respuestas a las preguntas realizadas a los entrevistados, respecto al contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios, han señalado que, tiene una función restitutoria del daño, busca que el monto resarcitorio que el Juez determine sea proporcional al daño causado debiendo de satisfacer los intereses lesionados del agraviada, es la consecuencia de un acto arbitrario o contrario a ley, que la reparación civil es la Restitución del bien, es decir se debe identificar la magnitud del daño causado a fin de que sean atribuidos a quien resulte responsable de la comisión del hecho ilícito; debiendo el daño ser subsistente, cierto, injusto y específico. El segundo aspecto es la indemnización de los daños y perjuicios, en este aspecto el Juez debe administrar con el uso del derecho civil que regula este ámbito. La reparación civil en el Proceso Penal busca la restauración material del estado anterior a la violación del bien jurídico protegido y la

		<p>indemnización de los daños y perjuicios que se ha generado por la vulneración del Bien jurídico protegido.</p> <p>Asimismo, señalan que la reparación civil en el proceso penal tiene por objeto reparar el daño causado por el delito a la víctima, evita que el agraviado tenga que recurrir a un nuevo proceso, distinto al penal, a fin de obtener reparación económica por un daño derivado de la comisión de un delito en su contra.</p>
Análisis documental	Ficha de datos normativos	<p>Se observa que, del contenido de la reparación civil, se encuentra en el Código Civil y el Código Penal, los cuales regulan sobre esta figura jurídica, lo cual sirven a los jueces a fin de determinar la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.</p>

3.3.Triangulación de resultados del objetivo específico N° 04

Tabla 08
Triangulación de resultados del Objetivo específico N°04

Objetivo Específico N° 04 Identificar el contenido de la reparación integral del Estado en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.		
TÉCNICAS	INSTRUMENTO	CONTENIDO
Análisis documental	Ficha de datos normativos	<p>Sobre la figura jurídica de reparación integral, se observa que no existe normativa nacional que regule ello, sin embargo, se tiene que existe normas internacionales que dan referencia de los alcances de las misma y como es que se busca una reparación efectiva a la víctima, tal como el “Derecho a la justa indemnización” plasmada en el Artículo 63.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José, el cual indica que cuando decida que hubo</p>

		<p>violación de un derecho o libertad protegidos la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, de igual manera el Código de Procedimiento Penal colombiano ha señalado en su artículo 102°, sobre la Procedencia y ejercicio del Incidente de Reparación Integral, el cual se maneja para buscar una reparación más efectiva a las víctimas.</p>
--	--	--

4. Resultados

4.1. Resultado N° 01 (En relación con el Objetivo general): Determinar de qué manera los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden en la Reparación Integral del Estado.

A. A nivel de sentencias

Respecto al objetivo general, a nivel de sentencias corresponde en primer lugar identificar los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Tabla 09
Criterios identificados de las sentencias de los Juzgados Unipersonales de Trujillo

N°	N° DE EXPEDIENTE	TIPO DE DELITO	N° DE FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA	CRITERIOS IDENTIFICADOS
----	------------------	----------------	----------------------------------	-------------------------

01	Sentencia del Expediente 01352-2015	Colusión Agravada	10 c)	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño Producido
02	Sentencia del Expediente 01596-2018	Negociación Incompatible	91	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
03	Sentencia del Expediente 01598-2018	Negociación Incompatible	136	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
04	Sentencia del Expediente 02006-2018	Negociación Incompatible	124	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
05	Sentencia del Expediente 02082-2018	Negociación Incompatible	173	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
06	Sentencia del Expediente 02675-2015	Colusión simple	154	- Antijuricidad - Factor de atribución - El hecho ilícito - Daño ocasionado - Relación de causalidad
07	Sentencia del Expediente 03529-2018	Negociación Incompatible	97	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
08	Sentencia del Expediente 05050-2015	Negociación Incompatible	77	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
09	Sentencia del Expediente 06494-2014	Negociación Incompatible	187	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
10	Sentencia del Expediente 06692-2015	Colusión y otros	206	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
11	Sentencia del Expediente 05472-2018	Negociación Incompatible	10 n)	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido
12	Sentencia del Expediente 01609-2018	Colusión simple	10 c)	- Antijuricidad - Factor de atribución - Relación de causalidad - Daño producido

Conclusiones

Conforme a las sentencias analizadas, se advierte que en la práctica los criterios más frecuentes utilizados por los Jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo que resuelven sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible son los que se

encuentran en la Responsabilidad Civil extracontractual, los cuales son: **Antijuricidad, Factor de atribución, Relación de causalidad y Daño producido**, con excepción de la sentencia del Expediente N°02675-2015 por delito de Colusión Simple, en el cual se adiciona el criterio del daño ilícito.

Lo que corresponde a estos elementos de la Responsabilidad Civil, la *antijuricidad de la conducta* se encuentra regulada en el artículo 1971° del Código Civil, el cual implica que no sólo existió una contravención a la norma prohibitiva si no también puede tratarse de una vulneración a valores axiológicos o principios de la Constitución o la Ley (Normas civiles, éticas, etc), teniendo que únicamente podría eximir de una responsabilidad penal y civil el supuesto de una causa de justificación. Otro de los criterios, correspondiente al *Daño causado*, regulado en el artículo 1985° del Código Civil, refiere que implica la lesión de intereses ajenos o derechos subjetivos patrimoniales de personas naturales o jurídicas, las cuales se encuentran protegidas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal.

Este daño debe ser cierto y efectivo, lo cual deberá ser indemnizable, comprendidos entre ellos: El daño emergente, el lucro cesante, daño a la persona y el daño moral. Sin embargo, estos no son los únicos elementos que deben existir a fin de determinar responsabilidad civil extracontractual, tenemos así la *Relación de causalidad*, que es el nexo de causalidad adecuada o de hecho de la acción u omisión antijurídica y el evento dañoso; por otro tenemos los *Factores de Atribución*, que no son más que criterios de imputación de responsabilidad civil, que sirven para determinar cuando un daño antijurídico cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y por tanto obligarlo a indemnizar a la víctima. Estos criterios o factores, son subjetivos teniendo al dolo y la culpa y como objetivos, la acción realizada en una actividad riesgosa o peligrosa.

Asimismo, otro criterio observado en una de las sentencias es del Expediente N°02675-2015 por delito de Colusión Simple como se señaló se adiciona el criterio de Hecho ilícito, el cual requiere que se configuren tres elementos: Una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Así, se entiende por una conducta antijurídica, aquella que es contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica, o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno.

Finalmente, también se observa que no se hace un análisis profundo y concienzudo de cada criterio, ello debido a que se hace mención de los elementos de la responsabilidad

extracontractual, regulada en el Código civil, sin embargo se llegan a conclusiones cerradas sin un análisis previo, como individual o de acuerdo al grado de participación de cada uno de los acusados, lo cual es necesario para que pueda motivarse debidamente la sentencia, en todos sus extremos, que repercute directamente con la reparación que se busca se efectúe al Estado, quien es el agraviado en estos delitos.

B. A nivel de entrevistas

Respecto al objetivo general, a nivel de entrevistas responde a este objetivo la pregunta N° 3 del formato de entrevistas.

Tabla 10
Respuestas de los entrevistas a la pregunta ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios?

N°	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA
01	Dr. Carlos Raúl Solar Guevara Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo	Pregunta 3°: ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios?	No, ello debido a la falta de capacidad de los jueces, respecto a los elementos de la reparación civil, se entiende que los expertos en la materia no son necesariamente jueces penales, pero al respecto deberían existir jueces a su criterio, capacitados en ese extremo, ya que son ellos quienes determinan la reparación civil en delitos cometidos por funcionarios públicos, sobre todo porque el agraviado es el Estado.
02	Dr. Santos Teófilo Cruz Ponce Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo		No, debido a la escasa especialización de algunos jueces respecto a la reparación civil, lo cual se ve evidenciado en las sentencias.
03	Dr. Carlos Valverde Valderrama Abogado de la Procuraduría Pública		No, debido al desconocimiento y la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, pues no existe normas que regulen cuales son los criterios para fijar el

	Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		monto de la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios.
04	Dra. María Elena Solís Mendoza Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No y el fin de acumular una pretensión civil a un proceso penal resulta favorable para la víctima, por lo que considero que la reparación civil no cumple su función en el proceso penal, específicamente en estos delitos, considerando que, es innegable que las reparaciones civiles en procesos penales son más exigentes que un proceso civil y respecto a su fundamentación es poco argumentado.
05	Dra. Ruby Núñez Romero Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No y es debido al desconocimiento y la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, lo cual resulta una realidad preocupante, considerando que el agraviado en estos delitos es el Estado.
06	Dra. Marlene Mabel Mariños Lecca Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No, por dos razones, la primera de parte del desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil y la segunda, la falta de pago de los sentenciados y porque la Procuraduría Pública Anticorrupción no hace uso de todos los mecanismos legales como la solicitud de una caución que permita asegurar el pago de la reparación civil, entre otras.
07	Dr. Raúl Kenyi Melgarejo Tarazona Fiscal Adjunto Provisional de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No, porque los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado. No existe por parte de los jueces una motivación adecuada para sustentar en sus sentencias el quantum de la reparación civil.
08	Dr. Juan Carlos David Rodríguez Muñoz Fiscal Adjunto Titular de la Fiscalía Provincial		No, en algunos casos, la falta de preparación de los operadores jurídicos impide que la reparación civil cumpla con el resarcimiento real al daño causado. En un primer

	Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		momento, los Fiscales no motivan debidamente el porqué de los montos solicitados como reparación civil y en un segundo momento, los jueces no realizan una evaluación individual ni conjunta de los medios de prueba.
09	Dr. Víctor Ricardo Bazán Alagón Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No se está reparando como corresponde, máxime si los bienes jurídicos que protegen los delitos de corrupción de funcionarios, son de naturaleza intangible.

Conclusiones

Respecto a las respuestas a las preguntas realizadas a los entrevistados, si se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios, conforme a los criterios identificados en la tabla N° __, se advierte que en su totalidad coinciden en que no se está cumpliendo con resarcir el daño ocasionado al Estado, en el cual es el agraviado en estos delitos.

Entre las causas por la cual no se estaría cumpliendo con resarcir integralmente el daño ocasionado al Estado, según los entrevistados, se encuentran: Los jueces penales no son los expertos en la materia, hay una escasa especialización, la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil, los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado, la falta de preparación de los operadores jurídicos impide que la reparación civil cumpla con el resarcimiento real al daño causado.

El desconocimiento de los jueces sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil, así como sus elementos configurativos y la falta de especialización, conforme señalan los entrevistados tiene una repercusión directa en la reparación integral del Estado, puesto que es este el responsable de determinar el monto de dicha reparación consistente en la restitución e indemnización y la forma de pago conforme al artículo 93° del Código Penal.

Se advierte además de las respuestas proporcionadas por los entrevistados, que se coincide en que los montos de la reparación civil fijada por los jueces no son proporcionales al perjuicio ocasionado al Estado y ello tiene relación, con que no se

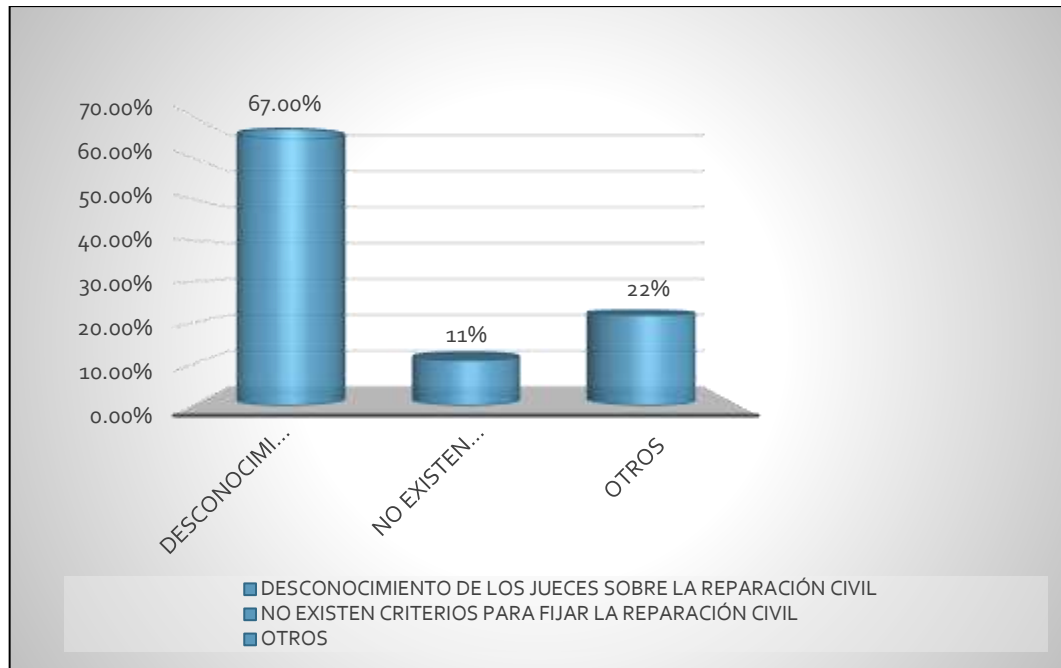
cuenta con criterios uniformes, específicos para determinar la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible. Partiendo de la idea que no puede existir una correcta construcción de una determinación del monto de la reparación civil si no ha existido un análisis adecuado de los elementos de la responsabilidad civil contractual para cada caso en concreto. Al no existir criterios para determinar el monto de la reparación civil por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, los cuales son derivados de contrataciones públicas, por lo tanto, tienen una tratativa especial, nos encontramos ante un vacío normativo que debe suplirse con urgencia. Asimismo, se tiene la opinión del Dr. Raúl Melgarejo, los daños patrimoniales que no cuentan con criterios específicos.

Tabla 11
Distribución de los datos de los entrevistados respecto a sí se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios

RESPUESTAS	ESPECIALISTAS	
	N°	%
A.- DESCONOCIMIENTO DE LOS JUECES SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL	6	67%
B.- NO EXISTEN CRITERIOS PARA FIJAR LA REPARACIÓN CIVIL	1	11%
C.- OTROS	2	22%
Total	9	100%

Fuente: Elaboración propia

Figura N°01
Distribución de los datos de los entrevistados respecto a sí se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

De las entrevistas realizadas entonces, se tiene que un 100% coincide que no se está reparando adecuadamente el daño y perjuicio ocasionado al Estado, por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en las sentencias emitidas por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo en el periodo 2017-2019, mientras un 67% señala que es debido al desconocimiento de los jueces sobre la reparación civil, un 11% señala que es debido a que no existen criterios para fijar la reparación civil y un 22% señala que son otras las razones por la que no se cumpliría e incidiría en la reparación integral del Estado, tales como mecanismos efectivos de cobro y que los montos determinados de reparación civil no son proporcionales.

4.2. Resultado N° 02 (En relación con el objetivo específico N° 01): Analizar los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Tabla 12

Análisis de los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
01352-2015	Carlos Raúl Solar Guevara	Colusión Agravada	Jose Carlos Moreno Marquez Oscar Wilfredo Calderon Del Rio	El Estado - Sedalib

**EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS
POR EL JUZGADOR**

En el *fundamento 10 c*), en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

- ***Antijuricidad.*** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Moreno Márquez vulneró las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función, así como proteger el patrimonio del Estado¹; pues se concertó con el abogado Oscar Calderón Del Río (co-acusado) para defraudar patrimonialmente al estado, ya que, requirió y otorgó conformidad a un servicio inexistente, a sabiendas que los expedientes judiciales N° 1535-2009 y 3772-2011 estaban siendo tramitados por los abogados de la empresa, sin que esté último haya realizado ningún tipo de coordinación.
- ***Factor de atribución.*** Se verifica la existencia del dolo directo, pues la conducta de los acusados no se ajustó a los principios que rigen la función y las contrataciones públicas.
- ***Relación de causalidad.*** La acción generadora del daño y el evento delictivo, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto, los acusados con su accionar, han realizado y contribuido con la realización de la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionarse el patrimonio del estado (pago de los servicios inexistentes por la suma total de S/. 21, 000.00 soles), contraviniendo los principios y deberes que atañe la función pública (imparcialidad, lealtad, probidad).
- ***Daño producido.*** Se ha producido un daño extra patrimonial y patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública, al haberse concertado con el extraneus durante el trámite de las contrataciones, y además se ha producido un perjuicio económico al patrimonio del estado.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la *Antijuricidad*, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas atribuidas vulneraron el correcto actuar de un funcionario público; Respecto al criterio de *Factor de atribución*, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo de todos los acusados, sin hacer un análisis individual por cada uno de ellos, a pesar de que cada funcionario y servidor cumplen diferentes funciones en una entidad pública y sobre todo en un proceso de

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la administración pública. Editorial Nomos & Thesis. Segunda Edición. Lima, junio 2017. Pág. 199

contratación estatal. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento delictivo, se han determinado con el accionar de los acusados, sobre el pago de servicios inexistentes, contraviniendo a los principios y deberes que atañe a la función pública, aun cuando sólo uno de los acusados era funcionario de la entidad edil sin especificar el grado de participación de cada uno de los acusados y por último, sobre el **Daño Producido**, que se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado, por la concertación producida, además se hace mención de un perjuicio económico al patrimonio de Estado con el extraneus (El tercero ajeno a la administración pública), sin especificar que tipo de daño nos encontraríamos, conforme a lo estipulado en el artículo 1985° del Código civil.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
01596-2018	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Marlon Alexander Alvitres Torres Carlos Enrique Guanilo Rodríguez	El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el **fundamento 91**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

- A. **Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida para la contratación de postulantes en el Concurso Público CAS N°01-2015.
- B. **Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.
- C. **Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.
- D. **Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su condición de miembros del Comité encargado del referido concurso público.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas atribuidas vulneraron el correcto actuar de un funcionario público, sin especificar a qué tipo de función; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo de todos los acusados sin el criterio de individualización. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento delictivo, se han determinado con el accionar de los acusados, que, si bien se trata de delitos de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial, siendo esta afirmación totalmente peligrosa, porque no existe un criterio riguroso sobre los daños

extrapatrimoniales, los cuales a pesar de que no se cuente con un criterio específico, según el artículo 1332° del Código civil, el cual señala que en caso de que no pudiera ser probado el monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa y por último, sobre el ***Daño Producido***, que se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado, por no actuar conforme a los deberes que como miembros de Comité ostentaban, al respecto se evidencia además que no se especifica que funciones eran las que los miembros del Comité de Selección habrían infringido, así como en qué etapa del proceso habría sucedido.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
01598-2018	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Jorge Vital Cabrera y otros	El Estado – Municipalidad Provincial de Chepén

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el ***fundamento 136***, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

- A. **Antijuricidad**. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a las empresas proveedoras.
- B. **Factor de atribución**. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.
- C. **Relación de causalidad**. La acción generadora del daño y el evento dañoso se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.
- D. **Daño producido**. Se ha producido un daño extrapatrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chepén.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la ***Antijuricidad***, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas atribuidas vulneraron el correcto actuar de un funcionario público, no señalando que funciones serían además la de los servidores públicos; Respecto al criterio de ***Factor de atribución***, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo de todos los acusados, sin individualizar el criterio por cada uno de los acusados. Con lo que respecta a la ***Relación de Causalidad***, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento delictivo, se han determinado con el accionar de los acusados, que, si bien se trata de delitos de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial dejando esto a la suspicacia y no bajo un análisis de criterios determinados y por último, sobre el ***Daño Producido***, que se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado, por no actuar conforme a los

deberes, interesándose de forma indebida, lejos de actuar constreñidos a sus deberes del cargo como funcionarios públicos, verificando que no se hace una valoración equitativa del resarcimiento conforme al artículo 1332° del Código Civil.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
02006-2018	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Segundo Edilberto Tocto Alvarado y otros	El Estado – Municipalidad de Huaranchal

**EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS
POR EL JUZGADOR**

En el *fundamento 124*, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, la imparcialidad en la contratación pública.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, ha realizado la conducta típica, la misma que se ha materializado al producirse la apropiación de los caudales.

Daño producido. Se ha producido un daño extrapatrimonial al Estado. En tanto que como funcionarios públicos han lesionado el recto funcionamiento de la administración pública.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la *Antijuricidad*, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas han afectado el bien jurídico tutelado, el cual es la imparcialidad en la contratación pública, no señalando que participación tendría en el contrato estatal por cada uno de los acusados; Respecto al criterio de *Factor de atribución*, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo, se advierte que tampoco hace un análisis individual. Con lo que respecta a la *Relación de Causalidad*, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento delictivo, se han determinado con el accionar de los acusados, la cual se ha materializado con la apropiación de los caudales y por último, sobre el *Daño Producido*, que se ha producido un daño patrimonial al Estado, debido a que como funcionarios han lesionado el recto funcionamiento de la administración pública, siendo este último elemento amplio por analizar, no evidenciándose en las sentencias por lo que no se hace el detalle del daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
02082-2018	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Santos Apolinar Cerna Quispe y otros	El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga

**EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS
POR EL JUZGADOR**

En el *fundamento 173*, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la contratación del Consorcio Virgen del Carmen.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Distrital de Pacanga.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la *Antijuricidad*, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública; Respecto al criterio de *Factor de atribución*, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta de los acusados, no determina por cada uno. Con lo que respecta a la *Relación de Causalidad*, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial dejando nuevamente a la suspicacia y no a datos objetivos y por último, sobre el *Daño Producido*, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño patrimonial al Estado, que los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Distrital de Pacanga.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
02675-2015	Santos Teófilo Cruz Ponce	Colusión	Giuliana Katherine Tirado García Alejandro Cortes Solaeche	El Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el *fundamento 154*, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

a) ***Antijuricidad.*** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados Pérez Orbegoso, Cortes Solaeche y Tirado García, han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de

cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación, así como preservar la imparcialidad en la contratación estatal.

- b) Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo.
- c) El hecho ilícito.** Para efectos de la responsabilidad civil se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye, a su vez, delito. Esta manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de deberes que tienen su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, y 2) violaciones de deberes de carácter general - Casación 657-2014-Cusco, de 3/5/2016. En el presente caso se acredita el hecho ilícito civil, por la existencia del contrato “Spot Publicitario”, dentro del que se ha encontrado un gran número de irregularidades, que han sido analizadas como actos de colusión ilegal.
- d) El daño ocasionado** es entendido como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extrapatrimonial. El Código Civil en sus artículos 1984 y 1985, desarrolla los criterios que permiten establecer la existencia de daño; por lo que, para la cuantificación de los daños patrimoniales se establece criterios como: el lucro cesante (aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino) y daño emergente (entendido como el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio). Mientras que para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales el criterio es el daño moral (aquel perjuicio moral que afecta el mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos) y el daño a la persona (aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida). Cabe mencionar que el proyecto de vida, es aquel daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. En consecuencia, se entiende que el daño es todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal. En el presente caso, el daño está acreditado, pues si bien se trata de un delito de peligro. “En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública e imparcialidad en las contrataciones.
- e) La relación de causalidad,** es entendida como la relación de causa-efecto (antecedente-consecuencia) que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado. De otro lado, los factores de atribución consisten en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionar el interés extra patrimonial del Estado.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis general, no se individualiza la antijuricidad de las conductas de cada uno de los acusados, sólo se hace mención que las conductas han vulnerado las normas que rigen al correcto actuar de un funcionario público; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta de los acusados. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención la acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionar el interés extrapatrimonial del Estado, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que es entendido como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extrapatrimonial. Se ha producido un daño extrapatrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública e imparcialidad en las contrataciones y por último, adiciona el criterio del **Hecho Ilícito**, señalando que para efectos de la responsabilidad civil se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye En el presente caso se acredita el hecho ilícito civil, por la existencia del contrato “Spot Publicitario”, dentro del que se ha encontrado un gran número de irregularidades, que han sido analizadas como actos de colusión ilegal.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
03529-2018	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Oscar Adolfo Malca Saldaña y otro	El Estado – Municipalidad Provincial de Chepén

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el **fundamento 97**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Malca Saldaña ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se ha interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa proveedora.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta del acusado.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto el acusado con su accionar, ha realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. El acusado, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, ha mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Provincial de Chepén.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis de que el acusado (Malca Saldaña) ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública pues se ha interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa proveedora; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial y por último, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Distrital de Chepén, una vez más no se señaló que tipo de daño extra patrimonial se ocasionó, conforme a los tipos de daños estipulado en el artículo 1985°.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
05050-2015	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y otro	El Estado –Hospital Regional Docente de Trujillo

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el **fundamento 77**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa Mary Import EIRL.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como trabajadores del Hospital Regional Docente de Trujillo.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis de que las conductas de los acusados de manera genérica, que han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa Mary Import EIRL, pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa proveedora; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial y por último, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño extra patrimonial al Estado, no señalando qué tipo de daños. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como trabajadores del Hospital Regional Docente de Trujillo.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
06494-2014	Santos Teófilo Cruz Ponce	Negociación Incompatible	Carlos Enrique Vasquez Llamo y otros	El Estado – Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el **fundamento 187**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se ha interesado de forma indebida en otorgarle la concesión del Mercado Mayorista Terminal Pesquero al Grupo Gerstein S.A.C.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionarios públicos, han mostrado un interés indebido, ajeno a su condición de alcalde, regidores y representante del OPIP, extralimitándose en el desarrollo de las facultades que les fueron otorgadas.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis de las conductas en conjunto de los acusados, sin individualizarlos, considerando que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, pues se ha interesado de forma indebida en otorgarle la concesión del Mercado Mayorista Terminal Pesquero al Grupo Gerstein S.A.C; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial, dejándolo a la suspicacia y no a criterios específicos y por último, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño extra patrimonial al Estado (No señala qué tipo de daño). Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su condición de alcalde, regidores y representante del OPIP, extralimitándose en el desarrollo de las facultades que les fueron otorgadas.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
06692-2015	Santos Teófilo Cruz Ponce	Colusión, Negociación Incompatible y otros	Ofronio Wilfredo y otros	El Estado – Municipalidad Provincial de Chepén
EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR				

En el **fundamento 206**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues en su condición de Alcalde e integrantes del Comité han mostrado un interés indebido en la contratación del inmueble transferido por la acusada Ríos Rodríguez.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que es de resultado, obviamente que ha generado un daño patrimonial y extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional que le correspondía como Alcalde e integrantes del Comité.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis de las conductas en conjunto de los acusados, sin individualizarlos, considerando que la conducta de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, pues en su condición de Alcalde e integrantes del Comité han mostrado un interés indebido en la contratación del inmueble transferido por la acusada Ríos Rodríguez.;

Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial y por último, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado (No especifica qué tipo de daños).

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
05472-2018	Carlos Raúl Solar Guevara	Negociación Incompatible	Jorge David Cedron Plasencia y otro	El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga

EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR

En el **fundamento 10 n)**, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:

- **Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado en forma directa para favorecer a un tercero.
- **Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.
- **Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.
- **Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional que le correspondía como responsables del área usuaria y del órgano encargo de las contrataciones en la Municipalidad Distrital de Pacanga.

ANÁLISIS DE CRITERIOS

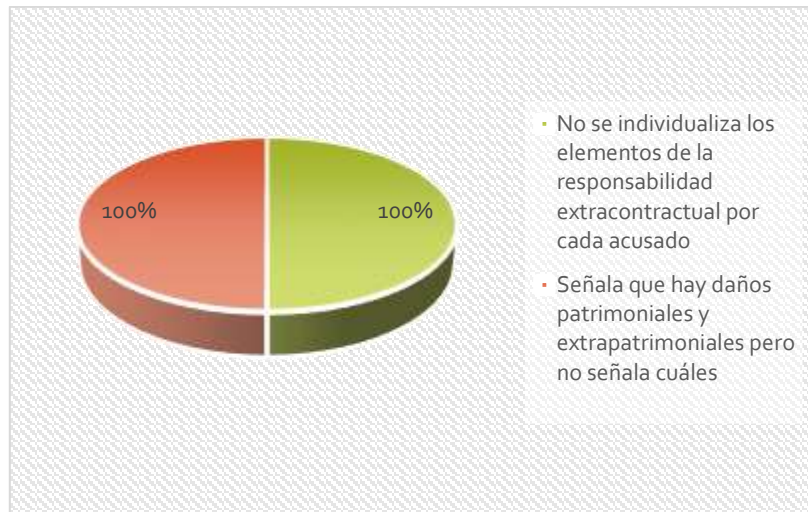
Sobre la **Antijuricidad**, se verifica que se hace un análisis de que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública pues se han interesado de forma indebida para favorecer a un tercero; Respecto al criterio de **Factor de atribución**, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la **Relación de Causalidad**, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, se han determinado con el accionar de los acusados, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial, dejándolo nuevamente a la suspicacia y por último, sobre el **Daño Producido**, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño extra patrimonial al Estado, no señalando qué tipo de daño. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como trabajadores del Hospital Regional Docente de Trujillo.

Expediente:	Juez:	Delito:	Acusados:	Agraviado:
01609-2018	Carlos Raúl Solar Guevara	Colusión	Simon Valderrama Bazan y otro	El Estado – Municipalidad Distrital de Guadalupito
EXTRACTO DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL JUZGADOR				
<p>En el <i>fundamento 10 c)</i>, en el extremo de la Reparación civil señala que se analizará desde los componentes de la responsabilidad extracontractual:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Valderrama Bazán ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación, así como proteger el patrimonio del Estado²; habiéndose concertado ilícitamente con su co-procesado Arqueros Alvarado en la adquisición de una fotocopiadora para la entidad edil. • Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo. • Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado y contribuido con la realización de la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionar el interés patrimonial (sobreevaluación del bien adquirido) y extra patrimonial del Estado. • Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial y patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública, a la imparcialidad en las contrataciones, y además se ha producido un perjuicio económico al Estado con la sobreevaluación de la fotocopiadora adquirida. 				
ANÁLISIS DE CRITERIOS				
<p>Sobre la <i>Antijuricidad</i>, se verifica que se hace un análisis de que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, habiéndose concertado ilícitamente con su co-procesado, pero no individualiza que tipo de conducta para cada funcionario y servidor público; Respecto al criterio de <i>Factor de atribución</i>, se limita a mencionar que se verificó la existencia de dolo directo en la conducta del acusado. Con lo que respecta a la <i>Relación de Causalidad</i>, se hace mención que la acción generadora del daño y el evento dañoso, la misma que se ha materializado al lesionar el interés patrimonial (sobreevaluación del bien adquirido) y extrapatrimonial del Estado y por último, sobre el <i>Daño Producido</i>, sólo se limita a señalar que se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado no indicando qué tipo de daños.</p>				

Fuente: Elaboración propia

Figura N°02
Resultados de los criterios analizados de las sentencias
de los Juzgados Unipersonales de Trujillo

² ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la administración pública. Editorial Nomos &Thesis. Segunda Edición. Lima, junio 2017. Pág. 199



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

De las sentencias analizadas, en el extremo de los criterios que se instrumentalizan en elementos de la responsabilidad extracontractual en las sentencias emitidas por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se tienen como resultados que del 100% de las sentencias no se ha logrado individualizar los elementos de la responsabilidad extracontractual por cada uno de los acusados y que sólo se ha señalado daños patrimoniales y extrapatrimoniales pero no señala cuáles son, de la muestra del trabajo de investigación, también se tiene que un 100% sólo se hace mención de los mismos, pero especifican cuáles.

Tabla 13
Criterios analizados de las sentencias de expedientes de los Jueces de Sala de Apelaciones de Trujillo

Expediente: 01352-2015	Jueces de la Primera Sala Superior Penal de la CSJLL: Dra. Norma Beatríz Carbajal Chávez	Delito: Colusión Agravada	Acusados: Jose Carlos Moreno Marquez Oscar Wilfredo Calderon Del Rio	Agraviado: El Estado – Sedalib
----------------------------------	--	-------------------------------------	---	--

Dr. Rodolfo Manuel Sosaya López	Dr. Manuel Federico Loyola Florián			
---------------------------------------	--	--	--	--

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, que es el tema que nos importa, resolvieron en MAYORÍA con un voto de discordia, señalando lo siguiente:

- 1) **DECLARAR FUNDADOS** los recursos de apelación interpuestos por las defensas técnicas de JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ y OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RIO contra la sentencia del DIECISEIS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL DIECINUEVE del OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO que los condena como AUTOR y COMPLICE PRIMARIO, respectivamente, del delito de COLUSIÓN AGRAVADA en agravio del ESTADO- EMPRESA DE SERVICIO DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE LA LIBERTAD SA.
- 2) **REVOCAR** la sentencia del DIECISEIS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL DIECINUEVE del OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO y, REFORMANDOLA se resuelve ABSOLVER a JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ y OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RIO de la acusación fiscal como AUTOR y CÓMPLICE PRIMARIO, respectivamente, del delito de COLUSIÓN AGRAVADA en agravio del ESTADO-EMPRESA DE SERVICIO DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE LA LIBERTAD SA.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, en ninguno de los extremos de la sentencia de Sala se hace mención sobre la Reparación Civil, es decir que, al determinar la exoneración de la responsabilidad penal de los acusados, validaron los criterios utilizados por el Juez del Juzgado Unipersonal, sobre dicho extremo al revocarla en todos sus extremos y absolver a los acusados.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Revocó la sentencia de primera instancia, por lo tanto, los acusados quedan eximidos de responsabilidad civil.

Expediente: 01596-2018	Jueces de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la CSJLL: Dr. Victor Alberto Burgos Mariños Dra. Cecilia Milagros León Velásquez	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Marlon Alexander Alvitres Torres Carlos Enrique Guanilo Rodríguez	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga
----------------------------------	---	--	--	--

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

- CONFIRMANDO** la sentencia contenida en la resolución número trece, de fecha uno de agosto del año dos mil dieciocho, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios- La Libertad, la cual resuelve CONDENAR a los acusados MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES como autor y a CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ como cómplice del delito contra la Administración Pública en su modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE- interesarse indebidamente en forma directa en provecho de tercero- en agravio del ESTADO – Municipalidad Distrital de Pacanga- Chepén a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA en su ejecución por el periodo de prueba de **DOS AÑOS**, señalando reglas de conducta bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de proceder conforme lo previsto por el artículo 59° del Código Penal, **es decir de revocar la pena condicional e imponer una pena con carácter de efectiva ; de igual modo fija la suma de s/.20,000.00 por concepto de reparación civil a favor del agraviada, monto que debe ser pagado de forma solidaria en cuatro cuotas mensuales ; con lo demás que contiene.**

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión de parte del Colegiado sobre la responsabilidad penal de los acusados, dejando de lado el extremo de la responsabilidad civil, por lo cual sólo se revocó el extremo de la pena condicional a efectiva, con ello se confirma el extremo del monto de la reparación civil determinada por el Juez del Juzgado Unipersonal, indicando que será pagada de manera solidaria, en cuatro armadas. No se hizo mayor análisis sobre la reparación civil.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia de primera instancia, en todos los demás extremos, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/.20.000.00 soles de forma solidaria entre los acusados.

Expediente: 01598-2018	Jueces de la Segunda Sala Superior Penal de Apelaciones de la CSJLL: Dr. Víctor Alberto Martín Burgos Mariños Dra, Cecilia Milagros León Velásquez Dr. Manuel Federico Loyola Florián	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Jorge Vital Cabrera y otros	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga
----------------------------------	---	--	---	---

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

1) CONFIRMAR la RESOLUCIÓN NUMERO CATORCE de fecha VEINTIDOS DE AGOSTO DEL DOS MIL DIECIOCHO, sentencia que CONDENA a los acusados ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORI VERA, JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS y JORGE ALBERTO VITAL CABRERA como AUTORES del delito CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA, en su modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio de LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN, a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, la misma que se suspende en su ejecución por el período de TRES AÑOS. E IMPUSO la PENA DE INHABILITACION para los mismos imputados, consistente en la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el período de CUATRO AÑOS, e IMPUSO la PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA a cada uno de los imputados, monto que será deducido de sus ingresos mensuales; además FIJO por concepto de **REPARACION CIVIL, la suma de S/. 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES), la misma que deberá ser cancelada de forma solidaria por los sentenciados.**

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/30.000.00 soles de manera solidaria, entre los acusados.

Expediente: 02006-2018	Jueces de la Sala de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad: Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Segundo Edilberto Tocto Alvarado y otros	Agraviado: El Estado – Municipalidad de Huaranchal
----------------------------------	--	--	--	--

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

- DECLARAR INFUNDADAS** las apelaciones deducidas por los procesados impugnantes y el Ministerio Público; en consecuencia:
- CONFIRMAR** la Sentencia contenida en la Resolución VEINTITRÉS del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, que aparece a folios ciento ochenta y ocho a doscientos veintitrés, en los extremos que:

- 2.1. CONDENÓ** a los acusados NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ y LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR como autores del delito contra la administración pública en su modalidad de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad,
- 2.2. IMPUSO** a los condenados SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ, como autores del delito contra la administración pública en su modalidad de Negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES AÑOS, a condición de que cumpla Reglas de conducta.
- 2.3. IMPUSO** la pena de INHABILITACIÓN para el sentenciado SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, *para ejercer el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Provincia de Otuzco, Departamento de La Libertad, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público,* por el plazo de CUATRO AÑOS, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- 2.4. IMPUSO** la pena de INHABILITACIÓN para para los sentenciados NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ, consistente en *privación de la función, cargo o comisión o empleo de carácter público,* por el periodo de CUATRO AÑOS, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36° del Código Penal.
- 2.5. Y FIJÓ por concepto de Reparación civil, la suma de Ciento cincuenta mil soles (S/ 150,000.00) a favor del Estado - Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, la misma que se cancelará en ejecución de sentencia, solidariamente por los cuatro acusados y como regla de conducta.**

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/150.000.00 soles de manera solidaria, entre los acusados.

Expediente: 02082-2018	Jueces de la Sala de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad: Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Santos Apolinar Cerna Quispe y otros	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga
----------------------------------	---	--	--	---

	Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez			
EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA				
<p><i>Respecto a la reparación civil que se encuentra en los siguientes fundamentos de la sentencia:</i></p> <p>201. <u>Sobre el extremo civil.</u> La objeción de la procesada Sánchez es que el Juez <u>no ha fijado una proporcionalidad, la alícuota que parece exigir corresponde a una sanción mancomunada.</u> No obstante, en respeto a su objeción impugnativa y considerando su proceder entonces, debemos partir del hecho antijurídico que provoca en este caso, la composición del monto indemnizatorio, el cual proviene de dos valores, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Previamente, coincidimos con la Procuraduría que ha sido acreditado por el delito, el hecho antijurídico que es la comisión del delito de negociación incompatible, el daño por el delito, que resulta la infracción de los deberes en este caso de la procesada Sánchez como integrante del Comité de Selección cuyo nexo de causalidad la ubica como responsable civil a la procesada, al haber aprobado irregular dación de la Buena pro al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN, que no había seleccionado, y tampoco contaba al momento de la adjudicación con los requisitos suficientes, conducta infractora del deber, espacio punitivo al cual alcanzaría el factor de atribución por mandato legal (Artículo 1321° del Código Civil) la obligación de indemnizar, tomando en cuenta los expresado en los fundamentos 88 y 89.</p> <p>202. Y habiendo determinado la propia Procuraduría en su pretensión que no ha existido daño emergente o lucro cesante. Corresponde examinar si el daño inmaterial causado al Estado, sentenciado como daño punitivo o indemnizatorio por la vulneración a los deberes funcionales, fijado en la suma de S/ 300,000.00 (menos del 4% del monto del Contrato ejecutado), considerando que se ha afectado la imparcialidad, la lealtad al Estado peruano y el buen funcionamiento de la administración en los contratos públicos, sustituyendo el bien común por el beneficio particular, se ha vulnerado las reglas pactadas de la prohibición de sub contratación y sobre todo que las garantías ofrecidas eran diminutas e insuficientes. Y al hecho, que el daño inmaterial deriva de un hecho antijurídico que compromete a un servicio básico (provisión de agua y desagüe), la gravedad de los hechos, el monto del contrato comprometido, la vulneración del correcto funcionamiento de la administración municipal de Pacanga, siendo todos valores y bienes abstractos, para tomar como punto de referencia el lucro cesante no solicitado, de las penalidades no cobradas que deberían haberse ejecutado por el 10% del monto del contrato, por la subcontratación y la insuficiencia de las Cartas fianzas, no solicitado por el actor civil, <u>por tomar un baremo para el análisis de ponderación y proporcionalidad, por lo que la cantidad fijada se encuentra dentro de los parámetros civiles razonables.</u></p> <p>203. Ahora bien, atendiendo al pedido de la apelante Sánchez, respecto a que se ha fijado un monto solidario sin atender a las responsabilidades exactas o a la intervención de los procesados. No puede desconocerse que el razonamiento civil es diverso del razonamiento penal, puesto que el artículo 1969° del Código Civil señala que la obligación de indemnizar es consecuencia del nexo de causalidad del daño, sea doloso o culposo, incluso conforme al artículo 1981° del CC tanto el autor directo como el indirecto están sujetos a la responsabilidad solidaria, por lo que no existe manera de ingresar al examen del grado de intervención, o la intensidad de la actuación, menos aún si se parte de la teoría de la infracción deber. Como lo anunciamos en el fundamento 91.</p> <p><i>Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:</i></p> <p>1. CONDENÓ al acusado CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad Negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad.</p>				

2. CONDENÓ a los acusados SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA, como autores y a los acusados LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES como cómplices del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de Negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES AÑOS; sujeto a Reglas de conducta , y al apercibimiento de Revocatoria en caso de incumplimiento.
3. IMPONE la pena de INHABILITACIÓN, para los sentenciados SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, consistente en la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público e imposibilidad para obtenerlo por el periodo de CUATRO AÑOS, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
4. **FIJÓ por concepto de REPARACIÓN CIVIL, la suma de TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00), a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelado por los sentenciados, de forma solidaria y con los Terceros Civiles Responsables: Empresa A&J Contratistas EIRL y Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL (que conformaron el CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN) en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.**

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Parcialmente, en los fundamentos 201, 202 y 203, en el cual se advierte que Sala señala que el juez del Juzgado Unipersonal, habría fijado con proporcionalidad, la alícuota que corresponde a una sanción mancomunada, señalando que <u>coincide con la Procuraduría Anticorrupción</u> , que ha sido acreditado por el delito, el hecho antijurídico que es la comisión del delito de negociación incompatible, el daño por el delito, que resulta la infracción de los deberes en este caso de la procesada Sánchez como integrante del Comité de Selección cuyo nexo de causalidad la ubica como responsable civil a la procesada, al haber aprobado irregular dación de la Buena pro al Consorcio Virgen del Carmen, sin embargo no se detalla que dentro de un Comité de Selección existen diferentes cargos y responsabilidades, señalando que se encuentra sobre los parámetros civiles razonables.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia en todos sus extremos, señalando el monto de S/300,000.00 de manera solidaria.

Expediente: 02675-2015	Jueces de la Sala Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad:	Delito: Colusión Simple	Acusados: Giuliana Katherine Tirado García Alejandro Cortes Solaeché	Agraviado: El Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo
----------------------------------	---	-----------------------------------	--	---

	Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez		
--	---	--	--

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

1. CONFIRMAR la sentencia apelada contenida en la resolución número diecisiete de fecha treinta de enero de dos mil diecinueve, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, **en el extremo** que condenó a las acusadas **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO** como autora, y **GIULIANA KATHERINE TIRADO** en calidad de cómplice primaria, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión simple, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tales se les impuso la sanción punitiva de **tres años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución** por un periodo de un año, bajo cumplimiento de reglas de conducta; entre ellas **al pago de una reparación civil de veinte mil nuevos soles** en cuatro cuotas mensuales de cinco mil soles cada una, en forma solidaria, todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta. Asimismo, se les condena a la **pena de inhabilitación** a los tres sentenciados consistente en la privación de la función, cargo, comisión o empleo de carácter público e inhabilitación para obtenerlo, **por el período de tres años**, sin costas procesales. Habiendo quedado firme los demás extremos no impugnados.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/120.000.00 soles de manera solidaria, entre los acusados.

Expediente: 03529-2018	Jueces de la Sala de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad: Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Oscar Adolfo Malca Saldaña y otro	Agraviado: El Estado – Municipalidad Provincial de Chepén
----------------------------------	---	--	---	---

	Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez			
EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA				
<p>Respecto a la reparación civil que se encuentra en el <i>fundamento 11 y extremo de la Decisión Judicial</i>, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:</p> <p>11. SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL</p> <p>Habiéndose determinado la responsabilidad civil del acusado y principalmente el daño causado, debe tenerse en cuenta que la reparación civil al amparo del Art. 92° y siguientes del Código Penal, comprende la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios; el monto se fija en atención a la magnitud del daño irrogado así como el perjuicio producido, se tiene en consideración la forma y circunstancias del evento delictivo y la condición económica del agente, debiendo ser proporcional. Su base se asienta en la responsabilidad del agente. Por tal motivo, el interés y el bien jurídico protegido debe ser reparado a través de un resarcimiento pecuniario dado por la reparación civil, que ha sido fijada por el Juez en la suma de mil soles. Sin embargo, la Procuraduría como titular de la reparación civil, no ha formulado apelación respecto al monto fijado en la sentencia apelada, por lo que este extremo debe confirmarse</p> <p><u>RESUELVE:</u></p> <p>1. CONFIRMAR la sentencia apelada contenida en la resolución número seis de seis de noviembre de dos mil dieciocho que falla:</p> <p>a) CONDENANDO al acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA como autor del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Descentralizada de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, que se suspende en su ejecución por el período de tres años, bajo las reglas de conducta a que se refiere la sentencia venida en grado;</p> <p>b) Impone la pena de inhabilitación para el acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA consistente en la privación de ejercer función, cargo, comisión o empleo de carácter público, por el período de tres años. De conformidad con los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal</p> <p>c) Impone la pena accesoria de 180 días multa que se fija en S/ 1,395.00 soles, que será pagada dentro de los diez días siguientes de haber quedado firme la sentencia.</p> <p>d) <i>Fija por concepto de reparación civil la suma de S/7,000.00 (SIETE MIL SOLES), la misma que será cancelada por el acusado en ejecución de sentencia, en la forma indicada como regla de conducta, esto es en dos cuotas mensuales de S/ 3,500 soles cada una, una vez firme la sentencia.</i></p>				
ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA				
JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.		
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió.		

Expediente: 05050-2015	Jueces de la Tercera Sala Penal de Apelaciones: Dra. Sara Pajares Bazán Dr. Carlos Merino Salazar Dr. Giammpol Taboada Pilco	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y otro	Agraviado: El Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo
----------------------------------	--	--	--	---

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

1.CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución número siete de fecha *doce de junio del dos mil dieciocho*, expedida por el Juez Santos Teófilo Cruz Ponce del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, *condenando* a los acusados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra como autor y a Freddy Vargas Roncal como cómplice del delito de negociación incompatible, en la modalidad de interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado – Hospital Regional Docente de Trujillo, representado por la Procuraduría Anticorrupción de La Libertad, imponiendo la sanción de cuatro años para Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y tres años y seis meses para Freddy Vargas Roncal, de pena privativa de la libertad; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de dos años; bajo el cumplimiento de reglas de conducta. Se impuso además pena de inhabilitación, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados por el periodo de dos años y finalmente *se fijó por concepto de reparación civil, la suma de S/ 6,000.00 (seis mil soles), a favor del Estado; la misma que se cancelará de forma solidaria por los dos sentenciados, en ejecución de sentencia; con todo lo demás que contiene.*

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/6.000.00 soles de manera solidaria, entre los acusados.

Expediente: 06494-2014	Jueces de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la CSJLL: Dr. Víctor Alberto Martín Burgos Mariños Dr. Raúl Ipanaqué Anastacio Dr. Manuel Federico Loyola Florián	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Carlos Enrique Vasquez Llamo y otros	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera
----------------------------------	---	--	--	--

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

- a. **INFUNDADA** la pretensión de **NULIDAD** planteada por la defensa.
- b. **INFUNDADO** el **RECURSO DE APELACION** en contra de la **RESOLUCION NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO**.
- c. **CONFIRMAR** la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO**, que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA**, **IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS**, bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución.
- d. **CONFIRMARON todo lo demás que contiene.**

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió.

Expediente: 06692-2015	Jueces de la Sala de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad: Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez Dr, Eliseo Guampol Taboada Pilco Manuel Rodolfo Sosaya López	Delito: Colusión, Negociación Incompatible y otros	Acusados: Ofronio Wilfredo y otros	Agraviado: El Estado – Municipalidad Provincial de Chepén
----------------------------------	---	--	--	---

EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA

Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:

DECLARAR INFUNDADAS las apelaciones deducidas por los procesados impugnantes; en consecuencia:

CONFIRMAR la Sentencia contenida en la Resolución **NOVENTA Y UNO** del once de julio de dos mil dieciocho, **en los extremos** que:

CONDENÓ al acusado OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, como *autor* del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de *Negociación incompatible*, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Chepén, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad, a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS Y OCHO MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA; que se computa desde el 11 de julio de 2018 y vencerá el 10 de marzo de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente.

CONDENÓ a los acusados JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA como *autores* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; y como tal les impuso CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA, que se computa desde el 16 de marzo de 2019 y vencerá el 15 de setiembre de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente.

CONDENÓ a la acusada LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ como *cómplice* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES años, sujeta a Reglas de conducta.

IMPUSO la pena de INHABILITACIÓN a los acusados OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ, consistente en la *privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados o cualquier cargo público para el Estado*, por el periodo de TRES AÑOS, de conformidad con lo establecido en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

Y FIJÓ por concepto de reparación civil, la suma de OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820.546.94) soles a favor del Estado representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada solidariamente por los acusados OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta (para la última).

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA

JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL	Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió, por el monto de S/546.000.00 soles de manera solidaria, entre los acusados.

Expediente: 05472-2018	Jueces de Sala Penal de Apelaciones especializada en Delitos	Delito: Negociación Incompatible	Acusados: Jorge David Cedron Plasencia y otro	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Pacanga
----------------------------------	---	--	---	---

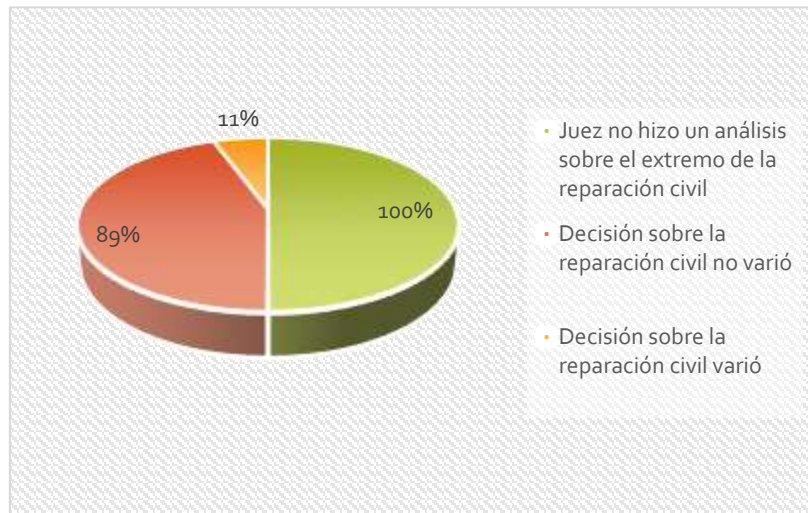
	corrupción de funcionarios de la CSJLL: Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Zamora Barboza Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez			
RESOLUCIÓN DE SALA N° 14				
Respecto a la Resolución de la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad, señaló lo siguiente: 1. <u>DECLÁRESE IMPROCEDENTE el pedido de nulidad de la resolución número trece, que declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la procesada Elizabeth Gaby Sánchez La Barrera, así como se fije nueva fecha para la sustentación se su recurso, formulado mediante escrito con cargo de ingreso a CDG N° 50-2020.</u> 2. <u>DECLÁRESE IMPROCEDENTE el pedido de reprogramación de audiencia de apelación, presentado por el letrado Antonio Alvarado Espinoza, mediante escrito con cargo de ingreso a CDG N° 56-2020, quien no tiene legitimidad para representar procesalmente al procesado Jorge David Cedron Plasencia.</u> 3. <u>NOTIFÍQUESE</u> la presente resolución en forma oportuna y con arreglo a Ley; y fecho DEVUELVA los autos al Juzgado de origen.				
ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE SALA				
JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		No, debido a que no era necesaria en dicha resolución.		
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		Confirmó la sentencia mediante dicha Resolución, debido a la incomparecencia de las partes apelantes a la audiencia de apelación de sentencia condenatoria programada para el día 09 de enero de 2020. Consecuentemente queda firme para todos los efectos la sentencia condenatoria contenida en la resolución número siete de fecha 13 de marzo de 2019		

Expediente: 01609-2018	Jueces de Sala Penal de Apelaciones especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de la CSJLL: Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón Dr. Juan Rodolfo Zamora Barboza	Delito: Colusión	Acusados: Simon Valderrama Bazan y otro	Agraviado: El Estado – Municipalidad Distrital de Guadalupe
----------------------------------	--	----------------------------	---	---

	Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez			
EXTRACTO DE SENTENCIA DE SALA				
<p>Respecto a la reparación civil que se encuentra en el extremo de la Decisión Judicial, la Segunda Sala Penal de Apelaciones especializada en extinción de dominio de La Libertad por unanimidad falló lo siguiente:</p> <p>1. CONFIRMAR la sentencia, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el señor Juez del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, en el extremo que condenó al acusado Simón Valderrama Bazán como autor de delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tal se le impuso tres años de pena privativa de la libertad - suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición del cumplimiento de reglas de conducta -, e inhabilitación por el plazo de tres años consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público, conforme a lo establecido por el artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal, con todo lo demás que contiene.</p>				
ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE SALA				
JUEZ HIZO UN ANÁLISIS SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		No, únicamente se hizo una revisión sobre la responsabilidad penal de los acusados, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia, entre ellos el de Reparación Civil que se realizaría de manera solidaria.		
DECISIÓN SOBRE EL EXTREMO DE REPARACIÓN CIVIL		Confirmó la sentencia, por lo tanto, la responsabilidad civil no varió.		

Fuente: Elaboración propia

Figura N°03
Resultados de los criterios analizados de las sentencias
de las Salas Penales de Apelaciones de Trujillo



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

De las sentencias analizadas, sobre la revisión de las sentencias de primera instancia impugnadas, en las sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se tienen como resultados que del 100% de las sentencias de segunda instancia, no se ha hecho un análisis en el extremo de la Reparación civil, un 89% de las decisiones que confirmaban las sentencias de primera instancia no variaron, mientras un 11% varió, revocándola por voto de mayoría, plasmada en el expediente N° 01352-2015, por delito de Colusión agravada, en agravio del Estado – Sedalib, con ello se advierte que Sala ha validado los criterios fijados por los jueces de primera instancia, los cuales como se ha reflejado en los resultados del objetivo general son insuficientes e inadecuados y no cumplen con reparar integralmente al Estado.

4.3. Resultado N° 03 (En relación con el objetivo específico N° 02): Analizar la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

A nivel de sentencias

Tabla 14

Analizar la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible

N°	N° DE EXPEDIENTE	TIPO DE DELITO	N° DE FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA	EXTRACTO DE LA SENTENCIA REFERIDO A LA MOTIVACIÓN
01	Sentencia del Expediente 01352-2015	Colusión Agravada	10 d)	Se ha determinado que la suma de S/. 21, 000.00 soles corresponde al daño patrimonial, originado por el pago de servicios inexistentes; y respecto del daño extra – patrimonial, si bien no hay una tabla o valores exactos, con criterios de proporcionalidad se fija en la suma S/. 4, 000.00 soles (porcentaje del 20% del daño patrimonial); correspondiendo imponer una reparación civil de <u>VEINTICINCO MIL SOLES</u> , que será cancelado por los acusados Calderón Del Río y Moreno Márquez, en forma solidaria y durante la ejecución de sentencia.
02	Sentencia del Expediente 01596-2018	Negociación Incompatible	92	Al afectar el delito de Negociación incompatible, la correcta administración pública, la transparencia e imparcialidad en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario en la suma de S/ .20,000.00 soles (VEINTE MIL SOLES) , que será pagado en CUATRO cuotas mensuales de S/ .5, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
03	Sentencia del Expediente 01598-2018	Negociación Incompatible		No puede soslayarse, que los bienes fueron entregados a las Municipalidad; por lo que no advierto un daño patrimonial, pero sí un daño extrapatrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien

			233	<p>jurídica imparcialidad en las contrataciones públicas. Por lo que al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario para los cuatro acusados, en la suma de S/.30,000.00 soles (TREINTA MIL NUEVOS SOLES), que será pagado en SEIS cuotas mensuales de S/ .5, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.</p>
04	Sentencia del Expediente 02006-2018	Negociación Incompatible	125	<p>Se toma en consideración que estamos ante un delito de peligro y que el daño es estimado como extra patrimonial; se toma en consideración el valor de la obra, estimada en S/ 4, 388,824.83; que se había puesto en riesgo un monto de S/ 416.500.36 soles, en perjuicio de la Municipalidad; que el hecho se ha suscitado respecto de una obra de servicios básicos (agua y alcantarillado); que si bien dichos factores no pueden ser valorados en términos de montos exactos; con criterio de razonabilidad y proporcionalidad mínima se podrá determinar la reparación civil, que para el caso se ha estimado en la suma <u>de S/ 150,000.00 soles (CIENTO CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES), como indemnización, que será pagado en forma solidaria por los cuatro acusados, en ejecución de sentencia;</u> pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada</p>

				representado por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
05	Sentencia del Expediente 02082-2018	Negociación Incompatible	174	Fiscalía no ha indicado si la obra se ejecutó en su totalidad o no, por lo que no se puede determinar un daño patrimonial, pero sí un daño extrapatrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien jurídico imparcialidad, transparencia y libre competencia. Tomando en consideración el valor de referencia del contrato entregado al Consorcio Virgen del Carmen, S/ 8 044,730.05 soles; con criterios de racionalidad y proporcionalidad se impone a los sentenciados un pago solidario con el Tercero Civil, en la suma de S/.300,000.00 soles (TRESCIENTOS MIL SOLES), que será pagado, dentro de los tres meses siguientes de quedar firme la presente sentencia; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad;
06	Sentencia del Expediente 02675-2015	Colusión simple	155	Habiendo quedado acreditado el perjuicio extrapatrimonial, se fija la indemnización de daños y perjuicio, que, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se impone a los acusados un pago solidario en la suma de S/ 20, 000. 00 soles; pago que se efectivizará en cuatro cuotas mensuales de S/ 5,000.00 cada una, a partir del mes siguiente de quedar firme la presente sentencia; mediante depósito judicial en el Banco de la Nación a favor de la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.

07	Sentencia del Expediente 03529-2018	Negociación Incompatible	98	No puede soslayarse, que los bienes fueron entregados a las Municipalidad; por lo que no advierto un daño patrimonial, pero sí un daño extrapatrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien jurídico imparcialidad, transparencia y libre competencia de postores. Por lo que al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; correspondiendo imponerle un pago en la suma de S/7,000.00 soles (SIETE MIL SOLES), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/ .3, 500.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
08	Sentencia del Expediente 05050-2015	Negociación Incompatible	77	Al afectar el delito de Negociación incompatible, afectando la correcta administración pública, la transparencia e imparcialidad en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario en la suma de S/ .6,000.00 soles (SEIS MIL SOLES), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/ .3, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
09	Sentencia del Expediente 06494-2014	Negociación Incompatible		188) Si bien en los delitos de peligro, como la negociación incompatible, no se evidencia un daño económico directo al

			<p>188, 189</p>	<p>Estado; sin embargo, ello no es óbice para que, con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tomando en consideración que se ha lesionado los interés del estado orientados a la imparcialidad en las contrataciones que realiza el Estado, el correcto funcionamiento de administración pública y el deber de lealtad y fidelidad que tiene todo funcionario para con la Administración Pública; además, que con la aprobación de la iniciativa privada a favor de la empresa Gerstein S.A.C, se ha evitado que otras empresas inviertan en el terminal pesquero con la finalidad de mejorar su situación; frustrando las expectativas de los ciudadanos de Víctor Larco, de poder contar con un terminal pesquero moderno.</p> <p>189) El monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario de S/ .60, 000.00 soles (SESENTA MIL SOLES), que será pagado en SEIS cuotas mensuales de S/ 10,000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.</p>
<p>10</p>	<p>Sentencia del Expediente 06692-2015</p>	<p>Colusión y otros</p>		<p>Habiéndose lesionado, como bien jurídico, la correcta administración pública, la transparencia en la contratación pública y la imparcialidad en la contratación pública, evidenciándose un perjuicio al Estado. El monto de la reparación civil deberá fijarse a mérito del Informe Pericial del Caso N° 2306034500-2010-100, elaborado por el Perito, Ingeniero Civil César Augusto Núñez Tejada, donde se ha podido determinar una sobrevaloración del terreno en el monto de S/. 620,880.24</p>

			207	<p>soles; al que se le deberá sumar el monto de S/ 149, 666.70 que, que según informe N° 118-2010-MPCH/GAF, de Administración y Finanzas, no se cobró como penalidades a la acusada Ríos Rodríguez, (Exoneración N° 01- 2010); monto al que deberá sumarse la indemnización por daños y perjuicios, que se estima en la suma de S/ 50,000 soles. Los tres conceptos hacen un total de OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820.546.94); monto que deberá ser pagado solidariamente por los acusados OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES, JAIME CARLOS GUALILO DÍAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA, y LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ, pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada-Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.</p>
11	Sentencia del Expediente 05472-2018	Negociación Incompatible	10 o)	<p>Constituyendo el presente delito, uno de abuso del cargo, afectando la correcta administración pública, la transparencia en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponer un pago solidario en la suma de S/. 5, 000.00 soles (CINCO MIL SOLES), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/. 2, 5000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de</p>

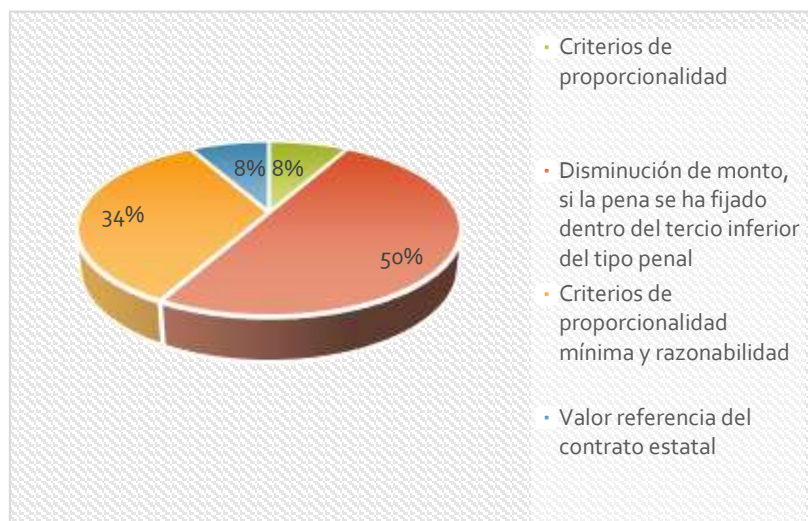
				la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
12	Sentencia del Expediente 01609-2018	Colusión simple	10 d)	Se ha determinado que la suma de S/. 4, 600.00 soles corresponde al monto sobrevaluado, y respecto del daño extra – patrimonial, si bien no hay una tabla o valores exacto, con criterios de proporcionalidad se fija en la suma S/. 3, 400.00 soles; correspondiendo imponerle a los acusados un pago de reparación civil en la suma de S/. 8, 000.00 soles (OCHO MIL SOLES), que corresponde a S/. 4, 600.00 soles por el monto sobrevaluado y S/. 3, 400.00 soles como indemnización, que será pagado en cuatro cuotas mensuales de S/. 2, 000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.

Conclusiones

Sobre la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se observa que en la sentencia del Exp. 01352-2015 se hace el detalle que, si bien no hay una tabla o valores exactos, se fija un monto determinado correspondiente a la responsabilidad civil bajo el criterio de proporcionalidad, mientras en los Exp. 01596-2018, 05050-2015, 03529-2018, 05472-2018, 01609-2018 y 01598-2018, se detalla que el monto de la reparación civil debe ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil, bajo el criterio que la pena se ha fijado dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal, en el Exp. 2006-2018, 2675-2015, 06692-2015 y 064-2014, señalan que es bajo los criterios de proporcionalidad mínima y razonabilidad, mientras en el Exp. 2082-2018, se toma como criterio en consideración el valor de referencia del

contrato estatal. Es así, que puede observarse que, sobre la motivación no existen criterios específicos que empleen los jueces para determinar el monto de la reparación civil, además de los ya conocidos elementos de la responsabilidad extracontractual, los cuales son: Antijuricidad, Daño causado, Relación de causalidad y Factores de Atribución estipulados en el Código civil.

Figura N°04
Resultados sobre los criterios la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

De las sentencias analizadas, sobre la revisión de las sentencias sobre los criterios la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el periodo 2017-2019, se tiene que un 8% tiene en cuenta para motivar en sus sentencias los criterios de proporcionalidad, mientras otro 8% el valor referencial del contrato, con un 50% los criterios de proporcionalidad mínima y razonabilidad, por último con un 34% la disminución del monto solicitado por la Procuraduría en base a que si la pena se ha fijado dentro del tercio inferior del tipo penal.

4.4. Resultado N° 04 (En relación con el objetivo específico N° 03): Describir el contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios.

A. A nivel de entrevistas

Respecto al objetivo general, a nivel de entrevistas responde a este objetivo la pregunta N° 1 del formato de entrevistas.

Tabla 15

Describir el contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios

N°	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA
01	Dr. Carlos Raúl Solar Guevara Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo	Pregunta 3°: ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?	La reparación civil en el proceso penal tiene una función restitutoria del daño, es decir, el derecho Penal busca que las consecuencias económicas del daño que han sido producidas por la comisión del delito, sean reparadas por el actor del ilícito penal.
02	Dr. Santos Teófilo Cruz Ponce Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo		La reparación civil cumple una función resarcitoria del daño causado por la comisión de un ilícito. Es decir, se busca que el monto resarcitorio que el Juez determine sea proporcional al daño causado debiendo de satisfacer los intereses lesionados del agraviada.
03	Dr. Carlos Valverde Valderrama Abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad		No todo acto arbitrario a la ley trae como consecuencia no solamente una responsabilidad penal, si no también responsabilidad civil, es decir, reponer un daño de carácter indemnizatorio, compensatorio en favor del agraviado, es ahí cuando hablamos de reparación civil.
04	Dra. María Elena Solís Mendoza Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de		Es el evitar que la víctima transcurra por dos procesos (Civil y Penal). Por ello, se habla que su acumulación, es por celeridad o economía procesal.

	funcionarios de La Libertad		
05	<p>Dra. Ruby Núñez Romero</p> <p>Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad</p>		Es por mandato de ley, debido a que los procuradores anticorrupción se encuentran legitimados para solicitar la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios.
06	<p>Dra. Marlene Mabel Mariños Lecca</p> <p>Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad</p>		La reparación civil está compuesta por dos aspectos importantes dentro de un proceso penal, el primero de ellos es la Restitución del bien, es decir se debe identificar la magnitud del daño causado a fin de que sean atribuidos a quien resulte responsable de la comisión del hecho ilícito; debiendo el daño ser subsistente, cierto, injusto y específico. El segundo aspecto es la indemnización de los daños y perjuicios, en este aspecto el Juez debe administrar con el uso del derecho civil que regula este ámbito. La reparación civil en el Proceso Penal busca la restauración material del estado anterior a la violación del bien jurídico protegido y la indemnización de los daños y perjuicios que se ha generado por la vulneración del Bien jurídico protegido.
07	<p>Dr. Raúl Kenyi Melgarejo Tarazona</p> <p>Fiscal Adjunto Provisional de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad</p>		La reparación civil en el proceso penal tiene por objeto reparar el daño causado por el delito a la víctima.
08	<p>Dr. Juan Carlos David Rodríguez Muñoz</p> <p>Fiscal Adjunto Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad</p>		Evita que el agraviado tenga que recurrir a un nuevo proceso, distinto al penal, a fin de obtener reparación económica por un daño derivado de la comisión de un delito en su contra.

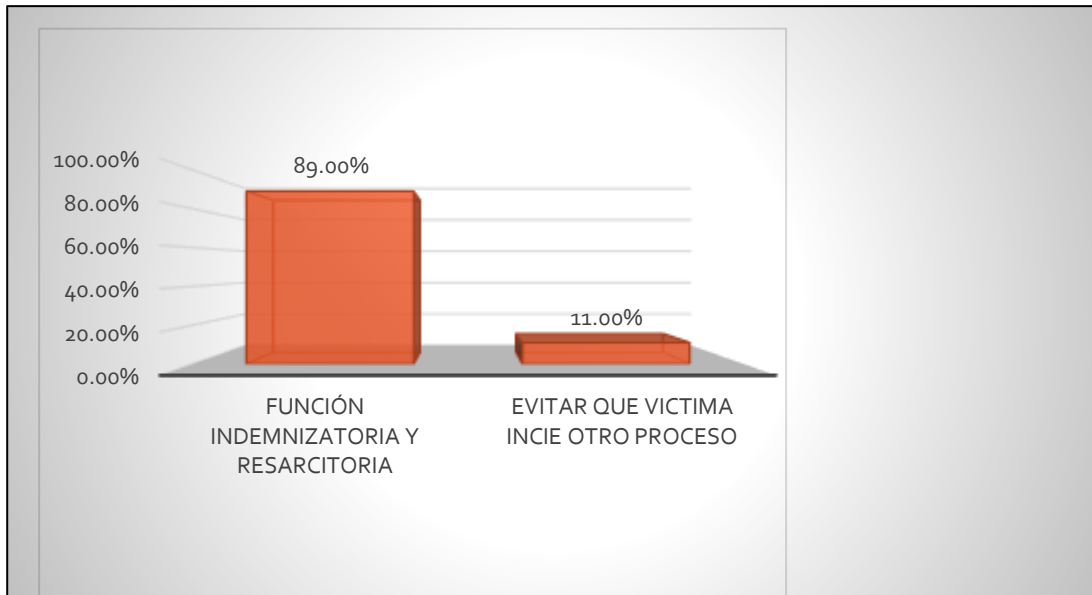
09	Dr. Víctor Ricardo Bazán Alagón Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad	Su fin es el reparar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión de un delito.
Conclusiones		
<p>Respecto a las respuestas a las preguntas realizadas a los entrevistados, respecto al contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios, han señalado que, tiene una función restitutoria del daño, busca que el monto resarcitorio que el Juez determine sea proporcional al daño causado debiendo de satisfacer los intereses lesionados del agraviada, es la consecuencia de un acto arbitrario o contrario a ley, que la reparación civil es la Restitución del bien, es decir se debe identificar la magnitud del daño causado a fin de que sean atribuidos a quien resulte responsable de la comisión del hecho ilícito; debiendo el daño ser subsistente, cierto, injusto y específico. El segundo aspecto es la indemnización de los daños y perjuicios, en este aspecto el Juez debe administrar con el uso del derecho civil que regula este ámbito. La reparación civil en el Proceso Penal busca la restauración material del estado anterior a la violación del bien jurídico protegido y la indemnización de los daños y perjuicios que se ha generado por la vulneración del Bien jurídico protegido. Asimismo, señalan que la reparación civil en el proceso penal tiene por objeto reparar el daño causado por el delito a la víctima, evita que el agraviado tenga que recurrir a un nuevo proceso, distinto al penal, a fin de obtener reparación económica por un daño derivado de la comisión de un delito en su contra.</p>		

Tabla 16
Distribución de los datos de los entrevistados respecto al
Contenido de la Reparación civil en los delitos de
Corrupción de Funcionarios

RESPUESTAS	ESPECIALISTAS	
	N°	%
A.- FUNCIÓN INDEMNIZATORIA Y RESARCITORIA	08	89 %
B.- EVITAR QUE VICTIMA INCIE OTRO PROCESO	01	11%
Total	09	100%

Figura N°05

Distribución de los datos de los entrevistados respecto de los criterios que utilizan los jueces penales para la determinación y motivación en sus sentencias de delitos de corrupción de funcionarios.



Fuente: Autora

Comentario:

De las entrevistas realizadas, sobre el contenido de la Reparación civil de los delitos de Corrupción de Funcionarios, se obtuvo que un 89% considera que tiene una función resarcitoria e indemnizatoria, mientras un 11% es el evitar que la víctima inicie otro proceso en instancias distinta a la penal, donde únicamente se resolverá sobre la responsabilidad penal de los acusados.

B. Fichas de datos normativos

Para alcanzar este resultado se aplicó el método hermenéutico jurídico mediante el instrumento de ficha de recolección de datos normativos, el cual contribuyó para obtener los datos normativos pertinentes a la reparación civil en la normativa peruana en el proceso penal peruano, incluyendo así de manera genérica la reparación civil en los delitos de corrupción de funcionarios.

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 1985° – Código Civil (Decreto Legislativo N° 295)
Fecha de Publicación	25/07/84
Objeto de la Norma	Contenido de la indemnización
Contenido de la Norma	La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 1321° – Código Civil (Decreto Legislativo N° 295)
Fecha de Publicación	25/07/84
Objeto de la Norma	Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable.
Contenido de la Norma	Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 1969° – Código Civil (Decreto Legislativo N° 295)
Fecha de Publicación	25/07/84
Objeto de la Norma	Indemnización por daño moroso y culposo.

Contenido de la Norma	Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
-----------------------	---

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 92° – Código Penal (Decreto Legislativo N° 635)
Fecha de Publicación	08/04/1991
Objeto de la Norma	Reparación Civil
Contenido de la Norma	La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 93° – Código Penal (Decreto Legislativo N° 635)
Fecha de Publicación	08/04/1991
Objeto de la Norma	Contenido de la reparación civil
Contenido de la Norma	La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Fuente: Elaboración propia

Comentario:

Se observa que, del contenido de la reparación civil, se encuentra en el Código Civil y el Código Penal, los cuales regulan sobre esta figura jurídica, lo cual sirven a los jueces a fin de determinar la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

4.5. Resultado N° 05 (En relación con el objetivo específico N° 04): Identificar el contenido de la reparación integral del Estado en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Fichas de datos normativos

Para alcanzar este resultado se aplicó el método hermenéutico jurídico mediante el instrumento de ficha de recolección de datos normativos, el cual contribuyó para obtener los datos normativos pertinentes de la Reparación Integral del Estado en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 63.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José
Fecha de Publicación	22/11/1969
Objeto de la Norma	Derecho a la justa indemnización
Contenido de la Norma	Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 134° del Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley N° 906 de 2004)
Fecha de Publicación	31/08/2004
Objeto de la Norma	Medidas de atención y protección a las víctimas

Contenido de la Norma	Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección. Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.
-----------------------	--

Fuente: Elaboración propia

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS NORMATIVOS

Dispositivo Legal	Artículo 102° del Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley N° 906 de 2004)
Fecha de Publicación	31/08/2004
Objeto de la Norma	Procedencia y ejercicio del Incidente de Reparación Integral
Contenido de la Norma	En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

Fuente: Elaboración propia

Comentario:

Sobre la figura jurídica de reparación integral, se observa que no existe normativa nacional que regule ello, sin embargo, se tiene que existe normas internacionales que dan referencia de los alcances de las misma y como es que se busca una reparación efectiva a la víctima, tal como el “Derecho a la justa indemnización” plasmada en el Artículo 63.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José, el cual indica que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, de igual manera el Código de

Procedimiento Penal colombiano ha señalado en su artículo 102°, sobre la Procedencia y ejercicio del Incidente de Reparación Integral, el cual se maneja para buscar una reparación más efectiva a las víctimas.

En efecto, la reparación civil no puede limitarse a la indemnización (y restitución, en su diferentes acepciones), sino que, comprende la obligación del Estado de asegurar mecanismos dirigidos a enfrentar los distintos efectos del hecho punible, tal como sucede en los actos terroristas, es parte de la reparación integral lograr que desaparezcan las amenazas físicas que siguen al acto (por ejemplo: edificios que amenazan ruina, reconstrucción de oleoductos, recuperación del medio ambiente humano) . En este sentido, el concepto de reparación civil no resulta acorde a los preceptos que tal instituto debe garantizar, (más allá de los alcances tradicionales), siendo coherente denominarla “pretensión civil de resarcimiento”.

Las víctimas definitivamente tienen un lugar en la definición de los intereses protegidos por el Derecho Penal, y por ende también en el Derecho Procesal Penal, en este sentido, no podemos negar la necesidad de reparar el daño que ha sufrido la víctima. y la muestra más clara de ello, constituye el proyecto alternativo Alemán de reparación a las víctimas, el cual, en su artículo 1, señala: “la reparación debe, en primer lugar, realizarse a favor del perjudicado; cuando esto no sea posible, no se obtiene ningún resultado o no es suficiente por sí misma, puede tenerse en cuenta la reparación a favor de la comunidad”, consecuentemente a ello, el artículo 2 del referido proyecto establece muy diversas formas de llevar a cabo la reparación, a saber:

1. La indemnización por daños y perjuicios al perjudicado.
2. La indemnización a terceros, especialmente los seguros a los que tenga derecho el perjudicado.

3. Otras prestaciones inmateriales, como la petición de disculpas o conversaciones de conciliación.

4. Prestaciones laborales, especialmente los trabajos de utilidad social.

Agrega este artículo segundo que las prestaciones de reparación podrán tener lugar simultánea y conjuntamente, finaliza éste artículo que: “las prestaciones de reparación no deberán suponer una carga desproporcionada o inexigible ni para el perjudicado ni para el autor”.

El artículo 112 del Código Penal español, establece que la reparación del daño como parte de la extensión de la responsabilidad civil, entendiendo que aquella puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza del delito y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Esta concepción de la reparación del daño como parte del contenido de la reparación, encuentra su justificación dentro de la “justicia restaurativa”, la cual no sólo trata de gestar una debida intervención del Estado, para garantizar la participación de la víctima en el proceso penal, sino que además, abarca el derecho a la asistencia para la recuperación de la víctima de que se brinde acceso a servicios asistenciales (desde atención médica primaria hasta atención psicológica post-trauma, acceso a albergues, suspensión del cobro de deudas, pagos de salarios, etc.); pues, en esta nueva alcance de la reparación civil, el juez debe efectuar un análisis distinto a los otros dos alcances tradicionales, debiendo tener en cuenta la naturaleza del daño ocasionado. Teniendo con ello, la pretensión de establecer un resarcimiento integral, como parte de la “conformación judicial de la obligación de resarcimiento.

En efecto, dentro de la justicia restaurativa se trabaja preceptos idóneos de reparación, tal como lo expone la profesora estadounidense Lucia Zedner: “La reparación no será

necesariamente en dinero, sino que, va más allá del mero pago de una 'multa', busca por encima de todo dejar satisfecho a la víctima del delito penal, la que puede incluir la llamada reparación simbólica, la que puede consistir en el perdón, las disculpas, explicación por el actuar ilícito, realizar una concreta actividad, entre otras formas".

Precisamente entre estas formas de reparación como manifestación de la "reparación simbólica de la justicia restaurativa", es que se procede a esbozar las siguientes propuestas, las cuales de conformidad con lo normado en el ordenamiento español, puede constar en obligaciones de hacer y no hacer e inclusive de dar, éste último se puede gestar cuando no se encuentre dentro de los alcances de la restitución, o la indemnización de daños y perjuicios; actos de reparación del daño (recuérdese obligaciones de dar, hacer y no hacer) que pueden ser efectuadas por el mismo sujeto agente; es decir, por el mismo sentenciado o por un tercero a cuenta de él.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

5. Discusión

5.1. Con respecto de los resultados del Objetivo general

Se ha planteado determinar de qué manera los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden en la Reparación Integral del Estado.

A nivel de sentencias:

Se ha determinado de las sentencias analizadas, de los expedientes: 01596-2018, 01598-2018, 02006-2018, 02082-2018, 02675-2015, 03529-2018, 05050-2015, 06494-2014, 06692-2015, 05472-2018 y 01609-2018 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, que en la práctica los criterios utilizados por los Jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, son los que se encuentran en la Responsabilidad Civil extracontractual, los cuales son: Antijuricidad, Factor de atribución, Relación de causalidad y Daño producido, con excepción de la sentencia del Expediente N°02675-2015 por delito de Colusión Simple, en el cual se adiciona el criterio de Hecho ilícito, el cual requiere que se configuren tres elementos: Una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Así, se entiende por una conducta antijurídica, aquella que es contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica, o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno.

Se determina además que no se hace un análisis profundo y concienzudo de cada criterio, ello debido a que se hace mención de los elementos de la responsabilidad extracontractual, regulada en el Código civil, sin embargo se llegan a conclusiones cerradas sin un análisis previo, como individual o de acuerdo al grado de participación de cada uno de los acusados, lo cual es necesario para que pueda motivarse debidamente

la sentencia, en todos sus extremos, que repercute directamente con la reparación que se busca se efectúe al Estado, quien es el agraviado en estos delitos.

No se individualiza, por cada acusado los elementos de la Responsabilidad extracontractual establecidos por nuestro ordenamiento jurídico en el Código civil, siendo una especie de modelo – plantilla que encuentra una semejanza en todas las sentencias que se tiene como muestra analizadas, lo que evidentemente repercute en la Reparación integral del Estado, ello porque el propósito de dicha determinación de la reparación civil, no debe encontrarse únicamente dirigida al monto compensatorio, si no a un análisis amplio y detallado de los daños tanto en su naturaleza patrimonial y extra patrimonial del cual el Estado que es el agraviado en estos delitos también merece recibir. Esto tiene como fundamento la debida motivación en las resoluciones judiciales, la cual ha sido establecida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N°1744-2005-PA/TC y el Exp. 3943-2006-PA/TC, en donde se ha precisado el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho y los supuestos en que se vulneraría, quedando esta precisión en la motivación de las sentencias, como una *Motivación Insuficiente*, referida básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

A nivel de entrevistas:

Con las entrevistas realizadas, correspondientes a la pregunta 3° de los formatos de entrevistas, se ha determinado que en su totalidad coinciden en que no se está cumpliendo

con resarcir el daño ocasionado al Estado, en el cual es el agraviado en estos delitos. Entre las causas por la cual no se estaría cumpliendo con resarcir integralmente el daño ocasionado al Estado, según los entrevistados, se encuentran: Los jueces penales no son los expertos en la materia, hay una escasa especialización, la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil, los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado, la falta de preparación de los operadores jurídicos impide que la reparación civil cumpla con el resarcimiento real al daño causado.

El desconocimiento de los jueces sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil, así como sus elementos configurativos y la falta de especialización, conforme señalan los entrevistados tiene una repercusión directa en la reparación integral del Estado, puesto que es este el responsable de determinar el monto de dicha reparación consistente en la restitución e indemnización y la forma de pago conforme al artículo 93° del Código Penal.

Se advierte además de las respuestas proporcionadas por los entrevistados, que se coincide en que los montos de la reparación civil fijada por los jueces no son proporcionales al perjuicio ocasionado al Estado y ello tiene relación, con que no se cuenta con criterios uniformes, específicos para determinar la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible. Partiendo de la idea que no puede existir una correcta construcción de una determinación del monto de la reparación civil si no ha existido un análisis adecuado de los elementos de la responsabilidad civil contractual para cada caso en concreto. Al no existir criterios para determinar el monto de la reparación civil por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, los cuales son derivados de contrataciones públicas, por lo tanto, tienen

una tratativa especial, nos encontramos ante un vacío normativo que debe suplirse con urgencia.

Es así, como el Dr. Carlos Raúl Solar Guevara, comparte dicha opinión, al indicar que no considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de Corrupción de Funcionarios, debido a la falta de capacidad de los jueces, respecto a los elementos de la reparación civil, se entiende que los expertos en la materia no son necesariamente jueces penales, pero al respecto deberían existir jueces a su criterio, capacitados en ese extremo, ya que son ellos quienes determinan la reparación civil en delitos cometidos por funcionarios públicos, sobre todo porque el agraviado es el Estado. Asimismo, el Dr. Santos Teófilo Cruz Ponce, compartió dicha postura, al señalar que es debido a la escasa especialización de algunos jueces respecto a la reparación civil, lo cual se ve evidenciado en las sentencias.

La Dra. Marlene Mariños Lecca, por su lado ha señalado que no, por dos razones, la primera de parte del desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil y la segunda, la falta de pago de los sentenciados y porque la Procuraduría Pública Anticorrupción no hace uso de todos los mecanismos legales como la solicitud de una caución que permita asegurar el pago de la reparación civil, entre otras. De igual forma el Dr. Raúl Melgarejo Tarazona, ha referido que no porque los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado, no existe por parte de los jueces una motivación adecuada para sustentar en sus sentencias el quantum de la reparación civil. Finalmente, el Dr. Víctor Bazán Alagón, señaló que no se está reparando como corresponde, máxime si los bienes jurídicos que protegen los delitos de corrupción de funcionarios, son de naturaleza intangible (Delito de colusión y negociación incompatible).

La Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 189-2019 Lima Norte, ha tratado de aproximarse a ello, por lo cual ha desarrollado “Criterios de cuantificación de la reparación civil por daño extrapatrimonial en los delitos cometidos por funcionarios públicos”; sin embargo, dichos criterios son muy amplios, siendo de aplicación para inclusive, cualquier tipo de delitos comprendidos en el catálogo de Delitos contra la Administración Pública y no sólo a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, para ser más específicos los delitos de Colusión y Negociación Incompatible. Los criterios objetivos y subjetivos, que han desarrollado en dicha sentencia casatoria, son: i) La gravedad del hecho ilícito. ii) Las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica. iii) El aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables. iv) El nivel de difusión pública del hecho ilícito. v) La afectación o impacto social del hecho ilícito. vi) La naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada. vii) El alcance competencial de la entidad pública perjudicada. viii) El cargo o posición de los funcionarios públicos. Sin embargo, dichos criterios en su mayoría no son específicos y siguen siendo genéricos y de aplicación en el peor de los casos, subjetiva de parte de los jueces, tal como el nivel de difusión pública, considerando que todos los casos mediáticos, deberían ser reprochables con más dureza al imponer un monto de reparación civil, que casos delicados, que no tienen presión mediática. Asimismo, dichos criterios únicamente están referidos a los daños *extrapatrimoniales*, quedando aún en el limbo los daños patrimoniales que siguen siendo según la opinión de los entrevistados, como es el caso del Dr. Raúl Melgarejo, los daños patrimoniales que no cuentan con criterios específicos a fin de que pueda servir como base para los jueces al determinar el monto de la reparación civil para los acusados.

5.2. Con respecto de los resultados del Objetivo específico N°01

Se ha planteado determinar analizar los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

A nivel de sentencias:

Se ha determinado que, en el extremo de los criterios que se instrumentalizan en elementos de la responsabilidad extracontractual de las sentencias emitidas por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, que no se ha logrado individualizar los elementos de la responsabilidad extracontractual por cada uno de los acusados y que sólo se ha señalado daños patrimoniales y extrapatrimoniales pero no señala cuáles son, sólo se hace mención de los mismos, pero no especifican cuáles, esto se evidencia en las sentencias emitidas de los expedientes: 01352-2015, 01596-2018, 01598-2018, 02006-2018, 02082-2018, 02675-2015, 03529-2018, 05050-2015, 06494-2014, 06692-2015, 05472-2018, 01609-2018, en el extremo de los fundamentos de la Reparación civil que han sido debidamente detallados en los resultados.

Sobre la revisión de las sentencias de primera instancia impugnadas, en las sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de Trujillo en el periodo 2017-2019 por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se tiene que no se ha hecho un análisis en el extremo de la Reparación civil, únicamente una sentencia fue revocada por voto de mayoría, plasmada en el expediente N° 01352-2015, por delito de Colusión agravada, en agravio del Estado – Sedalib, asimismo una fue declarada Improcedente, del Exps. 05472-2018, con ello se advierte que Sala ha validado los criterios fijados por los jueces de primera instancia, los cuales como se ha reflejado en los resultados del objetivo

general son insuficientes e inadecuados y no cumplen con reparar integralmente al Estado.

Se ha determinado entonces, que el Órgano revisor ha validado los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, sin referirse al extremo de la reparación civil. Al respecto, debe señalarse que la apelación constituye el más importante recurso de los ordinarios, tiene como fin la revisión por el órgano judicial superior de la sentencia del inferior, esta acción tiene como fundamento el artículo 139, inciso 6 de la Constitución Política del Perú, y está previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece que: (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Del mismo modo, conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Así vemos, como Sala no hizo un análisis sobre el extremo de la reparación civil, la decisión sobre la reparación civil no varió con excepción del expediente N°01352-2015, por delito de Colusión Agravada.

5.3. Con respecto de los resultados del Objetivo específico N°02

Se ha planteado determinar analizar la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

A nivel de sentencias:

Se determinó de la revisión de las sentencias sobre los criterios la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo al imponer la reparación civil en los

delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el periodo 2017-2019, se tiene que entre los criterios están, que: Se tiene en cuenta para motivar en sus sentencias los criterios de proporcionalidad, el valor referencial del contrato, los criterios de proporcionalidad mínima y razonabilidad, por último la disminución del monto solicitado por la Procuraduría en base a que si la pena se ha fijado dentro del tercio inferior del tipo penal.

La motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, al determinar el monto de la reparación civil para los acusados ha sido en

Se advierte que, determinar el monto de la reparación civil supone un serio reto que la judicatura debe afrontar sin desligarse de la garantía procesal referida a la "debida motivación de las resoluciones judiciales", estableciendo razonadamente las bases que justifiquen la cuantía de los daños e indemnizaciones. Para ello existen dos salidas: la primera, fundamentar los presupuestos tomados en cuenta para llegar a una cifra global única, sin mencionar los detalles de los sumandos. La segunda salida consiste en detallar cada elemento tomado en cuenta para llegar a una cifra exacta de reparación. Esto último resulta difícil de lograr, pues en muchas ocasiones la sola y razonable discrecionalidad judicial es el instrumento utilizado para determinar el quantum de indemnización.

Como principio general, la reparación civil es una reparación de valor y este debe definirse en el momento de dictar sentencia, el juez penal debe ceñirse además de la cifra monetaria afectada a conceptos como los intereses (legales) o el costo de oportunidad, pues una justa reparación sobrepasa la simple restitución.

Los comportamientos típicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico "administración pública" legitiman su punición principalmente en dos argumentos: En primer lugar, existe una íntima relación entre la (de) eficiente administración de los

recursos públicos y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. El fin prestacional del Estado se manifiesta en la dación de una serie de condiciones que permitan el desarrollo social del individuo, como salud, educación, trabajo, y demás derechos fundamentales básicos que la Constitución consagra. En segundo lugar, los delitos llevados a cabo contra la administración pública no solo repercuten en el tesoro público, sino también, y con mayor énfasis, en la institucionalidad gubernamental del país, afirmando en su población un sistema endeble de administración, comprometiendo al mismo tiempo sus posibilidades de desarrollo, tal como el prestigio de la Entidad, la confianza o la proyección que tenga con la sociedad, lo cual se ve mellado con el incorrecto actuar de algunos funcionarios y servidores públicos al cometer delitos de corrupción de funcionarios.

5.4. Con respecto de los resultados del Objetivo específico N°03

Se ha planteado determinar describir el contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios.

A nivel de entrevistas:

Se ha determinado a través de las respuestas a las preguntas realizadas a los entrevistados, respecto al contenido de la reparación civil en los delitos de Corrupción de Funcionarios, han señalado que, tiene una función restitutoria del daño, busca que el monto resarcitorio que el Juez determine sea proporcional al daño causado debiendo de satisfacer los intereses lesionados del agraviada, es la consecuencia de un acto arbitrario o contrario a ley, que la reparación civil es la Restitución del bien, es decir se debe identificar la magnitud del daño causado a fin de que sean atribuidos a quien resulte responsable de la comisión del hecho ilícito; debiendo el daño ser subsistente, cierto, injusto y específico. El segundo aspecto es la indemnización de los daños y perjuicios, en este aspecto el Juez debe administrar con el uso del derecho civil que regula este

ámbito. La reparación civil en el Proceso Penal busca la restauración material del estado anterior a la violación del bien jurídico protegido y la indemnización de los daños y perjuicios que se ha generado por la vulneración del Bien jurídico protegido. Asimismo, señalan que la reparación civil en el proceso penal tiene por objeto reparar el daño causado por el delito a la víctima, evita que el agraviado tenga que recurrir a un nuevo proceso, distinto al penal, a fin de obtener reparación económica por un daño derivado de la comisión de un delito en su contra.

En el Derecho Penal, en cambio, es más amplia: el daño está constituido por las consecuencias objetivas directas de la acción objetiva de la acción delictiva y el perjuicio está constituido por las consecuencias indirectas del delito, cuando existe afectación a los intereses de la víctima. La reparación civil, abarca ambos conceptos, ya que en algunos casos sólo podrá existir daño y en otros sólo perjuicio; a partir de ello se puede afirmar que lo esencial y la razón de ser de la indemnización es que se responda por las consecuencias del delito, que se cubra totalmente sus efectos y consecuentemente la indemnización de los daños materiales y morales.

Fichas de datos normativos:

Es aquí donde la labor del Procurador Anticorrupción, constituido como actor civil para tal efecto, le corresponde la titularidad de la acción civil (Artículo 11.1 del Código Procesal Penal), con una misión fundamental en el combate contra estos delitos. Su función, determinada por el objetivo central (cobro de la reparación civil en los casos que involucran daño al Estado), involucra uno de los principales campos de investigación y represión contra la corrupción y de especialización en la investigación aplicada.

Así tenemos, que la comisión de un ilícito penal no solo significa la lesión o puesta en peligro de alguna de las condiciones imprescindibles que aseguran la participación social del individuo (bienes jurídicos). Con la realización de una conducta típica y antijurídica

también nace la obligación de resarcir los daños, materiales o no, sufridos por la víctima.

Dicho de otra forma, "la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (neminem laedere) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del Derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación"

Incorporar la institución de la responsabilidad civil extracontractual como elemento de la sentencia penal representa un entendimiento correcto acerca de la íntima vinculación que existe entre ambos tipos de sanciones (penal y civil); a su vez, cumple la función de prever un marco jurídico integral acerca de las distintas obligaciones que la actividad delictiva produce en sus responsables.

Dicho de otro modo, la institución jurídica de la responsabilidad civil sirve a efectos de graduar la respuesta penal ante la comisión de un delito, justamente por su vinculación valorativa respecto de los fines de la pena. Por lo demás, la búsqueda de una reparación integral de la víctima incorpora al resto de instituciones del sistema de prevención y control de la actividad criminal, como por ejemplo, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública.

Los términos responsabilidad civil y reparación civil no son sinónimos. En principio, cuando se determina la responsabilidad civil se analizan los criterios objetivos (daño causado) y subjetivos (dolo o culpa) necesarios para poder imputar el perjuicio de un tercero a cierta persona. Luego, una vez constatada la existencia de responsabilidad podrá hablarse de la obligación de reparar, mediante la aplicación de conceptos como daño emergente, lucro cesante, proyecto de vida, etc., orientados a concretar una cifra económica exacta capaz de reparar en sus legítimos intereses al perjudicado. Esta línea de razonamiento es semejante a aquella que se aplica en el ámbito penal, donde como paso previo habrá que determinar la responsabilidad penal del agente, para luego

proceder (utilizando criterios distintos) a determinar el quantum exacto de pena a imponer.

Como consecuencia de su distinta naturaleza material, que la reparación civil se determine junto con la pena no es óbice para que el juez penal pueda resolver acerca de la obligación civil sin que medie atribución de responsabilidad penal. Ello se encuentra previsto en los artículos 99° del Código Penal y 12.3 del Código Procesal Penal. La responsabilidad civil y la obligación de reparar el daño causado no derivan del comportamiento típico, antijurídico y culpable que este analiza en un proceso penal²⁶³, sino del daño causado

5.5. Con respecto de los resultados del Objetivo específico N°04

Se ha planteado determinar identificar el contenido de la reparación integral del Estado en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

Fichas de datos normativos:

Sobre la figura jurídica de reparación integral, se ha determinado que no existe normativa nacional que regule ello, sin embargo, se tiene que existe normas internacionales que dan referencia de los alcances de las misma y como es que se busca una reparación efectiva a la víctima, tal como el “Derecho a la justa indemnización” plasmada en el Artículo 63.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José, el cual indica que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, de igual manera el Código de Procedimiento Penal colombiano ha señalado en su artículo 102°, sobre la

Procedencia y ejercicio del Incidente de Reparación Integral, el cual se maneja para buscar una reparación más efectiva a las víctimas.

El derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar. Este principio, acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación *in natura*) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario⁴ tomando en cuenta todos los *chefs* de daño sufridos.

Es así que se tiene como modelo, lo que se aplica en el Código Procesal Penal Colombiano, el cual señala que la fuerza de obligatoriedad de la reparación integral es acogida sin distinción en su legislación. Lo mismo, decir que se trata de una regla o un principio tiene una gran connotación frente al escenario de la reparación dentro de la responsabilidad civil. Y no se trata de una simple cuestión de forma. Esto implica que, siendo una regla, se deberían indemnizar todos y cada uno de los daños (sean o no estimables) dentro de una lectura amplia de las categorías indemnizables. Bajo el otro punto de vista, se parte de la necesidad de indemnidad total que en circunstancias especiales o indemnizables llevan a considerar las posibilidades fácticas y jurídicas.

La función reparatoria a plenitud de los daños causados a los perjudicados, sean derivados de conductas punibles o no, se garantiza en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la garantía de la equivalencia de la indemnización con la magnitud del daño revela

un propósito elemental de justicia y de progreso de los principios del Estado de Derecho.

Partiendo de esa idea, se ha considerado que la reparación integral como derecho es regulable y puede ser objeto de configuración legislativa en la nuestra legislación.

CONCLUSIONES

- Los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para la determinación y motivación de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible inciden de manera negativa en la Reparación Integral del Estado, debido a que como se ha podido determinar de las sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonales de Trujillo, en el periodo 2017-2019, por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, los jueces, no tienen criterios uniformes para determinar y motivar la reparación civil, ya que son insuficientes y no responden a criterios uniformes.
- Los criterios de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo para determinar el monto de la reparación civil en delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el periodo 2017-2019, de los resultados obtenidos, son los siguientes: Antijuricidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño producido, adicionalmente se ha considerado el criterio de hecho ilícito, los cuales no son adecuados para reparar integralmente al Estado, puesto que la responsabilidad civil abarca una serie de daños indemnizables, los cuales también merece tutela el Estado como agraviado en estos delitos funcionariales.
- Sobre la motivación de los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo, al imponer la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, se determina que: 1). No se tienen criterios uniformes para determinar el monto de la reparación civil y 2). No se individualiza a cada uno de

los acusados, ni si quiera por el nivel de participación en el hecho delictivo, lo cual es considerado desproporcional al momento de imponer un monto a pagar de forma solidaria.

- La reparación civil en los delitos de corrupción de funcionarios, derivados de la contratación pública, como el delito de Colusión y Negociación Incompatible no tiene una regulación normativa específica en el Perú, lo cual evidencia un deficiencia y vacío al momento de que los jueces puedan determinar y motivar el monto de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, únicamente los criterios utilizados por los jueces de los Juzgados Unipersonales que deciden sobre delitos de corrupción de funcionarios son los que se encuentran regulados en la normativa peruana, tanto en el Código Civil y Código Penal los cuales prescriben sobre la institución jurídica de la indemnización, indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable, indemnización por daño moroso y culposo, reparación civil y contenido de la reparación civil; es así que dichos criterios son aplicables supletoriamente y de forma confusa, al no encontrar criterios determinados por la normativa penal específico, para los delitos derivados de contratación pública.
- La reparación integral, es una figura jurídica que no ha sido desarrollada por nuestra normativa peruana, que tiene por esencia una reparación más efectiva a la víctima, que más allá de una compensación económica lo cual entonces, trae como consecuencia que no se evidencie una real y efectiva indemnización y restitución del daño ocasionado al Estado, por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

RECOMENDACIONES

- Se considera necesario para la correcta determinación de la reparación civil que los jueces encargados de su determinación apliquen los criterios propuestos en el presente trabajo de investigación, dado que si las cosas siguen como están, los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios y en general, seguirán emitiendo sentencias por delitos de Colusión y Negociación Incompatible, con la utilización de criterios impertinentes, impidiendo con ello la reparación integral del Estado.
- Convocar a un Pleno Jurisdiccional, donde se discuta sobre los criterios propuestos en la **Propuesta de Criterios**, a fin de contribuir a una reparación integral objetiva al Estado, ello según la propuesta que se anexa al presente trabajo de investigación.

REFERENCIAS

- Abanto, M (2001) *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima – Perú, Palestra Editores.
- B, A & Gadea N, D & Gonzales A, D & Quiñones V, H & Bellido A, M & Miranda E, M & A H, M & R,O & Llanera C, P (2006). *Derecho procesal penal*. Primera edición. Editora amigo del hogar. República dominicana.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LINETT, Eduardo “Proceso Penal: Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio” Edit. Universidad externado de Colombia, 5ta. Edic. Colombia – 2004.
- Calderón Gamboa, Jorge (2015) *La Evolución de la Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México.
- Calle, Juan (S.f). *Código Penal*. 2 da edición. Librería e Imprenta Gil, Lima.
- Enco T, A. (2018) *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción*. Primera edición. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú. Lima – Perú.
- Fontán Balestra, Carlos. (s.f) *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo VIII*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- García, P, Castillo, J. L (2008) *El delito de colusión*, Lima - Perú, Editorial Grijley.
- Gómez, Eusebio (1941). *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*. Buenos Aires.

- Hugo Álvarez, Jorge y Huarcaya Ramos, Betty (2018), *Delitos Contra la Administración Pública*, edit. Gaceta Jurídica. Lima.
- Ledesma N, M. (2017) *La nulidad de las sentencias por falta de motivación – criterios recientes de la Corte Suprema*. Primera edición. Gaceta jurídica S.A. Lima – Perú.
- Mazini, Vincenzo (1961) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 8. Ediar, Buenos Aires.
- Rojas. F, (2002) *Delitos contra la administración pública*, Lima - Perú, Editorial Grijley.
- ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Civitas S.A., España, 1991.
- Soler, Sebastian (1978) *Derecho Penal Argentino*, Tomo V. Tipografía Argentina, Buenos Aires.
- Van Dalen, Deobold (2006) *La Investigación Descriptiva*, Noemagico, recuperado de: <https://noemagico.blogia.com/2006/091301-la-investigaci-n-descriptiva.php>
- Vásquez (2016) “Tipos de estudio y métodos de Investigación”, recuperado de: <https://nodo.ugto.mx/wp-content/uploads/2016/05/Tipos-de-estudio-y-m%C3%A9todos-de-investigaci%C3%B3n.pdf>
- Vera, Lamberto (2016). *La Investigación Cualitativa*, recuperado de: http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/velez_vera_investigacion_cualitativa_pdf.pdf

ANEXO I

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS

El asesor Dr. Ricardo Luperdi Gamboa, docente de la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera profesional de **DERECHO**, ha realizado el seguimiento del proceso de formulación y desarrollo de la tesis de la estudiante: Flor de Maria Trejo Broncano.

Por cuanto, **CONSIDERA** que la tesis titulada: “**LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU INCIDENCIA EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL ESTADO**” para aspirar al título profesional de: **ABOGADA** por la Universidad Privada del Norte, reúne las condiciones adecuadas, por lo cual, **AUTORIZA** a la interesada para su presentación.

Ing. /Lic./Mg./Dr. Nombre y Apellidos
Asesor

ANEXO II

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis de los estudiantes: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*, para aspirar al título profesional con la tesis denominada: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*.

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

Aprobación por unanimidad

Aprobación por mayoría

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado
Presidente

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

ANEXO III

ENTREVISTA A JUECES

Es necesario precisar que las entrevistas se realizaron de manera presencial, debido a la apretada agenda de los entrevistados, la investigadora se encargó de transcribirlos a sus respectivos formatos, bajo la debida autorización de los mismos. Me someto a cualquier control posterior para verificar la autenticidad de los mismos.

Entrevistado (a): Dr. Carlos Raúl Solar Guevara

Cargo: Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo

Institución: Poder Judicial

Fecha: 14 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

- 1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?**

La reparación civil en el proceso penal tiene una función restitutoria del daño, es decir, el derecho Penal busca que las consecuencias económicas del daño que han sido producidas por la comisión del delito, sean reparadas por el actor del ilícito penal.

- 2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?**

Son los estipulados en el artículo 93 del Código Penal.

- 3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?**

No, ello debido a la falta de capacidad de los jueces, respecto a los elementos de la reparación civil, se entiende que los expertos en la materia no son necesariamente jueces penales, pero al respecto deberían existir jueces a su criterio, capacitados en ese extremo, ya que son ellos quienes determinan la reparación civil en delitos cometidos por funcionarios públicos, sobre todo porque el agraviado es el Estado.

- 4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?**

Un criterio que podría aplicarse para intentar reparar integralmente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios derivados de contratación pública es el de la Reincidencia, tal como se aplica para la determinación de la pena, podría aplicarse para la determinación de la reparación civil.

Entrevistado (a): Dr. Santos Teófilo Cruz Ponce

Cargo: Juez del Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Trujillo

Institución: Poder Judicial

Fecha: 16 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

La reparación civil cumple una función resarcitoria del daño causado por la comisión de un ilícito. Es decir, se busca que el monto resarcitorio que el Juez determine sea proporcional al daño causado debiendo de satisfacer los intereses lesionados del agraviada.

2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?

En muy pocos casos los jueces motivan los criterios para determinar la reparación civil en estos delitos. Son pocas, las sentencias que motivan fáctica, jurídica y probatoriamente la reparación civil. Lo único que se realiza es la invocación de las normas que regulan la reparación civil pero no se motiva en toda la extensión del término.

3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?

No, debido a la escasa especialización de algunos jueces respecto a la reparación civil, lo cual se ve evidenciado en las sentencias.

4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?

Un criterio que podría aplicarse para intentar reparar integralmente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios derivados de contratación pública es el de la Reincidencia, tal como se aplica para la determinación de la pena, podría aplicarse para la determinación de la reparación civil.

ANEXO IV
ENTREVISTAS A
PROCURADORES ANTICORRUPCIÓN:

Entrevistado (a): Dr. Carlos Valverde Valderrama

Cargo: Abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Fecha: 15 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

No todo acto arbitrario a la ley trae como consecuencia no solamente una responsabilidad penal, si no también responsabilidad civil, es decir, reponer un daño de carácter indemnizatorio, compensatorio en favor del agraviado, es ahí cuando hablamos de reparación civil.

2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?

Los criterios que aplican los jueces en La Libertad, son aquellos que se aplican en la Responsabilidad extracontractual; hecho antijurídico, nexo causal, daño, etc.

3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?

No, debido al desconocimiento y la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, pues no existe normas que regulen cuales son los criterios para fijar el monto de la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios.

4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?

Creo que un criterio sería que los jueces, en su análisis para la determinación de la reparación civil de cada una de sus sentencias, en los delitos de negociación incompatible y colusión, debe considerar que justamente nos encontramos ante un delito de encuentro y un delito de resultado. En el delito de negociación incompatible, existe un peligro potencial latente del perjuicio, pero éste aún no se ha materializado, por lo tanto, no deberá ser desproporcional, en cambio con el delito de colusión es

distinto, ya que existe la determinación exacta del perjuicio patrimonial, por lo tanto, no habría que hacer algún tipo de disminución a lo solicitado por la Procuraduría, sin algún criterio como pasa en algunos procesos actualmente.

Entrevistado (a): Dra. María Elena Solís Mendoza

Cargo: Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Fecha: 15 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

Es el evitar que la víctima transcurra por dos procesos (Civil y Penal). Por ello, se habla que su acumulación, es por celeridad o economía procesal.

2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?

En las sentencias, únicamente se aluden a los principios de razonabilidad y proporcionalidad sin realizar mayor argumentación.

3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?

No y el fin de acumular una pretensión civil a un proceso penal resulta favorable para la víctima, por lo que considero que la reparación civil no cumple su función en el proceso penal, específicamente en estos delitos, considerando que, es innegable que las reparaciones civiles en procesos penales son más exigentes que un proceso civil y respecto a su fundamentación es poco argumentado.

4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?

Creo que una alternativa, que podría lograr un esfuerzo por mejorar esta deficiencia que se puede percibir de las sentencias, respecto a la determinación de la reparación civil, específicamente de estos delitos, sería el que exista una especie de Baremos, pero no con cifras exactas, porque los casos siempre son distintos y no pueden ser aplicados de la misma forma, si no con porcentajes, por ejemplo cuando se tratan de delitos de peligro concreto establecer un máximo y los de resultado, establecer parámetros.

Entrevistado (a): Dra. Ruby Núñez Romero

Cargo: Abogada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Fecha: 15 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

Es por mandato de ley, debido a que los procuradores anticorrupción se encuentran legitimados para solicitar la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios.

2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?

En las sentencias, únicamente se aluden a los principios de razonabilidad y proporcionalidad sin realizar mayor argumentación.

3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?

No y es debido al desconocimiento y la no existencia de criterios para fijar montos de reparación civil, lo cual resulta una realidad preocupante, considerando que el agraviado en estos delitos es el Estado.

4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?

En mi opinión, creo que un criterio eficaz sería el que los funcionarios hayan sido reincidentes, debido a que son muchos los funcionarios, hablando propiamente de la experiencia judicial en la Libertad que han sido condenados anteriormente por delitos de corrupción, considero por ello que un criterio que podría establecerse, es que sería una agravante para la cuantía de la reparación civil, para que sea aumentada si el funcionario, servidor público o el tercero condenado que no pertenece a la administración pública delinque nuevamente.

ANEXO V

ENTREVISTAS A FISCALES

Entrevistado (a): Dra. Marlene Mabel Mariños Lecca

Cargo: Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Ministerio Público

Fecha: 17 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

La reparación civil está compuesta por dos aspectos importantes dentro de un proceso penal, el primero de ellos es la Restitución del bien, es decir se debe identificar la magnitud del daño causado a fin de que sean atribuidos a quien resulte responsable de la comisión del hecho ilícito; debiendo el daño ser subsistente, cierto, injusto y específico. El segundo aspecto es la indemnización de los daños y perjuicios, en este aspecto el Juez debe administrar con el uso del derecho civil que regula este ámbito. La reparación civil en el Proceso Penal busca la restauración material del estado anterior a la violación del bien jurídico protegido y la indemnización de los daños y perjuicios que se ha generado por la vulneración del Bien jurídico protegido.

2. **¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?**

Los criterios utilizados por el Juez para determinar el quantum de la Reparación Civil, son: La imputabilidad como capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños ocasionados por su conducta lesiva, la ilicitud de la conducta que se le pretende atribuir al sujeto, el factor de atribución, el nexo causal, referido al evento lesivo y el daño producido que se subdivide en daño patrimonial y extrapatrimonial.

3. **¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?**

No, por dos razones, la primera de parte del desconocimiento de los jueces en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la reparación civil y la segunda, la falta de pago de los sentenciados y porque la Procuraduría Pública Anticorrupción no hace uso de todos los mecanismos legales como la solicitud de una caución que permita asegurar el pago de la reparación civil, entre otras.

4. **De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?**

Bueno, ante el evidente problema por cubrir los vacíos de los criterios que no tienen uniformidad (Respecto a la determinación de la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios de contratación pública), debería existir, como en otros casos en problemas en criterios de interpretación y aplicación, un Acuerdo Plenario que uniformice los criterios que deberán tener en cuenta los jueces al momento de resolver. En la experiencia, aquí en La Libertad, he podido ver como existen algunas sentencias, por ejemplo, de delitos de negociación incompatible, que es un delito de peligro por sumas irrisorias y otras (sin algún criterio aplicado) sumamente cuantiosas.

En mi opinión, creo que un criterio eficaz sería el que los funcionarios hayan sido reincidentes, debido a que son muchos los funcionarios, hablando propiamente de la experiencia judicial en la Libertad que han sido condenados anteriormente por delitos de corrupción, considero por ello que un criterio que podría establecerse, es que sería una agravante para la cuantía de la reparación civil, para que sea aumentada si el funcionario, servidor público o el tercero condenado que no pertenece a la administración pública delinque nuevamente.

Entrevistado (a): Dr. Raúl Kenyi Melgarejo Tarazona

Cargo: Fiscal Adjunto Provisional de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en
Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Ministerio Público

Fecha: 17 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. **¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?**

La reparación civil en el proceso penal tiene por objeto reparar el daño causado por el delito a la víctima.

2. **¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?**

Los jueces penales consideran el quantum del perjuicio patrimonial causado al Estado y en pocos casos la magnitud del deber infringido por el funcionario público.

3. **¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?**

No, porque los montos de reparación civil fijado por los Jueces, en la mayoría de los casos, no son proporcionales al perjuicio causado al Estado. No existe por parte de los jueces una motivación adecuada para sustentar en sus sentencias el quantum de la reparación civil.

4. **De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?**

En el delito de colusión agravada considero que no existe algún mayor inconveniente, porque el perjuicio ya se encuentra determinado, ya sea por la información recaba de un Perito de parte o un Informe de Contraloría, el cual tiene valor de prueba pre - constituida. El problema, surge cuando nos encontramos ante un delito como de negociación incompatible o colusión simple, es por ello que estos dos último no existe un perjuicio patrimonial aún, ya que no son delitos de resultado, debería existir un parámetro establecido por ley o jurisprudencia, considero que debería existir un criterio de porcentajes (Baremos), en los delitos de peligro, porque entra a tallar la subjetividad del juez, al no existirlos y a la posible

desproporcionalidad de la medida, lo cual no sólo afecta al condenado, si no a la reparación integral del Estado.

Entrevistado (a): Dr. Juan Carlos David Rodríguez Muñoz

Cargo: Fiscal Adjunto Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Ministerio Público

Fecha: 17 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal peruano?

Evita que el agraviado tenga que recurrir a un nuevo proceso, distinto al penal, a fin de obtener reparación económica por un daño derivado de la comisión de un delito en su contra.

2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces de los Juzgados Unipersonales de Trujillo especializados para la determinación y motivación en sus sentencias por delitos de corrupción de funcionarios?

Se toman en cuenta los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, tales como: El hecho antijurídico, daño, nexo causal y factores de atribución, los cuales van de la mano con criterios como la función afectada, la calidad del funcionario público y el impacto en la buena marcha de la administración.

3. ¿En la práctica judicial considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios?

No, en algunos casos, la falta de preparación de los operadores jurídicos impide que la reparación civil cumpla con el resarcimiento real al daño causado. En un primer momento, los Fiscales no motivan debidamente el porqué de los montos solicitados como reparación civil y en un segundo momento, los jueces no realizan una evaluación individual ni conjunta de los medios de prueba.

4. De ser negativa su respuesta a la pregunta N° 3 ¿Qué criterios propone usted?

Se manejar puede un criterio de reincidencia, de parte de los que cometen estos tipos de delitos, en la mayoría de casos, cuando son reincidentes, en un primer proceso les han condenado con pena suspendida, pero al ser efectiva cuando vuelven a delinquir, o se cumplen circunstancias específicas, entonces ello, modifica la pena que se le impuso, por tener aquella agravante, considero que

también sería útil que se aplique ese criterio para la determinación de la reparación civil.

Entrevistado (a): Dr. Víctor Ricardo Bazán Alagón

Cargo: Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad

Institución: Ministerio Público

Fecha: 18 de octubre del 2019

CUESTIONARIO

Entrevistado (a): Víctor Ricardo Bazán Alagón
Cargo: Fiscal Provincial
Institución: Ministerio Público
Fecha: 18 octubre 2019

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es el sentido de la figura de la reparación civil en el proceso penal? Su fin, es el de reparar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión de un delito.
2. ¿En su experiencia profesional cuáles considera que son los criterios que utilizan los jueces penales para la determinación y motivación en sus sentencias de delitos de corrupción de funcionarios? Se acude de manera superficial a remitirse a las normas del Código Penal que hacen alusión a la reparación civil. Sin embargo, no hacen mayor análisis al respecto.
3. ¿En la práctica judicial, considera que se está reparando adecuadamente el perjuicio ocasionado al Estado por delitos de corrupción de funcionarios? NO se está reparando como corresponde. Más bien, si los bienes jurídicos que protegen los delitos de corrupción de funcionarios, son de naturaleza intangible.
4. ¿Cuál considera que sea la principal causa por la cual la reparación civil no cumpla su función en el proceso penal peruano? Generalmente, más allá de que en la sentencia condenatoria el juez establece un monto de reparación civil que deberá pasar el sentenciado, éste, cuando es condenado a PTK efectiva, no cumple con pasar inmediatamente a quella suma de dinero (RC), procediendo en letra muerta dicho orden judicial. Y en dichos casos se tendría que esperar hasta que el sentenciado haya

ANEXO VI

SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste S/N sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXPEDIENTE : 01352-2015-52-1601-JR-PE-10
JUEZ PENAL : CARLOS RAÚL SOLAR GUEVARA
ESPECIALISTA : SAIRA ZULY ZUMARAN SANCHEZ
ACUSADO : JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ
: OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO
DELITO : COLUSION AGRAVADA
AGRAVIADO : EL ESTADO - SEDALIB

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: TREINTA Y SEIS

Trujillo, dieciséis de setiembre

Del año dos mil diecinueve. -

VISTOS Y OÍDOS; los actuados en Juicio Oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad - Sede Trujillo, en el proceso seguido contra **JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ** y **OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO**, por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSION AGRAVADA**, previsto en el artículo 384° - segundo párrafo del Código Penal, en agravio de **EL ESTADO - EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LIBERTAD S.A. (SEDALIB SA)**, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

SUJETOS PROCESALES:

- a) **Ministerio Público: Dr. JUAN CARLOS RODRIGUEZ MUÑOZ**, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, con domicilio procesal en Av. América Oeste MZ. B1 Lt. 01 – Sector Covicorti, y casilla electrónica N° 88724.
- b) **Abogado del Actor Civil - Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios: Dra. MARIA ELENA SOLIS MENDOZA**, identificada con registro CALL N° 5404, y casilla electrónica N° 53298.
- c) **Abogada de Moreno Márquez: Dra. NORA LUZ TORRES MORALES**, identificado con registro CALL N° 1293, y casilla electrónica N° 1871.
- d) **Abogado de Calderón Del Río: Dr. CESAR ALVA FLORIAN**, identificado con registro CALL N° 1098, y casilla electrónica N° 71373.
- e) **Acusado: JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ**, identificado con DNI N° **17824654**, domicilio real en calle Las Casuarinas N° 318 – segundo piso – Urbanización Santa Edelmira, nacido el 14 de julio de 1966, edad 53 años, natural de Lima, hijo de José Moreno y Betty Márquez, estado civil divorciado, grado de instrucción superior, ocupación abogado, percibe tres mil soles mensuales, no registra antecedentes.
- f) **Acusado: OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO**, identificado con DNI N° **17922684**, domicilio real en Av. América Oeste Mz. H Lote 32 – Urbanización Vista Hermosa, nacido el 14 de agosto de 1966, edad 63 años, natural de Trujillo, hijo de Jesús Calderón y Luz Del Río, estado civil divorciado, grado de instrucción superior, ocupación abogado particular, percibe quince mil soles mensuales, no registra antecedentes.

I.- PARTE EXPOSITIVA

PRIMERO: ALEGATOS DE APERTURA Y POSICIÓN DE LAS PARTES. Que, conforme a lo establecido por el artículo 371° inciso 2) del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público, la abogada del Actor Civil, y la defensa técnica de los acusados han determinado sus alegatos de apertura de la siguiente manera:

1. MINISTERIO PÚBLICO:

- a) **Hechos y Circunstancias Objeto de Acusación:** En base al principio de congruencia, se tiene de la acusación escrita lo siguiente: *Durante el año 2012, el abogado José Carlos Moreno Márquez – Sub Gerente de Asesoría Jurídica de Sedalib S.A., mediante cuatro (04) requerimientos de Asesoría Legal, solicitó a la Central – Virtual de Compras, la contratación del servicio de asesoría legal (defensa) dentro del Distrito Judicial de La Libertad, para cuatro (04) expedientes judiciales seguidos contra Sedalib SA, lo que generó la emisión de las Órdenes de Servicio N° 2012001011, 2012000784, 2012000268 y 2012000353. Para ello, se contrató al abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río quien, según la descripción de los servicios, realizaría el patrocinio legal de la entidad antes mencionada respecto de cuatro (04) procesos judiciales: 1. Expediente N° 1756-2012 seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral, ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo; 2. Expediente N° 746-2012 seguido por la Sociedad Agrícola Virú sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil; 3. Expediente N° 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre Nulidad de Resolución, ante la Primera Sala*

Civil; y 4. Expediente 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre Proceso de Amparo, ante la Primera Sala Civil.

Es así que, el abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río emite sus recibos por honorarios por el ejercicio del patrocinio legal de los procesos ya señalados; cancelándosele por adelantado la suma total de S/. 42, 000.00 nuevos soles, a razón del siguiente orden: 1. Recibo por Honorarios N° 001-000349 de fecha 19.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 2. Recibo por Honorarios N° 001-000348 de fecha 15.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 3. Recibo por Honorarios N° 001-000369 de fecha 08.06.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; y 4. Recibo por Honorarios N° 001-000375 de fecha 23.07.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles. Pero no sólo eso sino que además no se cumplió con prestar el patrocinio legal en los cuatro procesos antes mencionados, debiéndose precisar que en la propuesta de servicios elaborada por el mismo Calderón Del Río, para todos los casos, ofertó la formulación del escrito de contestación de demanda; la realización de las gestiones orientadas a obtener sentencia favorable en primera instancia; y asistir a las reuniones de coordinación que fueran solicitadas para la atención debida al caso.

Es como consecuencia de la irregularidad de estos hechos que el Órgano de Control Interno de Sedalib S.A., emitió el Informe Especial N° 01-2013-SEDALIB S.A. -30000 -OCI, en donde se determina que José Carlos Moreno Márquez, en calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica, emitió los requerimientos para la contratación de Oscar Calderón Del Río y además otorgó conformidad a cada uno de los servicios del referido abogado, aun cuando la comisión auditora a cargo de la elaboración del informe especial, después de la revisión de los falsos expedientes originales de la información proporcionada por la misma Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, llegó a verificar que no se realizaron los servicios para los cuales fue contratado Calderón Del Río; siendo además que tales labores fueron realizadas por el personal a cargo de la Sub Gerencia (abogados Onelia Natalia Limonchi Bonilla y Ricardo Joao Velarde Arteaga), a quienes el mismo Sub Gerente José Carlos Moreno Márquez encargó dichas labores. En otras palabras, aún sin existir la necesidad de efectuar las contrataciones para asesorías legales externas, José Carlos Moreno Márquez gestionó las mismas a favor de Oscar Wilfredo Calderón Del Río, quien a su vez sabiendo que no se había realizado servicio alguno solicitó el pago total de hasta S/. 42, 000.00 nuevos soles, para lo cual posteriormente Moreno Márquez prestó su conformidad como área usuaria.

- b) **Calificación Jurídica de los Hechos:** Que, los hechos antes descritos se encuadran en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **Colusión Agravada**, previsto en el artículo 384° - segundo párrafo del Código Penal, que prescribe:

Artículo 384°.- “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”.³

³ Modificado por el artículo único de la Ley N° 29758, de fecha 21 de julio de 2011.

- c) **Pretensión Penal:** El representante del Ministerio Público sostiene que, los acusados Moreno Márquez y Calderón Del Río tienen la calidad de autor y cómplice primario del delito de Colusión Agravada, respectivamente; por lo que, solicita se les imponga nueve años de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el mismo plazo, de conformidad con el artículo 36º incisos 1) y 2) del Código Penal.
2. **ABOGADA DEL ACTOR CIVIL:** En el presente juicio va a demostrar la responsabilidad civil de los acusados, logrando establecer cada uno de los elementos que la conforman: hecho antijurídico, consiste en que, Moreno Márquez (Sub Gerente de Asesoría Jurídica) requirió la contratación de Calderón Del Río como asesor externo, a efectos de que preste patrocinio en cuatro expedientes judiciales seguidos contra SEDALIBD, sin embargo, fue el propio personal de la entidad que se encargó de asumir la defensa, es decir, se canceló la suma de S/. 42, 000.00 soles por un servicio no prestado de Calderón Del Río; daño causado, no solo se refleja en el correcto funcionamiento de la administración público, sino también, en la defraudación patrimonial por el monto indicado; relación de causalidad, es el nexo que existe entre la conducta imputada y el daño causado; factor atribución, es el dolo con el que actuaron los acusados para defraudar a la Empresa Sedalib. En consecuencia, solicita por concepto de reparación civil la suma de **OCHENTA MIL SOLES**, que deberán cancelar los acusados de manera solidaria.
3. **ABOGADA DEL ACUSADO MORENO MARQUEZ:** Postula una tesis absolutoria a favor de su patrocinado, puesto que, la contratación del servicio se dio con arreglo a Ley y la Constitución, en mérito a las siguientes razones: **i)** Calderón Del Río fue contratado para asumir el patrocinio de los procesos judiciales, por la eficacia que mostró en los anteriores servicios brindados para la Empresa Sedalib; **ii)** Se optó por la externalización, debido a la importancia y complejidad de los procesos, y para evitar incompatibilidad y la excesiva carga procesal; **iii)** El resultado de los procesos se dio de manera satisfactoria para la Empresa, razón por la cual no existió ninguna investigación una vez que culminaron; **iv)** El proceso de auditoría nace de una venganza política, por el cambio de gobierno entre el partido aprista y APP.
4. **ABOGADO DEL ACUSADO CALDERON DEL RIO:** Solicita que su patrocinado sea absuelto de la acusación fiscal, ya que, no tiene ninguna responsabilidad en el delito de Colusión Agravada, en base a los siguientes argumentos (contraindicios): **i)** La necesidad de contratar los servicios de un abogado particular, se originó por la contingencia de los procesos judiciales que se aperturaron contra la Empresa Sedalib (Nulidad de Acto Jurídico, Obligación de Dar Suma de Dinero, Nulidad de Resolución Judicial y Medida Cautelar, Demanda de Amparo); **ii)** El empleador contratado fue el Estudio Jurídico Calderón & Vereau Abogados (según RUC), donde no solo laboraba su patrocinado, sino un número diverso de abogados que compartían el servicio de asesoría, entre ellos la abogada Selene Torres Vélchez, quien suscribió los escritos presentados en los procesos judiciales. **iii)** No existió una contratación rígida para su patrocinado, esto es, que él mismo con su puño y letra debía suscribir los documentos, por el contrario, al tratarse de un estudio jurídico era posible que el servicio se preste de distintas formas: correos electrónicos, llamadas telefónicas o por el personal profesional; es decir, en cada uno de los procesos se brindó patrocinio legal ya sea mediante documentos firmados por la abogada Selene Torres, u otros medios electrónicos; **iv)** No es posible una concertación, cuando se obtuvo los resultados que se esperaban y su patrocinado con anterioridad a los hechos ya venía prestando servicios para la

Empresa SEDALIB – consultoría y patrocinio legal, de lo cual se advierte que la denuncia penal se funda en temas políticos.

SEGUNDO: DERECHOS Y ADMISIÓN DE CARGOS. De conformidad con el Art. 372° del Código Procesal Penal, el Juez director del debate, después de haber instruido de sus derechos a los acusados les preguntó si admitía ser autor y cómplices primario del delito materia de acusación y responsables del pago de la reparación civil, ante lo cual previa consulta con la defensa técnica, contestaron que no aceptaban su responsabilidad penal, continuándose con el desarrollo del juzgamiento.

TERCERO: NUEVA PRUEBA. En correspondencia con los presupuestos establecidos en el artículo 373° inciso 1) y 2) del Código Procesal Penal, se invitó a las partes para que puedan ofrecer nuevos medios de prueba: No se admitió ninguna prueba con esa calidad, sin embargo, después de culminada la actividad probatoria, se admitió como prueba de oficio, el examen de la testigo Yessica Selene Torres Vílchez para que brinde información respecto del vínculo laboral que existía con el acusado Oscar Calderón Del Río y su participación en los expedientes que cuestiona el Ministerio Público.

II.- PARTE CONSIDERATIVA

CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO. Aspectos a tener en cuenta a fin de emitir la presente sentencia.

- ✓ **Presunción de Inocencia:** Toda Persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales⁴, precisión normativa que, se encuentra en concordancia con el literal “e” del inciso 24° del artículo segundo de la Constitución Política del Perú que establece: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”*
- ✓ **Principio de Inmediación:** Es en el juicio oral donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamentado legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.⁵ En ese mismo sentido el artículo 356° inciso 1 del Código Procesal Penal establece que, el Juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación y rigen entre otros principios, la inmediación en la actuación probatoria.
- ✓ **Precisiones sobre el Ilícito Penal:** Las características fundamentales que definen el delito de Colusión, son: **i)** Es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo puede ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en función de su cargo o por

⁴ Artículo II inciso 1° del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.-

⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español, (en línea) <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artjac1.htm>.

comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica: el funcionario ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subaste o cualquier otra operación semejante y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir; y, **ii)** El delito de Colusión es un delito de participación necesaria -concretamente de encuentro-, que requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público -intraeus- se ponga ilícitamente de acuerdo con los partes implicadas en un contrato o acto -los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública.⁶ Por eso dice que, el núcleo rector de este tipo penal es el defraudar al Estado, entendiéndose como el quebrantamiento del principio de confianza depositado en el ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional.⁷

Además de ello, la jurisprudencia nacional ha dejado establecido que, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea-, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta o específica.⁸

QUINTO: VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA. Luego de llevado a cabo los alegatos de apertura se dio inicio a la actividad probatoria, donde las partes intervinieron en igualdad de armas, bajo los principios de contradicción, oralidad e inmediación; por lo que, de conformidad con el artículo 393° del Código Procesal Penal, este Juzgado pasa a valorar individualmente cada una de las pruebas actuadas, teniendo en cuenta que el examen de estas se encuentra registradas en el sistema de audio. Habiéndose desarrollado lo siguiente:

A. EXAMEN DE LOS ACUSADOS

- **JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ**

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogado de profesión. En el año 2012 laboró en la Empresa Sedalib como Sub Gerente de Asuntos Jurídicos, a partir del mes de febrero contó con el apoyo de tres abogados y una practicante, sin embargo, no era suficiente para manejar la carga procesal y administrativa de la empresa, registraba 600 procesos laborales en giro y 100 procesos civiles y penales, además, de la elaboración de informes o memorándums para atender los requerimientos de todas las oficinas, por eso, era una costumbre en la empresa contratar los servicios de un asesor externo ya se mediante concurso público o contrataciones directas, de igual forma, cuando había casos complejos o importantes para la empresa (casos emblemáticos). El acusado Calderón Del Río tenía un contrato de asesoría legal desde agosto de 2011, para temas de consultoría a favor del directorio, gerencia general y la sub gerencia de asuntos jurídicos, sin embargo, cuando ingresó a laborar requirió el servicio de

⁶ Ejecutoria Suprema del 19/11/2013 (Sala Penal Permanente), Recurso de Nulidad N° 1565-2012-ICA, Juez Supremo Ponente: Pariona Pastrana.

⁷ Ejecutoria Suprema del 26/3/2008, Recurso de Nulidad N° 4564-2007-Piura. Juez Supremo Ponente: Rodríguez Tineo, Gaceta Penal, tomo 17, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2010, pág. 217.

⁸ Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, fundamento destacado: Décimo Séptimo.

patrocinio legal de varios abogados, entre ellos el mencionado acusado. En las contrataciones directas no existió un contrato formal sino una orden de servicio, donde se le solicitó al acusado Calderón Del Río la atención de determinados temas, para lo cual debía remitir su propuesta económica, luego brindar el servicio requerido, para su posterior conformidad y trámite de pago. **El Expediente N° 1756-2012** sobre nulidad de acto jurídico y asiento registral se externalizó por pedido del directorio, ya que, el acusado Calderón Del Río desde años anteriores (a través del Estudio Jurídico Muñoz o de manera independiente) tenía la exclusividad del manejo de los temas societarios de la empresa, e incluso era consciente de la problemática que originó el proceso, cuando el señor Acuña asumió la alcaldía de la provincia de Trujillo (APP buscaba modificar el estatuto para tener mayoría absoluta del directorio). El acusado Calderón Del Río cumplió con la prestación del servicio, para lo cual realizaron coordinaciones por teléfono o correo electrónico a fin de que ejerza la defensa, en algunos casos primero realizaba el servicio por el vencimiento de los plazos y luego se regularizaba su contratación. **El Expediente N° 746-2012** sobre obligación de dar suma de dinero se externalizó por tratarse de un caso complejo y requerir una atención debida, se estaba demandando a la empresa para que devuelva más de millón y medio de soles, pero finalmente se obtuvo un resultado favorable. Le consta que la prestación del servicio lo brindó el acusado Calderón Del Río, a la empresa acudían abogados de su estudio para realizar diversas gestiones. **El Expediente N° 1535-2009** sobre acción contenciosa administrativa se externalizó por tratarse de un tema contingente para el área comercial de la empresa, la señora Magaly Terrones había conseguido a través de una medida cautelar un cobro minúsculo por el consumo de agua, entonces se contrató al acusado Calderón Del Río para que evalúe una estrategia para frenar la problemática y prevenir casos similares al futuro, la demanda fue declarada fundada en parte a favor de la citada señora, pero la empresa consiguió que se le instale un medidor. En este caso la contratación se realizó después de interpuesta la demanda, y solo para atender la medida cautelar. **El Expediente N° 3772-2011** sobre Acción de Amparo se externalizó debido a que el señor Sneyder Iparraguirre era un dirigente sindical de la empresa y muy amigo de su persona, por eso, le exigieron que externalice el proceso para evitar malas interpretaciones de que lo pueda favorecer; en primera y segunda instancia la empresa obtuvo resultado favorable. Se acordó con el acusado Calderón Del Río que a la aceptación de su propuesta se iniciaba con el trámite de pago. La conformidad del área usuaria se emitía al presentarse la contestación de la demanda o con los informes del servicio donde se indicaba las gestiones. La abogada Selene Torres pertenecía al estudio jurídico del acusado, participó en el trámite de los expedientes, aparece firmando dos contestaciones de demanda. Como sub gerente se encargaba de distribuir la carga de los documentos entre los abogados internos, quienes eran responsables del seguimiento de los expedientes, sin embargo, cuando se detectaba casos emblemáticos el abogado interno tenía que coordinar con el asesor externo para una mejor estrategia de defensa, ya sea, enviándole información o documentos por correo electrónico, llamadas telefónicas o de manera personal (viceversa). Los escritos que elaboraba el acusado Calderón Del Río (registraba su domicilio procesal y casilla judicial N° 166) eran enviados a la Sub Gerencia mediante correo electrónico, para consignar el nombre del apoderado que iba a ir a juicio y anexar los medios probatorios, el acusado no tenía la obligación de firmar los escritos, solo los abogados internos. Conoce al señor Henry Carbajal Sánchez porque inicialmente laboró en la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos y luego en el Órgano de Control Institucional, fue designado como jefe de la comisión auditora que evaluó los procesos de selección en el año 2012, sabía la forma como se trabajaba en la Sub Gerencia. En diciembre de 2013 fue despedido de la empresa, le cursaron una carta de pre-aviso y de despido indicándole que había dado el visto bueno a los pagos del acusado Calderón Del Río sin que haya prestado el servicio, lo cual era totalmente falso, la razón verdadera de su despido se dio porque luego de seis años de juicio el partido de APP asumió la administración de la empresa, los nuevos directores comenzaron a sacar a los funcionarios que habían trabajado con la administración aprista (se produjo un cierrpuertas).

- OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogado de profesión, por lo general trataba temas societarios como asesor de distintas empresas, laboró para el Estudio Jurídico Muñiz quien se encargaba de asesorar a la empresa Sedalib, desde antes que el notario Guerra Salas asumiera la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos. Posteriormente formó su propio estudio por medio del cual continuó asesorando a Sedalib, ya sea, para temas de consultoría o patrocinio legal, contaba con el apoyo de otros abogados (Elar Guillen, Anabel Haro, Selene Torres) asistentes y practicantes. Con motivo de la nueva administración de la empresa le aperturaron tres procesos penales, en dos ha sido absuelto. Fue contratado para asesorar en los expedientes N° 1756-2012, 746-2012, 1535-2009 y 3772-2011, la forma de trabajo era mediante llamadas telefónicas, reuniones en su oficina o en la Sub Gerencia, mediante información enviada por correo electrónico. La Gerencia General y el Directorio por la confianza que tenían en su trabajo recomendaron su contratación a través del Sub Gerente de Asuntos Jurídicos, no estaba obligado a emitir informes minuciosos sobre los procesos. La abogada Selene Torres laboró en su estudio hasta marzo de 2015, contaba con autorización para suscribir escritos en su nombre. El trámite de pago se formalizaba con la presentación y/o aceptación de su propuesta, en algunos casos el servicio era brindado antes de la contratación por el vencimiento de los plazos. Paralelamente al servicio de patrocinio legal registraba un contrato para realizar consultoría a la Gerencia General, Directorio y Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos por medio de informes, reuniones, llamadas telefónicas o correos electrónicos (relacionado con asuntos societarios, normas especiales o de agua). No mantuvo ninguna entrevista o comunicación con motivo del proceso de auditoría, tampoco recibió una visita en su estudio jurídico, la empresa contaba con la asesoría externa de otros abogados. La razón del proceso fue para despedir al acusado Moreno Márquez, ejerció la defensa del directorio contra la nueva administración que asumió el directorio luego de cuatro o cinco años.

B. EXAMEN DE TESTIGOS

- **GUILLERMO LUDWING FEDERICO GUERRA SALAS**

Introdujo la siguiente información relevante: Actualmente se desempeña como abogado notario. Durante el período 2000 – 2007 laboró en la Empresa Sedalib ejerciendo funciones como Sub Gerente de Asesoría Jurídica, dentro de la carga procesal había diversos expedientes en materia laboral (600), civil (100) y penal, además, de la asesoría por los problemas propios de la empresa. Conoce a los acusados Moreno Márquez y Calderón Del Río por haber sido compañeros en la Universidad Nacional de Trujillo. Cuando asumió la sub gerencia contaba con el apoyo de tres abogados (Apolonio de Bracamonte, Moreno Márquez y Henry Carbajal), practicantes y una secretaria, es decir, no había personal suficiente para afrontar la carga de expedientes de la empresa, por lo que, debía externalizar el servicio en razón a las singularidades de los casos, ya sea por la cuantía de la demanda, por la connotación pública, o con el objeto de evitar otros casos a futuro. Todo requerimiento que realizaba tenía el visto bueno de distintas oficinas (Gerencia General, Área de Logística, Gerencia de Administración y Finanzas). El acusado Calderón Del Río prestó asesoría externa a Sedalib, era gerente del Estudio Jurídico Muñiz, quien desde antes que asuma la Sub Gerencia venía prestando dicho servicio. La empresa contrataba a un abogado externo para brindar básicamente dos servicios: asesoría jurídica o patrocinio legal; el primero, era de manera global para absolver consultas de todo tipo, ya sea, mediante informes, correos electrónicos, o en forma verbal durante las sesiones; el segundo, se daba de manera específica respecto de un proceso judicial, para lo cual el Sub Gerente o los abogados de la empresa tenían que supervisar el trabajo del profesional contratado y realizar seguimiento de los expedientes, además, de las coordinaciones que se realizaban de manera personal, por llamadas telefónicas o correo electrónico (por ejemplo, el envío de una contestación de demanda para que el Sub Gerente consigne su firma en caso que el abogado no tenga poder, por temas de urgencia o distancia). La contratación de un estudio jurídico implicaba que cualquier abogado pueda cumplir con el servicio (en algunos casos consignaba su domicilio procesal). El servicio de patrocinio legal requería contestar la demanda, hacer seguimiento de los escritos y las gestiones que demanda un proceso. Conoce que la

abogada Selene Torres Vílchez era secretaria del acusado Calderón Del Río y del Estudio Jurídico Muñiz, e incluso también firmaba algunos documentos. En cada elección política había cambios en el directorio, ya que, los accionistas de la empresa son las municipalidades provinciales (APRA, PPC), en el 2011 - 2012 existió una pugna entre el partido aprista y alianza por el progreso para el manejo del directorio.

- **APOLONIO ROBERTO DE BRACAMONTE MORALES**

Introdujo la siguiente información relevante: Actualmente se desempeña como abogado notario. Durante el período 2007 - 2011 laboró en la Empresa Sedalib ejerciendo funciones como Sub Gerente de Asesoría Jurídica, dentro de la carga procesal había diversos procesos judiciales (laboral en mayor número), por eso contaban con asesorías legales externas, ya sea por carteras grandes o casos específicos que por la complejidad y la importancia para los intereses de la empresa ameritaban que sean vistos por un especialista. Conoce al acusado Moreno Márquez porque trabajaron juntos en la Sub Gerencia, la misma que asumió. Conoce al acusado Calderón Del Río por haber prestado asesoría en Sedalib, era Gerente del Estudio Jurídico Muñiz, e incluso en varias oportunidades fue contratado solo como abogado. El servicio de patrocinio legal era controlado mediante los informes que presentaban los abogados, detallando el avance de los procesos, a fin de que la empresa les pague sus honorarios. En algunos casos el abogado debía firmar las demandas o contestaciones y acudir a las audiencias, y en otros, solo era contratado para la elaboración de documentos, para lo cual debía llevarlos a la Empresa o remitirlos por correo electrónico, y en la Sub Gerencia se encargaban de adjuntar los medios probatorios, suscribir los documentos y su presentación ante el Poder Judicial. No conoce a la abogada Selene Torres Vílchez. Las contrataciones directas tenían un plazo de una semana, en muchos casos el abogado antes de que sea contratado ya venía elaborando las contestaciones de demanda por el vencimiento de los plazos del proceso. Todo requerimiento y pago requería el visto bueno de otras áreas administrativas. Conoce que en el año 2012 existió un cambio radical en el directorio de la empresa, se comentó que había un lugar como especie de Siberia donde todos los funcionarios que no podían ser despedidos eran enviados en dicho lugar para que trabajen (no recuerda si el acusado Moreno Márquez pasó por la misma situación).

- **RICARDO JOAO VELARDE ARTEAGA**

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogado de profesión. Durante el período 2011 - 2012 laboró en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica de la Empresa Sedalib, estaba conformada por el acusado Moreno Márquez (jefe inmediato), las abogadas Onelia Limochi y Mariela Castillo, y la asistente Claudia Chavarry. En su función como abogado se le asignó la cartera de los procesos civiles (obligación de dar suma de dinero), contencioso administrativo, amparo, además, debía emitir opiniones legales o temas administrativos que se le encargaba. En los procesos judiciales asumía la estrategia y defensa legal del caso, por ejemplo contestar las demandas y realizar las gestiones necesarias para obtener una sentencia favorable. Toda demanda o resolución dirigida a la empresa era puesta a disposición del acusado Moreno Márquez para que disponga las acciones a realizar. Con motivo del proceso de auditoría le solicitaron informes sobre su participación en tres procesos judiciales. Emitió la carta de fecha 05 de agosto de 2013 (obra a folios 253), referido al **Expediente N° 746-2012** (obligación de dar suma de dinero) y **Expediente N° 1535-2009** (acción contenciosa administrativa); en el primero, si bien le entregaron la demanda interpuesta por la Sociedad Agrícola Virú (solo hizo una ayuda memoria), sin embargo, por disposición del Sub Gerente (Moreno Márquez) fue derivada a un asesor externo (Calderón Del Río), por tratarse de un caso de un millón de soles, por la carga de trabajo que existía en la empresa (cada abogado estaba a cargo de más de cien procesos), y por tratarse de un servicio de saneamiento que no era común (estaba referido al cobro de agua extraída del sub suelo para fines comerciales); en el segundo expediente, presentó dos o tres escritos cambiando domicilio procesal, ya que, se trataba de un proceso antiguo que al parecer estaba siendo llevado por un asesor externo (a la actualidad sigue en curso por las medidas cautelares y temas de nulidad), pero

nunca realizó un tipo de coordinación; un usuario había impugnado una resolución que decidía su reclamo en la empresa, pero por una medida cautelar se prohibió facturarle lo que indicaba su medidor, exigiéndole a la empresa que solo facture metros cúbicos por debajo del asignado (renta básica). Emitió la carta de fecha 15 de marzo de 2013 (obra a folios 284), referido al **Expediente N° 3772-2011** sobre una acción de amparo interpuesto por el trabajador Sneyder Iparraguirre Domínguez, al haber sido rotado a la oficina de Salaverry por afectación de su derecho de sindicalización; intervino en el proceso desde la notificación de la demanda hasta la expedición de la sentencia en primera instancia (contestó la demanda y presentó sus alegatos), la cual fue favorable hasta la segunda instancia, pero ya no intervino porque fue rotado en marzo de 2013; no contó con el apoyo de un abogado externo, el proceso obtuvo un resultado favorable para la empresa Sedalib SA. Todos los avances eran sustentados mediante informes o de manera verbal ante el Sub Gerente, los abogados de la empresa contaban con poder para litigar, pero cuando se contrataba a abogados externos tenían que ir juntos para presentar los escritos por el tema de representación procesal (apoderado) o coordinar por correo electrónico, ambos debían consignar su firma (apoderado y abogado externo). Conoce al acusado Calderón Del Río porque fue contratado como asesor externo de la empresa (tenía contrato vigente), sin embargo, no realizó ninguna coordinación en los expedientes mencionados, cree que la abogada Selene Torres Vílchez fue contratada como asesora externa, llegaba por la oficina para conversar con las abogadas Mariela Castillo y Onelia Limonchi. Solo se externalizaba los casos relevantes. No tiene un vínculo de enemistad con los acusados. En el mes de noviembre o diciembre de 2012 existió un cambio de directorio por mandato judicial, lo que originó que algunos funcionarios sean removidos o despedidos por la nueva administración, cuyo tinte político era de APP (el acusado Moreno Márquez fue despedido, pero volvió a ingresar por orden judicial). La empresa también contaba con la asesoría externa del doctor Cesar Rubio (especialidad penal), y Henry Muñoz (especialidad laboral), el acusado Calderón Del Río era de la especialidad civil.

- **ONELIA NATALIA LIMONCHI BONILLA**

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogada de profesión. Desde el 22 de enero de 2012 hasta al 15 de agosto de 2013 laboró en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica de la Empresa Sedalib, estaba conformada por el acusado Moreno Márquez (fue su jefe inmediato hasta diciembre de 2012) y los abogados Joao Velarde y Mariela Castillo. Dentro de sus funciones se encargaba del trámite de algunos expedientes en materia civil y penal que eran asignados por el Sub Gerente, su trabajo por lo general se relacionaba con las contrataciones del estado y atención de requerimientos de información pública. La nueva sub gerente Janeth Palomino le comunicó que debía acompañar al doctor Henry Carbajal (antes había laborado en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica) para la revisión de unos expedientes; primero se acercaron a la sede de Natasha para revisar expedientes penales, y luego a la sede de Bolívar para expedientes civiles (en el archivo modular), en algunos expedientes tuvo que apersonarse como apoderada de Sedalib (en los otros ya se había apersonado); la diligencia consistió en revisar en cada uno de los expedientes los escritos presentados y proveídos a favor de la empresa Sedalib. Según el acta de constatación de fecha 21 de marzo de 2013 (fs. 232), referido al **Expediente N° 1756-2012** sobre nulidad de asiento registral, se verificó un escrito de contestación demanda donde aparecía la firma de la abogada Selene Torres en copia fotostática. Según el acta de constatación de fecha 25 de marzo de 2013 (fs. 234), referido al **Expediente N° 746-2012** sobre obligación de dar suma de dinero, se verificó un escrito de contestación de demanda suscrito por el acusado Moreno Márquez y la mencionada abogada. Según el acta de constatación de fecha 21 de marzo de 2013 (fs. 236), referido al **Expediente N° 1535-2009** sobre proceso contencioso administrativo, se verificó un escrito de contestación de demanda suscrito por los abogados Apolonio de Bracamonte y Raúl Lozano, así como, otros documentos suscritos por su persona y el abogado Joao Velarde. Según el acta de constatación de fecha 04 de abril de 2013 (fs. 238), referido al **Expediente N° 3772-2011** sobre Acción de Amparo, se verificó un escrito de contestación de demanda y de absolución suscritos por el abogado Joao Velarde. Emitió el Informe N° 034-2013-ONLB (obra de fs. 265) relacionado con los Expedientes N° 1756-2012 y 1535-

2009; respecto del primero, el acusado Moreno Márquez le indicó que coordinara con la abogada Selene Torres, quien le envió por correo electrónico la contestación de demanda escaneada, para después presentarla ante el Poder Judicial; respecto del segundo expediente, solo compareció al proceso solicitando copia de los actuados y luego dispuso la variación del domicilio procesal, sin embargo, nunca le comunicaron sobre la contratación de un asesor externo, e incluso el expediente pasó a ser atendido por el abogado Joao Velarde. En la sub gerencia de asesoría jurídica se manejaba copias de los expedientes (expediente falso) para cualquier verificación en el momento o posterior. Conoce al acusado Calderón Del Río porque era asesor externo de la empresa, en su oficina trabajaba con la abogada Selene Torres (eran encargados de los temas del directorio y de algunos procesos civiles y constitucionales), realizaron coordinaciones sobre una demanda realizada en la Corte Suprema (vinculada al Expediente N° 1756-2012) y estrategias de defensa para algunos procesos que tenía, por ejemplo, proyectaba los escritos y le enviaba por correo electrónico para que los revise (viceversa), luego ambos consignaban su firma o solo uno para su posterior presentación. El estado de los procesos se sustentaba mediante informes o de manera verbal ante el Sub Gerente, quien era el encargado de asignar los expedientes, para lo cual debía dar el trámite e impulso respectivo.

- **YESSICA SELENE TORRES VILCHEZ**

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogada de profesión. En una oportunidad mantuvo vínculo contractual con la empresa Sedalib, para la emisión de informes legales de naturaleza laboral. En octubre de 2011 ingresó a laborar al Estudio Jurídico Calderón & Vereau Abogados, era asistente del acusado Calderón Del Río, quien venía patrocinando a la empresa Sedalib en la defensa legal de algunos expedientes, se encargaba de proyectar los escritos de demanda o contestación de demanda, conforme a los lineamientos que le daba el acusado; luego el proyecto era enviado por correo electrónico al Sub Gerente Moreno Márquez y al pool de abogados (Joao Velarde, Onelia Bonilla y Castillo) a fin de que completen algunos datos (se precise el abogado que iba a salir a juicio, se adjunte los medios probatorios y el poder). En varias oportunidades realizó coordinaciones con los mencionados abogados, ya que, el acusado Calderón Del Río le pedía que les envíe un requerimiento sobre los medios probatorios a presentar o un tipo de información, e incluso también se acercó a la oficina para recoger documentos. El expediente N° 1756-2012 sobre nulidad de acto jurídico y asiento jurídico surgió con motivo de una disputa entre los directores de la empresa, por lo cual la Municipalidad Distrital de El Porvenir planteó la nulidad de un acuerdo societario. El Expediente N° 746-2012 sobre obligación de dar suma de dinero también fue atendido por el acusado Calderón Del Río, surgió con motivo de un proceso de amparo, ganado por la Sociedad Avícola Virú quien solicitaba una especie de indemnización. La contestación de demanda de los citados expedientes fue enviado por correo electrónico al acusado Moreno Márquez, luego de tener el visto bueno suscribió los documentos para nuevamente enviarlos a fin que sean presentados ante el poder judicial. El acusado Calderón Del Río consignaba como domicilio procesal la casilla N° 166 del Colegio de Abogados de La Libertad, su estudio jurídico estaba conformado por 15 personas entre abogados, asistentes y practicantes.

C. EXAMEN DE PERITOS

- **MIGUEL ANGEL AGUINAGA MORENO**

Introdujo la siguiente información relevante: Es economista de profesión. En el 2013 laboró en la Empresa Sedalib desempeñando funciones como jefe del órgano de control institucional (OCI), sin embargo, no estaba subordinado a dicha entidad, sino a la Contraloría General de la República. Participó en la elaboración del Informe Especial N° 01-2013, referido a las contrataciones y adquisiciones de la empresa, supervisó todas las acciones que se realizaron en el proceso de examen, como la etapa de planificación, ejecución y elaboración del informe. El objeto del examen fue verificar la correcta aplicación de normas y reglamento en los procesos de selección realizados en el 2012, por lo cual se tomó como muestras los procesos que demandaron un mayor costo o controversias advertidas por

distintos medios. Según la NAGU 4.50 si existe discrepancias respecto de una norma legal debe formularse un examen especial, en este caso, se encontró irregularidades en la contratación y pago del servicio de patrocinio legal. La etapa de ejecución estuvo a cargo del auditor – abogado Henry Armando Carbajal Sánchez, lo cual fue supervisado por su persona y el jefe de la comisión. Entre los hallazgos se advirtió que había 04 contratos suscritos con asesores legales externos (órdenes de servicio), pero no tenían contraprestación, ya que, en los seguimientos ante el Poder Judicial y el Ministerio Público no verificaron ninguna actividad de su parte (apersonamiento, presentación de documentos, etc.). Como consecuencia del examen especial se determinó responsabilidad del acusado José Carlos Moreno Márquez, pues en su condición de Sub Gerente de Asesoría Jurídica hizo los requerimientos de las contrataciones y dio la conformidad del servicio. Se revisó la documentación consistente en: contratos, órdenes de servicio, comprobantes de pagos, informes del área de asesoría jurídica respecto de los estados de tramitación de los procesos que debían ser atendidos (un proceso fue atendido por abogados de la Empresa). El contrato N° 367 se realizó con la finalidad que, el abogado Calderón Del Río (acusado) absuelva un proceso judicial, sin embargo, ya venía siendo atendido por los mismos abogados de asesoría jurídica (Velarde Arteaga y Limonchi Bonilla). Con motivo de los 04 contratos se estableció un perjuicio patrimonial alrededor de 40 mil soles. En el Expediente 1756-2012 advirtió que las gestiones y escritos fueron presentados por el acusado José Carlos Moreno Márquez y la abogada Selene Torres Vélchez – la firma de esta última en fotostática. Se auditó los 04 contratos de patrocinio legal porque se trataba de contrataciones directas y había rumores de presuntas irregularidades. El auditor Carbajal Sánchez se encargó de verificar los expedientes en los juzgados respectivos, conforme aparece en las actas de constataciones. En la verificación de la oficina del acusado Calderón Del Río advirtieron que la abogada Selene Torres tenía la misma dirección. Para el pago de honorarios profesionales se exige la conformidad del área usuaria, quien debe revisar los procedimientos o documentos del servicio, para luego el área de tesorería proceder al pago respectivo (el cheque se expide con la existencia del compromiso y devengado).

- **HENRY ARMANDO CARBAJAL SANCHEZ**

Introdujo la siguiente información relevante: Es abogado de profesión. En el 2013 laboró en la Empresa Sedalib desempeñando funciones como abogado del órgano de control institucional. El Informe Especial N° 01-2013 fue elaborado por la comisión auditora, pero según la NAGU 4.50 debe estar suscrito por el supervisor, jefe del OCI y el jefe de la comisión o abogado especialista. La Contraloría General de La República aprobó el examen especial al año anterior (2012). En la acción de control participó como jefe de la comisión (integrada por dos ingenieros, un contador y el supervisor) realizando una serie de actividades conforme al plan de auditoría, el cual se efectuó en base a tres etapas: planeamiento, ejecución y elaboración del informe. El objeto del examen fue verificar la correcta aplicación de las normas y reglamentos en los procesos de selección llevados a cabo en la Empresa SEDALIB SA durante el año 2012. La muestra se estableció de acuerdo a la materia, cuantía, número de procesos y auditores (población de 94 contrataciones directas) y conforme a los documentos que sustentaban las contrataciones y advertían la existencia de un perjuicio. Como parte de la labor auditora verificó que en 04 contrataciones directas se requirió los servicios de patrocinio legal sin que exista la necesidad, por cuanto, el servicio fue realizado por dos abogados de asesoría jurídica, además, se otorgó la conformidad de los servicios pese a que no habían sido desarrollados. Dentro de las actividades realizadas, solicitó a la sub gerencia de asesoría jurídica que le remita los falsos expedientes para verificar la actuación de los profesionales contratados, sin embargo, como no advirtió ninguna actuación dispuso la realización de visitas en los juzgados, para revisar los expedientes originales levantando las actas respectivas (en juicio se ratificó en su contenido); asimismo, solicitó al sub gerente de asesoría jurídica (Moreno Márquez) que informe si en sus archivos existían documentos, correos electrónicos u otro indicio que acredita la prestación, pero le contestó no contaba con dicha información; además, le solicitó que le informe sobre las labores desarrolladas por el profesional contratado (Calderón Del Río) para lo cual dio su conformidad del servicio; también, solicitó al

profesional que le informe respecto del servicio brindado, sin embargo, su respuesta no fue conforme a lo solicitado, ya que, no indicó los servicios que eran objeto de la contrataciones, ni remitió la documentación sustentatoria (solo mencionó que hizo estudio de antecedentes, coordinaciones, envío de documentos y gestiones ante el poder judicial). Antes de realizar las visitas a los juzgados envió un documento al titular de la sub gerencia de asesoría jurídica, indicándole que necesitaba realizar una verificación de los expedientes para lo cual se requería su presencia o que designara a un abogado, de lo contrario el acta de verificación iba a ser suscrita por el personal auditor y los titulares (jefe de OCI y sub gerente). La abogada Onelia Limochi fue designada por asesoría jurídica para que lo acompañe en las visitas a los juzgados, incluso verificó que había participado en los procesos al igual que el abogado Joao Velarde (trabajadores de la entidad), quienes le informaron que desconocían sobre la contratación de un abogado externo. Según el requerimiento del área usuaria el servicio patrocinio legal, implicaba la elaboración del escrito para contestar la demanda y otras labores o diligencias necesarias para obtener una sentencia favorable. Respecto del Expediente N° 1756-2012 (seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral, ante el 2do. Juzgado Especializado Civil) verificó la intervención de la abogada Selene Torres (la contestación registraba su firma en fotostática), quien nunca le informó sobre sus actuaciones, pese a que le requirió formalmente. Respecto del Expediente N° 746-2012 (seguido por la Sociedad Agrícola Virú sobre obligación de dar suma de dinero) verificó la intervención del acusado Moreno Márquez y los abogados de asesoría jurídica; el abogado Joao Velarde le informó que por disposición de su jefe, el trámite del expediente había sido derivado al asesor externo (Calderón Del Río) en virtud del contrato N° 367-2011 que tenía vigencia por un año (contemplaba el servicio de asesoría legal); además, verificó la firma de la abogada Selene Torres en un escrito. Respecto del Expediente N° 1535-2009 (seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre nulidad de resolución ante la Primera Sala Civil) verificó que la contratación del servicio se hizo luego de dos años de contestada la demanda por parte de Sedalib. Respecto del Expediente N° 3772-2011 (seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre proceso de amparo, ante el quinto juzgado civil) verificó la intervención del abogado Joao Velarde durante todo el proceso, e incluso, le informó que nunca realizó coordinaciones con un asesor externo. Todos los expedientes fueron solicitados en archivo modular por la abogada Limochi Bonilla, quien tenía poder para revisarlos. Conforme a la NAGU 3.60 se comunicó la existencia de los hallazgos al acusado Moreno Márquez, a fin de que brinde un tipo de comentario y/o aclaraciones. Como consecuencia del examen especial, determinó un perjuicio patrimonial de cuarenta y dos mil soles, producto de la suma de las cuatro contrataciones.

D. PRUEBA DOCUMENTAL

- En juicio se oralizaron las documentales que fueron admitidas en la etapa de control de acusación, a favor del Ministerio Público y la defensa de los acusados Moreno Márquez – Calderón Del Río, en un total de 22 piezas (incluido la pericia institucional), entre las que resaltan: La denuncia interpuesta por el Gerente General de la Empresa Sedalib por medio de la cual se comunica al Ministerio Público los hechos materia de imputación; los contratos individual de trabajo respecto de los abogados Onelia Limonchi Bonilla y Ricardo Joao Velarde Arteaga, que acreditan su vinculo laboral con la empresa, habiendo desempeñando funciones en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica; el Informe Especial N° 01-2013-SEDALIB SA -30000-OCI, emitido por el Órgano de Control Institucional, en donde se concluye que se realizaron contrataciones y pago de servicios de patrocinio legal, sin que se hayan recibido y ocasionado perjuicio económico (respecto de los Expedientes N° 1535-2009, 3772-2011, 746-2012, 1756-2012) atribuyéndose responsabilidad funcional al acusado José Carlos Moreno Márquez; asimismo, se resaltan los anexos del Informe Especial por un número de 40 piezas documentales, como son los requerimientos del área usuaria, las ordenes de servicio, propuestas económicas, conformidades del servicio, comprobantes de egresos, actas de constatación, y distintas cartas e informes donde se solicita información respecto de la supuesta labor realizada por Oscar Wilfredo Calderón Del Río (profesional

abogado); además, se resaltan las cartas dirigidas por este último ante la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica para comunicar sobre las actividades del servicio contratado, y los escritos de contestación de demanda de los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012.

SEXTO: VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA.

Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir la sentencia, las razones que lo llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado.⁹

De acuerdo con el artículo 397° de la norma adjetiva que exige una correlación entre acusación y sentencia, este Juzgado Unipersonal considera necesario delimitar las posturas de las partes procesales y los aspectos en donde debe incidir el análisis del caso. Así tenemos:

- 6.1. El representante del Ministerio Público plantea como tesis inculpativa que, el acusado José Carlos Moreno Márquez en su condición de Sub Gerente de Asesoría Jurídica de la Empresa Sedalib SA, se habría concertado con la persona de Oscar Wilfredo Calderón Del Río – profesional abogado, en cuatro contrataciones directas sobre patrocinio legal, a fin de que éste último asuma la defensa de la empresa, en el trámite de los Expedientes N° 1756-2012 (proceso de nulidad de acto jurídico y asiento registral), 746-2012 (proceso de obligación de dar suma de dinero), 1535-2009 (proceso de nulidad de resolución) y 3772-2011 (proceso de amparo); pues en el curso de la investigación se advirtió ciertas irregularidades que tendrían contenido penal y que originaron un perjuicio económico al patrimonio del estado (**por ejemplo: falta de necesidad para contratar a un abogado externo, celeridad en el trámite de las contrataciones, pago adelantado de los servicios**).
- 6.2. Por su parte, la defensa técnica de los acusados expuso una tesis absolutoria, en estricto cuestiona el elemento del acuerdo colusorio o concertación ilegal, en merito a las siguientes razones: **i)** La necesidad de contratar los servicios de un abogado particular, se originó por la contingencia de los procesos judiciales que se aperturaron contra la Empresa Sedalib, además, el acusado Calderón Del Río ya venía mostrando eficacia en anteriores servicios. **ii)** El resultado de los procesos se dio de manera satisfactoria para la Empresa, razón por la cual no existió ninguna investigación una vez que culminaron. **iii)** No existió una contratación rígida para el profesional abogado, esto es, que él mismo con su puño y letra debía suscribir los documentos, por el contrario, al tratarse de un estudio jurídico era posible que el servicio se preste de distintas formas: correos electrónicos, llamadas telefónicas o consultas; es decir, en cada uno de los procesos se brindó patrocinio legal ya sea mediante documentos firmados por la abogada

⁹ STC. Expediente N° 2101-2005-HC/TC: Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4-5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; Editores del Centro; 2014; pág. 527.

Selene Torres, u otros medios. **iv)** La denuncia nace de una venganza política, por el cambio de gobierno entre el partido aprista y APP.

- 6.3.** Es menester dejar por sentado que los hechos acontecieron entre los meses de febrero a julio de 2012, con la emisión de los requerimientos del área usuaria, órdenes de servicio, conformidad y la realización de los pagos respectivos; lapso de tiempo en el que se habría materializado una concertación ilegal entre los acusados para defraudar los intereses de la Empresa Sedalib SA; por lo que, siguiendo los principios de la aplicación temporal de la ley penal, el artículo 6° de la norma sustantiva precisa que: *“La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible”*, entonces el tipo penal de observancia para el análisis será el artículo 384° -segundo párrafo del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011, el cual reza: *“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”*. Por ende, este Juzgado Unipersonal se va a circunscribir a la descripción típica de la precitada disposición.
- 6.4.** En ese sentido, es prudente establecer las siguientes aristas de estudio: **a)** La calidad de funcionario o servidor público de los acusados; **b)** La relación funcional del acusado Moreno Márquez en las contrataciones directas del servicio de patrocinio legal; **c)** La concertación ilegal de naturaleza defraudatoria y la responsabilidad penal de los acusados; **d)** El perjuicio patrimonial ocasionado al Estado; y **e)** El dolo “consciencia y voluntad”.

Respecto de la calidad de funcionario o servidor público de los acusados

- 6.5.** El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: *“Los que están comprendidos en la carrera administrativa. Los que desempeñan cargas políticas o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 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, incluidas las empresas del estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidad u organismos (...)”*.
- 6.6.** El funcionario público es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja.¹⁰

¹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA SAC, Lima – Perú. 2019, Quinta Edición. Pág. 12.

- 6.7. En tanto que, el servidor público es aquella persona natural que también presta servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios.¹¹
- 6.8. No ha sido objeto de controversia que, el acusado José Carlos Moreno Márquez durante el año 2012 ejerció funciones en la Empresa Sedalib SA, desempeñando el cargo de Sub Gerente de Asesoría Jurídica; pues así se ha podido advertir de las diversas documentales que obran en el expediente judicial, consistente en: **Requerimientos** N° 2012003097, 2012003097, 2012003097, 2012003097, mediante los cuales solicita a la Central de Compras la contratación del servicio de patrocinio legal para los expedientes materia de cuestionamiento; **Conformidades de Servicio** N° 018531, 018544, 019632 y 020226, en las que se dirige a la Gerencia de Administración y Finanzas comunicando la completa satisfacción del servicio; **Informes** N° 067-2012, 068-2012, 172-2012, 211-2012-SEDALIB-SA-41000.SAJ, donde se dirige a la Gerencia General alcanzado los recibos por honorarios de su co-acusado Calderón Del Río.
- 6.9. Ahora bien, siendo Sedalib SA una empresa administrada por las Municipalidades Provinciales de la Región La Libertad, según los alcances de la Ley N° 26338 – Ley General de Servicios de Saneamiento¹², y estando acreditado el vínculo laboral del acusado; podemos establecer su calidad de funcionario público, toda vez que, prestó servicios para una entidad dependiente del Gobierno Local, y actuando con poder de decisión al interior de la sub gerencia a su cargo. *(Según el artículo 51° del ROF de la empresa, aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 357-2006-SEDALIB.SA.4000-GG, tenía como funciones: Ejecutar la asignación, seguimiento, control y evaluación de los asuntos legales de orden institucional encargados a asesorías legales externas. Asimismo, en el Manual de Organización y Funciones de SEDALIB S.A, aprobado por Resolución de Gerencia General N°127-2011-SEDALIB S.A-400000-GG, se establece en el numeral 4 literal, las siguientes funciones: Asesorar a las agencias, y otros órganos que requieran consejo u opinión sobre aspectos legales relacionados con el quehacer empresarial, cumpliendo con un rol proactivo; Asesorar en los procesos de licitaciones y concursos de precios de bienes, servicios, consultorías y obras, verificando que estos se ajusten a las disposiciones legales vigentes y respondan a los intereses de la empresa; Supervisar el accionar de los estudios jurídicos que se contraten para apoyar las tareas de la Empresa).*
- 6.10. Por otro lado, teniendo en cuenta que el Ministerio Público imputa al acusado Oscar Wilfredo Calderón Del Río la calidad de cómplice primario del delito de Colusión Agravada; cabe indicar que también se ha acreditado que durante el año 2012 prestó servicios de asesoría jurídica y patrocinio legal para la Empresa Sedalib en condición de abogado externo; ello conforme se verifica de las propuestas de honorarios que presentó ante el área de logística, y el contrato N° 367-2011; con lo que determina su calidad de extraneus, por no tener vínculo funcional con el estado.

¹¹ Ibídem, P.12

¹² En mérito al artículo I y II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de las Municipalidades – Ley N° 27972.

6.11. Pues no debe olvidarse, que en el delito de Colusión como en cualquier otro delito contra la Administración Pública, pueden intervenir múltiples personas, ubicados en distintos puestos o momentos, en el evento delictivo, incluso personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que coadyuvan a la concreción del hecho principal. En tal sentido, estas personas que colaboran – dolosamente – en la realización del delito de Colusión; si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables porque tienen la calidad de cómplices extraneos (artículo 25° del Código Penal), ya que, prestaron colaboración en la realización del delito.¹³

Respecto de la relación funcional del acusado Moreno Márquez en las contrataciones directas sobre patrocinio legal

6.12. En efecto, no basta con que se reúna la condición de funcionario público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición y cualidad específica, como es que, por razón de su cargo se encuentre facultado para participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obra o servicios, concesiones, o cualquier operación a cargo del estado. Se requiere una capacidad jurídica y una competencia normativa específica como funcionario o como órgano que interviene en el proceso de contratación estatal en cualquiera de sus etapas.¹⁴

6.13. La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa, ha señalado que: *“El concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto. El ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible”*.¹⁵

6.14. Conforme a las documentales oralizadas y el examen del acusado Moreno Márquez, se verifica que en su calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica intervino directamente en la contratación del servicio de patrocinio legal; pues dentro de su ámbito de competencia formuló los requerimientos del servicio, comunicó las conformidades y alcanzó los recibos por honorarios del abogado Oscar Calderón del Río para su posterior pago. Así tenemos:

- **Respecto del Expediente N° 1535-2009.** Se oralizó el Requerimiento N° 2012000866, de fecha 28 de febrero de 2012, mediante el cual solicita: *“Patrocinio de Exp. 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre, sobre Nulidad de Resolución ante la Primera Sala Civil y en donde se ha dictado una medida cautelar que estas afectando la facturación de la empresa”*; proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles. Como consecuencia, la Central de Compras emitió la orden de servicio N° 2012000268, de fecha 01 de marzo 2012, a favor de Oscar

¹³REATEGUI ANCHEZ, James. El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados. Editorial Lex & Iuris, Lima –2016, Primera Edición. Pg. 35-36.

¹⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Instituto Pacífico, Lima, 2017, pág. 148.

¹⁵ SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa, del cinco de diciembre de dos mil dieciséis.

Calderón del Río. Luego, el acusado Moreno Márquez elaboró la Conformidad de Servicio N° 018531, de fecha 15 de marzo de 2012, dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de comunicar la completa satisfacción del servicio; y en la misma fecha emitió el Informe N° 067-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ, con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios de su co-acusado, para el trámite de pago respectivo.

- **Respecto del Expediente N° 3772-2011.** Se oralizó el Requerimiento N° 2012001208, de fecha 16 de marzo de 2012, donde solicita: *“Patrocinio Judicial del Exp. N° 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraquirre Domínguez sobre proceso de Amparo ante el Quinto Juzgado Civil”*, proponiendo el pago de S/ 10, 500.00 soles. A mérito de ello, la Central de Compras emitió la Orden de Servicio N° 2012000353, de fecha 16 de marzo de 2012, a favor de Oscar Calderón Del Río. Después, el acusado Moreno Márquez plasmó la Conformidad de Servicio 018544, de fecha 19 de marzo de 2012, dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de comunicar la completa satisfacción del servicio; y en la misma fecha emitió el Informe N° 068-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ, con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios de su co-acusado, para el trámite de pago respectivo.
- **Respecto del Expediente 746-2012.** Se oralizó el Requerimiento N°2012001446, de fecha 04 de junio de 2012, mediante el cual solicita: *“Patrocinio legal en el Expediente Judicial N° 746-2012, seguido por Sociedad Agrícola Virú, sobre obligación de dar suma de dinero contra SEDALIB S.A”*; Proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles. Como consecuencia, la Central de Compras emitió la orden de servicio N° 2012000748, de fecha 06 de junio de 2012, a favor de Oscar Calderón Del Río. Luego, el acusado Moreno Márquez elaboró la Conformidad de Servicio N° 019632, dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de comunicar la completa satisfacción del servicio; y en la misma fecha emitió el Informe N° 172-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ, con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios de su co-acusado, para el trámite de pago respectivo.
- **Respecto del Expediente N° 1756-2012.** Se oralizó el Requerimiento N° 2012003097, de fecha 17 de julio de 2012, donde solicita *“Patrocinio Legal, del expediente N° 1756-2012, seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral seguido ante el 2do Juzgado Especializado Civil”*; proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles. A mérito de ello, la Central de Compras emitió la Orden de Servicio N° 2012001011, de fecha 20 de julio de 2012, a favor de Oscar Calderón Del Río. Después, el acusado Moreno Márquez plasmó la Conformidad de Servicio N° 020226, de fecha 23 de julio de 2012, dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de comunicar la completa satisfacción del servicio; y en la misma fecha emitió el Informe N° 211-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ, con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios de su co-acusado, para el trámite de pago respectivo.

6.15. Por tanto, la actuación del acusado Moreno Márquez en las contrataciones directas, se dio en calidad de jefe del área usuaria; esto es, según el artículo 5° del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado¹⁶ (en adelante RLCE): *“la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias”*. Lo que también se corrobora con el tenor de su declaración, cuando manifiesta que: *“En las contrataciones directas no existió un contrato formal sino una orden de servicio, donde se le solicitó al acusado Calderón Del Río la atención de determinados temas, para lo cual debía remitir su propuesta económica, luego brindar el servicio requerido, para su posterior conformidad y trámite de pago”*. Con lo cual se acredita su vínculo funcional en las contrataciones que cuestiona el Ministerio Público.

Respecto de la concertación ilegal de naturaleza defraudatoria, y la responsabilidad penal de los acusados

6.16. La concertación ilegal, aspecto de suma importancia de la conducta típica de la colusión, nos coloca de lleno en aquel mundo de tratativas ilegales, por lo general clandestinas, llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que explican, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial. La presencia de los actos de concertación dolosa, confabuladores contra los intereses de la administración pública, posibilita discriminarlos de los actos de concertación legal o tratativas lícitas entre los negociadores oficiales con el contratista y que son comunes a todo proceso de selección y de ejecución contractual.¹⁷

6.17. Según la tesis fiscal y lo debatido en este juzgamiento, la concertación ilegal que habría existido entre los acusados Moreno Márquez y Calderón Del Río, se origina a partir de las irregularidades advertidas en las contrataciones del servicio de patrocinio legal, respecto de los Expedientes N° 1535-2009, 3772-2011, 746-2012, 1756-2012; irregularidades como: **i)** falta de necesidad para contratar los servicios de un abogado externo, **ii)** contrataciones con posterioridad a la contestación de la demanda, **iii)** celeridad inusitada en el trámite de pago, **iv)** conformidades sin ningún sustento del servicio realizado; las mismas que terminaron perjudicando patrimonialmente al estado, ya que, se pagó un servicio inexistente para la Empresa Sedalib por la suma total de S/. 42, 000.00 soles.

6.18. Al respecto, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia y manera histórica han dejado establecido que, el acuerdo colusorio o concertación ilegal, tanto en su versión original como en la descripción actual donde se distingue entre colusión simple y agravada, no solo se sustenta en infracciones administrativas o vulneración a los principios que rigen la contratación pública, sino que, debe estar destinado a defraudar el patrimonio del estado, para ser objeto de reproche penal. Así tenemos:

- ✓ **Recurso de Nulidad N° 2368-2015-Arequipa**, del 22 de marzo de 2017: *“El delito de colusión presente diversos elementos que lo hacen una figura compleja. Como se parecía el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al estado. la concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios*

¹⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente desde febrero de 2009 a febrero de 2016.

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. Nomos & Thesis. Lima, 2017, pág. 227 – 228.

simulados –sobreevaluados o subvaluados– admitir calidades inferiores o las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes” – fundamento destacado: 2.4. y 2.5., actuó como ponente el Juez Supremo Salas Arenas.

- ✓ **Casación N° 661-2016-Piura**, del 11 de julio de 2017: “... Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generando para tal concertación ilegal. Así la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta – “para defraudar”. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta...” – fundamento destacado: décimo sexto, actuó como ponente el Juez Supremo Pariona Pastrana.

- ✓ **Casación N° 542-2017-Lambayeque**, del 03 de mayo de 2019: “... En cuanto al bien jurídico protegido, no solo subyace en la tutela penal de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos y/o de incumbencia institucional que rigen la contratación pública o negocio de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (razonabilidad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, transparencia, objetividad, trato justo e rectitud, igualitario, etc.), sino también en la no defraudación al Estado durante el proceso de contratación o negocio público (para defraudar al Estado o defraudare patrimonialmente al Estado)... El elemento normativo “para defraudar al Estado” denominada (modalidad simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” denominada (modalidad agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución²⁰ y leyes extrapenales aplicables en el tiempo o contexto a la contratación pública o negocio estatal, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada)” – fundamento destacado: décimo sexto y décimo octavo, del voto discordante de las Juezas Supremas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas.

6.19. Ahora bien, dada la naturaleza del delito y ante la carencia de pruebas directas que permitan llegar a la convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados, el sistema de libre valoración de la prueba permite al juzgador utilizar la prueba directa o indiciaria, a fin de deducir la existencia de cualquiera de los elementos que se discute. En tal sentido, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 158° inciso 3) del Código Procesal Penal, que señala: “La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes”.

6.20. Para ello, conforme lo precisa **MIRANDA ESTRAMPES**: “el indicio como base fáctica de la presunción debe estar plenamente acreditado o probado... la presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso, sino solamente de un hecho plenamente verificado, es decir, que el juzgador haya obtenido la convicción sobre la realidad de la afirmación base o indicio”.¹⁸ Lo ratifica **DELLEPIANE**, cuando señala que: “(...) los indicios pueden ser utilizados para fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria, la sospecha, sea individual o en conjunto, no se puede utilizar para el dictado de ningún tipo de sentencia; La sospecha tiene una valoración subjetiva, el indicio tiene una valoración objetiva; La

¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997). La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. José María Bosch Editor. Barcelona – España, pág. 229.

sospecha carece de una estructura probatoria; en cambio el indicio posee una estructura probatoria (hecho indicante, indicado, inferencia)”.

6.21. De la actividad probatoria desplegada, se ha podido identificar ciertos indicios contingentes, que nos llevan a la certeza de una concertación ilegal entre los acusados José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Río, con motivo del **servicio de patrocinio legal de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011**, y que tuvo como finalidad defraudar los intereses patrimoniales de la Empresa Sedalib SA; indicios que resultan ser plurales, concordantes, convergentes, y en forma conjunta inciden tanto en la imputación del Ministerio Público como en su responsabilidad penal. Así tenemos: ¹⁹

a) **PRIMER INDICIO: La Empresa Sedalib SA contaba con abogados para asumir el patrocinio legal de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011.**

En principio, debemos dejar en claro que, para la judicatura no existe mayor discusión que, el acusado Calderón Del Río como profesional abogado y especialista en derecho civil y societario brindaba servicio de asesoría jurídica y patrocinio legal para la Empresa Sedalib SA, desde años anteriores a las contrataciones que se cuestionan (ya sea a través del Estudio Jurídico Muñiz o de manera independiente); contrataciones originadas por la necesidad de afrontar la carga procesal existente en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, de absolver consultas a la Gerencia General o el Directorio, y por la contingencia de los casos que se demandaban en contra de la empresa; información introducida por los propios acusados y los testigos Guillermo Guerra Salas y Apolonio de Bracamonte Morales.

Sin embargo, de la oralización de las documentales y del examen de los abogados internos que al año 2012 se desempeñaban en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, se advierte que el acusado no tuvo ninguna intervención en el trámite de los **EXPEDIENTES N° 1535-2009 y 3772-2011**, por cuanto, la defensa legal fue asumida por los abogados de la Empresa, desde mucho antes que se origine la contratación del supuesto servicio, e incluso con posterioridad a la misma; no existiendo evidencia material (escritos donde aparezca firmando él o sus asistentes y se consigne datos profesionales) ni evidencia informal (que el servicio se haya prestado por medio de llamadas telefónicas, correos electrónicos o reuniones) que acredite la labor realizaba por el acusado Calderón Del Río; conforme al siguiente análisis:

SOBRE EL EXPEDIENTE JUDICIAL N° 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre, sobre Nulidad de Resolución ante la Primera Sala Civil y donde se había dictado una medida cautelar que afectaba la facturación de la Empresa. En juicio la testigo **Onelia Natalia Limonchi Bonilla** manifestó que: “(...) según el acta de constatación de fecha 21 de marzo de 2013 (fs. 236), referido al Expediente N° 1535-2009 sobre proceso contencioso administrativo, se verificó un escrito de contestación de demanda suscrito por los abogados Apolonio de Bracamonte y Raúl Lozano, así como, otros documentos suscritos por su persona y el abogado Joao

¹⁹ En el mismo sentido, Pariona Arana señala que: “En base a los indicios o datos fácticos acreditados y la inferencia que sobre ellos se realiza partiendo de las reglas de la lógica y la experiencia, se obtienen conclusiones probatorias útiles para la acreditación de la concertación”. PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Editorial Pacífico, Lima, 2017, p. 147.

Velarde (...) solo compareció al proceso solicitando copia de los actuados y luego dispuso la variación del domicilio procesal, sin embargo, nunca le comunicaron sobre la contratación de un asesor externo, e incluso el expediente pasó a ser atendido por el abogado Joao Velarde (...).”

Por su parte, el testigo **Ricardo Joao Velarde Arteaga** refirió que: *“Emitió la carta de fecha 05 de agosto de 2013 (obra a folios 253), referido al Expediente N° 746-2012 - obligación de dar suma de dinero, y Expediente N° 1535-2009 - acción contenciosa administrativa (...) en el segundo expediente, presentó dos o tres escritos cambiando domicilio procesal, ya que, se trataba de un proceso antiguo que al parecer había sido llevado por otros abogados, pero nunca realizó un tipo de coordinación; un usuario había impugnado una resolución que decidía su reclamo en la empresa, pero por una medida cautelar se prohibió facturarle lo que indicaba su medidor, exigiéndole a la empresa que solo facture metros cúbicos por debajo del mínimo asignado (...) Conoce al acusado Calderón Del Río porque fue contratado como asesor externo de la empresa - tenía contrato vigente, sin embargo, no realizó ninguna coordinación en los expedientes mencionados (...).”*

Como es de verse del tenor de estas declaraciones, la defensa legal y el trámite del Expediente N° 1535-2009, desde el inicio y durante el año 2012 fue asumida por los abogados internos de la Empresa Sedalib, sin la participación de un abogado particular contratado para tal objeto. Declaraciones que para la judicatura gozan de credibilidad, en base a los siguientes motivos. - **Primero**. De lo actuado en la fase de juzgamiento no se ha advertido sentimientos de venganza, odio, revanchismo, o un tipo animadversión entre los testigos Onelia Limonchi - Joao Velarde y los acusados Moreno Márquez - Calderón Del Río, que permita entender que sus declaraciones no son objetivas o que buscan perjudicarlos con una imputación grave. **Segundo**. Existen elementos corroborativos que dotan de verosimilitud a la versión de los testigos, por ejemplo: **i)** Según los contratos individual de trabajo que obran de fs. 49 a 68 del expediente de pruebas, tanto Onelia Limonchi Bonilla como Ricardo Joao Velarde Arteaga fueron contratados por la Empresa Sedalib SA - Sub Gerencia de Asesoría Jurídica para desempeñar la labor de Asistente Legal teniendo como funciones: *“Apoyar como abogado en los diferentes procesos existentes en los Juzgados Civiles, Penales y Laborales; Efectuar el seguimiento de los expedientes iniciados por la empresa o en contra de ella, ante toda autoridad policial, civil, militar, arbitral, administrativa pública privada y judicial entre otras; Elaborar y tramitar los expedientes de los proceso civiles, penales y laborales en los juzgados que corresponda; Revisar los contratos y documentos de carácter legal, de acuerdo a los marcos de referencia establecidos; y, Otras funciones que su jefatura le asigne en materia de su competencia”*; es decir, los mencionados testigos estaban en la capacidad para intervenir en el trámite del Expediente N° 1535-2009. **ii)** En juico el perito auditor Henry Armando Carbajal Sánchez manifestó que: *“Como parte de la labor auditora verificó que en 04 contrataciones directas se requirió los servicios de patrocinio legal sin que exista la necesidad, por cuanto, el servicio fue realizado por dos abogados de asesoría jurídica, además, se otorgó la conformidad de los servicios pese a que no habían sido desarrollados (...) Respecto del Expediente N° 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre nulidad de resolución ante la Primera Sala Civil, verificó que la contratación del servicio se hizo luego de dos años de contestada la demanda por parte de Sedalib (...);”* es decir, el testigo corrobora que en el Expediente N° 1535-2009 no se produjo la intervención de un abogado externo. **iii)** Acta de Constatación, de fecha 21 de marzo de 2013, suscrita por el perito auditor Henry Carbajal Sánchez y la testigo Onelia Limonchi Bonilla, donde se describe: *“(...) dejan constancia que luego de apersonarse a la sede de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el local de Pizarro y revisar el Proceso signado con*

Expediente N° 1535-2009 seguido ante la Primera Sala Civil de Trujillo (...) advirtieron que: (...)

1. *Escrito Contestación de Demanda, presentada el 30.Oct.2009, obrante de fs. 142 a 145 presentada por el Abog. Apolonio de Bracamonte Morales y advirtiéndose la intervención del Abog. Raúl Lozano (ex personal de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos de SEDALIB SA. 2. Escrito Comparece y Solicita Copias, presentada el 27.Feb.2012, obrante de fs. 206, suscrito sólo por la Abog. Onelia Limonchi Bonilla (Abogada de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos de SEDALIB SA. 3. Escrito varia domicilio procesal, presentada el 19.Mar.2012, obrante de fs. 22, suscrito sólo por la Abog. Onelia Limonchi Bonilla (Abogada de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos. 4. Escrito al proceso y Cambio domicilio procesal, presentada el 7.set.2012, obrante de fs. 256, suscrito sólo por el Abog. Ricardo J. Velarde Arteaga (abogado de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos SEDALIB SA). 5. Escrito Cumplimiento Mandato, presentada el 6.Dic.2012, obrante de fs. 330, suscrito sólo por el Abog. Ricardo J. Velarde Arteaga (Abogado de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos de SEDALIB SA) ...”;* es decir, en los actuados del expediente no se advirtió ningún escrito presentado por el acusado Calderón Del Río. **iv)** Informe N° 116-2013-SEDALIB S.A. SGAJ, de fecha 04 de abril de 2013, emitido por Jhon Matienzo Mendoza – Sub Gerente de Asuntos Jurídicos, quien se dirige al Jefe de OCI para comunicarle que: *“(...) se ha procedido a la revisión exhaustiva de la documentación existente en el archivo de ésta Sub Gerencia siendo que, no se ha ubicado en ella documentación alguna por la que se acredite la realización de labores de asesoramiento y/o patrocinio judicial efectuado por algún asesor externo a favor de SEDALIB SA en los expedientes indicados en el memorando remitido a éste despacho”;* es decir, en los archivos de la empresa tampoco se advirtió documentación que acredite que el acusado Calderón Del Río brindó el servicio de patrocinio legal en el Expediente 1535-2009. **v)** En juicio el acusado Moreno Márquez manifestó que: *“Como sub gerente se encargaba de distribuir la carga de los documentos entre los abogados internos, quienes eran responsables del seguimiento de los expedientes, sin embargo, cuando se detectaba casos emblemáticos el abogado interno tenía que coordinar con el asesor externo para una mejor estrategia de defensa, ya sea, enviándole información o documentos por correo electrónico, llamadas telefónicas o de manera personal (viceversa)”;* sin embargo, los testigos Onelia Limonchi y Joao Velarde respecto del Expediente N° 1535-2009 han negado un tipo de coordinación con algún abogado externo. **vi)** Debe entenderse que, el servicio de patrocinio legal no era un servicio genérico como el de asesoría jurídica que brindaba el acusado Calderón Del Río, sino que, era un servicio específico y relacionado con el trámite de un solo expediente, que por su concepto implicaba que el profesional abogado asuma la defensa técnica de la Empresa SEDALIB, es decir, necesariamente en los actuados se debió verificar un escrito presentado por el propio acusado o un profesional de su estudio jurídico, además, de consignarse su domicilio procesal, conforme ocurre con los escritos presentados en los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012 (que serán analizados más adelante); pues sostener que los escritos no debían registrar su domicilio procesal ni la delegación expresa de representación procesal, hacen que el servicio contratado se desnaturalice, ya que, no existiría razón para requerir un servicio de patrocinio legal, sino únicamente de asesoría jurídica, respecto del cual el acusado Calderón Del Río mantenía un contrato vigente (véase Contrato N° 367-2011). **Tercero.** Los testigos de cargo durante la secuela del proceso han mantenido una versión perenne, que en el Expediente N° 1535-2012 no participó o existieron coordinaciones con un abogado externo. Respecto de Onelia Limonchi Bonilla, tenemos el Informe N° 034-2013-ONLB, de fecha 05 de agosto de 2013, dirigido al jefe de OCI donde comunica que: *“(...) En el citado expediente se solicitó a la suscrita*

comparezca al proceso y solicite copias de los actuados, posteriormente se dispuso la variación del domicilio procesal, siendo éstas las únicas acciones, sobre el proceso judicial, encargadas a la suscrita. En cuanto a la contratación de asesor externo ésta no fue comunicada directamente a la suscrita cuya participación en los dos casos fue requerida verbalmente desconociéndose en dicho momento tal situación, siendo que, cumplidos los encargos, el proceso pasó para atención del abogado Joao Velarde Arteaga (...); y respecto de Joao Velarde Arteaga tenemos la carta de fecha 05 de agosto de 2013, dirigida al jefe de OCI donde manifiesta lo siguiente: “(...) Con relación al Exp. N° 1535-2009 (...) la defensa de dicho proceso fue asignada a mi persona por el Abog. José Moreno Márquez en su calidad de Sub Gerente de Asuntos Jurídicos, habiéndole reportado las acciones a este último (...) Desconocía la contratación de un asesor legal externo para este caso, no se comunicó nada sobre este tema, por consiguiente nunca realice coordinación con ningún abogado (...)”

En base a los fundamentos esgrimidos, se llega a la conclusión que, nunca existió la necesidad de contratar el servicio de patrocinio legal, por cuanto, el Expediente N° 1535-2009 desde un inicio fue tramitado por los abogados de la Empresa Sedalib SA. Si bien los acusados al momento de rendir su manifestación, indican que el servicio consistía en establecer opciones procesales para desestimar la medida cautelar, habiendo realizado distintas coordinaciones para tal efecto. Sin embargo, ello no es un argumento válido para justificar su responsabilidad en los hechos, toda vez que, como ya se ha precisado, el servicio de patrocinio legal implicaba asumir la defensa técnica de la Empresa, presentando escritos que así lo corroboren, hecho que no se ha verificado en los actuados del expediente; es más según el Informe N° 288-2013-SEDALIBD.SA.41000.SGAJ, de fecha 14 de agosto de 2013, emitido por Lucía Peláez Ramírez – Sub Gerente de Asesoría Jurídica, quien se dirige al jefe de OCI, se comunica lo siguiente: “(...) en relación al Cuaderno Cautelar existente en el Expediente Judicial N° 1535-2009 seguido por Magaly Terrones Iparraguirre contra SEDALIB por Nulidad de Resolución Administrativa, se encargó a la abogada Onelia Limochi Bonilla efectuar las averiguaciones en el archivo central del Poder Judicial, lográndose que se trata de un cuadernillo con un total de 106 folios de los cuales no se ha verificado la intervención de SEDALIB SA, formulando ningún tipo de petición o recurso”; es decir, no se advirtió ninguna actuación procesal por parte de la Empresa; no resultando creíble que haya existido coordinaciones entre los acusados, ya que, las mismas debía realizarse no con el Sub Gerente de Asesoría Jurídica, sino con el abogado interno de la Empresa, a quien estaba designado el expediente.

SOBRE EL EXPEDIENTE JUDICIAL N° 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre Proceso de Amparo ante el Quinto Juzgado Civil de Trujillo. En juicio el testigo **Ricardo Joao Velarde Arteaga** manifestó que: “Emitió la carta de fecha 15 de marzo de 2013 (obra a folios 284), referido al Expediente N° 3772-2011 sobre una acción de amparo interpuesto por el trabajador Sneyder Iparraguirre Domínguez, al haber sido rotado a la oficina de Salaverry por afectación de su derecho de sindicalización; intervino en el proceso desde la notificación de la demanda hasta la expedición de la sentencia en primera instancia (contestó la demanda y presentó sus alegatos), la cual fue favorable hasta la segunda instancia, pero ya no intervino porque fue rotado en marzo de 2013; no contó con el apoyo de un abogado externo, el proceso obtuvo un resultado favorable para la empresa Sedalib SA. Todos los avances eran sustentados mediante informes o de manera verbal ante el Sub Gerente, los abogados de la empresa contaban con poder para litigar, pero cuando se contrataba a abogados externos tenían que ir juntos para presentar los escritos por el tema de representación procesal (apoderado) o coordinar por correo electrónico, ambos debían consignar su

firma (apoderado y abogado externo). Conoce al acusado Calderón Del Río porque fue contratado como asesor externo de la empresa - tenía contrato vigente, sin embargo, no realizó ninguna coordinación en los expedientes mencionados (...)”.

Del tenor de esta declaración tenemos que la defensa legal y el trámite del Expediente N° 3772-2011, desde el inicio y durante el año 2012 fue asumida por un abogado interno de la Empresa Sedalib, sin que exista ninguna coordinación con un abogado particular. Del mismo modo, para la judicatura el examen del testigo goza de credibilidad, atendiendo a las siguientes razones: **Primero**. De lo actuado en la fase de juzgamiento no se ha advertido sentimientos de venganza, odio, revanchismo, o un tipo animadversión entre el testigo Joao Velarde Arteaga y los acusados Moreno Márquez – Calderón Del Río, que permita entender que su declaración no es objetiva o que busca perjudicarlos con una imputación grave. **Segundo**. Existen elementos corroborativos que dotan de verosimilitud a la versión de los testigos, por ejemplo: **i)** Según los contratos individual de trabajo que obran de fs. 57 a 68 del expediente de pruebas, el referido testigo fue contratado por la Empresa Sedalib SA – Sub Gerencia de Asesoría Jurídica para desempeñar la labor de Asistente Legal teniendo como funciones: “Apoyar como abogado en los diferentes procesos existentes en los Juzgados Civiles, Penales y Laborales; Efectuar el seguimiento de los expedientes iniciados por la empresa o en contra de ella, ante toda autoridad policial, civil, militar, arbitral, administrativa pública privada y judicial entre otras; Elaborar y tramitar los expedientes de los proceso civiles, penales y laborales en los juzgados que corresponda; Revisar los contratos y documentos de carácter legal, de acuerdo a los marcos de referencia establecidos; y, Otras funciones que su jefatura le asigne en materia de su competencia”; es decir, estaba en la capacidad para intervenir en el trámite del Expediente N° 3772-2011. **ii)** En juico el perito auditor Henry Armando Carbajal Sánchez manifestó que: “Como parte de la labor auditora verificó que en 04 contrataciones directas se requirió los servicios de patrocinio legal sin que exista la necesidad, por cuanto, el servicio fue realizado por dos abogados de asesoría jurídica, además, se otorgó la conformidad de los servicios pese a que no habían sido desarrollados (...) Respecto del Expediente N° 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre proceso de amparo, ante el quinto juzgado civil, verificó la intervención del abogado Joao Velarde durante todo el proceso, e incluso, le informó que nunca realizó coordinaciones con un asesor externo (...)”; es decir, el testigo corrobora que en el Expediente N° 3772-2011 no se produjo la intervención de un abogado externo. **iii)** Acta de Constatación, de fecha 04 de abril de 2013, suscrita por el perito auditor Henry Carbajal Sánchez y la testigo Onelia Limonchi Bonilla, donde se describe: “(...) dejan constancia que luego de apersonarse al Archivo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el local de Natasha y revisar el Proceso signado con Expediente N° 3772-2011, seguido ante el Quinto Juzgado Civil de Trujillo (...) advirtieron que (...) 1 Escrito Comparece a proceso y Contesta Demanda, presentado el 09.Nov.2011, obrante de fs. 93 a 97, suscrito sólo por el Abog. Ricardo J. Velarde Arteaga (Abogado de la Sub Gerencia de Asuntos Jurídicos de SEDALIB SA) 2. Escrito Absuelve Traslado, presentado el 26.Abr.2012, obrante de fs. 132-133, suscrito por el Abog. Ricardo J. Velarde Arteaga (...)”; es decir, en los actuados del expediente no se advirtió ningún escrito presentado por el acusado Calderón Del Río. **iv)** Informe N° 116-2013-SEDALIB S.A. SGAJ, de fecha 04 de abril de 2013, emitido por Jhon Matienzo Mendoza – Sub Gerente de Asuntos Jurídicos, quien se dirige al Jefe de OCI para comunicarle que: “(...) se ha procedido a la revisión exhaustiva de la documentación existente en el archivo de ésta Sub Gerencia siendo que, no se ha ubicado en ella documentación alguna por la que se acredite la realización de labores de asesoramiento y/o patrocinio judicial

efectuado por algún asesor externo a favor de SEDALIB SA en los expedientes indicados en el memorando remitido a éste despacho”; es decir, en los archivos de la empresa tampoco se advirtió documentación que acredite que el acusado Calderón Del Río brindó el servicio de patrocinio legal en el Expediente 1535-2009. **v)** En juicio el acusado Moreno Márquez manifestó que: “Como sub gerente se encargaba de distribuir la carga de los documentos entre los abogados internos, quienes eran responsables del seguimiento de los expedientes, sin embargo, cuando se detectaba casos emblemáticos el abogado interno tenía que coordinar con el asesor externo para una mejor estrategia de defensa, ya sea, enviándole información o documentos por correo electrónico, llamadas telefónicas o de manera personal (viceversa)”; sin embargo, el testigo Joao Velarde respecto del Expediente N° 3772-2011 ha negado un tipo de coordinación con algún abogado externo. **vi)** Debe entenderse que, el servicio de patrocinio legal no era un servicio genérico como el de asesoría jurídica que brindaba el acusado Calderón Del Río, sino que, era un servicio específico y relacionado con el trámite de un solo expediente, que por su concepto implicaba que el profesional abogado asuma la defensa técnica de la Empresa SEDALIB, es decir, necesariamente en los actuados se debió verificar un escrito presentado por el propio acusado o un profesional de su estudio jurídico, además, de consignarse su domicilio procesal, conforme ocurre con los escritos presentados en los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012 (que serán analizados más adelante); pues sostener que los escritos no debían registrar su domicilio procesal ni la delegación expresa de representación procesal, hacen que el servicio contratado se desnaturalice, ya que, no existiría razón para requerir un servicio de patrocinio legal, sino únicamente de asesoría jurídica, respecto del cual el acusado Calderón Del Río mantenía un contrato vigente (véase Contrato N° 367-2011). **Tercero.** El testigo de cargo durante la secuela del proceso ha mantenido una versión perenne, que en el Expediente N° 3772-2011 no participó o existieron coordinaciones con un abogado externo; en la carta de fecha 15 de marzo de 2013, dirigido al jefe de OCI comunica que: “(...) desde la notificación de dicha demanda hasta su culminación con la sentencia de segunda instancia, todas las actividades procesales han sido realizadas por mi persona, sin intervención o participación de asesor legal externo “. En base al análisis desarrollado, se llega a la conclusión que, nunca existió la necesidad de contratar el servicio de patrocinio legal, por cuanto, el Expediente N° 3772-2011 desde un inicio fue tramitado por el abogado Joao Velarde Arteaga – personal de la Empresa Sedalib; debiendo precisarse que, respecto de dicho expediente los acusados no han detallado o explicado las presuntas actividades o gestiones realizadas por Oscar Calderón Del Río.

b) SEGUNDO INDICIO: Falta de Precisión en los Requerimientos del Área Usuaría.

El artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado²⁰ (en adelante LCE), establece que: “(...) Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado” – exigencia requerida en todo tipo de contratación pública. En el presente caso, de una lectura íntegra de los Requerimientos N° 2012000866 y 2012001208, mediante los cuales se solicita el servicio de patrocinio legal para los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-

²⁰ Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente desde febrero de 2009 a febrero de 2016.

2011, respectivamente, se advierte una falta de precisión respecto de las actividades específicas a realizar por el profesional contratado; pues si bien dicho servicio implicaba asumir la defensa técnica de la Empresa Sedalib, sin embargo, por el estado de los procesos era necesario que se defina las actividades del servicio a contratar, por cuanto, a la fecha en que se formularon los requerimientos, en ambos expedientes ya se habían presentado las contestaciones de la demanda, así como, otras actuaciones procesales, tal como se verifica en las actas de constatación. Por lo que, a partir de la forma vaga e indeterminada en que se requirió el servicio, podemos colegir que las contrataciones estaban direccionadas a favor del acusado Oscar Calderón Del Río, habiéndose aparentado un estudio de mercado para beneficiarlo (se le solicitó que presente su cotización).

c) **TERCER INDICIO: Incoherencias en la Propuesta del Profesional Contratado**

En juicio se oralizaron las propuestas que hizo llegar el acusado Calderón Del Río ante la Central de Compras a fin de que se lo contrate para brindar el servicio requerido. En ambas propuestas, tanto del Expediente N° 1535-2009 como del Expediente N° 3772-2011, se consigna los siguientes datos: “(...) *Los honorarios profesionales ascienden a la suma de S/. 10, 500.00, los mismos que deberán ser abonados al momento de aceptarse la propuesta de honorarios. El servicio profesional de esta propuesta comprende la formulación del escrito de contestación de demanda y las gestiones orientadas a obtener sentencia favorable en primera instancia. También comprende las reuniones de coordinación que fueran solicitadas para la atención debida del caso (...)*”. No obstante, llama la atención de la judicatura que el acusado en su propuesta mencione la elaboración de contestaciones de demanda, cuando estas ya habían sido presentadas con anterioridad al requerimiento del área usuraria; en el Expediente N° 1535-2009 con fecha 30 de octubre de 2009 y, suscrita por los abogados Apolonio de Bracamonte Morales y Raúl Lozano; en el Expediente N° 3772-2011 con fecha 09 de noviembre de 2011 y, suscrita por el abogado Ricardo Joao Velarde Arteaga. Por lo que, la incoherencia de las propuestas con el estado de los procesos judiciales, también permite sostener que las contrataciones estaban direccionadas a favor del acusado Calderón Del Río, demostrándose el poco profesionalismo o falta de interés para realizar una debida contratación.

d) **CUARTO INDICIO: Celeridad Inusitada en el Trámite de Pago.**

El artículo 34° de la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto²¹, define al compromiso como: “(...) *el acto mediante el cual se acuerda, luego del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o parcialmente los créditos presupuestarios (...)*”; asimismo, el artículo 35° define al devengado como: “(...) *el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor (...)*”; además, el artículo 9° de la Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77-15²², referido a la formalización del devengado precisa que: “9.1. *El gasto de devengado se formaliza cuando se otorga la conformidad con alguno de los documentos establecidos en el artículo precedentes luego de haberse verificado por parte del área responsable una de las siguientes condiciones: (...)* b. *La prestación satisfactoria de los servicios (...)*”.

²¹ Publicada el 06 de diciembre de 2004.

²² Aprobada por Resolución Directoral N° 002-2007-EF.77.15, del 24 de enero de 2007-

Como es de verse de las citadas normas, es requisito sine qua non para la formalización del devengado y posterior pago del servicio, que el área responsable haya verificado una prestación satisfactoria. En este caso, la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica como área usuaria del servicio de patrocinio legal, otorgó conformidad a los pocos días de emitida las ordenes de servicio a favor del acusado Oscar Calderón Del Río, cuando ha quedado acreditado que este no participó en el trámite de los procesos judiciales, ni existía la necesidad de contratar los servicios de un abogado externo; *en el Expediente 1535-2009 se emitió la orden de servicio el 01 de marzo de 2012 y se otorgó conformidad luego de 14 catorce días (15 de marzo), en el Expediente N° 3772-2011 se emitió la orden de servicio el 16 de marzo y se otorgó conformidad después de 03 días (19 de marzo)*. Por tanto, al haberse otorgado conformidad sin que el acusado Calderón Del Río haya realizado una actuación en los expedientes, nos lleva a inferir que se privilegió el pago de los servicios, antes que la empresa obtuviera un beneficio de las contrataciones.

Si bien el acusado Moreno Márquez al momento de rendir su examen, manifiesta que, se realizó el pago adelantado de los servicios, por ser una condición de la propuesta económica; empero, tal argumento no es de recibo para la judicatura, puesto que, por mandato imperativo de la ley, en la administración pública todo pago es realizado cuando se cumple con el servicio de manera satisfactoria (salvo que en el contrato se haya establecido adelantos), es decir, en el caso concreto se debió dar conformidad del servicio después de obtenida sentencia favorable en primera instancia; además, no se advierte que el acusado Calderón Del Río haya tenido razones para desconfiar del pago de sus servicios, pues constantemente era contratado por la Empresa Sedalib, la misma que al ser una entidad pública le garantizaba el cumplimiento de pago (a diferencia de la esfera privada).

e) **QUINTO INDICIO: Apariencia del cumplimiento de los servicios**

En juicio la defensa técnica del acusado Calderón Del Río, oralizó las cartas de fecha 18 de abril y 07 de noviembre de 2012, referidas a los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, respectivamente, a fin de corroborar que dicho acusado habría cumplido con el servicio de patrocinio legal. En la primera carta recepcionada el 19 de abril de 2012 se describe: *“(…) adjunto al presente, el informe sobre el Exp. 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre contra SEDALIB SA ante la Primera Sala Civil, sobre impugnación de resolución administrativa. En él se encontrará las opciones procesales identificadas para dejar sin efecto la medida cautelar obtenida por la demandante, entre las cuales estaría la variación, sustitución o el pedido de desafectación dirigido al propio órgano jurisdiccional, en tanto no existe cosa juzgada en materia cautelar. El servicio legal comprende además las gestiones necesarias ante la Superior Sala para la obtención de una resolución favorable”*. En la segunda carta recepcionada el 08 de noviembre de 2012 se describe: *“(…) estoy alcanzando adjunto al presente el proyecto de contestación de demanda en el Expediente N° 3772-2011 seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez contra SEDALIB SA tramitado ante el 5to Juzgado Especializado Civil (...) Este servicio comprende además de la proyección de la contestación las gestiones a nivel de Primera y Segunda instancia”*.

No obstante, con las documentales oralizadas por el Ministerio Público y el examen de los testigos Onelia Limonchi Bonilla y Joao Velarde Arteaga, se ha logrado determinar que el acusado Calderón Del Río no tuvo ninguna participación en el trámite de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, ya que, los abogados de la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica asumieron la defensa técnica de la Empresa Sedalib, presentando los escritos respectivos.

Además, el contenido de las cartas no se ajusta a los actuados en cada expediente, por ejemplo, en la primera carta se menciona la identificación de opciones procesales para dejar sin efecto la medida cautelar, sin embargo, según el *Informe N° 288-2013-SEDALIBD.SA.41000.SGAJ, de fecha 14 de agosto de 2013*, en el cuaderno de medida cautelar no se verificó la intervención de Sedalib SA, formulando un tipo de petición o recurso; en la segunda carta se hace referencia que se está alcanzando el proyecto de contestación de demanda, cuando la misma había sido interpuesta al año anterior por el abogado Joao Velarde Arteaga. Por tanto, podemos colegir que las cartas presentadas ante la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica tuvieron como finalidad aparentar o simular el cumplimiento del servicio, por parte del acusado Calderón Del Río.

CONCLUSION INDICIARIA

6.22. A nivel jurisprudencial se ha dejado establecido que: *“La concertación, ante la ausencia de prueba directa – testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos –, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes – verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanações’ o ‘regularizaciones’ ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera –; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad – marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores –; y, (iii) si los precios ofertados – y aceptados – fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado”*.²³ De igual forma se ha explicado que: *“(…) las irregularidades en cualquier contratación pública o errores en procedimientos administrativos, si bien por sí mismos y apreciados individualmente carecen de relevancia penal, valorados en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica y en atención a otros medios probatorios, pueden constituir indicios que sirvan como base de la prueba indiciaria en torno a la responsabilidad penal por el delito de colusión”*.²⁴

6.23. Del conjunto de indicios que se han detallado, así como, de la inferencia de cada uno de ellos, se advierte una concertación ilegal entre los acusados José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Río, para defraudar los intereses patrimoniales de la Empresa Sedalib SA; pues conociendo que los abogados internos habían asumido la defensa técnica de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, crearon una falsa necesidad del servicio de patrocinio legal, elaborando requerimientos y propuestas sin ningún detalle de las actividades a realizar, y dando conformidad del servicio sin que exista una prestación satisfactoria; lo que trajo como consecuencia un perjuicio patrimonial para la empresa, al efectuarse pagos injustificados.

6.24. Ello es así, por cuanto, las máximas de la experiencia nos enseñan que, si un profesional presenta su propuesta económica indicando actividades que no aparecen en el requerimiento

²³ Recurso de Nulidad N° 1722-2016-Del Santa, del 23 de enero de 2017, fundamento destacado octavo – intervino como ponente el Juez Supremo San Martín Castro.

²⁴ Recurso de Nulidad N° 367-2018-Del Santa, del 07 de junio de 2018, fundamento destacado 3.13 – intervino como ponente el Juez Supremo Sequeiros Vargas.

del área usuaria y luego es contratado por la entidad, es porque actuó conociendo que los funcionarios lo iban a favorecer con su contratación. Además, nos enseñan que, si se otorga conformidad del servicio sin que exista una prestación satisfactoria por parte del profesional, es porque este último acordó con el jefe del área usuaria para el pago adelantado de sus servicios. Resultando lógico advertir una intención defraudatoria, si en base a requerimientos, propuestas y conformidades inexactas, se llega a determinar la falta de necesidad para contratar el servicio de un tercero. En consecuencia, para esta judicatura se ha cumplido con los presupuestos que exige el artículo 158° del Código Procesal Penal, puesto que, en primer término, los hechos analizados up supra han sido probados, y, existe pluralidad de indicios que establecen la concurrencia del acuerdo colusorio entre los acusados, como elemento nuclear del delito de Colusión Agravada.

6.25. En cuanto a los Expedientes Judiciales N° 746-2012 y 1756-2012. Con la oralización de las diversas documentales ha quedado acreditado que, entre los meses de junio y julio de 2012 se produjo la contratación del acusado Oscar Wilfredo Calderón Del Río, a fin de que brinde servicio de patrocinio legal en el Expediente N° 746-2012, seguido por la Sociedad Agrícola Virú sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, ante el Quinto Juzgado Civil de Trujillo; y en el Expediente N° 1756-2012, seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral, ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo.

6.26. Al respecto, si bien en el trámite de estas contrataciones se ha advertido ciertas irregularidades, como, por ejemplo: requerimiento del servicio con posterioridad a la contestación de la demanda, celeridad inusitada en los pagos o conformidades sin detallar ninguna actividad realizada por el profesional abogado. Sin embargo, a diferencia de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, en el presente caso, existen contraindicios que desvanecen el hecho central de la imputación y que probarían que el acusado Calderón Del Río cumplió con el servicio de patrocinio legal. Así tenemos:

- a) **La complejidad de los procesos judiciales.** Conforme ha quedado anotado con el examen de los acusados y de los testigos Guillermo Guerra Salas y Apolonio De Bracamonte Morales, era una práctica común o costumbre en la Empresa Sedalib contratar los servicios de un abogado externo para temas de consultoría y patrocinio legal; ello debido a la carga procesal que registraba la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica o por la singularidad de los casos, esto es, por la cuantía de la demanda o connotación pública que estos implicaban. En el caso concreto, los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012 eran procesos de gran importancia y complejidad para los intereses de la empresa; el primer expediente estaba referido a una demanda de obligación de dar suma de dinero, por medio de la cual la Sociedad Avícola Virú SA estaba solicitando a la empresa la devolución o pago de S/. 501, 735.38 soles; el segundo expediente estaba referido a una demanda de nulidad de acto jurídico y asiento registral, la misma que se originó con motivo de la administración de la empresa (APP buscaba modificar el estatuto para tener mayoría absoluta del directorio).
- b) **La capacidad profesional del acusado Calderón Del Río.** Para la judicatura queda claro que el referido acusado era un especialista en derecho civil y derecho societario, y que con

anterioridad al año 2012 venía presentado servicios para la Empresa Sedalib; conforme también ha sido corroborado el examen de los testigos Guillermo Guerra Salas, Apolonio de Bracamonte de Morales y por los mismos abogados internos de la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, Onelia Limonchi Bonilla y Joao Velarde Arteaga; por lo que, atendiendo a su capacidad profesional era posible su intervención en el trámite de los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012, por contener pretensiones de carácter civil y societario.

c) La intervención de una abogada relacionada con la labor del acusado Calderón Del Río.

Es un hecho acreditado que la abogada Yessica Selene Torres Vílchez quien aparece suscribiendo los escritos de contestación de demanda de los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012 (presentados con fecha 15 de mayo y 06 de julio de 2012, respectivamente), era una profesional que laboraba para el acusado Calderón Del Río, el mismo que le dio autorización para suscribir los escritos y realizar las coordinaciones correspondientes. Así pues, en juicio, la mencionada abogada manifestó que: *“En octubre de 2011 ingresó a laborar al Estudio Jurídico Calderón & Vereau Abogados, era asistente del acusado Calderón Del Río, quien venía patrocinando a la empresa Sedalib en la defensa legal de algunos expedientes, se encargaba de proyectar los escritos de demanda o contestación de demanda, conforme a los lineamientos que le daba el acusado (...) El expediente N° 1756-2012 sobre nulidad de acto jurídico y asiento jurídico surgió con motivo de una disputa entre los directores de la empresa, por lo cual la Municipalidad Distrital de El Porvenir planteó la nulidad de un acuerdo societario. El Expediente N° 746-2012 sobre obligación de dar suma de dinero también fue atendido por el acusado Calderón Del Río, surgió con motivo de un proceso de amparo, ganado por la Sociedad Avícola Virú quien solicitaba una especie de indemnización. La contestación de demanda de los citados expedientes fue enviada por correo electrónico al acusado Moreno Márquez, luego de tener el visto bueno suscribió los documentos para nuevamente enviarlos a fin que sean presentados ante el poder judicial”.*

d) La declaración de la testigo Torres Vílchez además de estar corroborada con el examen de los acusados, también ha sido corroborada con la versión de los abogados internos de Sedalib, quienes dan cuenta de las actividades realizadas por la referida testigo y su vínculo cercano con Oscar Calderón Del Río. Ante el plenario Joao Velarde Arteaga manifestó:

“Conoce al acusado Calderón Del Río porque fue contratado como asesor externo de la empresa (tenía contrato vigente), (...) la abogada Selene Torres Vílchez llegaba por la oficina para conversar con las abogadas Mariela Castillo y Onelia Limonchi (...)”. Por su parte, Onelia Limonchi Bonilla refirió que: *“Emitió el Informe N° 034-2013-ONLB (obra de fs. 265) relacionado con los Expedientes N° 1756-2012 y 1535-2009; respecto del primero, el acusado Moreno Márquez le indicó que coordinara con la abogada Selene Torres, quien le envió por correo electrónico la contestación de demanda escaneada, para después presentarla ante el Poder Judicial (...) Conoce al acusado Calderón Del Río porque era asesor externo de la empresa, en su oficina trabajaba con la abogada Selene Torres, eran encargados de los temas del directorio y de algunos procesos civiles y constitucionales (...)”.* Por lo que, se llega a la conclusión que la abogada Selene Torres Vílchez presentó los escritos de demanda por orden del acusado Calderón Del Río, quien fuera contratado para brindar servicio de patrocinio legal en los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012. Si bien el Ministerio Público cuestiona que dicho servicio debía prestarse directamente por el acusado, sin embargo, esto más allá ser un tema estrictamente formal, no invalida el trabajo realizado por su persona, pues como especialista en derecho civil y societario formuló la estrategia de

defensa para la empresa, indicando las coordinaciones a realizar por la citada abogada, más aún, si por máximas de la experiencia es posible que un profesional que cuenta con un estudio jurídico requiera la asistencia o ayuda de otros profesionales.

- e) **Los datos profesionales del acusado Calderón del Río que aparecen consignados en los escritos de contestación de demanda.** Se ha logrado determinar que el acusado Calderón Del Río registraba como domicilio procesal la Casilla Judicial N° 166 del Colegio de Abogados de La Libertad, la misma que se consignó en el apersonamiento de las contestaciones de demanda, e incluso en el otrosí digo, se delega representación procesal y designa como abogado a Oscar Calderón Del Río; lo que corrobora que efectivamente intervino en el trámite de los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012. Por tanto, la existencia de estos contraindicios no permite vincular a los acusados en una presunta concertación ilegal.

6.27. Por último, respecto de los argumentos de la defensa técnica para desestimar la tesis acusatoria. De acuerdo con el debate contradictorio, la tesis de la defensa básicamente se sustenta en cuatro argumentos:

- a) La necesidad de contratar los servicios de un abogado particular, se originó por la contingencia de los procesos judiciales que se aperturaron contra la Empresa Sedalib, además, el acusado Calderón Del Río ya venía mostrando eficacia en anteriores servicios. Al respecto, como ya se ha precisado, no está en discusión que el acusado Calderón Del Río con anterioridad a los hechos, venía siendo contratado por la Empresa Sedalib, para brindar servicio de patrocinio legal y asesoría jurídica; debido a la necesidad de afrontar la carga procesal de expedientes, de absolver consultas a la Gerencia General o el Directorio, y por la contingencia de los casos que se demandaban en contra de la empresa. Sin embargo, ésta última circunstancia en los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011 ha quedado desvirtuado con el examen de testigos de cargo y la oralización de las documentales, que acreditan que desde un inicio del proceso y durante el año 2012, los abogados internos asumieron la defensa técnica de la empresa, sin contar con la intervención profesional del acusado Calderón Del Río.
- b) El resultado de los procesos se dio de manera satisfactoria para la Empresa, razón por la cual no existió ninguna investigación una vez que culminaron. Para la judicatura este argumento no resulta válido, por cuanto, el eje central de la imputación no gira en torno a los resultados de los procesos, sino en determinar si el acusado Calderón Del Río tuvo alguna participación en los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011; hecho que ha sido ampliamente analizado.
- c) No existió una contratación rígida para el profesional abogado, esto es, que él mismo con su puño y letra debía suscribir los documentos, por el contrario, al tratarse de un estudio jurídico era posible que el servicio se preste de distintas formas: correos electrónicos, llamadas telefónicas o consultas; es decir, en cada uno de los procesos se brindó patrocinio legal ya sea mediante documentos firmados por la abogada Selene Torres, u otros medios. Este argumento tampoco resulta válido, pues como se ha definido el servicio de patrocinio

legal, implicaba que el abogado externo asuma la defensa técnica de la empresa, para lo cual mínimamente debía presentar escritos de manera directa o indirecta que corroboren su intervención; lo cual no se ha advertido en los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, además, ha quedado descartado que el acusado Calderón Del Río realizó coordinaciones con los abogados de la empresa, quienes en juicio han negado su participación en el trámite de dichos expedientes; es decir, nunca existió llamadas telefónicas, correos electrónicos o reuniones que acrediten el cumplimiento del servicio.

- d) La denuncia nace de una venganza política, por el cambio de gobierno entre el partido aprista y APP. Al respecto, la existencia de discrepancias políticas que pudieron existir al año 2012, por la administración de la Empresa Sedalib SA; no justifica el accionar delictivo de los acusados al defraudar los intereses públicos, toda vez que, la denuncia presentada por el nuevo Gerente General (Carlos Hugo Luna Rioja) tiene sustento fáctico y probatorio en el Informe Especial N° 01-2013-SEDALIB S.A.-30000.OCI, emitido por los funcionarios del Órgano de Control Institucional: Miguel Ángel Aguinaga Moreno (Supervisor de Comisión y Jefe de OCI) y Henry Armando Carbajal Sánchez (Jefe de Comisión), quienes en juicio se han ratificado de su contenido, hallazgos y conclusiones arribadas. Adicionalmente, no se advierte razones fundadas para entender que este último informe haya sido elaborado con la intención de perjudicar a los acusados; el personal que labora en un Órgano de Control Institucional se encuentra subordinado a la Contraloría General de la República, no depende de la administración de la Empresa Sedalib SA; el examen especial realizado en los procesos de selección y contrataciones del año 2012 se aprobó mediante resolución de contraloría, es decir, no nació de una idea vaga de imputar responsabilidad a los acusados; en juicio se ha corroborado el contenido del informe con las documentales obtenidas por la Comisión de Auditora, pudiendo advertir la existencia de una concertación ilegal únicamente respecto de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, es decir, el análisis de la judicatura no se basa en estricto al contenido del informe especial, sino en las contrastación de las pruebas documentales que obran como anexos y la información introducida por los testigos de cargo; en juicio el perito Carbajal Sánchez ha sido coherente en explicar cada una de las actividades que realizó la Comisión Auditora, por ejemplo: *recopilar información respecto de las contrataciones que cuestiona el Ministerio Público, realizar constataciones en el poder judicial para verificar los actuados de los expedientes, notificar a los acusados para que comuniquen sobre el servicio contratado, cruzar información con la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica a fin de corroborar la intervención del abogado externo*; no se ha advertido la existencia de problemas entre los funcionarios del OCI y los acusados Moreno Márquez - Calderón Del Río, que acredite una animadversión de querer perjudicarlos, e incluso el perito Carbajal Sánchez en años anteriores había laborado en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica junto con el acusado Moreno Márquez.
- e) En consecuencia, ninguno de los argumentos esbozados por la defensa técnica, desvirtúa la existencia de un acuerdo colusorio en las contrataciones realizadas por los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011.

Respecto del perjuicio patrimonial ocasionado al Estado

- 6.28. Conforme se ha establecido a nivel jurisprudencial, *la colusión simple* se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que, para configurarse la *colusión agravada* es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal (Casación N° 661-2016-Piura, fundamento décimo quinto).
- 6.29. Es un hecho probado que, la Empresa Sedalib SA cumplió con el pago del servicio de patrocinio legal a favor del acusado Oscar Wilfredo Calderón Del Río, respecto de los Expedientes Judiciales N° 1535-2009 y 3772-2011; como consecuencia de la conformidad brindada por su co-acusado Moreno Márquez y la presentación de los recibos por honorarios. Pago que se hizo efectivo con fecha 26 de marzo de 2012, por la suma de S/. 10, 500.00 soles cada expediente (incluido IGV), conforme se verifica de los comprobantes de egreso y los reportes contables de la empresa.
- 6.30. Al respecto, si bien la Corte Suprema en unos casos puntuales, ha sostenido que una prueba fundamental para probar la defraudación patrimonial es una pericia – generalmente contable, a fin de determinar el perjuicio y su magnitud. Sin embargo, para la solución de este conflicto, resulta irrelevante una pericia contable o un informe técnico (*no está en discusión un pago sobrevaluado o que el servicio presentó deficiencias*), toda vez que, se produjeron pagos por servicios no brindados a favor de la empresa, es decir, sin haberse obtenido ningún beneficio a cambio; advirtiéndose el perjuicio a partir de una simple operación matemática: la suma de los pagos realizados hace un total de S/. 21, 000.00 soles. Con lo cual se cumple los criterios de la Casación N° 661-2016-Piura, esto es, que el delito de Colusión Agravada exige un perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

Respecto del dolo “consciencia y voluntad”

- 6.31. En el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/Lima, se ha establecido que “(...) *el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia*”²⁵. Por ello, el profesor Rojas Vargas precisa que el delito requiere dolo directo para perfeccionar la tipicidad subjetiva, dado que el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual, requiriendo en cambio voluntad preordenada a la comisión del delito, esto es, los particulares motivos que hayan llevado al sujeto activo a concertar y defraudar no son elementos del tipo penal. De modo que haya o no

²⁵ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

obtenido provecho o ventaja económica, que es lo que frecuentemente ocurre, ello no incrementa ni descarta el ilícito penal de colusión defraudatoria.²⁶

6.32. Que, analizada la conducta externa de los acusados, se verifica la voluntad criminal de defraudar los intereses de la Empresa Sedalib SA, concertándose ilícitamente en la contratación del servicio de patrocinio legal. El acusado José Carlos Moreno Márquez su calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica, tenía como funciones, *ejecutar la asignación, seguimiento, control y evaluación de los asuntos legales de orden institucional encargados a asesorías legales externas, asesorar en los procesos de licitaciones y concursos de precios de bienes, servicios, consultorías y obras, verificando que estos se ajusten a las disposiciones legales vigentes y respondan a los intereses de la empresa; y supervisar el accionar de los estudios jurídicos que se contraten para apoyar las tareas de la Empresa.* Sin embargo, conforme al análisis de la prueba indiciaria, ha quedado acreditado que realizó dos requerimientos para contratar los servicios de su co-acusado Oscar Wilfredo Calderón Del Río, a fin de que brinde patrocinio legal en los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011; respecto de los cuales no había necesidad para contratar dicho servicio, puesto que, la empresa contaba con abogados internos que se encontraban asumiendo la defensa técnica de los mismos; además, otorgó conformidad del servicio, a sabiendas que Calderón Del Río nunca participó en el trámite de los expedientes, beneficiándolo económicamente en agravio del patrimonio público. Por tanto, su conducta cumple con los elementos del tipo penal.

SÉTIMO: ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

Estando acreditado la tipicidad del delito, también se acreditó que la conducta de los acusados, es antijurídica, toda vez que no se presentó ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 del CP. Es decir, no cuentan con norma permisiva, tampoco concurre alguna causa de justificación, por ello sus **conductas son típicas y antijurídicas**. Asimismo, se determinó la culpabilidad de los acusados, pues a la fecha de la comisión de los delitos eran mayores de edad, contaban con la profesión de abogado y no padecían de enfermedad mental, grave anomalía psíquica ni grave alteración de la conciencia. En otras palabras, José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Río, al actuar conocían de la antijuridicidad de sus conductas, es decir que estaban prohibidas por el Derecho, además les era exigible una conducta diferente y no actuar delictivamente como lo hicieron en los hechos juzgados; por tanto, su conducta resulta **típica, antijurídica y culpable**, correspondiendo emitir una sentencia condenatoria en su contra, de conformidad con el artículo 399° del Código Procesal Penal.

OCTAVO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

a. Que, al hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se debe realizar la individualización y determinación de la pena concreta a imponerse, de conformidad con el artículo 45°-A del CP, observando las siguientes etapas:

- **Identificación de la pena abstracta, identificando el espacio punitivo de determinación a partir de la pena privativa de libertad prevista en la ley para el delito y la división en tres partes.** Que, en el presente caso, estando a que el tipo penal materia de acusación es Colusión

²⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. Nomos & Thesis. Lima, 2017, pág. 228.

Desleal Agravada, la pena aplicable es **NO MENOR DE SEIS NI MAYOR DE QUINCE AÑOS**; siendo que las partes en las que se divide la misma serían:

Tercio Inferior: De seis a ocho años once meses y treinta días

Tercio intermedio: De nueve a once años once meses y treinta días

Tercio superior: De doce a quince años

- **Determinación del espacio punitivo concreto aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.** Que, en el presente caso, se ha advertido la existencia de una atenuante genérica: i) Carencia de antecedentes penales por parte de los acusados.
 - **Determinación de la pena concreta.** Que, existiendo una atenuante genérica, la pena debe situarse en el tercio inferior, esto es entre seis a ocho años once meses y treinta días.
- b. Además, para determinar la pena concreta a imponerse, luego de haberse determinado el espacio de punición concreto en los que ha de oscilar la pena a imponerse a los acusados, se debe tener en cuenta el Art. 45° CP, según el cual se debe tener en cuenta la cultura y costumbres del agente y los intereses de la víctima; por lo que, considerando que los acusados Moreno Márquez y Calderón Del Río cuentan con grado de instrucción superior, tienen una familia constituida y una edad regular que les permite tomar conciencia de su accionar delictivo, la pena concreta se fija en **SEIS AÑOS** de pena privativa de libertad efectiva.
- c. Por otro lado, el artículo 402° inciso 2) del Código Procesal Penal, establece que: *“Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de la libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer alguna de las reglas de las restricciones previstas en el artículo 288° mientras se resuelva el recurso”.*
- d. Para el caso en concreto, se aprecia que los acusados tienen domicilio conocido y arraigo laboral; además registran la medida de comparecencia simple y no sido declarados reo contumaz; información que nos permite sostener que el riesgo de fuga se encuentra enervado; optando por imponer algunas restricciones previstas en el artículo 288° del Código Procesal Penal, mientras se resuelva el recurso, en caso de ser presentado.

NOVENO: RESPECTO DE LA PENA DE INHABILITACIÓN.

- a) El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, nos enseña 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 (...)”*.

- b) La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.²⁷
- c) Respecto al tiempo de la inhabilitación, en atención a su relación con la pena privativa de libertad impuesta ha de ser proporcional. El artículo 426°, vigente a la fecha de los hechos, establecía “*Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2*”.
- d) Para el caso concreto, la inhabilitación deberá guarda relación con el plazo de la pena privativa de la libertad, inhabilitación que debe ser impuesta por imperio del principio de legalidad, conforme al artículo 36° incisos 1) y 2) del Código Penal, por lo que, estando a la gradualidad de la sanción penal, corresponde imponer la **inhabilitación para obtener cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público**; por el período de **SEIS AÑOS**.

DÉCIMO: REPARACIÓN CIVIL

- a) El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tenerse en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil es una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad. En tal sentido, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
- b) Una concreta conducta delictiva en el delito de Colusión puede ocasionar: **i)** daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos que inciden en la disminución de la esfera patrimonial del sujeto pasivo y en el no incremento en el patrimonio de éste o la ganancia patrimonial neta dejada de percibir; y **ii)** daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto de las personas naturales y jurídicas como de los entes colectivos.²⁸ En un caso concreto, dado la naturaleza del delito inculpativo y del daño patrimonial causado, en la que se confió los intereses económicos del

²⁷ Recurso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

²⁸ Véase el Recurso de Nulidad N° 265-2013 del 25 de junio del 2014, emitido por la Sala Penal Permanente (ponente Barrios Alvarado), el Recurso de Nulidad N° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente Barrios Alvarado).

Estado a los agentes, se denota la necesidad de un resarcimiento que incluso recae en los intereses por el detrimento de los precios sobrevalorados

c) La Procuraduría Pública está solicitando el monto de S/. 80, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual²⁹.-

- **Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Moreno Márquez vulneró las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función, así como proteger el patrimonio del Estado³⁰; pues se concertó con el abogado Oscar Calderón Del Río (co-acusado) para defraudar patrimonialmente al estado, ya que, requirió y otorgó conformidad a un servicio inexistente, a sabiendas que los expedientes judiciales N° 1535-2009 y 3772-2011 estaban siendo tramitados por los abogados de la empresa, sin que esté último haya realizado ningún tipo de coordinación.
- **Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo, pues la conducta de los acusados no se ajustó a los principios que rigen la función y las contrataciones públicas.
- **Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento delictivo, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto, los acusados con su accionar, han realizado y contribuido con la realización de la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionarse el patrimonio del estado (pago de los servicios inexistentes por la suma total de S/. 21, 000.00 soles), contraviniendo los principios y deberes que atañe la función pública (imparcialidad, lealtad, probidad).
- **Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial y patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública, al haberse concertado con el extraneus durante el trámite de las contrataciones, y además se ha producido un perjuicio económico al patrimonio del estado.

d) Se ha determinado que la suma de **S/. 21, 000.00 soles** corresponde al daño patrimonial, originado por el pago de servicios inexistentes; y respecto del daño extra - patrimonial, si bien no hay una tabla o valores exacto, con criterios de proporcionalidad se fija en la suma **S/. 4, 000.00 soles** (porcentaje del 20% del daño patrimonial); correspondiendo imponer una reparación civil de **VEINTICINCO MIL SOLES**, que será cancelado por los acusados Calderón Del Río y Moreno Márquez, en forma solidaria y durante la ejecución de sentencia; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.

DÉCIMO PRIMERO: COSTAS. Conforme al artículo 497° y siguiente del Código Procesal Penal, toda decisión que ponga fin al proceso penal establecerá quien debe soportar las costas del proceso. Las Costas son impuestas al acusado cuando sea declarado culpable, así deberá declararlo el

²⁹ Casación N° 1072-2013-Ica.

³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la administración pública. Editorial Nomos &Thesis. Segunda Edición. Lima, junio 2017. Pág. 199

Juzgador. En el presente caso, al haberse determinado la responsabilidad penal de los acusados Moreno Márquez y Calderón Del Río, corresponde fijar el pago de costas.

III.- PARTE RESOLUTIVA

POR ESTAS CONSIDERACIONES, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, de conformidad con los artículos 12°, 23°, 45°, 93° y 384° del Código Penal (Modificado por la Ley N° 29758), concordantes con el artículo 393°, 397°, 398°, 399° y 402° del Código Procesal Penal; y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú: **FALLA:**

1. **CONDENANDO** a los acusados **JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ** y **OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO** como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSION AGRAVADA**, previsto en el artículo 384° - segundo párrafo del Código Penal, en agravio de **EL ESTADO - EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LIBERTAD S.A. (SEDALIB SA)**, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; y como tal se les impone **SEIS AÑOS** de pena privativa de libertad efectiva; la misma que se suspende en su efectividad, mientras se resuelve el recurso de apelación, en caso de ser presentado, estableciéndose las siguientes reglas de conducta:
 - a) No variar de domicilio el que han indicado en esta audiencia sin que previamente pongan en conocimiento del Juzgado Penal Unipersonal, del Ministerio Público, y de la Sala Superior que resuelva el recurso.
 - b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 15 días a la Oficina de Control Biométrico de esta Corte Superior de Justicia, portando su DNI, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
 - c) Cumplir con el pago de una caución ascendente a cinco mil soles (cada uno de los acusados), dentro del plazo de cinco días hábiles, de dictada la presente sentencia, bajo apercibimiento de revocarse la excepcionalidad.
2. **SE LES IMPONE** la pena de **INHABILITACIÓN** consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público por el plazo de seis años, de conformidad con el artículo 36° incisos 1) y 2) del Código Penal.
3. **SE FIJA** por concepto de reparación civil la suma de **VEINTICINCO MIL SOLES** a favor de la parte agraviada, que deberán cancelar los acusados en forma solidaria y en ejecución de sentencia.
4. **CON PAGO DE COSTAS.**
5. **CONSENTIDA y/o EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia, en consecuencia, **CÚRSESE** los Boletines y Testimonio de Condena para su inscripción en el Registro

correspondiente. **REMÍTASE** en su oportunidad los actuados al Juzgado correspondiente para la ejecución de la Sentencia. **NOTÍFIQUESE** con las formalidades de ley.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 01596-2018-17-1601-JR-PE-08
ACUSADOS : MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES
CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: TRECE

Trujillo, uno de agosto

Del año dos mil dieciocho. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido contra el acusado **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, como **autor** y contra el acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, en calidad de **cómplice primario** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PACANGA- CHEPEN**, representado por la **Procuraduría Pública Anticorrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

3. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:
- a) **FISCAL: Dr. LUIS GUILLERMO BRINGAS**, Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, con casilla electrónica N° 69515.
 - b) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL- PROCURADORA PÚBLICA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD: Dr. JEAN CARLOS RAYMUNDO PEREDA CALL**. 9066, con domicilio procesal en calle San Martín 386 Urb. San Andrés – Trujillo, casilla SINOE N° 53298.
 - c) **ABOGADO DEL ACUSADO CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ: Dra. NORKA ALCANTARA CASTRO**, CALL. 5847, domicilio procesal Av. España 191, casilla SINOE N° 8015.
 - d) **ABOGADO DEL ACUSADO MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES: Dr. ROGER ALVAREZ RAMIREZ**, con registro CALL N° 7830, domicilio procesal Mz. A1 Lt. 11, of. 204 – sector Natasha Alta, casilla SINOE N° 13049.
 - e) **ACUSADO: MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, identificado con DNI. 42375512, nació el 18 de mayo de 1984 en Chepén, 34 años, casado, con tres hijos, de profesión Abogado, labora en el Programa Contra La Violencia Familiar del Ministerio de la Mujer de Cajamarca, percibe S/. 3,460.00 soles mensuales, hijo de Manuel y Carmen, domiciliado en la Mz. A Lt. 16A del AAHH. San Sebastián - parte baja Chepén, celular N° 981696484.
 - f) **ACUSADO: CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, identificado con DNI N° 19181135, nació el 2 de marzo de 1965 en San Pedro de Lloc - Pacasmayo, de 53 años, casado con Silvia Conde, con tres hijos, Abogado, se dedica a la defensa libre, percibe S/. 5,000.00 soles mensuales, hijo de Juan e Hilaria, con domicilio real en Av. Manuel Seoane N° 611 – Guadalupe- Pacasmayo, sin antecedentes penales.

I. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

4. El representante del Ministerio Público sostiene como tesis inculpativa los hechos cometidos por funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Pacanga, Provincia de Chepén; quienes, en un Concurso Público llevado a cabo en dicha entidad, favorecieron a ciertos postulantes, satisfaciendo intereses particulares y de terceros.
5. Los hechos consisten, en que mediante resolución de alcaldía N° 159-2015, de fecha 23 de abril del 2015, se designó un Comité para llevar a cabo un Concurso Público, para la contratación de personal, bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), concurso público que fue convocado mediante resolución de alcaldía N° 374-2015, de fecha 6 de agosto del 2015, en la cual se resuelve convocar a **Concurso Público N° 1-2005**; para contratar bajo la modalidad CAS.
6. El Comité estuvo integrado por Marlon Alexander Alvitres Torres, en calidad de presidente, Walter Nicho Panduro, como primer miembro y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, como segundo miembro, quienes con fecha 18 de agosto de 2015, realizaron la instalación del Comité, y la verificación de los requisitos mínimos de los postulantes, elaboraron un acta en la cual consignaron que de los 39 postulante solo 13 habían cumplido con los requisitos mínimos exigidos, encontrándose habilitados para pasar a la segunda etapa, consistente en la evaluación curricular.
7. Luego de ser publicados los resultados y realizar la evaluación curricular, se programó la entrevista (tercera etapa) para el 27 de agosto del año 2015. La dicha fecha, Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en calidad de integrante del Comité de selección remite un correo electrónico a Marlon Alvitres Torres, en calidad de presidente del Comité. El mismo día que se realizaría la entrevista, a las 7 :15 am, del correo guanilo_abogados@hotmail.com al correo alex18584@hotmail.com, con la sumilla “preguntas para la entrevista”, en el correo se indicaba “ **Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de que no lo va a difundir, dáles, caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores. Uds, tiene la relación de la**

gente que desee que siga el Alcalde, de mi parte me abstengo en difundirlo a cualquier postulante. Atte. Carlos E. Guanilo R.”. Alvitres Torres, quien recepcionó el correo, remite el correo a dos personas, quienes tenían la condición de postulantes al concurso público, el 27 de agosto a las 8:21 am, del correo alex18584@hotmail.com se remite a los correos johan_36_5@hotmail.com y al correo carlosgalvez_84@hotmail.com, con la sumilla preguntas para entrevista, indicándole en el correo “**muchachos absoluta reserva, no comuniquen con nadie**”.

8. A través del correo johan_36_5@hotmail.com (Johan Vásquez Sánchez), remite al correo electrónico kiss_3149@hotmail.com, el mismo día a las 13:31 horas. En virtud de tales irregularidades se decide mediante resolución de alcaldía N° 418-2015, de fecha 29 de agosto del 2015, declarar la nulidad de oficio del concurso N° 0001-2015.
9. El acusado Marlon Alexander Alvitres Torres reenvía el correo emitido por Carlos Guanilo Rodríguez, el mismo día del examen a las 8:21 am a Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa, quienes, de acuerdo al cuadro de evaluación curricular, ambos serían postulantes del concurso público; evidenciando un interés indebido al querer favorecer a los postulantes antes mencionados.
10. Los hechos se encuentran tipificados en el artículo 399° del código penal, el cual prevé el delito de negociación incompatible. Los hechos serán probados durante el desarrollo del juicio oral, con las declaraciones testimoniales de Carlos Miguel Gálvez Correa, Jimmy Johan Vásquez Sánchez; personas a quienes se les favoreció con las preguntas, se cuenta con la declaración de Jesica Narro Carrasco; quien declarara sobre el hecho ocurrido el día 27 del año 2015, fecha en que Jimmy Johan Vásquez Sánchez le llamó a su celular personal, para pedirle que le comunique con el señor Carlos Gálvez Correa.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

11. Los hechos han sido calificados por el representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal, que estipula lo siguiente:

Artículo 399° Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta trescientos sesenta y cinco días- multa”

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

12. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES y CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ**, la pena de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD e INHABILITACIÓN POR EL MISMO PERIDO QUE LA PENA PRIVATIVA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 36° inciso 1 y 2 del Código Penal. Así como el pago de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, a favor del Estado.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

13. Sostiene que el hecho antijurídico consiste en que los acusados Marlon Alexander Alvitres Torres y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, se habrían interesado indebidamente en lograr la contratación de tres postulantes para que laboren en la Municipalidad Distrital de Pacanga, con ello se habría configurado un daño de naturaleza extra patrimonial para los intereses del Estado y con ello la materialización del delito de negociación incompatible, el cual protege el normal funcionamiento de la función pública, busca la preservación de los deberes funcionales que tienen los funcionarios. Probará en juicio la acreditación del daño, el factor de

atribución, la relación de causalidad. Se trata de un daño incuantificable; sin embargo, atendiendo a criterios de proporcionalidad, solicita se imponga a los acusados como reparación civil S/. 30,000.00, el cual deberá ser pagado de manera solidaria por los acusados.

ALEGATOS PRIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO ALVITRES TORRES (Dr. Avalos)

14. Durante el desarrollo del juicio oral probara que la relación de uno de los denunciados Erik Muñoz Ugaz, con su patrocinado, parte de una mala relación laboral. Sostiene que nunca existió el interés de su patrocinado de favorecer a terceros, ya que durante el proceso de contratación se anuló por una causa distinta a la denunciada. Cuestiona el contenido de los correos electrónico, los cuales son la prueba principal del Ministerio Público. Probará que los hechos narrados por fiscalía no se ajustan a la verdad. Solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUANILO RODRÍGUEZ (Dra. Alcántara)

15. Demostrará en juicio que no existen elementos de convicción acerca de la participación de su patrocinado, como cómplice primario del delito de negociación incompatible. Considera que todos los medios probatorios presentados por la fiscalía no aportan a la responsabilidad penal de su patrocinado. Demostrarán que jamás existió intención alguna de su patrocinado para favorecer a alguno de los postulantes del concurso CAS N° 1-2015. No se ha efectivizado daño alguno, ni perjuicio económico al Estado. Postula por la absolución de su patrocinado.

NUEVA PRUEBA

16. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No se ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. No se ofreció.

Por la defensa del acusado Alvitres Torres: No se ofreció.

Por la defensa del acusado Guanilo Rodríguez: No se ofreció

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

17. **Declaración del acusado CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ.**
A las preguntas formuladas por su defensa-Dra. Alcántara

Indica no haber asesorado a ninguno de los postulantes de la Municipalidad Provincial de Pacanga para el concurso CAS, ya que no tenía ningún acercamiento, a unos los conocía. En un solo ambiente se encontraba el jefe de personal con su asistente Johan, el Sr. León, quien era el encargado de relaciones públicas, su persona como asesor legal, la Sra. Carola Mendoza, como Secretaria General. No tenía ningún grado de confianza con las personas que laboraban en el mismo ambiente. Con Marlon Arvitres Torres ya existía cierto roce, ya que como jefe de personal a este último se le había encargado unas cartas, al haber terminado el vínculo laboral CAS de varios trabajadores; iniciándose un proceso al haber concluido contratos y las cartas no aparecían, el hecho ocurrió en el mes de enero - febrero; momento en que comenzó a desconfiar de su asistente Arvitres Torres.

Nunca ha realizado llamadas al Sr. Carlos Miguel Gálvez Correa. Ha realizado llamadas a algún funcionario del segundo nivel organizacional. Se comunicaba con Marlon Arvitres Torres, jefe de personal de manera directa. La nulidad del proceso CAS, se solicitó por la presión ejercida por su persona, ya que en el desarrollo del proceso había un postulante Nina Quispe, que había presentado un documento cuestionado una evaluación, se cuestionaba la realización de evaluaciones inadecuadas, cuestionándose el hecho de que se había dado un certificado de universidad a uno de los postulantes, cuando este era egresado de un Instituto;

motivo por el cual se consideró viciado el proceso y se declaró nulo. Admite haber emitido correo electrónico al Dr. Marlon Alvitres, quien era el presidente, para ver las preguntas del examen, su persona le indicó que le alcanzaría preguntas de otra Municipalidad, imprimió las preguntas el mismo día, en el mismo local. Las preguntas no se llegaron a aplicar. El texto que aparece en el correo no es el texto original, no envió, indica que se manipuló en el reenvío del correo (documental 39 y 40).

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Alvitres Torres. Dr. Avalos

Refiere que Erik Muñoz era Gerente Municipal de la gestión anterior, quien fue devuelto a su cargo de origen como policía municipal, se le procesó administrativamente al haberse aprovechado del cargo. El correo electrónico enviado por su persona, no tenían respuesta. La entrevista personal se instaló a las 9:00 y terminó a las 10:30 am.

A las preguntas formuladas por fiscalía.

No tenía ningún vínculo de enemistad con Carlos Vásquez Correa. Su correo electrónico es guaniloabogados@hotmail.com, siempre ha tenido el correo mencionado, su correo es personal. Acepta haber enviado un mensaje consistente con la información “que lo mantenga en reserva, que se abstenga de dar a cualquiera”.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Ninguna pregunta.

Preguntas formuladas por Juez

Da lectura el correo enviado, indica que se ha borrado información del correo original que envió.

18. **Declaración del acusado MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES.** Luego de hacerle conocer sus derechos indicó que se abstenía de declarar; procediéndose en la etapa correspondiente a oralizar su declaración previa.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

19. **Declaración de la testigo YESSICA MAYNE NARRO CARRASCO.**

Al interrogatorio de la fiscalía.

Actualmente labora en la Municipalidad Provincial de Pacanga, como asistente en la DEMUNA, ingresó a trabajar desde el año 2004. Desde el 2 de enero del 2015 hasta el 3 de marzo del 2015, se desempeñaba en la unidad de tesorería. En agosto del 2015 estaba como apoyo. No recuerda a cargo de que funcionario se encontraba cuando laboraba en la DEMUNA. Conoce a Carlos Miguel Gálvez Correa, es su compañero de trabajo, quien en la actualidad labora, pero no conoce desde cuando labora en la Municipalidad. Conoce a Jimmy Johan, quien también trabajaba en la Municipalidad.

Tenía conocimiento sobre un concurso público en la Municipalidad, no participó en el concurso porque ya se encontraba en planilla.

Tiene conocimiento que Carlos Miguel Gálvez Correa participó en el proceso. El 27 de agosto del 2015 recepcionó una llamada realizada por Johan Vásquez, queriendo comunicarse con Carlos Miguel Vásquez Correa, desconoce qué fue lo que hablaron, fue la primera vez que recepcionó una llamada de Jimmy Johan.

Al interrogatorio de la defensa del actor civil

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio de la defensa de Alvitres Torres. Dr. Avalos.

Ninguna pregunta.

Al contrainterrogatorio de la defensa de Guanilo Rodríguez. Dra. Alcántara.

Con el Dr. Guanilo solo tenía una relación laboral. No ha sido testigo de alguna relación amical entre Guanilo, Johan Vásquez y Carlos Gálvez. El Dr. Guanilo nunca se ha comunicado con su persona por teléfono.

20. Declaración del testigo CARLOS MIGUEL GALVEZ CORREA.

Al interrogatorio de la fiscalía

Actualmente es técnico de informática, trabaja en la Municipalidad de Pacanga, ingresó a trabajar en el año 2009, labora en el área de informática. Conoce a Alexander Alvitres Torres, quien se desempeñaba en la Municipalidad como jefe de personal. Conoce a Guanilo Rodríguez, quien era asesor legal de la Municipalidad. En el año 2015 participó en una convocatoria para personal CAS, a la plaza de unidad de informática, ya laboraba en la misma área y en la misma modalidad de CAS. Conoce a Johan Vásquez Sánchez. Probablemente recibió un correo de alex18@hotmail.com, no puede apreciar el contenido del correo, se le pone a la vista el correo, identifica la fecha 27 de agosto del 2015, hora de envió 8:21.44, fecha aproximada al examen. Da lectura al texto del correo “muchachos absoluta reserva, no comuniquen con nadie”. Toma conocimiento del correo ya que minutos antes de la entrevista, su amiga Narro Carrasco, le indica sobre una llamada, en la cual le indicaron que revise su correo; verificó el correo, pero no revisó a detalle, pasó su entrevista y después revisó a detalle el correo, se percató de la existencia de un correo con preguntas que no tenían relación con las preguntas que se le formularon en la entrevista. Se le pone a la vista las preguntas, no recuerda las preguntas. Después de los hechos se perjudicó siendo retirado de su trabajo. No conversó con sus compañeros sobre los hechos.

Al interrogatorio de la defensa del actor civil

No tenía amistad con los acusados, solo eran compañeros de trabajo. Verificó que se le envió el correo, no revisó el contenido.

Al conainterrogatorio de la defensa de Alvitres Torres. Dr. Avalos.

La única relación que tenía con el señor Alvitres Torres era laboral ya que era el jefe de personal, no le había pedido ningún favor respecto del concurso. Desconoce de quien sería el correo, las preguntas que le enviaron en el correo y las preguntas que le formularon en la entrevista eran diferentes.

Al conainterrogatorio de la defensa de Guanilo Rodríguez. Dra. Alcántara.

El doctor Carlos Guanilo no le ofreció asesoramiento previo al concurso. Trabaja desde el año 2009, recuerda que Johan Vásquez era el asistente de personal, desconoce cómo era la relación laboral entre Marlon Alvitres y Johan Vásquez Sánchez.

21. Mediante Resolución N° DIEZ, de fecha 26 de julio de 2018, se resuelve prescindir de la declaración del testigo **JIMMY JOHAN VÁSQUEZ SÁNCHEZ**.

22. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

a) **Resolución de alcaldía N° 374-2015- MDP- A**, a folio 18, de fecha 6 de agosto del 2015, firmada por el alcalde de Pacanga, Telesforo Medina Ortiz, en al cual resuelve, en su artículo único, convocar a concurso público N° 01-2015, para la contratación de personal para que labore en la Municipalidad Distrital de Pacanga, bajo la modalidad de contrato administrativo de servicio; el mismo que estará a cargo del Comité designado. Acredita la existencia del concurso Publico 1 - 2015.

b) **Acuerdo del concejo N° 034-2015- MDP**, de fecha 6 de agosto del 2015, a folios 19. Mediante dicho acuerdo el alcalde de Pacanga resuelve aprobar las bases para la contratación de personal, bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicio, se adjuntan las bases, las cuales son partes integrantes del acuerdo. Acredita la existencia del proceso y además la aprobación de las bases.

c) **Bases para la convocatoria pública de personal**, a folio 20 -31 bajo el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios CAS -2015, convocatoria 1-2015. Se establece todas las bases del proceso y las etapas del procedimiento: 1° etapa: el cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, 2° etapa, la evolución curricular y 3° etapa: entrevista personal (fase donde se realizaron los hechos materia de investigación).

- d) **Cronograma del proceso de selección del personal- Convocatoria pública CAS 1-2015, Anexo N° 1** a folios 32, obra las fechas en las cuales se iba a realizar el concurso, convocatoria del 06 de agosto al 12 de agosto, presentación de fichas de resumen del 13 de agosto al 17 de agosto, revisión de fichas resumen del 18 de agosto, publicación de postulantes calificados para evolución curricular 19 de agosto, presentación de curriculum 24 de agosto, evaluación de curriculum 25 de agosto, publicación de relación que pasan a la entrevista 26 de agosto, para la entrevista personal los postulantes aptos deberán presentarse el 27 de agosto; fecha importante porque tiene que ver con las mismas fechas de los correos enviados.
- e) **Acta de instalación del comité especial de personal CAS y verificación de registros técnicos mínimos**, a folios 33 y 34, de fecha 18 de agosto del 2015. Integran y firman el acta respectiva Marlon Alvitres Torres, como presidente; Nicho Panduro como primer miembro y Guanilo Rodríguez como segundo miembro. Se hace una relación de postulantes calificados para pasar a segunda etapa y postulantes no calificados. Se precisa el nombre de los jóvenes aptos para pasar a entrevista. Figura como asistente administrativo Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Miguel Gálvez Correa, personas a quienes se le envía el correo.
- f) **Acta de selección del comité especial CAS 2015 para la segunda etapa**, a folio 35-36, evaluación curricular, cuenta con la firma de los 3 integrantes del comité, la fecha 25 de agosto del 2015, establece la evaluación curricular y la lista de las personas que aparecen calificadas, se aprecia a Carlos Miguel Gálvez Correa, a quién se le envía el correo electrónico y a Jimmy Jhojan Vásquez Sánchez.
- g) **Acta de la instalación del comité especial de personal CAS, para la realización de la tercera etapa, entrevista personal y constancia de incidencia**, a folios 37-38, participan los tres miembros del Comité, fecha 27 de agosto del 2015, de acuerdo al cronograma establecido; siendo las 9:05 minutos, se procede a instalar el Comité y se indica en qué consistiría, debiendo tenerse en cuenta dominios temáticos 15 puntos, capacidad analítica 7 puntos, actitud personal 7 puntos, facilidad de comunicación y sustentación 5 puntos, conocimiento y cultura general 6 puntos. “Se procede a entrevista a 12 postulantes aptos según el orden de la relación de postulantes. A las 10:20 se advierte unos incidentes, cuando se concluía con la entrevista del penúltimo participante, Carlos Agustín Ninaquispe Elías, hace conocer al Comité que no se habría cumplido con las exigencias de los requisitos mínimos, en la primera etapa. El Comité determina por unanimidad que en virtud del principio de la igualdad y no discriminación el haber equiparado los estudios técnicos de Carlos Miguel Gálvez Correa (a quien le enviaron el correo) con un grado académico de bachiller, llegando a la conclusión que existe un vicio insalvable que acarrea la nulidad del proceso.
- h) **Impresión de correo electrónico**, a folios 39, aparece texto “from: johan_36_5@hotmail.com, to: kiss_3149@hotmail.com, asunto: preguntas para entrevista, fecha: 27 de agosto del 2015, hora: 13.31.39 firma Johan Vásquez Sánchez, en el mismo correo se establece en la parte inferior from: alex18584@hotmail.com dirigido a johan_36_5@hotmail.com; carlosgalvez_84@hotmail.com, objeto preguntas para entrevista, de fecha 27 de agosto del 2015, hora 8:21. 44 con el texto “muchachos, absoluta reserva... No comuniquen con nadie”; correo que envía el presidente del comité Marlon Alexander, a Jhojan Vásquez y Carlos Gálvez a las 8:21 am.
- i) **Impresión de correo**, a folio 40, from: Guanilo_abogados@hotmail.com, to: alex18584@hotmail.com, objeto preguntas para entrevista, de fecha 27 de agosto del 2015, horas 7:15.42 am, tiene relación ya que el reenvió del correo es después a las 8:21 am, a las 7:15 le envía Guanilo el correo, con el siguiente texto “Dr. Le estoy remitiendo las preguntas para que pueda aplicarse hoy, manéjelo con mucha reserva... si confía en la gente que debe seguir y que no lo va a difundir, deles; caso contrario obtenerse a fines de no tener inconvenientes posteriores. Usted tiene la relación de la gente que desea que siga el alcalde, de mí parte me abstengo a difundirla a cualquier postulante... atentamente: Carlos C. Guanilo R.

- j) **Obra documento adjunto al correo**, a folios 41-45, las preguntas de actitud personal, 33 preguntas, preguntas de cultura general con sus respectivas respuestas (6), preguntas de aptitud con respectivas respuestas, guía de la entrevista de trabajo, con 13 preguntas, adjuntadas al correo mencionado.
- k) **Otros correos electrónicos**, a folios 46-50, no tiene que ver con el hecho materia de investigación, pero sirven para acreditar el uso ordinario de las cuentas de correos, acredita quienes eran los titulares y quienes manejaban la cuenta. Jhojan Vásquez Sánchez (johan_36_5@hotmail.com), correo a donde se le remite la pregunta y el reenvía. Envía un archivo adjunto, firmado por Jhojan Vásquez Sánchez, celular 958428443. A folios 47, correo con el texto, en la parte inferior se aprecia de: Carlos Enrique Guanilo Rodríguez (guanilo_abogados@hotmail.com), viernes 9 de agosto del 2013 para Eddy Alberto Muñoz Ugaz, pacanguino82@hotmail.com, con el texto “absolución de hallazgos”. A folios 48, obra el correo enviado de pacanguino82@hotmail.com, miércoles 31 de julio del 2013 a carguanilo@hotmail.com y guanilo_abogados@hotmail.com (guanilo_abogados@hotmail.com, archivo adjunto, remite Eddy Alberto Muñoz Ugaz Gerente Municipal. A folios 49, otro correo indica de Carlos Enrique Guanilo Rodríguez (guanilo_abogados@hotmail.com, 24 de mayo del 2014, para Eddy Alberto Muñoz Ugaz pacanguino82@hotmail.com y en la parte inferior de: pacanguino82@hotmail.com miércoles 21 de mayo del 2014, le reenvía a (guanilo_abogados@hotmail.com, archivo adjunto “ Dr. Me llama y me comenta sobre el estado de mis casos”_A folio 50, correo electrónico de Carlos Miguel Gálvez Correa (carlosgalvez_84@hotmail.com), marzo 30 de octubre del 2012, dirigido a pacanguino82@hotmail.com adjunto informe final, acredita el uso frecuente de los correos de los cuales fueron enviados a los correos incriminados.
- l) **Carta N° 002-2015 MDP/COMISIÓN CAS**, folio 51, remitida el 27 de agosto del 2015 Marlon Alvitres Torres, presidente de la Comisión del concurso CAS a Medina Ortiz (alcalde), recomienda la nulidad de concurso a razón a la consulta del postulante Ninaquispe Diaz.
- m) **Resolución de alcaldía N° 418-2015-MDP.A.**, a folios 52 y 53, de fecha 29 de agosto del 2015, firmada por el alcalde Medina Ortiz, en donde relata lo acontecido en el proceso y resuelve en el artículo primero declarar la nulidad de oficio la contratación del personal bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios. en el artículo segundo se resuelve retrotraer el concurso hasta la etapa de la elaboración de las bases. En el artículo tercero remueve a los miembros del Comité. El artículo cuatro designa a nuevos miembros del Comité.
- n) **Acuerdo de concejo N° 039-2015- MDP**, folio 54, de fecha 31 de agosto del 2015; en el que el Concejo Municipal por unanimidad resuelve, declara la nulidad total del concurso público, se crea una comisión encargada de averiguar los hechos irregulares en la contratación, iniciar proceso administrativo disciplinario a los implicados.
- o) **Acta de visualización de celular**, folio 57, de fecha 18 de julio del 2016, a horas 11:15 horas, en ambientes de fiscalía de la Libertad, en la que estuvo presente Jesica Carrasco, el fiscal Guillermo Bringas, procediéndose a hacer el acta de visualización, se deja constancia que del celular de Narro Carrasco, se tiene como resultado: celular marca Samsung modelo Galaxy, neo, color gris, con número 9569 87869, se procede a buscar la opción contacto con el nombre de Johan Vásquez, se aprecia la foto de un varón haciendo el ademan de haber por celular, aparecen registrados los números 958428443 y el número 958428443, uno con numeral y otro sin numeral, precisa la testigo que tanto el número como la foto corresponden a Jimmy Johan Vásquez Sánchez.

Observaciones:

- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones.
- **Defensa del acusado Alvitres Torres:** Respecto a la **copia fedateada del acta de instalación del comité especial**, para la sesión de la tercera etapa, entrevista personal y constancia de incidencia, a fojas 37-38, refiere que el incidente del 27 de agosto, cuando se concluía con la entrevista del penúltimo participante, Nina Quispe, quien reclama respecto de un participante que no cumplía con los requisitos, por lo que le Comité especial por unanimidad

resuelve la nulidad, la cual no se dio por favorecer a terceros si no por otro caso distinto que se será expuesto en alegatos finales. Respecto a las **impresiones y correos electrónicos**, a fojas 39-50, considera que no cumplen con los requisitos de legitimidad de prueba, solo por el hecho de ser impresiones de correos electrónicos, no se puede determinar si la cuenta le corresponde a su patrocinado. Los documentos no han sido reconocidos, no se ha realizado pericia para determinar de qué maquina salió el correo, quienes son los titulares de las cuentas. Respecto a la **resolución de alcaldía**, a fojas 52, en la que se declara la nulidad del proceso, se trataría de otro asunto y no para favorecer a terceros. Respecto a la **copia fedateada del concejo que declara la nulidad**, de igual manera indica que tal nulidad fue por otro motivo y no para favorecer a terceros.

- **Defensa de Guanilo Rodríguez:** Respecto a la **copia fedateada del acta de instalación del Comité especial**, para la realización de la tercera etapa, el Comité desconocía la problemática, decidiendo declarar la nulidad en base a un reclamo que no fue atendido oportunamente y perjudicaba al participante. Respecto a la **impresión de los correos electrónicos**, no se ha realizado pericias, y lo que aparece en los correos no corresponde a lo que su patrocinado realmente había escrito; se debió determinar si el texto corresponde al texto original que se emitió; existe incongruencias en las fechas que dio lectura la fiscalía. Respecto a la **carta N° 02-2015**, se recomienda la nulidad en base al reclamo que no fue atendido de manera oportuna. La resolución de alcaldía y la resolución del consejo expresan los debidos motivos por los cuales se dio la nulidad, por no haber atendido el reclamo de un participante.

p) **Oralización de la declaración del acusado MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, a folios 1192-1197 de la carpeta fiscal, de fecha 24 de febrero del 2016, horas 13:17 horas, ante el fiscal Guillermo Bringas, precisa que trabajó en la Municipalidad de Pacanga, se desempeñó en el área de Recursos Humanos, responsable de personal, reconoce que sé le designó como miembro del Comité, integró el Comité para llevar a cabo el concurso. El Comité estaba integrado por Guanilo Rodríguez y Nicho Panduro, a Guanilo lo conoce por ser su colega. Vásquez Sánchez, fue su asistente en la Municipalidad de Pacanga; con quien tenía grado de amistad hasta antes de lo sucedido en el concurso, después dejó de saber de él. Vásquez Sánchez era su asistente en el área de personal. La finalidad del concurso era cubrir plazas laborales mediante CAS, su función en el Comité fue dar la bienvenida a los postulantes. Se llamó a los postulantes de acuerdo al orden en que se encontraban registrados, uno por uno, su persona iniciaba con las preguntas. Era su primer concurso y como sabía que Guanilo tenía experiencia, su persona le encomendó que elabore algunas preguntas tipo; las preguntas fueron impresas en tres juegos, por parte del Dr. Guanilo y se le entregó a cada miembro del comité. El Dr. Guanilo le envió las preguntas a su correo personal, verificando el correo el día de la entrevista personal, porque no confiaba en su asistente. Su asistente le entregaba información privilegiada de la gestión anterior, nunca le ha dado a su asistente su contraseña, pero si en varias oportunidades ha dejado abierto su correo en la oficina. Toma conocimiento que se habían filtrado las preguntas, el 31 de agosto, en su centro de labores corrían los rumores de lo sucedido. Posterior a ello envía carta al alcalde poniendo su cargo a disposición, el mismo día el alcalde acepta la carta. Conoce que Guanilo presentó carta poniendo a disposición su cargo, y a Johan Vásquez no se le renovó contrato. El 28 de agosto del 2015 propuso al alcalde la nulidad de concurso.

Según fiscalía, el significado probatorio es que el imputado fue miembro del Comité, que le encargó a Guanilo hacer las preguntas y que éste le envía las preguntas por correo, se imprimieron tres juegos, uno para cada miembro del Comité.

Observaciones:

- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones

- **Defensa de Alvitres Torres.** Resalta el hecho de que uno de los favorecidos era el asistente, quien tenía la contraseña y tenía como ingresar a la máquina de su patrocinado, rechaza haber enviado algún correo con las supuestas preguntas.
 - **Defensa de Guanilo Rodríguez:** La declaración del Dr. Marlon coincide con la declaración de su patrocinado en el extremo de que el mismo declara que fue quien proporcionó el banco de preguntas, pero de la declaración se dejó la salvedad de que cada uno de los miembros puedan realizar las preguntas. Su patrocinado tenía antipatía respecto al asistente, por lo que su patrocinado no podía favorecer a una persona que no tenía ningún lazo de amistad.
- q) **Oralización de la declaración previa de JIMMY JOHAN VASQUEZ SANCHEZ:** Indicó haber trabajado en la Municipalidad Provincial de Pacanga, en el área de logística como asistente. Reconoce haber participado en el concurso para ocupar una plaza, indicó que había recibido una llamada de 15 minutos antes de la entrevista de un celular que no recuerda el número ni el nombre porque no lo tenía registrado, al contestar la llamada encontró un mensaje que decía abre tu correo que hay unas preguntas, no reconoció la voz; al abrir el correo eran un aproximado de 200 preguntas sin respuestas, no tuvo tiempo de revisarlas, pero ninguna de las preguntas del correo fueron tomadas en la entrevista. Revisó las preguntas después de la entrevista, el correo fue enviado por Marlon Alvitres Torres, en el cual se precisaba que en el correo se pedía reserva; borró el correo. Éste fue enviado del correo de Marlon Alvitres, quien trabajaba en Recursos Humanos, le pedida reserva de lo remitido. Solo le llegó un único correo. Se le pone a la vista los correos, reconoce las preguntas de la primera hoja, querían perjudicarlo por ser de otra gestión. Acredita que trabajaba en la municipalidad, en el 2015 era asistente de Recursos Humanos, tenía como jefe a Marlon Alvitres Torres, presidente del Comité, reconoce haber recibido el correo, recuerda que Marlon Alvitres le envió el correo.

Observaciones:

- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones.
- **Defensa de Guanilo Rodríguez:** Ninguna de las preguntas que se le envió se le tomó en la entrevista, las preguntas fueron enviadas para perjudicar a su patrocinado.
- **Defensa de Alvitres Torres:** Ninguna de las preguntas se tomó en la entrevista.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

23. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS

24. No ofrecieron medios probatorios.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

25. Sostiene que los hechos consisten en el despliegue de actos de interés indebido a favor de terceros, por parte del acusado Marlon Alvitres Torres, en el marco del Concurso Público N° 1-2015, para la contratación de personal para la Municipalidad Distrital de Pacanga, bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios, con el aporte esencial de Carlos Guanilo Rodríguez.
26. Se ha probado por medio de la resolución de alcaldía N°374-2015, de fecha 6 de agosto del 2015, convocatoria N° 1-2015, la cual estuvo a cargo del Comité, que tuvo como miembros al acusado Marlon Alexander Alvitres Torres, en calidad de presidente y Guanilo Rodríguez, en calidad de segundo miembro. De las documentales fluye las actas de instalación del comité de selección, de fecha 18, 25 y 27 de agosto del 2015. Sobre el desarrollo de la verificación de las etapas de requisitos mínimos, evaluación curricular y entrevista personal, se tiene acreditada la intervención de ambos acusados en el concurso del proceso por razón del cargo encomendado por la Municipalidad Distrital de Pacanga. De las tres actas presentadas se ha probado la intervención en el concurso de los postulantes Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Miguel

Gálvez Correa, para las plazas de asistente administrativo y jefe de la unidad de informática respectivamente; respecto de quienes se ha probado que lograron llegar hasta la última etapa de la entrevista personal. Sobre las etapas, se ha probado con el acta de instalación del comité especial para la realización de la tercera etapa, entrevista personal y además las bases administrativas aprobadas por acuerdo de consejo N° 34-2015, de fecha 6 de agosto del 2015. La última etapa de la entrevista se llevó a cabo el 27 de agosto del 2015, a partir de las 9:00 horas, en el local de la Municipalidad Distrital de Pacanga, en la que efectivamente participaron los postulantes Vásquez Sánchez y Gálvez Correa. De la carta 1-2015, el acusado Marlon Alvitres Torres, en calidad de presidente del Comité de evaluación remite al alcalde de la municipalidad el texto íntegro de las bases del concurso 1-2015, a fin de que sean aprobadas por el concejo municipal; con ello se acredita que los acusados tuvieron conocimiento del concurso y de todo el procedimiento, en las fechas y horas en que se llevarían a cabo.

27. Respecto a la tercera fase del concurso, referida a la entrevista personal, se ha acreditado la existencia de comunicaciones previas entre Marlon Alexander Alvitres Rodríguez y Guanilo Rodríguez, y además se encuentra acreditada las comunicaciones de Alvitres Torres con los postulantes Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa, realizadas el 27 de agosto del 2015 antes de las 9:00, día y hora en que estaba programada la entrevista. Mediante la documental consistente en una impresión de correo electrónico, remitido desde la cuenta guanilo_abogados@hotmail.com hacia la cuenta alex18584@hotmail.com, comunicación correspondiente al día 27 de agosto del 2015, a horas 7:15:42, se acredita la comunicación entre ambos acusados; a través de la cual el acusado Guanilo remite las preguntas para la entrevista personal, indica que ya existía una relación de la gente que desea que siga el alcalde y si se confiaba en la gente podía remitirle las preguntas, acredita el interés indebido indirecto que termina de configurar el acusado Alvitres Torres. Se probó de la impresión del correo, desde la cuenta alex18584@hotmail.com hacia las cuenta johan_36_5@hotmail.com y carlosgalvez_84@hotmail.com, la comunicación correspondiente al 27 de agosto del 2015, a horas 8:21:44, comunicación entre Marlon Alexander Alvitres Torres y los postulantes Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa, con el asunto preguntas para entrevista, a través de las cuales Alvitres Torres remite las preguntas recibidas previamente por Guanilo Rodríguez, en la que indica “muchachos absoluta reserva. No comuniquen a nadie”. Se advierte que todas las comunicaciones se produjeron en secuencia lógica en el tiempo, antes del inicio de la entrevista personal. Se encuentra acreditada la titularidad de los correos personales con la oralización de otros correos electrónicos remitidos por ambos en diferentes fechas. Así como de la declaración de Jimmy Johan Vásquez Sánchez; quien señaló que recibió un correo de la cuenta alex18584@hotmail.com, perteneciente a Marlon Alvitres Torres, del mismo modo ambos acusados han declarado la titularidad de los correos que se les atribuye en las comunicaciones antes descritas. Todas las comunicaciones de correos electrónicos han sido obtenidas y actuadas en juicio oral sin vulneraciones de los derechos fundamentales; quien tuvo acceso a los correos a través de denuncia anónima en la investigación, dio la oportunidad de defensa a fin de que pueda exponer lo conveniente. Sobre las preguntas trasladadas, en forma indebida a los postulantes, por el acusado Alvitres Torres, se tiene que el acusado Alvitres pidió a su coacusado Guanilo la elaboración de preguntas tipo, las mismas que fueron remitidas al correo electrónico de Alvitres, antes de la hora de la entrevista, se imprimió las preguntas y repartió a los integrantes del Comité, la información corrobora el contenido en la impresión en los correos oralizados.

Respecto al interés indebido y de terceros, se debe mencionar que Alvitres, remitió las preguntas para la entrevista, a quien trabajaba como su asistente en el área de Recursos Humanos, hecho que se encuentra probado con las declaraciones testimoniales de Carlos Miguel Gálvez Correa, Yessica Carrasco y Alvitres Torres, quien lo refiere como su asistente. Además, se entregan las preguntas al postulante Gálvez Correa, quien declara que, en agosto del 2015, se encontraba ocupando la plaza de encargado de la unidad de informática de la Municipalidad Distrital de Pacanga, se aprecia la vinculación de la proximidad entre el acusado y los dos postulantes favorecidos.

Se debe resaltar la comunicación telefónica que se produjo antes de la hora de la entrevista entre los postulantes Vásquez Sánchez y Gálvez Correa, la cual ha sido mencionada por la testigo Jessica Narro Carrasco, quien indicó que fue Vásquez Sánchez quien la llamó el 27 de agosto del 2015, antes de las 9:00 am, para que le comunique con Gálvez Correa; la existencia de la comunicación ha sido ratificada con la declaración de Carlos Gálvez; después de la llamada, corroboró la existencia de la información en el correo. Se ha logrado probar el delito de negociación incompatible, atribuida a ambos acusados, el que se consumó en el momento en que se produjo la remisión de las preguntas por parte del acusado Alvitres Torres, a dos

postulantes del concurso público; el acto constituye la materialización del interés indebido directo a favor de terceros, habiendo aportado al hecho el acusado Guanilo Rodríguez, al remitir previamente las preguntas por correo a Alvitres, y recordarle la existencia de una lista con la gente de preferencia del alcalde y a quienes podía entregara las preguntas con la debida reserva. No siendo necesario en el caso que el concurso haya terminado con éxito para los dos postulantes antes mencionados; cualquier acto posterior al 27 de agosto del 2015 8:21 minutos, resulta irrelevante a efecto de sostener los cargos inculpativos contra los acusados. La falta de la revisión de las preguntas por ambos postulantes favorecidos o la no aplicación de las preguntas a los postulantes. El delito de negociación incompatible es un tipo penal de peligro, por lo que no requiere la efectiva lesión de un bien jurídico determinado si no la posible lesión.

28. Se mantiene los cargos formulados contra Alvitres Torres y Guanilo Rodríguez, como autor y cómplice respectivamente, del delito previsto en el artículo 399° del código penal, en agravio del Estado, y solicita se les imponga cuatro años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo; así como 180 días multa, a razón del 50 % del ingreso diario, teniendo en cuenta que su remuneración a la fecha ascendía a la suma de S/. 2, 790.00 soles.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (PROCURADURÍA PUBLICA)

29. Se tiene claro que Marlon Alexander Alvitres Torres y Carlos Guanilo Rodríguez, en calidad de funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Pacanga, defraudaron los deberes positivos que ostentaban en el momento de los hechos. Los hechos atribuidos a los acusados se refieren a que habrían manifestado un interés indebido en la contratación de dos postulantes. Marlon Alexander Alvitres Torres en calidad de presidente de la comisión, habría efectivizado el interés indebido mediante al aporte esencial de Guanilo Rodríguez, quien envió las preguntas, sin el cual no se hubiera configurado el interés indebido. Respecto al daño, no existe daño patrimonial, pero si un daño extra patrimonial, que reposa sobre los funcionarios, deberes especiales. Los funcionarios tienen el deber de ejercer sus funciones dentro de un contexto de imparcialidad, objetividad y rectitud, los funcionarios han privilegiado la satisfacción de intereses personales antes que los intereses comunes.

El impacto del daño no es solo jurídico sino también social, haciendo que las expectativas sociales que la comunidad tiene se deshabiliten, mostrándose como que el personal que labora para el Estado que contrata por simpatías políticas personales y no por cuestiones objetivas generales. Correspondía seleccionar personal basándose en criterios imparciales; no como lo sucedido, con la vulneración de los deberes positivos por parte de los funcionarios. Respecto al factor de atribución, los acusados han actuado a título de dolo, entendido como el conocimiento y voluntad de que han sido funcionarios, tenían conocimiento del interés indebido, conocían que estaban direccionando el concurso. Solicita S/. 30,000.00 soles, que deberá de ser pagado de manera solidaria por los acusados.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO ALVITRES TORRES (Dr. Avalos)

30. Refiere que se encuentra probada su teoría, que nunca existió el interés de favorecer a terceros. Cuestiona la veracidad de las impresiones de los correos. De la declaración de Gálvez Correa, indicó que en ningún momento había hablado con su patrocinado y que el supuesto envío de correos terminó perjudicando, ninguna de las preguntas enviadas se tomó en la etapa de entrevista personal. Respecto de la pregunta referida a la titularidad del correo, indicó que desconocía la titularidad del correo y que presuntamente le corresponde a su patrocinado. Se debe tener en cuenta que el que presuntamente seria favorecido no sabía quién era el titular de la cuenta que le habían enviado. Su patrocinado rechaza que haya enviado correos con preguntas a terceros. De la declaración de Vásquez Sánchez, indicó que el correo que se le había enviado ya no lo tenía, porque lo había enviado. No se encuentra acreditado como ha obtenido fiscalía las impresiones de los correos. Respecto a lo afirmado por fiscalía, que el proceso se anula por favorecimiento a terceros, se puede corroborar del acta de instalación del Comité para la entrevista, en el que ocurre incidente, Nina Quispe uno de los postulantes refirió que uno de los postulantes no cumplía con los requisitos, sienta ese el verdadero motivo por el cual se anula el proceso; no teniendo nada que ver con las personas que se iban a favorecer.

31. Se ha probado que nunca existió el interés de favorecer a terceros, ya que de las declaraciones de los que supuestamente serían favorecidos, terminan empeorando su situación, ya que los retiran del trabajo. Las preguntas que se les envió no se las tomó en la entrevista personal. Solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUANILO RODRÍGUEZ (Dra. Alcántara)

32. Se le imputa a su patrocinado haber contribuido esencialmente para la concreción del interés indebido para favorecer a terceras personas violando su deber de imparcialidad al haber remitido al coacusado Alvitres Torres, las preguntas para ser formuladas en la entrevista personal, mediante un correo electrónico de fecha 27 de agosto del 2015, a las 7:15 horas.

De la impresión presentada por fiscalía contiene un texto el cual ha sido negado por su patrocinado en su declaración, donde indicó que el texto no correspondía al texto que su patrocinado redactó, por lo que no se ha demostrado en juicio que la impresión del correo que remitió Carlos Guanilo Rodríguez sea verídico, ya que no se ha realizado ninguna pericia informática respecto de los correos, no se ha determinado que el texto consignado en el expediente corresponda a lo que originalmente remitió su patrocinado. No ha demostrado que Marlon Alvitres ha enviado el correo con las preguntas a Vásquez Sánchez, ya que de lo sostenido por Alvitres éste dejó abierto su correo en la computadora que se encontraba en el mismo ambiente donde trabajaban varias personas, incluso su patrocinado observó que Vásquez tenía un acercamiento a su correo electrónico, se ha indicado que su patrocinado no tenía una buena relación de amistad con Vásquez Sánchez, por la sospecha de que este había sustraído unas cartas que servirían para procesos laborales, por lo que no habría un interés por parte de su patrocinado de favorecer al participante.

Se ha acreditado, con el acta de instalación de Comité para la entrevista y la carta N° 002- 2015, que la nulidad del concurso se produjo a raíz de un reclamo presentado por otro participante, por un problema diferente al que señala fiscalía. La nulidad se dio por no haber dado trámite a una queja presentada por otro postulante, declarándose nulo el proceso mediante resolución N° 418-2015.

Se ha probado que la materia de las preguntas solo fueron un proyecto de referencia, lo cual coincide con la declaración de los testigos ofrecidos por fiscalía Gálvez Correa y la declaración leída de Vásquez Sánchez; quienes manifestaron que las preguntas enviadas al correo no se la realizan en la entrevista, acreditando que las preguntas con las que supuestamente se favorecía nunca se logró tal fin, porque no había intención de favorecer a algún postulante.

No se ha podido probar el interés de su patrocinado para favorecer a otro. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha catalogado el delito de negociación incompatible como un delito de infracción del deber, como consecuencia del interés indebido el cual debe ser probado, hecho que no ha ocurrido en el presente juicio y como ya indicó su patrocinado jamás ofreció el asesoramiento el proceso de selección del personal. Carlos Gálvez Correa indicó que se sentía capaz de postular sin necesidad de ayuda, al no haberse probado el interés indebido, solicita la absolución de su patrocinado.

DEFENSA MATERIAL DE LOS ACUSADOS ALVITRES TORRES Y GUANILO RODRIGUEZ

33. Fueron representados por su abogado defensor.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE

34. El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

A. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “.... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público,

de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.³¹

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.³²

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”³³

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido los siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...)”.³⁴

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.³⁵

B. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

a) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.³⁶ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.³⁷ El interés – en la

³¹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

³² REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

³³ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

³⁴ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de Marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

³⁵ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574- 575.

³⁶ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob Cit. Pág. 566-567.

³⁷ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.³⁸

b) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.³⁹ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugestiona o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

c) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.⁴⁰

d) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia

³⁸ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 48.

³⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

⁴⁰ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 570-571.

de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.⁴¹

e) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles.⁴² En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.⁴³

C. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.⁴⁴

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

35. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158º del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
36. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado.* 5. *Por ello, la*

⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 572.

⁴² REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

⁴³ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit.. Pág. 573

⁴⁴ Ibidem. Pág. 577.

determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...).⁴⁵

37. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

II. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

38. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponde determinar si los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, en calidad de **autor**, **ha realizado cada uno de los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399º del Código Penal**, y si **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, en calidad de cómplice primario, ha contribuido dolosamente para la realización del delito. Por lo que, a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se determinará si se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste a los acusados.

Respecto de la calidad de Funcionario Público y su relación funcional con el concurso CAS 001-2015

39. El artículo 425º del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: **“Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)”**.
40. La calidad de funcionario público de los acusados, en la Municipalidad Distrital de Pacanga- Provincia de Chepén, se encuentra acreditado. Respecto del acusado Marlon Alexander Alvitres Torres, con su declaración previa brindada en sede fiscal⁴⁶, en la cual ante la pregunta número dos, refiere **“Que trabajo en la Municipalidad Distrital de Pacanga, soy responsable de la DEMUNA, este cargo lo asumí desde el primer día hábil del año 2016, pero también trabajé en dicha municipalidad desde el mes de febrero de año 2015 hasta agosto de ese año, desempeñé el cargo de responsable del área de Recursos Humanos”**. El acusado Guanilo Rodríguez, ha indicado que ha laborado como asesor legal de la Municipalidad Distrital de Pacanga- Chepén.
41. En razón a su calidad de funcionarios públicos de dicha entidad, formaron parte de la Comisión encargada de llevar a cabo el concurso CAS N°001-2015; el acusado Marlon Alexander Alvitres Torres, en calidad de Presidente y el acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en calidad de Segundo Miembro; tal como consta de las Bases para la convocatoria pública de personal bajo el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) 2015⁴⁷. Con lo que se encuentra acredita su calidad de funcionarios públicos y su relación funcional con el Concurso Público CAS N°001-2015.

Sobre el Concurso Público CAS N°001-2015

42. Mediante Resolución de Alcaldía N°374-2015-MDP.A⁴⁸ de fecha 6 de agosto de 2015, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacanga, Telesforo Medina Ortiz, resuelve en su artículo único, **CONVOCAR AL CONCURSO PÚBLICO N° 001-2015-MDP**, para la contratación de personal, para que labore en la

⁴⁵ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

⁴⁶ Folio 87-92 del cuaderno de debates

⁴⁷ Folio 20 del expediente judicial

⁴⁸ Folio 18

*Municipalidad Distrital de Pacanga, bajo la modalidad de Contratos Administrativos de Servicios, el mismo que estará a cargo del comité designado; y mediante Acuerdo de Concejo N°034-2015-MDP⁴⁹ de la misma fecha, resuelve **APROBAR LAS BASES** que regirá el concurso público N°001-2015-MDP, para la contratación de personal, para que labore en la Municipalidad Distrital de Pacacanga, bajo la modalidad de Contratos Administrativos de Servicios; conforme a las bases que se adjuntan y formar parte integrante del presente acuerdo.*

43. En las bases⁵⁰, se señala como objeto contratar bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) Decreto Legislativo N°1017 modificado por Ley N°29849, a personas que cumplan con los requisitos mínimos para desempeñarse en diversas unidades orgánicas de la MDP, por el periodo de cuatro (04) meses, de acuerdo a las plazas y /o cargos que deben cubrirse ante el requerimiento de los responsables de las unidades orgánicas de la comuna (...). Estableciéndose, como primera etapa, el cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, segunda etapa la evaluación curricular y como **tercera la entrevista personal**. Obrando como anexo 1, el Cronograma del Proceso de Selección de personal⁵¹, donde se establece en el ítem h) que para la entrevista personal, los postulantes aptos, deberán presentarse el día 27/08/15, a partir de las 9.00 horas, en el local de la Municipalidad Distrital de Pacanga.
44. Con dichos documentales se acredita la existencia del Concurso Público de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) 2015, iniciándose el 06 de agosto de 2015, mediante la publicación a través del portal web institucional. Se advierte que la tercera etapa del concurso correspondía a la entrevista personal de aquellos postulantes que hayan superado la segunda etapa de evaluación curricular.
45. Con el acta de instalación del Comité Especial de selección de personal CAS-MDP año 2015 y verificación de requisitos mínimos⁵² de fecha 18 de agosto de 2015, el Comité Especial señala que de los treinta y nueve (39) postulantes, solo trece (13) cumplieron con reunir y acreditar los requisitos mínimos exigibles en las plazas a la que postulan, por lo que se encuentran habilitados para presentarse en la segunda etapa de la Evaluación curricular; entre los cuales se encontraban **Jimmy Johan Vásquez Sánchez, código de plaza AAURH-01 (Asistente Administrativo) y Carlos Miguel Gálvez Correa, con código de plaza JUIEC-01 (Jefe de Unidad)**.
46. Según acta de instalación del Comité Especial de selección de personal CAS-MDP año 2015, para la realización de la Segunda Etapa –Evaluación curricular⁵³ de fecha 25 de agosto de 2015, se señala que se procedió a aperturar cada uno de los (13) sobres presentados por los postulantes que aprobaron para esta etapa, quedando la relación conforme a continuación se detalla (lo cual se advierte en el cuadro obrante a folios 36) el señor Jimmy Johan Vásquez Sánchez con un puntaje de 54.5 y Carlos Miguel Gálvez Correa con un puntaje de 53.5.
47. Mediante acta de instalación del Comité Especial de selección de personal CAS-MDP año 2015 para la realización de la tercera etapa- entrevista personal y constancia de incidencia⁵⁴ de fecha **27 de agosto de 2015 a las 9:05 minutos**, se deja constancia de la realización de la entrevista a 12 personas, pues Ronald Alejandro Teran Olivari quedó descalificado por inasistencia. Además se señala como decisión del Comité *“Luego de una ardua deliberación, los miembros del comité, por unanimidad determinan que en virtud a los Principios de Igualdad y No Discriminación, el haber equiparado los estudios técnicos concluidos del participante Carlos Miguel Gálvez Correa, con el grado académico de bachiller, que se requería como requisito para haber aprobado la primera etapa del Concurso CAS, se estaría transgrediendo los principios de Imparcialidad y el Principio de Literalidad, generando suspicacias entre los participantes, motivo por el cual, se llega la conclusión que existe un vicio insalvable que acarrearía la nulidad del presente proceso”*.
48. Mediante Carta N°002-2015-MDP/COMISION CAS⁵⁵ de fecha 27 de agosto de 2015, emitido por Marlon A. Alvitres Torres, señala *“En mi calidad de Presidente de la Comisión del Concurso Público N°001-2015-MDP, debo señalar que el postulante Carlos Gálvez Correa, efectivamente, solo cuenta con estudios técnicos concluidos, estos según, la documentación revisada, lo que en si se evidencia que no cumple con los requisitos mínimos del perfil; sin embargo, en la reunión del Comité el día 18 de agosto de 2015, se llegó al consenso de permitir la participación del postulante en mención, en razón a que cuenta con estudios técnicos concluidos, lo que en su oportunidad y con el fin de no generar una discriminación, se equiparó a los estudios técnicos*

⁴⁹ Folio 19

⁵⁰ Folio 20-31

⁵¹ Folio 32

⁵² Folio 33

⁵³ Folio 35

⁵⁴ Folio 37

⁵⁵ Folio 51

concluidos con el bachillerato universitario, decisión que ha generado suspicacias en los participantes(...)” recomendado ante el reclamo del postulante Carlos Agustín Ninaquispe Elías, recomienda al alcalde la Municipalidad declarar la nulidad del Concurso Público N°001-2015-MDP.

49. A través de la Resolución de Alcaldía N°418-2015-MDP.A⁵⁶ de fecha 29 de agosto de 2015 el alcalde la Municipalidad Distrital de Pacanga, resuelve declarar la nulidad de oficio del Concurso Público N°001-2015-MDP, para la contratación de personal, bajo la Modalidad de Contratos Administrativos de Servicios. Retrotraerlo hasta la etapa de elaboración de bases, dejar sin efecto la resolución de alcaldía N°159-2015-MDP, en el extremo que designa a los miembros del comité, designando nuevos funcionarios. Y mediante Acuerdo de Concejo N°0039-2015-MDP⁵⁷ de fecha 31 de agosto de 2015, se acordó declarar la nulidad total del Concurso Público CAS N°001-2015-MDP, para la contratación de personal para que labore en la Municipalidad Distrital de Pacanga, bajo la modalidad de Contratos Administrativos de Servicios (...).
50. Con estas documentales se acredita que con fecha 27 de agosto de 2015, a las 9:05 a. m, se llevó a cabo la etapa de la entrevista del Concurso Público N°001-2015-MDP, donde participaron en calidad de postulantes los señores Jimmy Johan Abanto Díaz y Carlos Miguel Gálvez Correa; no obstante, en forma posterior dicho concurso fue declarado nulo, ante el reclamo de uno de los postulantes, pues se había considerado a Carlos Miguel Gálvez Correa como bachiller a pesar de solo tener estudios técnicos concluidos; no obstante constituir requisito mínimo para acceder a la siguiente etapa del concurso.

Sobre el interés indebido de los acusados en la contratación de Abanto Díaz y Gálvez Correa

51. Al respecto, se ha incorporado al debate el correo⁵⁸ de fecha 27 de agosto de 2015 a las 7: 15: 42 horas, enviado de la cuenta guanilo_abogados@hotmail.com al correo alex18584@hotmail.com, con asunto: Preguntas para entrevista, en el cual se señala lo siguiente “Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de que no lo va a difundir, deles. Caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores. Uds. Tiene la relación de la gente que desea que siga el Alcalde. De mi parte me abstengo en difundirlo a cualquier postulante”. Atte. Carlos E. Guanilo R. Y el correo de fecha 27 de agosto de 2015 a las 08:21:44 enviado de la cuenta alex18584@hotmail.com a los correos johan_36_5@hotmail.com y carlosgalvez_84@hotmail.com, con asunto: Preguntas para entrevista en el cual se señala “**muchachos, absoluta reserva, no comunique con nadie**”. Dichas preguntas se encuentran de folios 41 a 45, conteniendo preguntas de aptitud personal, cultura general, aptitud e historial de trabajo.
52. A efectos de acreditar la existencia y uso de estos correos, se tiene el correo⁵⁹ enviado de la cuenta de Johan Vásquez Sánchez, de fecha 03 de febrero de 2015, donde se aprecia el número de celular de esta persona, siendo el 958428443. Correos enviados y recepcionados de la cuenta de Carlos Enrique Guanilo Rodríguez (guanilo_abogados@hotmail.com) de fecha 9 de agosto de 2013⁶⁰, 31 de julio de 2013⁶¹, 24 de mayo de 2014 y 21 de mayo de 2014⁶². Correo enviado de la cuenta de Carlos Miguel Gálvez Correa (carlosgalvez_84@hotmail.com) de fecha 30 de octubre de 2012⁶³.
53. La testigo Jesica Narro Carrasco, ha referido en juicio que “Actualmente labora en la Municipalidad de Pacanga, como asistente en la DEMUNA, ingresó a trabajar desde el año 2004, desde el 2 de enero del 2015 hasta el 3 de marzo del 2015, se desempeñaba en la unidad de tesorería, en agosto del 2015 estaba como apoyo. (...) Conoce a Carlos Miguel Gálvez Correa, indica que es su compañero de trabajo, quien en la actualidad labora, no conoce desde cuando labora en la municipalidad. Conoce a Jimmy Johan; quien también trabajaba en la municipalidad. Tenía conocimiento sobre un concurso público en la municipalidad, no participó en el concurso porque ya se encontraba en planilla. Tiene conocimiento de que Carlos Miguel Gálvez Correa participó en el proceso. El 27 de agosto del 2015, recepcionó una llamada realizada por Johan, queriendo comunicarse con Carlos Miguel Vásquez Correa, desconoce qué fue lo que hablaron; fue la primera vez que recepcionó una llamada de Johan”. Según el Acta de visualización de celular⁶⁴, de fecha 18 de julio de 2016, ésta testigo,

⁵⁶ Folio 52

⁵⁷ Folio 54

⁵⁸ Folio 40

⁵⁹ Folio 46

⁶⁰ Folio 47

⁶¹ Folio 48

⁶² Folio 49

⁶³ Folio 50

⁶⁴ Folio 57

- prestó su celular en sede fiscal a fin de que se realizara la visualización del contacto correspondiente a la persona de Jimmy Johan Vásquez Sánchez, donde aparecieron registrados los números #958428443 y 958428443, señalando la testigo que tanto el numero como la foto corresponden al señor Jimmy Johan Vásquez Sánchez. Número que también aparece en los correos enviados y recibidos por esta persona.
54. El testigo Carlos Miguel Gálvez Correa, ha señalado que *“Actualmente es técnico de informática, trabaja en la Municipalidad de Pacanga, ingresó a trabajar en el año 2009, labora en el área de informática. Conoce a Alexander Alvitres Torres, quien se desempeñaba en la municipalidad como jefe de personal. Conoce a Guanilo Rodríguez, quien era asesor legal de la Municipalidad. En el año 2015 participó en una convocatoria para personal CAS, a la plaza de unidad de informática, ya laboraba en la misma área y en la misma modalidad de CAS. Conoce a Johan Vásquez Sánchez, probablemente recibió un correo de alex18584@hotmail.com, no puede precisar el contenido del correo, se le pone a la vista el correo, identifica la fecha 27 de agosto del 2015, hora de envió 8:21.44, fecha aproximada al examen. Da lectura al texto del correo “muchachos absoluta reserva, no comuniquen con nadie”; toma conocimiento del correo ya que minutos antes de la entrevista, su amiga Narro le indica sobre una llamada; en la cual le indicaron que revise su correo, verificó el correo pero no revisó a detalle, pasó su entrevista y después revisó a detalle el correo, se percató de la existencia de un correo con preguntas que no tenían relación con las preguntas que se le formularon en la entrevista, se le pone a la vista las preguntas, no recuerda las preguntas. Después de los hechos se perjudicó siendo retirado de su trabajo, no conversó con sus compañeros sobre los hechos (...)”*.
55. Ha sido introducido a debate la declaración del testigo **Jimmy Johan Vásquez Sánchez**, brindada en sede fiscal, quien ante la pregunta cuatro, precisó *“Que mi persona recibió una llamada aproximadamente unos 15 minutos antes de la entrevista, de un celular del cual no recuerdo el numero ni tampoco el nombre porque no lo tenía registrado y al contestar la llamada escuche un mensaje que me decía “abre tu correo que hay unas preguntas” no reconociendo la voz, en ese momento lo tome como una broma, pensé que era una broma por parte de mis compañeros y cuando reviso el correo efectivamente vi las preguntas eran algo de 200 aproximadamente sin respuestas, pero en ese momento por la premura del tiempo los leí rápidamente (...) preciso que este correo fue remitido por la persona de Marlon Alvitres Torres. Precizando que en el correo se nos pedía reserva”*.
56. Con estas documentales y testimoniales se acredita que el acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, vía correo electrónico remitió las preguntas de la entrevista personal al acusado Marlon Alexander Alvitres Torres, para que este último lo reenviara a los postulantes Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa, quienes han reconocido la existencia de los correos con las preguntas de la entrevista y que fueron enviadas por el acusado Alvitres Torres. Se advierte el interés de los acusados, para que estas personas sean contratadas en el Concurso Público CAS N°001-2015. Los correos fueron enviados a los postulantes el día 27 de agosto de 2015 a las 08:21:44 horas, esto es antes horas antes de que se llevara a cabo la entrevista personal, a efectos de que obtuvieran ventaja respecto de los demás postulantes.
57. Hecho que también se acredita con el Acuerdo de Concejo N°0039-2015-MDP, pues en el punto 4, se deja constancia de *“El mismo día viernes fui informado de manera verbal que se habrían incurrido en actos irregulares en el desarrollo de la entrevista, referida a que se habrían filtrado las preguntas que se formularían en la entrevista personal a llevarse a cabo el día jueves 27 de agosto del 2015, a fin de ser favorecidos”*. Y en el punto 5 *“La mencionada filtración de las preguntas habría sido efectuada por dos integrantes de la comisión (Abog. Marlon Alvitres y Carlos Guanilo), a dos participantes que se verían favorecidos con dicho acto”*.
58. También puedo advertir un interés indebido, en favorecer al postulante Gálvez Correa, desde la primera etapa del concurso, pues superó esta etapa, sin que haya cumplido con los requerimientos técnicos mínimos del perfil del puesto; tal como se ha podido evidenciar del acta de instalación del Comité, de fecha 27 de agosto de 2015 (decisión final), y en la carta N°002-2015-MDP/COMISION CAS.
59. Otro hecho probado que acredita el interés indebido en la contratación de los postulantes aludidos, es el hecho de que Gálvez Correa y Vásquez Sánchez, se encontraban laborando en la Municipalidad Distrital de Pacanga; por lo que tenían cercanía a los miembros del Comité, que guarda relación con lo escrito en el correo por Guanilo Rodríguez, donde le dice a Alvitres Torres, indicándole: **“Ustedes tienen la relación de gente que desea que siga el Alcalde”**.

Respecto de la participación del acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez

60. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario, interesándose o conociendo el interés del otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de sus funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o celebración de los actos jurídicos. (...) ⁶⁵ El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que este interés, es además indebido. (...) ⁶⁶.
61. La participación del acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en calidad de cómplice ha quedado acreditado con el correo de fecha 27 de agosto de 2015 a las 07:15:42, enviado desde su cuenta guanilo_abogados@hotmail.com a la cuenta de su coprocesado Alvitres Torres, alex18584@hotmail.com, remitiendo las preguntas que se formularían en la entrevista personal del Concurso Público CAS N°01-2015; de esta forma ha contribuido dolosamente en la realización del hecho delictivo, sin lo cual el delito no se hubiera realizado. Nótese del correo, que se dirige a Alvitres Torres, diciéndole: **“Sí confía en gente que debe seguir de que no la va a difundir, dáles”**
62. Guanilo Rodríguez, además tenía la calidad de segundo miembro del Comité encargado de llevar a cabo el mencionado concurso; su conducta ha sido dolosa. Como integrante del Comité, si bien no ha buscado favorecer directamente a Gálvez Correa y Vásquez Sánchez, si logró de que a través del autor (Alvitres Torres), las preguntas lleguen a los correos de los aludidos postulantes.

Respecto del elemento subjetivo del tipo

63. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*⁶⁷.
64. Que, analizada la conducta externa de los acusados, se aprecia que los acusados, por la misma relación funcional que ostentaban, respecto del Concurso Público CAS N°01-2015, tenían conocimiento de que la contratación de los profesionales requeridos por la Municipalidad Distrital de Pacanga, debía hacerse en base a los principios de legalidad y transparencia, y en representación de los intereses del Estado; sin embargo, han desplegado actos contrarios a efectos de beneficiar a terceros.

Argumentos de defensa del acusado ALVITRES TORRES (Dr. Avalos)

65. Ha referido que no se ha probado el interés indebido del acusado y no ha existe algún perjuicio, debido a que los supuestos beneficiados terminaron saliendo de su trabajo. **Al respecto.** *“El delito de negociación incompatible es de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal- importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal, con el objeto de provenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública (...).”* ⁶⁸ Por consiguiente, el perjuicio y la puesta en riesgo al bien jurídico imparcialidad en la contratación pública, se encuentra debidamente acreditado.

⁶⁵ REATEGUI SANCHEZ, James. El delito de Negociación Incompatible, Análisis del artículo 399 del Código Penal. Editora LEX & JURIS, Lima – Perú . 2016. Pág. 77-78.

⁶⁶ REATEGUI SANCHEZ, James. Ob. Cit Pág. 78.

⁶⁷ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

⁶⁸ R. N. N° 2068-2012- Lima.

66. También ha dicho la defensa que los correos no son veraces y que no corresponden a los enviados por su patrocinado. **Al respecto.** El acusado no ha negado haber recibido el correo que le remitió Guanilo Rodríguez, a quien solicitó que formule las preguntas que deberían ser tomadas el día 27 de agosto de 2015. Refiere que no ha remitido los correos a Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; sin embargo, el primero ha referido en juicio, que, si le llegó un correo minutos antes de la entrevista, y el segundo ha dicho (en su declaración previa- folios 93-95 del cuaderno de debates) que 15 minutos antes de la entrevista lo llamaron a su celular indicándole que le habían remitido un correo y que fue remitido por Marlon Alvitres Torres. La testigo Narro Carrasco ha indicado que si existió la llamada entre Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; coligiéndose que los correos, con las preguntas de la entrevista, sí fueron remitidos por el acusado Alvitres Torres.
67. También ha dicho la defensa, que en la entrevista no se han considerado las preguntas enviadas, y que el proceso se anuló debido a un reclamo de otro postulante y no porque haya existido filtración de las preguntas. **Al respecto.** El procesó se anuló por ambos motivos, el reclamo del postulante Ninaquispe, quien pudo identificar un favorecimiento hacia Gálvez Correa. Pero también fue por la filtración de las preguntas, tal como se puede apreciar del Acuerdo de Consejo N° 0039-2015-MDP, donde en el punto 4, 5, 6 y 7, se hace referencia a la filtración de las preguntas e incluso se prescinde del servicio de los acusados involucrados.

Argumentos de defensa del acusado GUANILO RODRÍGUEZ (Dra. Alcántara)

68. La defensa ha referido que el texto que aparece en el correo ha sido alterado y modificado. **Al respecto.** El acusado ha brindado su declaración en juicio y ha reconocido la impresión del correo electrónico que obra a folios 40 del expediente judicial. El argumento de que ha sido modificado el contenido, se podría establecer en base al contenido mismo; pues nótese que desde que se inicia el relato, hay una narración lógica y secuencial. El argumento de que se ha modificado es inconsistente, si tomamos en cuenta que Alvitres Torres, sigue las instrucciones del correo remitido por Guanilo, “**Si confía en la gente que debe seguir de no la va a difundir, dáles (...)**”; minutos después, es reenviado por Alvitres Torres a Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; quienes no han negado la recepción de los correos. El argumento no es consistente, pues no ha dicho que frases o párrafos son los que se han suprimido; apreciando que es solo un argumento a efectos de minimizar su responsabilidad penal.
69. Refiere que su patrocinado no ha enviado correo a Vásquez Sánchez, no hay buena relación con dicho testigo. **Al respecto,** a su participación se le imputa tener la calidad de cómplice, no se le atribuye el haber enviado el correo al testigo; su comportamiento estriba en la entrega, vía correo, de las preguntas a Alvitres Torres, y éste reenvía a los dos postulantes; no obstante, que Guanilo Rodríguez integraba el Comité y deliberadamente le indica al otro integrante del Comité que entregue las preguntas a la gente de confianza.
70. Se ha cuestionado como se ha obtenido los correos y su contenido. **Al respecto.** Las impresiones de los correos forman parte de la actividad probatoria y de las documentales que fiscalía ha considerado como medios probatorios. Dichas documentales han sido incorporadas válidamente al proceso y luego al juicio, han sido reconocidas por Guanilo Rodríguez (en juicio), por Alvitres Torres (en su declaración previa); por los testigos Gálvez Correa (en juicio) y Vásquez Sánchez (en su declaración previa). La existencia está acreditada y legitimada, máxime si no se ha determinado que se trata de prueba prohibida o que ésta se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales. Medios probatorios que son valorados positivamente por este despacho, al amparo de lo establecido en el artículo 157° y 185°⁶⁹ del Código Procesal Penal.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

71. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción que los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES y CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, ambos con profesión abogado, y que evidentemente conocían la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los

⁶⁹ Artículo 157 del Código Procesal Penal. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. (...) En el proceso penal no se tendrá en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles (...). Artículo 185°. Son documentos los manuscritos, impresiones, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares.

autos y de la compulsa de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

72. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
73. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
74. La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva⁷⁰.
75. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
76. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, en su condición de autor, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
77. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO DIAZ**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido, la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término

⁷⁰ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

inferior; por lo que a criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.

78. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.⁷¹ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
79. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
80. Que, mediante Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2015; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los sujetos agentes, y el desarrollo que se hace en los anteriores considerandos, se imponerle una pena con carácter de suspendida.
81. **Para el caso concreto**, estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de DOS AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes; no son reincidentes o habituales al delito; hay un diagnóstico favorable de conducta a futuro; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo de DOS AÑOS, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de inhabilitación

82. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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

⁷¹ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

83. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”⁷². “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.
- 73
84. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) no puede ser menor de seis ni mayor de diez años; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer la inhabilitación consistente en la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.

Respecto de la pena de DIAS MULTA.

85. Los días multa como pena, se encuentra regulado en el artículo 41° del Código Penal, que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijado en días multa. El importe del día- multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas o remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.
86. El tipo penal de negociación incompatible también contempla como pena principal el pago de los días multa, entre los 180 hasta los 365. Por lo que tomando en consideración que se impuesto una pena dentro del tercio inferior, los días – multa deberá ser fijando también en esa proporción; es decir ente 180 y 240 días multa, fijándose la primera, por ser proporcional a la pena privativa de la libertad impuesta.
87. Para el acusado **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 3, 460.00 soles mensuales, tomando como referencia su ingreso diario de S/ 115. 33, el 25% de sus ingresos diarios es de S/ 28. 83 soles, que, multiplicado por los 180 días, corresponde a la suma de S/5190.00 soles, por concepto de días multa, a favor del Estado.
88. Para el acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO DIAZ**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 5000.00 soles mensuales, tomando como referencia su ingreso diario de S/ 166. 66, el 25% de sus ingresos diarios es de S/ 41. 66 soles, que, multiplicado por los 180 días, corresponde a la suma de S/. 7, 500.00 soles, por concepto de días multa, a favor del Estado.

DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

89. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
90. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una

⁷² Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

⁷³ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.⁷⁴

91. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.⁷⁵
92. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).⁷⁶
93. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 30 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.
- E. Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida para la contratación de postulantes en el Concurso Público CAS N°01-2015.
- F. Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.
- G. Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.
- H. Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su condición de miembros del Comité encargado del referido concurso público.
94. Al afectar el delito de Negociación incompatible, la correcta administración pública, la transparencia e imparcialidad en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario en la suma de S/. 20,000.00 soles (VEINTE MIL SOLES), que será pagado en CUATRO cuotas mensuales de S/. 5, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
95. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*⁷⁷
96. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños*

⁷⁴ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

⁷⁵ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

⁷⁶ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

⁷⁷ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.⁷⁸

COSTAS

97. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados, se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerles el pago de las costas procesales

III. PARTE RESOLUTIVA

98. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral 24) literal e), 138° y 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11°, 12°, 23° 57°, 58°, 59°, 92°, 93°, **399° del Código Penal**, así como los artículos 393°, 394°, 395°, 396°, 398° del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

- A. **CONDENAR** a los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, como autor y a **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ**, como cómplice del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE -interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero-**; delito previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PACANGA- CHEPÉN**, representado por la **Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **DOS AÑOS**; bajo las siguientes reglas de conducta:

- a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
- b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
- c) No cometer nuevo delito doloso.
- d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma solidaria, en la suma de S/. 20,000.00 soles, a ser cancelados en CUATRO cuotas mensuales de S/ 5, 000.00 soles cada una, dentro del mes siguiente de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito en el Banco de la Nación y presentado en el despacho fiscal.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

⁷⁸ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

- B. **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejerce el acusado ALVITRES TORRES; asimismo, la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, para los acusados GUANILO RODRIGUEZ y ALVITRES TORRES, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- C. **IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, al acusado **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES**, estimado en la suma de S/. 5, 190.00 soles, a favor del Estado, que será pagado dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- D. **IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, al acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ**, estimado en la suma de S/. 7, 500.00 soles, a favor del Estado, que será pagado dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- E. **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **VEINTE MIL SOLES (S/ .20, 000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Anticorrupción de La Libertad; la misma que se cancelará de forma solidaria por los dos sentenciados, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- F. **NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- G. **CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.
- H. **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal. -



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 01598-2018-20-1601-JR-PE-08
ACUSADOS : JORGE ALBERTO VITAL CABRERA Y OTROS
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CATORCE

Trujillo, veintidós de agosto
Del año dos mil dieciocho. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido contra los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES y JOSÉ EDUARDO VASQUEZ VARGAS** como **autores**, del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

99. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:
- g) **FISCAL: Dra. REBECA RENTERIA RODRIGUEZ**, Fiscal Provincial de las Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos, con casilla judicial N°69511.
 - h) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL - PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN: Dr. GIANCARLO RAYMUNDO PEREDA**, con registro CALL N° 9066.

- i) **DEFENSA DEL ACUSADO JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS: Dr. JOSE MARCOS ERAZO HIDALGO**, identificado con registro CALL N° 2310, domicilio Jr. Ayacucho N° 582 of 404 – Chepén, casilla electrónica N° 31937.
- j) **DEFENSA DE LA ACUSADA ANA ELIZABETH PAREDES MORALES y JUAN JULIO MORI VERA: Dr. LUIS MIGUEL SALDAÑA MONZÓN**, identificado con registro CALL 1842, SINOE 5399, teléfono N° 941348043 Aristóteles 231 de la Urb. La Noria. CALL N°1842.
- k) **DEFENSA DEL ACUSADO JORGE ALBERTO VITAL CABRERA: Dr. FERNANDO MAURO AGUILAR ALEGRIA**, identificado con registro CALL N° 3196, con casilla electrónica 31937.
- l) **ACUSADO: JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS**, identificado con DNI N° 40547975, nacido el 17.12.1979, de 38 años de edad, natural de Chepén, con grado de instrucción superior Educación, de ocupación profesor, tiene un ingreso aproximado mensual de S/. 1,600.00 soles, estado civil casado con Fanny Álvarez Santacruz, hijo de Florencio Vásquez y Susana Vargas, con domicilio real en Calle Trujillo N° 885- Chepén.
- m) **ACUSADA: ANA ELIZABETH PAREDES MORALES**, identificada con DNI N° 18077727, nació el 27 de febrero de 1971, de 47 años de edad, natural de Trujillo, conviviente, tiene un hijo, grado de instrucción superior, docente, labora en la Universidad Nacional de Trujillo, percibe S/.2,500.00 soles mensuales, hija de Benigno y María, sin antecedentes, domicilia en Enmanuel Kant 445 – La Noria, celular N° 981782900.
- n) **ACUSADO: JUAN JULIO MORI VERA**, identificado con DNI N° 19207478, nació el 28 de abril de 1958, edad 60 años, estado civil casado con María Rojas, grado de instrucción superior, de profesión abogado, ejerce de manera libre, percibe S/.2,000.00 soles mensuales, aproximadamente, domiciliado en calle San Pedro 390 – Chepén, hijo de Amilcar y Lilian, con número de teléfono N° 971692240.
- o) **ACUSADO: JORGE ALBERTO VITAL CABRERA**, identificado con DNI N° 18837560, nacido el 03 de noviembre de 1975, tiene 42 años de edad, natural de Santiago de Cao- Ascope, casado con Diana Calderón Paredes, grado de instrucción secundaria completa, labora como almacenero, percibe S/.1,200.00 soles mensuales, aproximadamente, hijo de Jorge y Yolanda, sin antecedentes penales, domiciliado en Urb. Huanchaco Mz. 4, Lt. 08 – Chepén, teléfono N° 979600011

IV. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

- 100. Fiscalía sostiene como tesis inculpativa que los acusados Jorge Alberto Vital Cabrera, Juan Julio Mori Vera, José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales, son autores del delito de Negociación Incompatible. Respecto al acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, probará que en su condición de Subgerente del área de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén; llevó a cabo una contratación irregular mediante órdenes de compra fraccionadas, de manera indebida, beneficiando a los proveedores Emerson Jonatán Ysla Burgos, Pamela Luperdi Calderón y Omar Miguel Marines Basilio; evidenciando con ello un favorecimiento indebido, pese a que no correspondía dicho fraccionamiento; sino un proceso de selección, conforme la Ley de Contrataciones con el Estado; buscando que las compras sean inferiores a las 3 UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/. 11,100.00 para comprar de manera directa.
- 101. Se acreditará que **José Eduardo Vásquez Vargas**, en su condición de Subgerente de Educación, Cultura y Deportes de la Municipalidad Provincial de Chepén, se interesó indebidamente en la compra de polos y gorras, y solicitó a través de los requerimientos N° 142-2013 y N° 141- 2013, ambos con fecha 12 de noviembre del 2013, y el requerimiento N° 149- 2013 y N° 150, de fecha 29 de noviembre del 2013, la compra de polos; fraccionamiento la compra de manera indebida, para beneficiar a los contratistas Ysla Burgos Emerson Jonatan, Luperdi Calderón Pamela; lo que originó que no se realizara el proceso de selección, aprobándose de manera directa la contratación de los proveedores.
- 102. Demostrará que de manera directa, **Ana Elizabeth Paredes Morales**, en condición de Gerente de Planificación de Presupuesto de la Municipalidad Provincial de Chepén, como titular del área, fraccionó de manera indebida la adquisición de polos y gorros por parte de la Municipalidad Provincial de Chepén, solicitando requerimientos N° 054, 055 y 056 del 2013, por la compra de los mismos objetos; consistentes en la adquisición de gorros y polos; ocasionando que se contrate de manera directa a Marines Basilio Omar Miguel, Gerente General de la Empresa M&B SEGURIDAD INDUSTRIAL SAC; se contrató de manera directa

sin realizar el proceso de selección correspondiente, pues la compra superaba las tres Unidades Impositivas Tributarias.

103. Se demostrará que **Juan Julio Morí Vera**, en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén, se interesó en la adquisición de gorros y polos por parte de la Municipalidad de Provincial de Chepén y dispuso que Vital Cabrera, en su condición de Gerente de Logística, realice las correspondientes órdenes de compra fraccionadas, en beneficio de Ysla Burgos, Basilio Marines y Pamela Luperdi, pese a que debía realizarse proceso de selección al superar las tres UIT.

Respecto al proveedor Ysla Burgos Emerson Jonatan

104. Se probara que, que el día 12 de noviembre del 2013, el Subgerente de Educación, Cultura y Deportes, José Eduardo Vásquez Vargas, encargado de área usuaria, a través del **requerimiento N° 142-13**, solicitó al Gerente Municipal Juan Julio Morí Vera la compra de 1350 unidades de polos blancos de algodón peinado, con impresiones en el pecho y espalda, full color, para el proyecto y actividades programadas en el marco de la celebración de la “54° Semana Turística de Chepén”; posteriormente el Gerente Municipal mediante proveído de fecha 13 de noviembre del 2013, dispuso que el Subgerente de Logística, Jorge Alberto Vital Cabrera, efectúe la compra debiendo afectarse el gasto al proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la Ciudad de Chepén- La Libertad, con código SNIP 278378”; especifica N° 267162 – rubro 18, metas 132. El Gerente Municipal conjuntamente con el Gerente de Logística, Jorge Vital Cabrera, el 13 de noviembre del 2013, ordenaron la aludida compra por 1350 polos blancos, a través de la orden de compra N° 1150, de fecha 13 de noviembre del 2013, al proveedor Emerson Jonatan Ysla Burgos, por un monto de S/. 10, 530.00 soles, lo que motivó que el día 21 de noviembre del 2013 se emita el comprobante de pago N° 6250, siendo cancelada al proveedor.
105. El mismo 12 de noviembre del 2013, nuevamente el Subgerente de Educación, Cultura y Deporte, José Eduardo Vásquez a través del **requerimiento N° 141-2013**, solicitó al Gerente Municipal Juan Julio Morí Vera la compra de 400 polos y 300 gorros; los polos blanco de algodón peinado con impresión full color y los gorros en drill con bordado y estampado azul para el mismo proyecto. El Gerente Municipal, mediante el proveído de fecha 13 de noviembre del 2013 dispone que el Subgerente de Logística Jorge Vital Cabrera efectúe compra y afecte el presupuesto del proyecto previsto con anticipación, a la misma especifica 267162, rubro 18 meta 132. Posteriormente Juan Julio Morí Vera conjuntamente con el Subgerente de Logística, el mismo 13 de noviembre, ordenaron la compra de los 400 polos y 300 gorros, mediante orden de compra N° 1152, al mismo proveedor Emerson Jonatan Ysla Burgos, por un total de S/. 10,870. 00 soles, con tal motivo el día 20 de noviembre del 2013 se canceló por dicha compra.
106. La compra total que se realizó a Emerson Jonatan Ysla Burgos fue de S/. 21, 400.00 soles, por la venta de polos y gorros para la misma actividad. De no haberse fraccionado en un mismo día los requerimientos y luego las compras de los bienes, debió de haberse convocado a un proceso de selección bajo la modalidad de Proceso de Selección de Menor Cuantía, con la respectiva convocatoria pública, para la participación plural de postores con bases administrativas y posibilidades de observar y consultar las bases, evolución de propuestas y adjudicación de compra al mejor postor, lo que quiere decir pluralidad de postores; el hecho correspondería a un interés indebido.

Respecto al proveedor Ramírez Basilio Omar Miguel, Gerente de la empresa M&B Seguridad Industrial SAC.

107. Se probará que el día 14 de noviembre del 2013, la Gerente de Planificación y Presupuesto y Coordinadora del Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos, Ana Elizabeth Paredes Morales, en calidad de área usuaria, a través del **requerimiento N° 054-2013**, solicitó al Gerente Municipal Juan Julio Morí Vera, la compra de 300 polos blancos, con cuello, con impresión pecho y espalda; y 300 gorros bordados en la parte delantera y estampado en los costados, para el proyecto “Programa de actividades físicas de espacios públicos”, meta N° 39. Ante tal pedido el Gerente Municipal Juan Julio Morí emite su proveído de fecha 14 de noviembre del 2013, dispone que el Sub Gerente de Logística, Jorge Vital Cabrera, efectúe la compra y afecte el presupuesto del referido proyecto, con atención a la especifica N° 231211, rubro 18 -13, meta 107. Posteriormente el Gerente Municipal, conjuntamente con el Gerente de Logística Jorge Vital Cabrera, el 14 de noviembre ordenaron la compra de los polos y gorros señalados a través de la orden de compra N° 1161, de fecha 14 de noviembre del 2014, al proveedor Marines Basilio Omar, Gerente General de la Empresa M&B

- Seguridad Industrial, por el monto de S/. 8, 790.00 soles, cancelándose el 21 de noviembre a través del comprobante de pago N° 6243.
108. El mismo 14 de noviembre la Gerente de Planificación y Presupuesto, Ana Elizabeth Paredes Morales, en calidad de área usuaria a través del **requerimiento N° 055-2013**, solicitó al Gerente Municipal Juan Julio Morí Vera, la compra de 1000 polos con cuello redondo, estampado en la parte delantera y posterior para el proyecto “Programa de actividades físicas en espacios públicos”, meta N° 39; es decir para el mismo programa y la misma meta, y ante dicho requerimiento el Gerente Municipal mediante proveído de fecha 14 de noviembre del 2013 dispone que el Sub Gerente de Logística, efectuó la compra y afecte al presupuesto N° 231211, rubro N° 1813, meta N° 107. Posteriormente, el Gerente Municipal conjuntamente con el Sub Gerente de Logística ordenaron la aludida compra a través de la guía de internamiento 1160, de fecha 14 de noviembre del 2013, al proveedor por el monto de S/. 7,800.00 soles; siendo pagado mediante comprobante N° 6244, del 21 de noviembre de 2013.
109. Asimismo, la Gerente de Planificación y Presupuesto, en calidad de área usuaria, a través del **requerimiento N° 056-2013**, de fecha 15 de noviembre del 2013, nuevamente solicitó al Gerente Municipal la compra de 1000 gorros, estampados, para el mismo proyecto y misma meta. Ante lo cual el Gerente emite el proveído respectivo, el mismo 15 de noviembre, dispone que el Sub Gerente de Logística, Jorge Vital Cabrera, efectuó la compra de polos a la misma específica y al mismo rubro; después ambos suscribieron la orden de compra N° 1166, de fecha 15 de noviembre del 2013, a favor del proveedor M&B Seguridad Industrial SAC, por un monto de S/. 5,500.00 soles, lo que motivó que el 21 de noviembre del 2013 se emita el comprobante N° 6242 por la suma de S/. 5,500.00 soles.
110. Al proveedor se le compró un total de S/. 22,090.00 soles, por la compra de polos y gorras para la misma actividad previamente programada, “Programa de actividades físicas en espacios públicos” a través de los requerimientos N° 055, 056 y 054-2013; dichos pedidos debieron ser convocados a través de un Proceso de Selección de Menor Cuantía, ya que superaban las tres UIT. Por ello se advierte que se ha favorecido indebidamente al proveedor, al haber evitado el proceso de selección, lo que llevaba a una pluralidad de postores y mayor rigurosidad en la adquisición de la compra.

Respecto de la proveedora Pamela Luperdi Calderón

111. Se acreditará que el día 29 de noviembre del 2013, el Subgerente de Educación, Cultura y Deporte, José Eduardo Vásquez Vargas, en calidad de área usuaria, a **través del requerimiento N° 149-2013**, solicitó al Gerente Municipal Juan Julio Morí Vera la compra de 1350 polos, algodón 30/1, algodón peinado, con estampado en el pecho y espalda full color para actividades de campaña navideña, solicitando se afecte al proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la Ciudad de Chepén, Provincia de Chepén- La Libertad”, con código SNIF N° 278378. El Gerente Municipal a través del proveído del 2 de diciembre del 2013 dispone a la Subgerencia de logística Jorge Alberto Vital Cabrera, para que efectúe la compra y afecte al presupuesto de la específica N° 267153, rubro 18, meta 132. Asimismo, el Gerente Municipal y el Gerente de Logística firmaron la orden de compra N° 1216, de fecha 2 de diciembre del 2013, a favor de la proveedora Pamela Luperdi Calderón, por el monto de S/. 10, 530.00 soles, emitiéndose posteriormente el comprobante de pago N° 289 por dicha cantidad.
112. El mismo 29 de noviembre, el Subgerente de Educación, Cultura y Deporte, José Eduardo Vásquez Vargas, en calidad de área usuaria a **través del requerimiento N° 150** solicitó al Gerente Municipal la compra de 350 gorros de dril, con bordado y estampados, color verde y 350 polos en algodón pima, peinado, con impresión full color para actividades de la campaña navideña, del mismo proyecto, con el mismo código SNIF N° 278378. Atendiendo el requerimiento, el Gerente Municipal, mediante proveído de fecha 2 de diciembre del 2013 dispuso que el gerente de logística, Jorge Vidal Cabrera, efectúa la compra y afecte la compra del mismo proyecto con anticipación a la misma específica N° 267153, rubro 18, meta 132; posteriormente ambos, Gerente Municipal y Sub Gerente de Logística suscribieron la orden de compra 1217, de fecha 2 de diciembre del 2013, a favor de Pamela Luperdi Calderón, por el monto de S/. 10, 255.00 soles, originándose el comprobante de pago N° 288. Se canceló a dicha proveedora la suma de S/. 20,785.00 soles por la venta de polos y gorras para la campaña de actividades navideñas, debiendo haberse realizado un Proceso de Selección de Menor Cuantía.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

113. Los hechos han sido calificados por la representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal, que estipula lo siguiente:

Artículo 399° Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.” (Vigente a la fecha de los hechos)

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

114. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, la representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORI VERA y JORGE ALBERTO VITAL CABRERA**, la pena de **CINCO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD e INHABILITACIÓN POR EL MISMO PERIODO QUE LA PENA PRINCIPAL** y el pago de **DOSCIENTOS SETENTA DÍAS MULTA**, para cada uno de los acusados.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

115. Considera que los hechos imputados son claros y específicos. Los acusados en su condición de funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chepén, han infringido sus deberes positivos institucionales, mediante las acciones relevantes jurídico penalmente habrían ocasionado un perjuicio patrimonial directo al Estado, específicamente a la Municipalidad Provincial de Chepén, el perjuicio patrimonial asciende a la suma de S/. 60,000.00 soles. A través de estos hechos, los funcionarios han privado al Estado mediante la omisión de celebrar un Proceso de Selección de Menor Cuantía, de la posibilidad de obtener una mejor propuesta económica. Se ha dado un daño extra patrimonial el cual es invaluable económicamente; sin embargo, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, establece un monto de S/. 100,000.00 soles, debiendo ser pagado de forma solidaria por los acusados.

ALEGATOS PRIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS (Dr. Erazo)

116. En el desarrollo del juicio oral se acreditará la inocencia de su patrocinado, ya que en su condición de Subgerente de Educación, Cultura y Deporte no ha actuado con dolo. Determinará que no ha existido el interés indebido sobre algún contrato, no ha existido el interés de un provecho propio ni interés para terceros.
117. En el supuesto de haberse infringido normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, el solo quebrantamiento del deber de las normas de contrataciones no constituye delito, más allá del quebrantamiento de las normas de contrataciones se tiene que acreditar el dolo, el cual no se ha producido. Respecto a la reparación civil la considera excesivamente alta cuando en la etapa de Investigación Preparatoria no se ha acreditado el quantum. Acreditará que la compra de polos y gorros si se realizó y que estos fueron para la población, no se ha podido acreditar la simulación de una venta para perjudicar a la Municipalidad.
118. Respecto a que pudo existir una mejor propuesta económica, no se ha acreditado inflación en los montos de los polos. Determinará que su patrocinado no era el encargado de los procesos de adquisición y contratación, no era el encargado de los procesos de selección, solo realizó el requerimiento basado en su poca experiencia que tenía en la administración pública. Solicita la absolución de los cargos imputados.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS A PAREDES MORALES y MORI VERA (Dr. Saldaña)

119. Respecto a **Ana Elizabeth Paredes Morales** solicita su absolución, pues existe un error, al hacer referencia a que su patrocinada efectúa requerimiento como Gerente de Planeamiento y Presupuesto, cuando en realidad lo hace como Coordinadora del Programa de actividades físicas en espacios públicos, meta 39. La meta 39 será explicada por su patrocinada, y tenía una doble función como coordinadora de espacios libres y como encargada de planeamiento.
120. La meta 39, es una meta estatal, la cual brinda beneficios al Estado, todo lo contrario de perjudicar al Estado como indica fiscalía. El Estado se ve beneficiado en el cumplimiento de las metas. Toda actividad debe salir a través de documentos para poder entregar a la población, la entrega tiene que realizarse por las correspondientes áreas. Las actividades en espacios libres son comunes en las Municipalidades, y si se realizaron. No comparte la idea del Ministerio Público, de porque no se realizó en un mismo proceso; considerándolo fiscalía como interés. Fiscalía pidió el sobreseimiento respecto a los particulares porque no pudo acreditar el delito de Colusión.
121. Respecto de **Juan Julio Morí Vera**, indica que las áreas usuarias que realizan los documentos, lo realizan con la finalidad de realizar proyectos específicos e independientes, su patrocinado tenía la función de verificar si era necesario o no; llegándose a la conclusión de que era necesario y útil para las actividades. Indica que las actividades referidas no son de la época en la que su patrocinado estaba como Gerente, sino se trata de actividades que se desarrollaban en años anteriores. Su patrocinado ha actuado dentro del principio de confianza, por lo que solo dispuso la realización de las actividades por otras áreas. Respecto al informe indicado por fiscalía, en el cual se acreditará que sus patrocinados han realizado otras actividades, no pueden ser utilizados ya que no han sido investigadas ni admitidas en el control de acusación, en el auto de enjuiciamiento, por lo que la defensa considera que no puede ser utilizada porque no podrá realizarse la respectiva contradicción. Solicita la absolución de sus patrocinados.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO VITAL CABRERA (Dr. Agurto)

122. Postula por la absolución de su patrocinado, en razón de que considera que no se podrá acreditar el delito de negociación incompatible respecto de su patrocinado, ni se podrá acreditar el dolo, ni el provecho o interés narrado por fiscalía, ni alguna infracción al deber de la administración pública.

NUEVA PRUEBA

123. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No se ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. No se ofreció.

Por la defensa del acusado José Eduardo Vásquez Vargas: No se ofreció.

Por la defensa de los acusados Ana Elizabeth Paredes y Juan Julio Morí Vera: No se ofreció.

Por la defensa del acusado Jorge Alberto Vital Cabrera: No se ofreció.

DECLARACIÓN DEL ACUSADO

124. **Declaración del acusado JOSÉ EDUARDO VASQUEZ VARGAS.**
A las preguntas formuladas por fiscalía

En el año 2013, en la Municipalidad provincial de Chepén tenía el cargo de Subgerente de Educación, Cultura y Deporte; como área usuaria solicitaba la compra de algunos polos para actividades culturales y de deporte, las actividades eran tradicionales en la zona. La actividad del 54 semana turística de Chepén es una actividad realizada todos los años; en mérito a las actividades hizo requerimiento para vestimentas.

Se le pone a la vista el requerimiento 142, acepta haber hecho el requerimiento, requirió el servicio de 1350 polos de algodón, con fecha 12 de noviembre, dirigido a Gerencia, su persona recibió los polos, no recuerda la fecha. Se le pone a la vista el requerimiento N° 141-2013, acepta haber realizado el requerimiento el 12 de noviembre, solicitó 300 gorros y 400 polos, por las actividades programadas, semana turística, dirigido a la Gerencia. Para la misma actividad programada hizo dos requerimientos distintos, por la demanda del servicio se le indicó que haga otro requerimiento por la cantidad de participantes, el documento fue recibido por la Gerencia Municipal en la mañana, en ambos requerimientos se aprecia la letra “a” lo que indica que fueron en la mañana. Acepta haber hecho el requerimiento 149-2013, para la confección de 1350 polos para la campaña navideña; solicitó el requerimiento 150, dirigido a la Gerencia por 350 gorros y 350 polos de algodón; ambos el 29 de noviembre del 2013, hora 12:17 y 12:16; recibió los bienes indicados en el requerimiento, no recuerda el tiempo de demora entre la realización del pedido y la recepción de los bienes. Recibió los bienes en su área, su área contaba con personal, su persona firmó la peca.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por la defensa de los acusados Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Morí Vera

No conoce el procedimiento para recibir los bienes que adquiere la Municipalidad. Como área usuaria solicitaba cualquier pedido de servicio, se aprobaba, luego pasa por un procedimiento en Logística y después que el procedimiento es aprobado hacen llegar al área que solicita, siendo su área la que solicita. Su persona recibe al final, una vez en poder de los bienes se entrega a los asistentes que participan. Cuando es la semana turística, la Municipalidad de Chepén invita a otras provincias a formar parte de comité, quien es responsable de las actividades. Los requerimientos los hacen los participantes del comité, las actividades se realizan en un programa de dos semanas, en las dos semanas asisten un aproximado de 5000- 7000 a más personas. Su persona no formó parte del comité, fue parte usuaria.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Jorge Alberto Vital Cabrera

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por su abogado defensor.

Tiene como ocupación profesor y laboró en la Municipalidad dos años, 2013 y 2014, previamente no ha laborado en otra entidad. Es nombrado como profesor de Educación en Piura, llegó a trabajar a la Municipalidad por cargo de confianza. De los requerimientos puestos a la vista, el requerimiento para la actividad en el marco de la celebración 54 semana turística de Chepén, estuvo a cargo del proveedor Emerson Jonatán Ysla Burgos; a quien indica no conocer y no se interesó para que se le adjudique la compra de los polos. Respecto al requerimiento para la actividad de creación y gestión de turismo a cargo de Pamela Luperdi Calderón, a quien no conoce y no tuvo contacto para coadyuvar para que se le adjudique; su persona no está a cargo del proceso de selección; el proceso de selección es manejado por área logística. No conoce que cuando pasa de las 3 UIT se debe realizar un proceso de selección. Del requerimiento del 12 de noviembre, a folio 33, no conoce en qué fecha se pagó al proveedor Emerson Jonatán Ysla Burgos; según peca 1152 los polos se entregan después.

125. Declaración del acusado JORGE ALBERTO VITAL CABRERA

A las preguntas formuladas por fiscalía

Refiere que como encargado de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, tenía la función de atender requerimientos de las áreas usuarias, como Subgerente de abastecimiento, ver los procesos de selección, atendía los requerimientos, los cuales primero pasaban por Gerencia y luego se derivaban a su área. Elaboraba estudio de mercado para atender los requerimientos luego se realizaban las órdenes, para obtener la certificación presupuestal. Para el estudio de mercado el alcalde contrató a dos personas, las que se dedicaban exclusivamente a realizar los estudios de mercado; de acuerdo al estudio de mercado se determina a quienes se contrata por el menor monto efectuado. El estudio de mercado indicaba si se trataba de una contratación directa o se requería de un proceso. Cuando se daba la contratación directa también se realizaba estudio de mercado; las cotizaciones se las alcanza el personal contratado por el alcalde. Las cotizaciones se anexan al expediente para poder pedir la certificación. En la cotización algunos proveedores señalaban el plazo para la

entrega de productos y otros no; la mayoría especifican el precio y cantidades. Los requerimientos eran atendidos conforme llegaban. La orden de compra se remitía al proveedor para contratarlo, su persona visaba las órdenes de compra. Se le pone a la vista la orden de compra N° 1150, de fecha 13 de noviembre del 2013, indica haberla visado, con el visto de Subgerencia de Logística, por el monto de S/. 10,530.00 soles, por el concepto de 1350 polos blancos, no se aprecia la cotización, desconoce el motivo por el cual no se adjuntó la cotización. Visó la orden de compra 1161, del 14 de noviembre del 2013, se aprecia proveedor M&B Seguridad Industrial, por el monto de S/. 8790.00 soles, por concepto de 300 polos blancos camiseros y 300 gorros. Orden de compra 1236, a folios 62, fue visada por su persona, se consigna como proveedor a Huamán Bruno Javier, por el monto de S/. 2,505.00 soles. La orden de compra 1160, a folio 161, fue visada por su persona, se consigan como proveedor M&B Seguridad Industrial SAC, por el monto de S/. 7,800.00 soles, se adquiere 1000 polos blancos 30 al 1. Orden de compra guía de internamiento 1166, a folio 79, ha sido visada por su persona, se consiga como proveedor M& B Seguridad Industrial SAC, por el monto de S/. 5,500. 00 soles, no existiendo cotización. Viso la orden de compra 1216, a folios 85, en la que se consignó como proveedor a Luperdi Calderón y con monto S/. 10.530.00 soles, por el concepto de 1350 polos de 30 al 1. Visó la orden de compra 1217, a folio 92, consignó como proveedor a Luperdi Calderón, por concepto de 350 gorros de dril y 350 gorros de algodón pima, por el monto de S/. 10,255.00 soles.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Laboró en el área de Logística en la municipalidad desde el 22 de agosto del 2013 hasta el 30 de enero del 2014. No conoció a los proveedores Ysla Burgos, Omar Marines, Pamela Luperdi Calderón antes de la adquisición de los productos.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado José Eduardo Vásquez Vargas

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por la defensa de los acusados Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Morí Vera

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por su abogado defensor.

No conoce Marines Basilio Omar, Pamela Luperdi calderón, Emerson Isla burgos, no tenía ningún vínculo con los antes referidos. Los productos ingresaban a almacén. Los requerimientos eran para tres actividades distintas: 54° semana turística se Chepén, espacios públicos y para campaña navideña. Las actividades eran para los meses de noviembre y diciembre, con diferentes fechas. Al momento del requerimiento no tenía ningún interés en que gane los proveedores. Las órdenes se pasaban a administración y luego la derivaban a presupuesto para la certificación, de acuerdo al monto, el administrador determinaba si se daba pase a la compra o no. El administrador era su jefe inmediato, el administrador autorizaba si se compraba. Su persona tenía personal a cargo, cuatro personas. Uno realizaba las órdenes de compra, otra las ordenes de servicios y dos que hacían las cotizaciones, indica que todas las cotizaciones las dejó en el expediente. Renunció a la municipalidad del 30 de enero, dejó cargo de todas las órdenes y expedientes.

126. Declaración de la acusada ANA ELIZABETH PAREDES MORALES.

A las preguntas formuladas por fiscalía

En el año 2013 en la Municipalidad Provincial de Chepén se desempeñaba como Gerente de Planeamiento y Presupuestos, era coordinadora encargada de plan de incentivos, designada mediante resolución de alcaldía N° 118 -2013. La municipalidad pertenecía al grupo D, para cada municipalidad se emite metas para cumplir; y la función de coordinador es coordinar, supervisar e intervenir para que las metas se cumplan. En el año 2013, la municipalidad tenía a su cargo la del segundo trimestre, la cual es materia de investigación, nueve metas a su cargo, se encargaba de que se cumplan las metas con la finalidad de lograr el incentivo económico que el Ministerio de Economía y Finanzas otorga a las municipalidades para el cumplimiento de las metas. Se trataba de la meta N° 39, programa de actividades físicas en espacios públicos; la cual consistía en desarrollar actividades físicas con todos los grupos de la población. En base a las metas se hace el requerimiento de polos, para el cumplimiento de la meta el Ministerio enviaba manual, en donde indicaba que era lo que se tenía que hacer. Por lo que no era predecible la cantidad de productos ya que se atenían a lo que indicaba el Ministerio, pero se podía estimar un aproximado por cada actividad. El Ministerio de Economía y Finanzas determinó en julio, la evaluación se realiza el 31 de diciembre del 2013. Se le pone a la vista el

requerimiento N° 054, reconoce haber sido suscrito por su persona, requería polos de diversas tallas, requirió el 14 de noviembre del 2013, se visualiza 11: 16 horas de la mañana. Se le pone a la vista el requerimiento 055-2012, folio 58; acepta haber hecho el requerimiento de polos de diversas tallas, para la misma meta, con hora de recepción 11:27 am de fecha 14 de noviembre del 2013. Se le pone a la vista el requerimiento 156-2013, a folio 75, acepta haber emitido el requerimiento, requirió 1000 gorros, para la meta 39, de fecha 15 de noviembre del 2013, recepcionado en Gerencia Municipal a las 8:29 am. No se hizo el requerimiento en uno solo, porque se trataba de diferentes actividades, la meta es una sola y para el cumplimiento de la meta se tenía que desarrollar diversas actividades. Reconoce que se equivocó al no haber seleccionado, precisando la cantidad de productos para cada actividad. El personal encargado para el cumplimiento de la meta recepcionó los productos y su persona firmó la pecosa, como prueba de qué se le entregó el material. En el requerimiento 054-2013 solicitó polos con estampados, sencillos. Se le pone a la vista la pecosa N° 1161, a folio 53, reconoce su firma, acepta haber recepcionado, con fecha 14 de noviembre del 2014, el mismo día que se solicitó. Se le pone a la vista la pecosa 1160, a folios 69, acepta haberla recepcionado, con fecha 14 de noviembre del 2013, misma fecha de recepción.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Ninguna pregunta

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado José Eduardo Vásquez Vargas

Ninguna pregunta

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Jorge Alberto Vital Cabrera

Ninguna pregunta

A las preguntas formuladas por su abogado defensor

En la realización de la meta 39, el Ministerio de Economía y Finanzas no indicaba que tal día se deba realizar la actividad, pero si daba plazos, precisaba la fecha dentro del semestre. Las actividades realizadas no han sido las únicas que se han dado, para las actividades físicas en espacios públicos su persona solo hizo los requerimientos cuestionados. Realiza los requerimientos en tres etapas, ya que el cumplimiento de las metas implicaba actividades, en el requerimiento solo se indica meta 39, debió de especificarse para la actividad (maratón, aeróbicos), fue un error de su parte, lo que ha generado los malos entendidos. El único interés del requerimiento fue el cumplimiento de la meta, ya que, en base a ello, el municipio tendría un beneficio económico. La participación ha sido masiva en cada una de las actividades, aproximadamente en maratón 1500 a 2000 personas; las actividades contaban con la aprobación de la población. La municipalidad se beneficiaba, las metas se evaluaban por periodos, si se cumplía el primer trimestre, al siguiente trimestre llegaba un incentivo económico. Había 9 metas propuestas, si se cumplían todas, ganaban un plus, la municipalidad recibió S/.1' 300 000.00 soles, cada meta contaba con su ente supervisor, encargado de verificar si se ha cumplido con todas las actividades para verificar si se cumplió la meta, el encargado era el MINSA, su persona era la responsable de todas las metas e informaba a los demás órganos.

El plazo máximo para el cumplimiento de las metas era el 31 de diciembre del 2013. A fines de enero del 2014 el Ministerio de Economía y Finanzas saca una resolución en la que informa si cumplió las metas y quien no cumplió, se le otorga 8 días hábiles para que subsane, ya que se había indicado en la resolución que no había cumplido con las metas. En el mes de abril se recibió S/. 549,000.00 soles, en el mes de diciembre S/. 845,000.00 soles; en total se recibió un aproximado de S/. 1 300 095.00 soles, solo por el cumplimiento de plan de incentivos, la información se encuentra en transparencia económica. Su persona no elabora las pecosas, su persona firmó porque recibió lo que había solicitado, no se percató de la fecha. No conoce a Ysla Burgos, no conoce Basilio Omar, indica que a Pamela Luperdi Calderón la conoce, no era su amiga, pero era la madre de familia de un compañero de su hijo, era madre de familia del jardín en San Pedro. Desde que su persona salió de San Pedro, no ha vuelto a ver a Pamela Luperdi Calderón.

127. Declaración del acusado JUAN JULIO MORI VERA.

A las preguntas formuladas por fiscalía

Trabajo en la Municipalidad de Chepén desde el 30 de enero del 2013 hasta el 30 de enero del 2014, ocupaba el cargo de Gerente Municipal, la Ley de Municipalidades establecía funciones específicas, los gerentes están encargados de la administración municipal. Dentro de su función asignadas le llegaban los requerimientos

realizados por las diferentes áreas para adquisición de bienes. Cada área tenía su rol específico, su persona solo proveía el documento y pasaba al área de servicios, asesoría legal, o logística, de acuerdo al área que corresponda. Cuando se determinaba la compra de algún bien, tenía la función de firmar la orden de compra. Ningún proveedor puede atender mientras no se le gire la orden de compra. Se le pone a la vista el requerimiento a folios 37, en la que reconoce el proveído, la firma, el visto del proveído le corresponde a la Subgerencia. El requerimiento consistía en la adquisición de 1350 polos para la semana turística de Chepén. La orden de compra del requerimiento, a folios 39, indica que tiene su visto, por el monto de S/. 10,530.00 soles, la hora que figura en el requerimiento es la hora de ingreso a secretaria y no su despacho, ingresó a secretaria a las 9: 14 del día 12; al siguiente día su persona le da el proveído, el día 13. El requerimiento 141-2013, a folios 43, llegó a su despacho y lo envió a Logística, era para la celebración de semana de Chepén; el día 13 provee los dos requerimientos. Se le pone a la vista la orden de compra del requerimiento 141, el cual cuenta con su visto, el 13 de noviembre; la compra anterior también tenía el visto, los requerimientos le llegaron de forma separada, no indica si fue firmada en la mañana o en la tarde, pudo tener fecha 13 pero pudo haber sido firmada al medio día, no siendo necesario que se haya firmado el mismo día que aparecía como fecha. Se le pone a la vista requerimiento 54-2013, a folios 51, de fecha 14 de noviembre, se encuentra visada por su persona, para la adquisición de 100 polos, para actividad distinta. Se le pone a la visita orden de compra, a folios 55, reconoce el visto por su persona, por el monto de S/. 8790.00 soles. Se le pone a la vista el requerimiento 055, a folios 58, reconoce haberlo visado. El encargado de calificar que proceso demanda proceso de selección es Logística. Su persona no puede intervenir de manera directa. Se le pone a la vista la orden de compra- guía de internamiento 1160, a folios 71, por compra de 1000 polos, de fecha 14 de noviembre, para el programa de actividades físicas generado en toda la semana. Lo único que varía en la semana turística de Chepén es el curso de acuerdo al día. Reconoce los requerimientos 56-2013, a folios 75; 149-2013 para campaña navideña, 150-2013, a folios 89, para la compra de gorros y 250 polos de algodón; orden de compra 1217, de fecha 2 de diciembre; las cuales fueron visados por su persona.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Si se verifica del ingreso a mesa de partes a la Gerencia de la Municipalidad, se encontrará que en cada una hay entre 200 a 300 pedidos; lo que quiere decir que, si ingresa un paquete de papeles en un día, su persona solo los provee. En el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece quien es el órgano encargado de las contrataciones, no indica que el titular es el Gerente Municipal, se establece que el titular es el área usuaria, titular del pliego, área de contrataciones y el comité; indica que, si el órgano que es encargado de las contrataciones no requirió, su persona no podía estar revisando cada una de las hojas para saber cuantos documentos se atendían. Su persona si podía advertir observaciones si la orden de compra elaborada hubiera llegado por un monto mayor tres UIT.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado José Eduardo Vásquez Vargas

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Jorge Alberto Vital Cabrera

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por su abogado defensor

En el periodo de un año podían llegar aproximadamente 8000 expedientes, le llegaban los expedientes de las áreas usuarias y de las propias comunidades. En el periodo de noviembre del año 2013 le llegó requerimientos de diferentes áreas. La gerencia contaba con el apoyo de dos personas, su persona e Ingrid Hernández. Cuando su persona realiza el proveído no se podía tener concurriendo de quien sería la persona que proporcionaría los bienes. No conocía a Ysla Burgos Emerson Jonatan, Luperdi Calderón, ni a la persona de Marines Basilio. No participó en ningún pago. Indica que Jorge Vital Cabrera no dependía de la Gerencia Municipal; pero si dependía de la Gerencia de Administración, es un órgano de línea de la Administración y no de Gerencia.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

128. Al examen de la testigo PAMELA LUPERDI CALDERÓN.

Al interrogatorio de la fiscalía

En el año 2013 tenía su empresa dedicada a la venta de bienes y servicios, brindaba todo lo requerido por la Municipalidad. La empresa se formó en el 2013, la empresa fue proveedora solo en el año 2013. No recuerda el aproximado de ventas que realizaba. Su persona era dueña y su esposo se encargaba de todo, su empresa no fabricaba polos. No recuerda el tiempo que demoraba entre mandar a confeccionar los polos y la entrega. No recuerda haber recepcionado la orden de compra 1216 de fecha 02 de diciembre del 2013, a folio 85. Todos los pedidos los mandaban a hacer, desconoce el tiempo de entrega de los gorros.

Al interrogatorio del Procurador Público

El rubro de su empresa, fue de bienes y servicios a las Municipalidades. Las cosas que requerían no las hacían, las compraban.

Al conainterrogatorio de la defensa de José Eduardo Vásquez Vargas-Dr. Erazo

No conoce al señor Vásquez, nunca ha cruzado palabra con alguna persona de Chepén. Ha concurrido a la Municipalidad Provincial de Chepén pero no ingresaba, siempre se quedaba afuera.

Al conainterrogatorio de la defensa de Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Morí Vera, Dr. Saldaña

Conoce a Ana Paredes Morales, a quien conoció porque sus hijas eran compañeras de clase, no conoce a Juan Julio Morí Vera.

Al conainterrogatorio de la defensa de Alberto Vital Cabrera, Dr. Aguilar

No conoce a Vital Cabrera, supone que su esposo si lo conoce

Al redirecto formulado por fiscalía

Ha suscrito comprobantes de pago, eran recepcionados por su esposo. Al haberle emitido carta notarial, el DNI 41623818 le corresponde a su esposo. Su esposo se llama Edinson Ysla Burgos.

129. Al examen del testigo EMERSON JONATAN YSLA BURGOS.

Al interrogatorio de la fiscalía

Tiene un vínculo familiar con Pamela Luperdi Calderón, indica que la referida es su cuñada (la esposa de su hermano). Vive en Ayacucho N° 441, en el año 2013 vivía en una misma casa con su hermano y su cuñada. En el año 2013, se dedicaba a la venta de bienes y servicios. Su persona se acercaba a la Municipalidad de Chepén y consultaba si había requerimientos, consultaba al Departamento de Logística. En su negocio no se fabricaban ni polos ni gorros, esta mercadería lo mandaban a realizar, desde que mandaba a confeccionar los gorros y polos, demoraba un aproximado de 15 días para que le entreguen. En el año 2013, ha proveído polos y gorros a la Municipalidad Provincial de Chepén. Primero recibía la orden de compra, luego transcurría 15 días para que se entregue los productos. Se le pone a la vista la orden de compra N° 1150 del 13 de noviembre del 2013, no recuerda haber recibido la orden de compra, indica que en la orden de compra puesta a la vista figura su nombre, de acuerdo a la orden de compra le piden 1350 polos blancos de algodón peinado, de fecha 13 de noviembre del 2013, para que la municipalidad le cancele su persona le presentaba factura después de haber entregado el producto. Se le pone a la vista factura, acepta que le pertenece, de fecha 05 de noviembre del 2013, en la que se indica que se entregó polos blancos de algodón. Su negocio se denominaba Inversiones Navydza. La entrega de los polos se realizó el 15 de noviembre del 2013, solo en dos días, porque se trataba de polos simples. Su persona firma la recepción de comprobantes de compras. El comprobante de pago N° 6250, a folio 42, figura el DNI 41623818 de su hermano, no cobró; su persona le otorgó carta poder a su hermano para que recoja el cheque. Respecto a la orden de compra N° 1152, a folios 47, la cual esta girada a su nombre, no recuerda haberla emitido, en la orden se requería polos de algodón pima peinado, con impresión full color, y gorros profesionales de dril, la cual es de fecha **13 de noviembre del 2013**, respecto de la cual se emite la factura a folios 48, por lo mismo solicitado en la orden de compra, de fecha 12 de noviembre del 2013. Se le pone a la

vista la guía de remisión a folios 49, orden de pago N° 239, a folio 50, de fecha 20 de diciembre del 2013, con la cual se paga la factura 117. Su hermano ha firmado la recepción del pago.

Al interrogatorio del Procurador Público

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio de la defensa de José Eduardo Vásquez Vargas, Dr. Erazo Hidalgo.

Su hermano firmó la última orden de pago ya que su persona otorgó carta poder a favor de este. Constantemente visitaba a las municipalidades para ver si había requerimientos de bienes y servicios, al concurrir a la Municipalidad Provincial de Chepén, no recuerda con quien coordinó. Presentó sus documentos y le indicaron que, si podía, nadie se interesó para que su persona coja las órdenes de servicio. No conoce a José Eduardo Vásquez Vargas. No tiene algún proceso por el delito de colusión. Los días que demora para que el pedio esté listo y pueda ser entregado va a depender de lo requerido, puede ser más o menos. Para la a entrega de polos blancos el tiempo de entregar fue de dos días. No recuerda el modelo de los polos, pero trató de cumplir con lo que se pidió. No recuerda si su persona entregó los polos a la Municipalidad. Estudiaba Ingeniería Industrial en la universidad.

Al conainterrogatorio de la defensa de Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Morí Vera, Dr. Saldaña

Ninguna pregunta

Al conainterrogatorio de la defensa de Alberto Vital Cabrera, Dr. Aguilar.

Ninguna pregunta.

130. Oralización de documentos: Se oralizaron los medios probatorios, documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

r) **Requerimiento N° 0142-2013/ SGENCJD-MPCH**, a folios 37, de fecha 12 de noviembre del 2013, la misma que ha sido reconocida por el acusado, acredita que se trataba de una actividad programada, solicitó el requerimiento para la adquisición de 1350 polos, con fecha de recepción 12 de noviembre, en horas de la mañana, por parte de la Gerencia Municipal; se aprecia proveído en la cual indica Subgerencia de Logística. Se adjunta la pecosa, a folios 38, con la que se firma la recepción de los bienes por el acusado José Eduardo Vásquez Vargas, con fecha 13 de noviembre; en la que se señala que recibió conforme, un día después de haber emitido el requerimiento.

s) **Orden de compra-Guía de internamiento N° 1150**, a folios 39, de fecha 13 de noviembre del 2013, a nombre de Emerson Jonatán Ysla Burgos, por 1350 polos para la celebración de la 54 semana turística de Chepén, visada por la Gerencia Municipal, la Subgerencia de logística y por el jefe de almacén en señal de haberlo recibido. Se anexa la **factura dada por Emerson Ysla Burgos**, con el nombre de Inversiones Navydsa, con serie 000 1 N° 000125, a folios 40, girada el 15 de noviembre del 2013, con fecha posterior a la recepción de los bienes, por el importe de S/. 10.530.00 soles, cancelada el 21 de noviembre del 2013. De la **Guía de remisión**, se señala que los bienes fueron llevados a la Municipalidad Provincial de Chepén, siendo incoherente ya que el inicio de traslado se inició el 15 de noviembre del 2013.

t) **Comprobante de pago N° 6250**, de fecha 21 de noviembre del 2013, corresponde al pago de S/.10,530.00 soles, por la compra de 1350 polos blancos, cancelados el 21 de noviembre del 2013, firmada por persona identificada con DNI 41623818.

u) **Requerimiento N° 141- 2013 / SGENCJD-MPCH**, a folios 43, de fecha 12 de noviembre del 2013, reconocido por el acusado, emitido por concepto de 400 polos, para la misma actividad programada, para el marco de la celebración 54 de semana turística de Chepén, con fecha de recepción el 12 de noviembre del 2013 en horas de la mañana, visado por la Gerencia Municipal a la Gerencia de Logística. Proveído el 13 de noviembre del 2013. Anexada la **pecosa**, a folios 44, de fecha 13 de noviembre del 2013, un día después de efectuarse el requerimiento, el mismo

día que el gerente municipal indica que se dé la atención al bien, ya se había recibido por el subgerente del área usuaria. **Poder otorgado por Emerson Jonatán Isla Burgos a su hermano Witman Ysla Burgos**, a folio 45, para apersonarse a las oficinas de Chepén y realizar trámites respectivos que le corresponden a favor del poderdante.

- v) **Orden de compra – Guía de internamiento N° 1152**, a folios 47, de fecha 13 de noviembre del 2013, girada a nombre de Emerson Jonatán Isla Burgos, por la adquisición de 400 polos de algodón y 300 gorros profesionales; por el monto de S/. 10,870.00 soles, visado por la Sub Gerencia de Logística y la Gerencia Municipal, cuenta con sello de almacén referente a la fecha de adquisición. **Factura girada** por Emerson Jonatán Isla Burgos, el 12 de noviembre del 2013; es decir la misma fecha en la que se emitió el requerimiento para la adquisición del bien, factura emitida por 400 polos y 300 gorros, con fecha anterior a la orden de compra. **Guía de remisión**, con fecha de emisión el 12 de noviembre del 2013 y fecha de traslado el 12 de noviembre del 2013, se aprecia el sello de almacén, lo que indica que los bienes han sido recepcionados antes de que se emita la orden de compra del 13 de noviembre del 2013; habiéndose emitido tales documentos con posterioridad para la regularización.
- w) **Comprobante de pago N° 6239**, a folios 50, de fecha 20 de noviembre del 2013, por la suma de S/. 10,870.00 soles; por la adquisición de 400 polos y 300 gorros, firmado como recepción de dinero, por la persona identificada con DNI 41623818, de fecha 21 de noviembre del 2013.
- x) **Requerimiento N° 054- 2013-MPCH-GPP**, a folios 51, de fecha 14 de noviembre del 2013, emitido por Ana Elizabeth Paredes Morales, Gerente de Planeamiento y Presupuesto, solicitándole al Gerente Municipal, Juan Julio Morí Vera, el 14 de noviembre del 2013, la adquisición para el cumplimiento del “Programa de actividades físicas en espacios públicos”; requiriendo 300 polos con cuellos, estampados, gorros bordados, cuenta con sello de recepción de fecha 14 de noviembre del 2013, horas 11:26 a.m por Gerencia Municipal; cuenta con proveído por parte de Gerencia Municipal, en la que se indica que vaya a Subgerencia de Logística para la atención correspondiente en cumplimiento de la meta N° 39. Se anexa la **Factura** por la compra de los polos, emitido por la empresa a quien se compró los polos, Seguridad Industrial SAC, de fecha 15 de noviembre del 2013, un día después del requerimiento realizado por área usuaria, haciendo entrega de 300 polos con cuellos y 300 gorros, por el monto S/.8790.00 soles; adjuntando **pecosa**, de fecha 14 de noviembre del 2013, siendo la misma fecha en la que se hace requerimiento por el área usuaria, el área usuaria recepciona los bienes solicitados, folio 53.
- y) **Orden de compra – Guía de internamiento N° 1161**, a folios 55, de fecha 14 de noviembre del 2013, por concepto de 300 polos y 300 gorros, por el monto de S/. 8,790.00 soles; cuenta con el visto de subgerencia municipal y subgerencia de logística, visto del jefe de almacén en señal de recepción del bien; lo que indica que el mismo día que se requirió los bienes el mismo día se recepcionó.
- z) **Comprobante de pago N° 6243**, a folios 56, de fecha 21 de noviembre de 2013, se procedió a cancelar la factura N° 717, por concepto de 300 polos y 300 gorras, correspondiente al requerimiento N° 054-2013. Se adjunta la transferencia de depósito por parte de la Municipalidad a la cuenta de MYB Seguridad Industrial SAC por el monto de S/. 8,790.00 soles.
- aa) **Requerimiento N° 055- 2013-MPCH-GPP**, a folios 58, de fecha 14 de noviembre del 2013, realizada por la gerente de planeamiento y presupuesto, Ana Elizabeth Paredes Morales, para la adquisición de 1000 polos, para diferentes fechas programadas. Se trata de la meta N° 39, de fecha 14 de noviembre del 2013, recepcionado el 14 de noviembre del 2013, a las 11:27 am; con proveído de la gerencia municipal que indica se pase a la subgerencia de logística. Se adjunta **pecosa**, de fecha 14 de noviembre del 2013; cuenta con el visto de la gerencia de presupuesto, en señal de recepción de los bienes, por S/. 7800.000 soles. Factura otorgada por la Empresa de Seguridad Industrial SAC, por la venta de los polos, factura N° 001, 719, por el monto de S/. 7800.00 soles, correspondiente a 1000 polos blancos.

Observaciones

- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones.
- **Dr. Saldaña Monzón:**
 - Requerimiento N° 0142- 2013/SFECJD-MPCH**, correspondiente a la Subgerencia de Educación, Cultura y Deporte; indica que lo único que realiza la Gerencia es dar el proveído para que pueda ser atendido. Se verifica que se da trámite al documento y no sería la persona responsable para poder efectuar la vinculación con los proveedores, para el caso del requerimiento N°142, es N° 1, requerimiento N°141 es N° 4. Se trata de una misma circunstancia en la que el Gerente provee; la documental corresponde a la Celebración de la 54 ° semana turística de Chépén; por lo que debe ser atendido de manera inmediata, razón por la que se realiza el proveído en la fecha 13 de noviembre; no se evidencia conducta dolosa solo se aprecia el cumplimiento de sus funciones; ya que se realizó el procedimiento establecido en las municipalidad en donde el área usuaria requiere, el Gerente da el trámite correspondiente.
 - Orden de compra**, indica que no tiene relación con el señor Morí; ya que se entiende que es el área usuaria quien da la conformidad, de igual manera el orden de compra guía de internamiento.
 - Comprobante de pago N° 6243**, no tienen relación con el acusado Morí ya que no es parte del funcionamiento. La señora Ana Elizabeth Paredes Morales se encuentra involucrada en el requerimiento N° 054, comprobante de pago N° 6239, los comprobantes de pago no son parte de la figura funcional que realiza Ana Elizabeth Paredes Morales.
 - Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP**, no tiene relación directa ya que Ana Elizabeth Paredes Morales, no realiza dicho requerimiento como planeamiento y presupuesto; no se ha podido acreditar que Ana Paredes Morales tenga la condición de requerir, pero requiere como coordinadora del programa de actividades físicas en espacios públicos, indica que por error se consignó el cargo de gerente de planeamiento, documento dirigido al gerente Morí para darse el trámite respectivo para la atención en área de logística.
 - Comprobante N° 6644 y N° 6643**, documentos sin relación ya que Ana Paredes no participa en los temas de pagos.
 - Requerimiento 055-2013-MPCH-GPP y requerimiento N° 054-2013-MPCH**, en que aparece que se remitió por la Gerente de Planeamiento, se trata de un error, ya que se remite por la coordinadora del programa de actividades físicas en espacios públicos.
 - De las pecosas integradas a los requerimientos**; de acuerdo a lo mencionado por Ysla Burgos; quien indicó que lo que lo único que se realizaba era comprar los bienes, las compras se pueden hacer en cuestión de horas, por ello es que en la pecosa aparece que fue rápido, ello no implica el interés por parte de Ana Paredes Morales.
- **Dr. Erazo Hidalgo**
 - Requerimiento N° 0141-2013/SGECJD-MPCH**, su patrocinado no ha negado haber realizado el requerimiento, para la creación de gestión de turismo de actividades culturales y deportivas, la factura 0001-000217, su patrocinado no ha intervenido en la documental, fiscalía obvia que la factura fue cancelada el 21 de noviembre del 2013.
 - De la pecosa N° 1152**, cuestionada por la fecha 13 de noviembre, cuando su patrocinado se refiere a que recibió la pecosa se refiere a que ingreso al almacén, pero la recibió posteriormente, su patrocinado no ha elaborado la pecosa.
 - Orden de compra – Guía de Internamiento N° 1152**, su patrocinado no ha intervenido, no hizo el requerimiento.
 - Comprobante de pago N° 6639**, no ha intervenido su patrocinado pero acredita con el comprobante que fue emitido con fecha 20 de noviembre del 2013, por lo que no resulta ser verdad lo sostenido por fiscalía que se haya cancelado inmediatamente el producto, sino la

cancelación se dio después de 10 días, todos los proveedores para el estado buscan que entidades programen su pago para después alcanzar el producto, la consignación en la factura con fecha 12 de noviembre, se consignó por error, pero el pago se realizó el 21 de noviembre.

▪ **Dr. Aguilar Alegría**

Orden de compra N° 1150, 1152 y 1161; visada por su patrocinado era la función, el área usuaria al hacer el requerimiento, la gerencia general da la orden a su patrocinado para que realice la actividad, se realiza la adjudicación directa por la premura del tiempo, da trámite a las compras, la conducta de su patrocinado no es doloso, su patrocinado no tenía relación con los proveedores.

bb) Orden de compra de compra- Guía de Internamiento N° 1160, a folios 71, de fecha 14 de noviembre del 2014 a favor de la empresa M&B de la Empresa de Seguridad Industrial SAC, por concepto de 1000 polos blancos, valorizado en S/. 7,800.00 soles, figura como dirección de la empresa la Mz. B lote 19 cooperación de servicios San Pedro Surco – Lima, visada por la gerencia municipal y la subgerencia de logística, sello de jefe de almacén, como anexo tiene la factura de fecha 15 de noviembre del 2013. Factura N° 000719, folios 72, por la compra de 1000 polos.

cc) Comprobante de pago N° 6244, a folios 73, de fecha 21 de noviembre del 2013, por el monto de S/. 7,800.00 soles, recibo de transferencia de depósito a la cuenta de M&B Seguridad Industrial SAC, de fecha 21 de noviembre del 2013.

dd) Requerimiento 056-2013- MPCH-GPP, a folios 75, de fecha 15 de noviembre del 2013, realizado por Ana Elizabeth Paredes Morales, realizado el 15 de noviembre del 2013, presentado a la gerencia municipal el 15 de noviembre del 2013 a horas 8:29 am, recepcionado por logística el mismo 15 de noviembre del 2013 a las 10:55 am, con el proveído que pase a logística para la tramitación correspondiente afectándose al cumplimiento de la meta N° 39. Factura de fecha 15 de noviembre del 2013 de la Empresa de Seguridad Industrial SAC, por concepto de 1000 gorros estampados requeridos a través del requerimiento N° 056 del 2013, girándose factura valorizada en S/. 5,500.00 soles. De la **pecosa**, cuenta con el visto de la gerencia de planeamiento y presupuesto, con la cual se acredita que se recibió los bienes.

ee) Orden de compra – Guía de Internamiento N° 1166, a folios 79, de fecha 15 de noviembre del 2013, por concepto de 1000 gorros clásicos de tazlan, requeridos en el requerimiento N° 056- 2013, con fecha de emisión 15 de noviembre del 2013, valorizadas en S/. 5,500 soles, visado y sellado por almacén. **Comprobante de pago de la empresa MYB seguridad Industrial**, valorizado en S/. 5500.00 soles de fecha 21 de noviembre del 2013.

ff) Comprobante de pago N° 6242, a folios 80, de fecha 21 de noviembre del 2013, en el cual se cancela el monto y se adjunta la copia del depósito que se hace en la cuenta bancaria el 21 de noviembre del 2013 por S/. 5500.00.

gg) Requerimiento N° 0149-2013-SGECJD- MPCH, a folios 82, de fecha 29 de noviembre del 2013, con hora de recepción 12: 17, reconocido por el acusado José Eduardo Vásquez Vargas. El 29 de noviembre del 2013, en la que solicita la aprobación de 1350 polos para la campaña navideña, solicitada el 29 de noviembre del 2013, cuenta con el sello de recepción por parte de gerencia municipal y proveído por parte de la Gerencia Municipal, con fecha del proveído 02 de diciembre del 2013; pecosa de fecha 2 de diciembre del 2013, ya se estaba recepcionado por parte del gerente de servicios públicos los bienes requeridos; se describe que se trata de polos con impresiones de pecho y espalda full color, por el monto de S/. 10,530.00 soles, destaca que la orden se dio el 02 de diciembre del 2013, misma fecha en que recibió los bienes, cuenta con el sello y el visto de gerencia municipal y el visto de subgerencia de logística. De la consulta RUC,

indica que es de Pamela Luperdi Calderón, quien inicia sus actividades el 01 de noviembre de 2013, Factura del 03 de diciembre por parte de la empresa Namyld's de Luperdi Calderón Pamela, por la cantidad de S/. 10,530.00 soles, por 1350 polos. Guía de remisión por parte de la empresa hacia la Municipalidad.

- hh) **Comprobante de pago N° 289**, a folios 88, de fecha 07 de enero del 2014, no se visualiza la fecha de giro, en la parte de arriba figura fecha 07 de enero del 2014, con la cual se ha cancelado los 1350 polos requeridos a Pamela Luperdi Calderón, la persona que recepciona el cheque del pago se identifica con DNI 41613818.
- ii) **Requerimiento N° 0150- 2013/ SGECD- MPCH**, a folios 89, de fecha 29 de noviembre del 2013, para la adquisición de 350 polos blancos, con diseños verdes, realizado por José Vásquez Vargas, como subgerente de planificación de cultura y deporte, a favor de Julio Morí Vera, con hora de recepción de 12:56 horas. Ficha RUC de Pamela Luperdi Calderón, en la que se aprecia que su actividad principal es la venta mayoritaria de venta de alimentos, tabaco, bebida; como actividad secundaria venta mayor de otros productos. Pecosa de fecha 02 de diciembre del 2013, en la que recepción 350 gorros y 350 polos por S/. 10, 255.00 soles.
- jj) **Orden de compra- guía de internamiento 1217**; a folio 92, de fecha 2 de diciembre a nombre de Pamela Luperdi Calderón, por 350 polos con bordado y estampado y 350 polos de algodón pima, por el monto de S/. 10, 255.00 soles, cuenta con el visto de la gerencia municipal y el visto de la sugerencia de logística y bienes patrimoniales y el sello de almacén. La factura por los bienes N° 0001, de Pamela Calderón Luperdi, de fecha 3 de diciembre del 2013, por el monto de S/. 10, 255.00 soles. La fecha de traslado de gorros y polos de acuerdo a la guía de remisión fue el 3 de diciembre del 2013.
- kk) **Comprobante de pago N° 288**, a folios 95, de fecha 07 de enero del 2014, con la que se cancela la orden de compra 1217, de fecha 2 de diciembre del 2013, por el monto de S/. 10, 255.00 soles; la persona que recepciona el cheque se identificó con DNI N° 41623818, conforme a lo señalado en la declaración brindada por Pamela Luperdi el DNI corresponde a su esposo; quien ha recepcionado los cheques.
- ll) Informe N° 558-2016- MPCH/SGLBP, , realizado por Vanesa Ramírez Mendoza, se solicita los ejemplares de todas las cotizaciones realizadas con la adquisición de polos con los proveedores Emerson Jonathan Isla Burgos, Omar Miguel Marines Basilio y Pamela Luperdi Calderón, efectuadas en el 2013 y 2014; informa que la oficina de logística solo cuenta con copias de la documentación tramitada, por lo que solicita a las oficinas de tesorería, anexa los numero de comprobantes de pago oralizados.

Observaciones

- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones.
- **Dr. Saldaña Monzón:**
Orden de compra - Guía de Internamiento N°1160, relacionado con el requerimiento 065, efectuado por la coordinadora de programa de actividades de espacios físicos Ana Elizabeth Paredes Morales; indica que Ana Paredes Morales no tiene participación salvo la designación de lo que se pagará a futuro; no tiene nada que ver con la creación de la orden de compra.
Comprobante de pago N° 6244, ha sido pagado el 21 de noviembre del 2013, relacionado con el comprobante de pago que no cuenta con firma, ya que fue a través de cheque de la municipalidad hacia una cuenta de la empresa de seguridad industrial. El comprobante de pago hace referencia a la fecha 15 de noviembre del 2013, en donde aparece el sello de pagado.
En los requerimientos 54, 55 y 56 (documental 11). Respecto al comprobante de pago de la documental 12, documento 56 de los referido por Pamela Calderón, ella no elaboro el

documento, resalta el Boucher de transferencia interna hacia la empresa de seguridad industrial SAC el 21 de noviembre del 2013, la que guarda relación con la factura 720; la que es parte integrante de la documental; indica que la municipalidad trabaja de manera distinta, tiene que ver con temas administrativos, no implica el conocimiento de todas las partes que se encuentran involucradas.

Requerimiento N°056-2013-MPCH-GPP, no lo hizo la gerente de planificación sino la encargada del cumplimiento de la meta N° 39. En la orden de compra - guía de internamiento aparece los montos de cancelado ya que ha sido evidentemente cancelados.

Requerimiento N° 149-2013- SGENJD-MPCH, el cual tiene que ver con el señor Morí, donde aparece la remisión del requerimiento 16, en la el señor Morí solo da trámite, no ha tenido mayor participación en la denuncia realizada por fiscalía, no acredita el interés, todo lo contrario acredita que ha cumplido con la función que se le ha encomendado.

En el mismo sentido el **requerimiento N° 150-2013**, solo remite para que se pueda dar cumplimiento.

▪ **Dr. Erazo Hidalgo**

Requerimiento N° 0149-2013 y N° 150-2013, su patrocinado solo dio trámite; su patrocinado Vásquez el 29 de noviembre su patrocinado hizo el pedido de la compra de gorros y de polos, fue proveído el 02 de noviembre, adjunto al requerimiento obra y corre el comprobante de salida 12:17.

Pecosa con fecha 02 de diciembre del 2013, después de tres días que su patrocinado hace el pedido, su patrocinado ha referido que no elabora la pecosa, si no que ingresa al almacén, conforme a la firma de jefe de almacén y procede a entregar posteriormente los bienes, adjunta al requerimiento N° 0150-2013, obra la factura de fecha 3 de diciembre con la cual se podría pensar la existencia de alguna irregularidad conforme a la teoría de fiscalía, indica que la factura fue cancela el 8 de enero del 2014, de igual manera el comprobante de pago de fecha 7 de enero del 2014.

Orden de compra N° 1217, su patrocinado no aparece, siendo competencia de logística.

▪ **Dr. Aguilar Alegría**

Órdenes de compra N° 1160, N°1216 y N°1217, su patrocinado realiza las órdenes de compra por ser su función ya que viene de una solicitud, que viene devengada del área usuaria, pasa a gerencia, hace la solicitud a su patrocinado para que realice las órdenes de compra y guías de internamiento; ello no implica que su patrocinado haya tenido afán de beneficiar a terceras personas con su actitud, su patrocinado se encontraba en cumplimiento de sus funciones.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

131. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS

MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORÍ VERA Y JORGE ALBERTO VITAL CABRERA

132. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios, documentales ofrecidos por la defensa de los acusados indicando su significado probatorio.

a) **Consulta de planes anuales OSCE**, no se incluyen las actividades que se solicitaba, ya que son cumplimientos de metas que se dan al iniciar los periodos del ejercicio público, se presentan de acuerdo a las posibilidades que la misma municipalidad detenta para el acercamiento hacia la comunidad; no solo de naturaleza sustancial sino también de naturaleza

consustancial como es el espacio público; acredita que las actividades no estaban programadas desde el año anterior; por lo que las actividades en espacio libre no corresponden al plan anual, sino a una norma específica; la misma que será explicada con las futuras declaraciones. Al no corresponder al plan anual, no se daría el presupuesto señalado por fiscalía sobre el fraccionamiento.

- b) **Certificado de trabajo**, se deja constancia de que su patrocinado ingresó a trabajar a la Municipalidad Provincial de Chepén a partir del 22 de agosto del 2013 hasta el 30 de enero del 2014.

Observaciones

- **Dr. Erazo Hidalgo:** Con la consulta de planes anuales se encuentra acreditado las actividades, por lo que no se puede referir a fraccionamiento indicado por fiscalía.
- **Defensa del actor civil:** Sin observaciones.
- **Fiscalía:** Las documentales oralizadas por los abogados no enerva la imputación realizada.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

133. Sostiene que se han probado las proposiciones fácticas señaladas en los alegatos de apertura, por parte de los funcionarios públicos Jorge Alberto Vital Cabrera, Juan Julio Mori Vera, José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales.
134. Se ha probado que el Acusado **José Eduardo Vásquez Vargas**, en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte, se interesó indebidamente en la adquisición de polos y gorras, a favor de los proveedores Ysla Burgos, Emerson Jonatan y Pamela Calderón Luperdi, ello en atención que como área usuaria solicitó a través de cuatro requerimientos, dos de ellos de fecha 12 de noviembre de 2013, requerimiento N°142-2013 y 141-2013, la adquisición de 1350 polos y 300 gorras y 300 polos; respectivamente, el mismo día. Si lo hubiera solicitado de forma conjunta necesariamente se habría realizado un Proceso de selección, porque superaba las 3UIT equivalente a S/. 11,100.00 soles. Que, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, tenía que realizarse un Proceso de Selección de Menor Cuantía. Al haber realizado los dos requerimientos han originado dos montos, el primero por S/.10, 530.00 soles y el segundo por S/.10,870.00 soles, que sumados dan más de S/.21,000.00 soles.
135. Este fraccionamiento no ha sido casual porque han sido emitidos el mismo día y porque el mismo día el acusado como área usuaria ha recepcionado los bienes, el mismo día en que se hizo la adquisición o se emitió la orden de compra a favor de Emerson Ysla Burgos; es decir, las órdenes de compra N°1050 y 1051 fueron emitidas el 13 de noviembre de 2013 y ese mismo día se han recepcionado de acuerdo a las peticiones, dichos bienes por parte de José Eduardo Vásquez Vargas, situación que permite determinar que el fraccionamiento fue realizado con la finalidad de favorecerlo, porque de acuerdo al requerimiento, se requerían polos estampados y las gorras bordadas; y teniendo en cuenta que este proveedor ha señalado que el no confeccionaba estos bienes, sino que los mandaba a hacer, es improbable que el mismo día en que se emitieron las órdenes de compra se le haya entregado los bienes.
136. El acusado **José Eduardo Vásquez Vargas** emitió el requerimiento N°149-2013 y 150-2013, de fecha 29 de noviembre de 2013, los cuales eran para la adquisición de 1350 polos y el segundo por 350 gorras dril y 4350 polos de algodón. Sumados los montos superaban las 3 UIT, por lo que debía realizarse un Proceso de selección. Si se hubiera realizado el Proceso de selección hubiera habido otros postores y tal vez encontrado un mejor precio. La proveedora Luperdi Calderón ha manifestado en juicio que ella no confeccionaba este tipo de bienes, que los mandaba a hacer.
137. Asimismo, respecto a la acusada **Ana Elizabeth Paredes Morales**, se ha probado su responsabilidad, porque era Gerente de Planificación y Presupuesto, y tenía el cargo de Coordinadora de Programas de actividades físicas en espacios públicos, convirtiéndose en área usuaria para efectuar los requerimientos 054, 055, a efectos de que se compren polos y gorras. Dándose en la misma fecha, sumados los montos de las órdenes de compra, la primera por S/. 8, 790.00 y la segunda por S/. 7, 800.00 soles, hubiera tenido que realizarse un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía. Se da el requerimiento el 14 de noviembre, el mismo día se emiten las órdenes de compra y se recepcionan bienes, consistentes en polos estampados con

- características señaladas y gorras, esta situación advierte que los requerimientos han sido fraccionados de manera intencional con la finalidad de favorecer a la empresa M&B Seguridad Industrial SAC, quien de acuerdo a sus boletas tiene domicilio en la ciudad de Lima.
138. Respecto al acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, se ha probado su responsabilidad en calidad de Gerente de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, que llevó a cabo esta contratación de las adquisiciones de polos y gorras a favor de las empresas M&B Seguridad Industrial y de las personas de Ysla Burgos y Luperdi Calderón, porque este acusado debía buscar el mejor precio para que la Municipalidad adquiriera el servicio. Las cuales no se realizaron sobre los productos a comprar; además de la declaración de Luperdi Calderón se ha advertido que, en este caso, quien manejaba el negocio era su esposo Ysla Burgos por lo que las órdenes de pago fueron firmadas por su esposo, quien ha tenido contacto con la Municipalidad y es hermano de Emerson Ysla Burgos, quien indicó que era estudiante universitario y que le daba carta poder a su hermano para que realice los cobros, y se ha corroborado con las firmas y la carta.
139. En ese sentido, se advierte que el acusado teniendo a la vista los requerimientos N°141 y 142-2012, a nombre de Emerson Ysla, el mismo día, el 13 de noviembre de 2013, emite dos órdenes de compra diferentes N° 150 y 151 a la misma persona. Lo mismo ha pasado en los requerimientos N°149 y 150 que ha emitido el mismo día las órdenes de compra N°1216 y 1217, de fecha 2 de diciembre de la misma fecha a la misma persona, que sumados también superaban las 3 UIT. De la misma forma ha actuado con las órdenes de compra N° 161 y 160, ambas de fecha 154 de noviembre de 2013 a favor de M&B Seguridad Industrial. No hay explicación lógica para que el mismo día que se emiten las órdenes de compra, se reciban los bienes, que tenían características especiales y por la cantidad no es razonable que se hayan efectuado el mismo día.
140. Respecto a **Juan Julio Mori Vera**, se ha acreditado que ha firmado las órdenes de compra N° 1150, 1152, 1161, 1160, 1166, 1216 y 1217, siendo que sin su firma las órdenes de compra no surten efecto para equipararse con contratos; y de acuerdo a las órdenes de compra es un nula sin la firma mancomunada del Gerente de Logística y Gerencia Municipal, cada orden de compra deberá ser facturada en original con dos copias y las mismas se acompañaran a la mercadería cuando ingrese a almacén. Además, dio el visto para que se compren los requerimientos en estas circunstancias.
141. Situación que constituye favorecimiento indebido a un proveedor que trae como consecuencia la vulneración de la contratación estatal, como la imparcialidad, pluralidad de postores, no solo porque no se ha realizado un proceso de selección, sino porque no se han realizado cotizaciones; por ello se ha probado la conducta de los acusados cada uno en su función.
142. **Solicita se les imponga cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1 y 2 del Código Penal, así como 300 días multa para cada uno de los acusados.**

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

143. Se tiene por acreditada la responsabilidad civil de los acusados; el hecho antijurídico consiste en que, en el año 2013, la Municipalidad Provincial de Chepén, realizó adquisiciones directas a diversos proveedores, Ysla Burgos Emerson Jonatan, Luperdi Caldero Pamela y Basilio Omar Miguel; de manera fraccionada, con la finalidad de no realizar un proceso de selección y terminar beneficiando a los proveedores que vendieron a la entidad un mismo objeto, polos de algodón y gorros. Se ha demostrado que se ha realizado un fraccionamiento, al respecto el artículo 20° de la Ley de Contrataciones del Estado establece la prohibición de fraccionamiento. El OSCE ha señalado en la Opinión N°150-2017/DTN que el fraccionamiento indebido se configura cuando se desconoce esa unidad esencial de los bienes, servicios y obras, que es la división artificial de una contratación unitaria debidamente programa o programable. En este sentido, se verifica de que han existido tres hechos, respecto al primer hecho se emitieron tres requerimientos, el 141-2013 y 142-2013, en el primero se ordenó la compra de 1350 polos por el monto de S/.10,530.00 soles y en el segundo se ordenó la compra de 400 polos y 300 gorros por el monto de S/. 10, 870.00 soles; es decir, al final se terminó beneficiando con S/.21, 400.00 soles al proveedor Ysla Burgos Emerson Jonatan. Estas acciones fueron realizadas por el Sub Gerente de Educación, Cultura y Deportes, Juan Vásquez Vargas, quien solicitó como área usuaria a Mori Vera, y este a su vez, con el Sub Gerente de Logística Vital Cabrera terminaron efectivizando la compra. En el segundo hecho, se ha acreditado que existió fraccionamiento, primero se compró 300 polos y 300 gorros por el monto de S/. 8,790.00 soles, luego 100 polos por el monto de S/.7,800.00 soles y 1000 gorros por el monto de S/.5,500.00 soles, totalizando S/.22,090.00 soles, compras

realizadas en virtud de los requerimientos 54,55 y 56-2013 mediante los cuales se benefició a Marines Basilio Omar Miguel; y en la tercera compra fraccionada se realizó la compra de 1350 polos por el monto de S/.10, 530.00 soles y 350 polos y 350 gorros por el monto de S/.10, 255.00 soles, haciendo un total de S/.20, 785.00 soles a favor de Pamela Luperdi Calderón, en virtud de los requerimientos N°149-2013 y 150-2013; por lo que se verifica que ha existido fraccionamiento de bienes que reportan una unidad en la esencia de los bienes.

144. De este hecho antijurídico se desprende un daño extra patrimonial ya que se han realizado en desmedro de los deberes positivos de los funcionarios públicos, quienes debieron actuar bajo objetividad, transparencia en el ejercicio de su función, sin embargo, se ha defraudado al beneficiar a los proveedores; provocando un debilitamiento de las expectativas que la sociedad tiene en sus instituciones; asimismo, se ha provocado un daño patrimonial pues se ha privado al Estado de haber obtenido una mejor oferta. El daño se puede establecer en virtud al daño en la imagen de la administración pública de S/.64, 275.00 soles, que es la suma de los tres montos pagados a los tres proveedores, de S/.21,400.00 soles, al segundo proveedor S/.22,090.00 soles y S/. 20, 785.00 soles; en cuanto al perjuicio extra patrimonial se establece el monto de S/.35, 725.00 soles. Respecto al factor de atribución, todos los acusados habrían actuado a título de dolo.
145. En conclusión, solicita se imponga una reparación civil en el monto de S/. 100,000.00 soles, el cual deberá ser pagado de manera solidaria por los cuatro acusados

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS PAREDES MORALES Y MORI VERA- Dr. Saldaña Monzón.

146. Respecto a su patrocinada Ana Paredes Morales, el Ministerio Público ha sostenido que efectuó el requerimiento como Jefe del Área de Planeamiento y Presupuesto de la Municipalidad, indicando que se trataba de un pedido irregular; sin embargo, durante el proceso se ha logrado acreditar que la señora efectúa los requerimientos en virtud a su función de coordinadora del cumplimiento de la Meta 39, referida al Programa de actividades físicas en espacios públicos. Su patrocinada ha referido que no es coordinadora de una sola meta, sino coordinadora de las metas de seguridad ciudadana, de cumplimiento de pago de papeletas, incluyendo la meta 39.
147. El Programa de coordinación, lo menciona en los requerimientos N°054, 055 y 056, donde señala que en cumplimiento de la meta 39, se requiere bienes, indicando las características, dando cumplimiento al artículo 13°. Fiscalías no menciona que norma se ha vulnerado; sin embargo, en el Decreto Legislativo 1017 se establece que las personas deben establecer cuáles son los lineamientos técnicos para que se pueda hacer conocer al área de Gerencia.
148. La imputación del Ministerio Público es que se habrían realizado lineamientos bajo fraccionamiento; sin embargo, en el Plan Anual de Contrataciones no se encuentran esas calidades, la coordinadora de cumplimiento de metas ha señalado que ella realizó un informe al 31 de diciembre de 2013, y que está recién aparece que se ha cumplido entre los meses de enero a febrero, donde se dice que ha cumplido, pero la entrega de dinero no llegó en ese momento, sino en los meses de mayo y junio, por un monto de S/.1'395,000.00 soles, en los meses de mayo-junio para que recién puedan saber si tenían disponibilidad presupuestaria para continuar realizando esas metas, entonces no se encontraba previsto en el Plan Anual. Cuando llega el dinero se comienzan a realizar las actividades tendientes del siguiente año, 2013, cuando su patrocinada refirió que en el año 2012 también se cumplieron con las metas, pero que el dinero llega al siguiente año, circunstancia que no ha sido vista en la investigación porque se pensaba que la señora era solo la encargada de Planeamiento y Presupuesto y como tal la irregularidad y el interés para solicitar algo que no le correspondía.
149. En el auto de enjuiciamiento se hace referencia a S/.60,000.00 y S/.40,000.00 soles y el señor procurador ha dicho que son S/.64,275.00 soles, lo cual difiere con el auto de enjuiciamiento y el daño extra patrimonial que lo habrían tasado según en la suma de S/.40,000.00. El Estado obtuvo como beneficio S/.1'395,000.00 soles por la realización de estas actividades para el Plan de incentivo y mejora de la gestión Municipal. Además, el Ministerio Público sostiene que todas se habrían realizado el 14 y 15 de noviembre de 2015; pero no menciona cuando se han pagado, lo cual aparece de la documental remitida por la Municipalidad Provincial de Chepén, que en los tres casos se habría pagado el 21 de noviembre de 2013.
150. El Ministerio Público también procesó a los proveedores; sin embargo, luego señaló que su conducta deviene en irrelevante porque solo se limitaron a vender sus productos, manteniéndose así dentro del riesgo

permitido. Tendría que haber contacto entre su patrocinada y los proveedores, pero la testigo Luperdi ha señalado que la conoce desde años anteriores porque sus hijos estudiaban juntos y vivía en Pacasmayo, y con más razón si no tramitaba ante la Municipalidad; respecto a Ysla Burgos, ha señalado que no lo conoce. Si no se logra acreditar el interés indebido, no se puede imputar dolo, porque no existe.

151. No hay fraccionamiento, pues el artículo 19° de la Ley de Contrataciones señala que debió haber modificación al Plan Anual de Contrataciones, lo cual no hubo; o tener conocimiento que había procesos anteriores, lo cual no ha sido imputado dentro de este procedimiento; por lo tanto, invoca que se absuelva a su patrocinada de la imputación fiscal.
152. En el caso de Mori Vera, se le imputa haber puesto el visto bueno en los documentos que consisten en los proveídos que se remitían cuando se efectuaban los requerimientos de la Sub Gerencia de Educación; sin embargo, de acuerdo a la declaración de éste, se hizo por el Aniversario de Chepén y el proceso de Navidad, actividades lícitas, por lo tanto cuando llegan los documentos a la Gerencia, le da trámite porque son a favor de la población; adicionalmente ha señalado que en su oficina trabajaban dos personas, él y su secretaria y que ingresaban miles de expedientes, lo cual se denota de los requerimientos efectuados, por ejemplo en el caso del requerimiento 150 tiene como número de expediente 4061, por lo que no era posible acercarse a todos los lugares que le efectuaban requerimientos porque también ha dicho que ingresaban los requerimientos de todas las áreas.
153. Fiscalía señala que debió haber cumplido un control debido; sin embargo, se tenía conocimiento que era para diferentes actividades; por lo tanto, no se encuentra probado el interés, no hay dolo; por lo que también sostiene una tesis absolutoria.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO VITAL CABRERA (Dr. Alegría)

154. Sostiene que a su patrocinado se le debe absolver, pues no se ha logrado probar que su actuar haya sido doloso, pues según declaración de Ysla Burgos y Luperdi Contreras, ninguno conoce a su patrocinado, nunca han tenido contacto. Se le imputa que ha actuado en contra de la Municipalidad por las órdenes de compra, sin embargo, estas devienen de un requerimiento previo que es el área usuaria, por lo que, como su patrocinado podía saber quiénes iban a ser los proveedores.
155. La meta era 39, pero la misma se lograba a través de distintas actividades, de espacios públicos, actividad turística de Chepén, campaña navideña. A su patrocinado, le llegaban los requerimientos de espacios públicos, lo cual tenía una fecha establecida, por lo que debía darle trámite y emitir órdenes de compra, si su patrocinado no hubiera dado trámite a dichas actividades no se hubieran podido realizar y en consecuencia la Municipalidad habría tenido perjuicio económico.
156. Respecto al fraccionamiento, la señora Ana Paredes Moral ha indicado que no podían proveer cuantas personas iban a participar en la actividad, había actividades nuevas. El Ministerio Público trata de probar que hubo fraccionamiento indebido, el cual no puede haber porque con antelación no se podía saber cuántos polos se necesitaban. No hay un accionar doloso de su patrocinado, para causar perjuicio económico a la Municipalidad Provincial de Chepén; por el contrario, recibió un monto de S/.1'395.000.00 soles por el cumplimiento de dicha meta, por lo que solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO VASQUEZ VARGAS (Dr. Erazo)

157. El Ministerio Público sostiene que su patrocinado habría fraccionado como área usuaria un pedido de polos y gorras; sin embargo, está acreditado que estas actividades fueron lícitas, al respecto Ana Paredes ha explicado que estas metas se tenían que cumplir. Se ha mencionado que habría fraccionamiento indebido; sin embargo, si no está aprobado en el Plan Anual no puede haber indebido fraccionamiento. Asimismo, se le imputa que el requerimiento y entrega de bienes se había hecho el mismo día, lo cual es falso; pues, por ejemplo, su patrocinado hace el requerimiento 141-2013 con fecha 12 de noviembre, no interviene por razón de su cargo en busca del proveedor, se da la orden de compra el día 13 y se le imputa haber recibido el mismo día, su patrocinado ha señalado que posiblemente en la pecaosa se ha consignado la fecha en que se hizo la orden de compra, pero lo recibió posteriormente.
158. Se trata de probar que se interesaron en contratar con los proveedores; sin embargo, no señala que se hizo el requerimiento el 12 de noviembre, pero el pago se efectúa el 21 de noviembre, igualmente se hace el requerimiento el 29 de noviembre y según la factura 001-0003 se emite el 3 de diciembre, pero el pago se

hace el 8 de enero de 2014, por lo que no se configura el interés, lo que puede haber son errores administrativos, pero no es pasible del delito de Negociación incompatible. A los proveedores se les imputó el delito, pero el Ministerio Público sobresee porque actuaron en su rol de vender a la Municipalidad.

159. No hay un interés directo, indirecto ni acto simulado, pues se ha acreditado que tenían RUC, la idoneidad de los bienes, están inscritos en el Registro Nacional de Proveedores; no se ha probado un nexo amical o de familiaridad con los proveedores; tampoco que haya tenido injerencia en la contrataron con los proveedores.
160. La casación 231-2017-Puno, indica que el solo quebrantamiento del deber institucional o el incumplimiento o desobediencia de normativa no constituye delito. Si supuestamente hubo errores administrativos, se tiene que acreditar el dolo, no solo la infracción de normas como fraccionamiento de un proceso para señalar que hay delito. No hay daño patrimonial porque los bienes se entregaron, tal como consta de las pecosas. No es dable enviar a la cárcel a una persona por un error administrativo, porque el derecho penal es de ultima ratio.

DEFENSA MATERIAL DE LOS ACUSADOS.

161. Los acusados no asistieron a la audiencia final, siendo representados por sus abogados defensores.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE

162. El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

D. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.⁷⁹

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustrate por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.⁸⁰

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”⁸¹

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido lo siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de

⁷⁹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

⁸⁰ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

⁸¹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...).⁸²

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.⁸³

E. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

f) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.⁸⁴ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.⁸⁵ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.⁸⁶

g) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.⁸⁷ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

⁸² Ejecutoria Suprema de fecha 26 de Marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

⁸³ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574- 575.

⁸⁴ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 566-567.

⁸⁵ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁸⁶ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 48.

⁸⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

h) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.⁸⁸

i) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.⁸⁹

j) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.⁹⁰ En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.⁹¹

F. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

⁸⁸ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 570-571.

⁸⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 572.

⁹⁰ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

⁹¹ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 573

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.⁹²

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

163. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158º del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
164. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. 5. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)”.⁹³
165. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

V. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Respecto de la imputación concreta

166. Fiscalía imputa a los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS Y ANA ELIZABETH PAREDES MORALES**, haberse interesado indebidamente en la contratación de proveedores, para cuyo efecto procedieron a fraccionar intencionalmente las compras de polos y gorras, con la finalidad de no superar las 3UT, y de esta forma evitar que se llevara

⁹² SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 577.

⁹³ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

a cabo un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, favoreciendo a Emerson Jonatan Ysla Burgos, Omar Miguel Marines Basilio y Pamela Luperdi Calderón.

167. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponde determinar si los acusados en calidad de autores **han realizado cada uno de los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal**, y si a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste.

Respecto de la calidad de Funcionario Público y el cargo que los acusados ostentaban en la Municipalidad Provincial de Chepén

168. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: **“Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)”**.
169. A efectos de acreditar la calidad de funcionarios públicos y el cargo que los acusados desempeñaban, tenemos que el acusado **José Eduardo Vásquez Vargas**, ha emitido el requerimiento N°0142-2013/SGECJD-MPCH, requerimiento N°0141-2013/SGECJD-MPCH, requerimiento N°149-2013/SGECJD-MPCH y requerimiento N° 0150-2013/SECJD-MPCH, en calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte de la Municipalidad Provincial de Chepén. Refiriendo en su declaración que *“En el año 2013, en la Municipalidad provincial de Chepén tenía el cargo de Subgerente de Educación, Cultura y Deporte, como área usuaria solicitaba la compra de algunos polos para actividades culturales y de deporte (...)”*.
170. La acusada **Ana Elizabeth Paredes Morales**, ha emitido el requerimiento N°054-2013-MPCH-GPP, requerimiento N°055-2013-MPCH-GPP, requerimiento N°056-2013-MPCH-GPP, en calidad de Gerente de Planeamiento y Presupuesto-Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios públicos de la Municipalidad Provincial de Chepén. Ha referido en juicio que *“En el año 2013 en la Municipalidad Provincial de Chepén se desempeñaba como Gerente de Planeamiento y Presupuestos, era coordinadora encargada de plan de incentivos, designada mediante resolución de alcaldía N° 118 -2013(...)”*.
171. El acusado **Juan Julio Mori Vera**, tenía el cargo de Gerente Municipal de la Comuna Provincial de Chepén, lo cual se acredita con los requerimientos dirigidos a su persona. Asimismo, ha referido que *“Trabajó en la Municipalidad de Chepén desde el 30 de enero del 2013 hasta el 30 de enero del 2014, ocupaba el cargo de Gerente Municipal (...)”*.
172. Por su parte, el acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, ha referido que *“Como encargado de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, tenía la función de atender requerimientos de las áreas usuarias, como Subgerente de abastecimiento, ver los procesos de selección, atendía los requerimientos, los cuales primero pasaban por Gerencia y luego se derivaban a su área, elaboraba estudio de mercado para atender los requerimientos luego se realizaban las órdenes, para obtener la certificación presupuestal”*.
173. Se ha probado que los acusados, en el mes de noviembre de 2013, trabajaban en la Municipalidad Provincial de Chepén; manteniendo vínculo laboral con la Municipalidad; por ende, en aplicación del artículo 425° del Código Penal, tienen la calidad de funcionarios públicos.

Respecto de la relación funcional de los acusados

174. La relación funcional del acusado **Juan Julio Mori Vera**, como Gerente Municipal de la Comuna Provincial de Chepén, se encuentra acreditado con lo establecido en el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Provincial de Chepén, que establece en el numeral 14. a) *Supervisar y evaluar la gestión administrativa financiera y económica de la Municipalidad, mediante el análisis de los estados financieros y el seguimiento de los planes municipales y la prestación de los servicios municipales y en su caso disponer y/o proponer las medidas correctivas.* h) *Supervisar la documentación que ingresa a Trámite Documentario y otros sistemas informativos de su competencia como herramienta de gestión municipal; asimismo supervisar que el personal a su cargo haga correcto uso de los mismos.*
175. Respecto al acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, el artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece *“Para los efectos de la aplicación de la Ley y el presente Reglamento están a cargo de las contrataciones los siguientes funcionarios y dependencias de la Entidad: 3. Órgano encargado de las contrataciones es aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del*

abastecimiento al interior de una Entidad. Y según el MOF, en el numeral 58. f) *Visar Contratos por Adquisiciones de Bienes y Servicios generados por la Subgerencia de Logística, Bienes Patrimoniales y maquinaria.*

176. Respecto a los acusados **José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales**, quienes emitieron los requerimientos como áreas usuarias, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 5, también señala 2. **Área usuaria** es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias (...). Asimismo, el segundo párrafo del artículo 13° de la Ley, al referirse al área usuaria, establece que: “Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado”.

Respecto de los requerimientos efectuados por los acusados Vásquez Vargas y Paredes Morales, y acreditación de los contratos sobre compra de bienes para la Municipalidad Provincial de Chepén

- **Respecto del acusado José Eduardo Vásquez Vargas**
177. **Requerimiento N°0142-2013-SGECJD/MPCH⁹⁴** de fecha 12 de noviembre de 2013. El acusado José Eduardo Vásquez Vargas, en calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte, se dirige a Juan Julio Mori Vera, para solicitar el requerimiento y aprobación de 1350 polos 30/01 algodón peinado con impresión pecho y espalda full color para las actividades programadas en el Marco de la celebración de las 54° Semana Turística de Chepén; solicitando se afecte al presupuesto del proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378, en dicho documento, parte inferior, obra el proveído de Gerencia Municipal, de fecha 13 de noviembre de 2013, indicando que pase a Sub Gerencia de Logística. Se emite la orden de compra-guía de internamiento N°1150⁹⁵ de fecha 13 de noviembre de 2013, por la cantidad de polos requeridos, por un monto de S/.10,530.00 soles, a favor de Emerson Yonatan Ysla Burgos, correspondiendo a la afectación de presupuesto, rubro 18, meta 132. Documento que cuenta con el visado de la Sub Gerencia de Logística, Gerencia Municipal, y Planificación y Presupuesto. Asimismo, obra la factura N°0001-0000125 por el monto de S/.10,530.00 soles y la guía de remisión N°0001 N°000093, ambas de fecha 15 de noviembre de 2013. No obstante, el pedido-comprobante de salida N°1150 es de fecha 13 de noviembre de 2013, firmada por el Jefe de Logística, Jefe de Almacén y del acusado Vásquez Vargas en señal de conformidad. La compra concluye con la emisión del respectivo comprobante de pago N°6250, de fecha 21 de noviembre de 2013, por el monto de S/.10,530.00 soles, a nombre de Ysla Burgos Emerson Jonatan.
178. **Requerimiento N°0141-2013/SGECJD-MPCH⁹⁶** de fecha 12 de noviembre de 2013, emitido por el acusado José Eduardo Vásquez Vargas, para solicitar el requerimiento y aprobación de 300 gorros profesionales en drill con bordado y estampado color azul 400 polos 20/01 algodón prima peinado con impresión full color para las actividades programadas en el Marco de la Celebración de las 54° Semana Turística de Chepén, solicitando se afecte al presupuesto del proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378, en el cual obra el proveído de Gerencia Municipal, de fecha 13 de noviembre de 2013, indicando que pase a Sub Gerencia de Logística. Emitiéndose la orden de compra-guía de internamiento N°1152, de fecha 13 de noviembre de 2013, por el monto de S/.10, 870.00 soles, obrando el visado del Su Gerente de Logística, Gerencia Municipal y de la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. La factura 0001-000117 y Guía de remisión- remitente, de fecha 12 de noviembre de 2013. El pedido-comprobante de pago N°1152 de fecha 13 de noviembre de 2013, firmada por el Sub Gerente de Logística, Jefe de Almacén y el acusado en señal de conformidad; además, del comprobante de pago N°6239, de fecha 20 de noviembre de 2013, a nombre de Ysla Burgos Emerson Jonatán por el monto de S/.10,870.00 soles.
179. **Requerimiento N°0149-2013/SGECJD-MPCH⁹⁷**, de fecha 29 de noviembre de 2013, dirigido a Mori Vera, mediante el cual le solicita el requerimiento y aprobación de la confección de 1350 polos de 30/1 algodón

⁹⁴ Folio 37

⁹⁵ Folio 39

⁹⁶ Folio 43

⁹⁷ Folio 82

peruano con impresión pecho y espalda full color, para las actividades programadas en la Campaña Navideña 2013, organizado para los niños de los clubes de madres de la provincia de Chepén, solicitando se afecte al presupuesto del proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones culturales y Deportivos en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378. Obrando el sello de proveído de Gerencia Municipal, de fecha 2 de diciembre de 2013, indicando que pase a Sub Gerencia de Logística. Se emite la orden de compra-guía de internamiento N°1216, de fecha 02 de diciembre de 2013 a favor de Pamela Luperdi Calderón, por el monto de S/.10,530.00 soles, obrando el sello de Sub Gerencia de Logística y Gerencia Municipal, precisándose afectación presupuestal al rubro 18, meta 132. Esta proveedora emitió la factura N°0001-000002 de fecha 03 de diciembre de 2012 y la guía de remisión 0001-N°000002, pertenecientes a Inversiones Namylad's. Con fecha 2 de diciembre de 2013, se expide el pedido-comprobante de salida por el monto de S/.10,530.00 soles, obrando la firma y sello del Sub Gerente de Logística, Jefe de Almacén y del acusado, dando la conformidad. Posteriormente, se emite el comprobante de pago N°289, de fecha 08 de enero de 2013, por el monto de S/.10,530.00 soles, apreciándose la firma de la persona identificada con DNI N°41623818, perteneciente a Witman Edinson Ysla Burgos

180. Requerimiento N°150-2013/SGECJD-MPCH, de fecha 29 de noviembre de 2013, dirigido a Juan Julio Mori Vera, solicitando el requerimiento y aprobación de la confección de 350 gorros de dril con bordado y estampado color blanco con diseño verde y 350 polos algodón pima peinado con impresión full color para las actividades programadas para la campaña navideña, solicitando se afecte al presupuesto del proyecto “Creación y gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378, contando con sello de proveído de Gerencia Municipal de fecha 2 de diciembre de 2013 indicando pase a la Sub Gerencia de Logística. La respectiva orden de compra-guía de internamiento N°1217 se emitió el 02 de diciembre de 2013, por el monto de S/.10,255.00 soles, a favor de Luperdi Calderón Pamela, obrando el sello de Sub Gerencia de Logística y Gerencia Municipal, afectándose al rubro 18, meta 132. La proveedora inversiones Namylad's emitió la factura 0001-N°000003 de fecha 03 de diciembre de 2013, por el monto de S/.10,255.00 soles y la guía de remisión 0001-N°000003. Emitiéndose el pedido-comprobante de salida N°1217 de fecha 2 de diciembre de 2013, por el monto de S/.10,255.00 soles, obrando el sello de Logística, Jefe de almacén y firma del acusado dando conformidad.

▪ **Respecto de la acusada Ana Elizabeth Paredes Morales**

181. Requerimiento N°054-2013-MPCH-GPP⁹⁸ de fecha 14 de noviembre de 2013, emitido por la acusada Ana Paredes Morales, en calidad de Gerente de Planeamiento y Presupuesto-Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos, dirigido a Juan Julio Mori Vera, señalándole que en cumplimiento de la meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos requiere 300 polos con cuello, logo adelante y estampado en la parte posterior, 300 gorros bordados en la parte delantera y estampado a los costados, para quienes participen en las diferentes fechas programadas en la mencionada meta; en el cual obra el sello de proveído de la Gerencia Municipal de fecha 14 de noviembre de 2013, disponiendo pase a Sub Gerencia de Logística. Emitiéndose la orden de compra-guía de internamiento N°1161, de fecha 14 de noviembre de 2013, por el monto de S/.8,790.00 soles, obrando el visado de la Sub Gerencia de Logística, Gerencia Municipal y Planeamiento y Presupuesto. Ha sido oralizada la factura N°001-000717 emitida por Seguridad Industrial S.A.C, de fecha 15 de noviembre de 2013 por el monto de S/.8,790.00 soles y el pedido-comprobante de salida N°161 de fecha 14 de noviembre de 2013 donde se aprecia la firma del Sub Gerente de Logística y el sello de la acusada en señal de conformidad. Asimismo, se emitió el respectivo comprobante de pago N°6243 de fecha 21 de noviembre de 2013, a nombre de M&B Seguridad Industrial S.A.C por el monto de S/.8,790.00 soles y el depósito de cheque por dicho monto.

182. Requerimiento N°055-2013-MPCH-GPP⁹⁹ de fecha 14 de noviembre de 2013, mediante el cual la acusada se dirige a Mori Vera señalándole que en cumplimiento de la meta 39: Programa de Actividades Física en Espacios Públicos se está requiriendo 1000 polos cuello redondo con estampado en la parte delantera y posterior; documental que cuenta con el sello de proveído de la Gerencia Municipal de fecha 14 de noviembre de 2013, indicando que pase a la Sub Gerencia de Logística. Emitiéndose la orden de compra-guía de

⁹⁸ Folio 51

⁹⁹ Folio 58

internamiento N°1160, de fecha 14 de noviembre de 2013, a nombre de M&B Seguridad Industrial S.A.C, la cual se encuentra visada por la Sub Gerencia de Logística, Gerencia Municipal y Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. Ante lo cual esta empresa emite la factura N°001 N°000719, de fecha 15 de noviembre de 2013 por el monto de S/.7,800.00 soles. El pedido- comprobante de salida de fecha 14 de noviembre de 2013, visada por el Sub Gerente de Logística, Jefe de Almacén y por la acusada en señal de conformidad de haber recibido dichos bienes. Procediendo a emitirse el comprobante de pago N°6244¹⁰⁰ de fecha 21 de noviembre de 2013, a nombre de M&B Seguridad Industrial S.A.C por el monto de S/.7,800.00 soles y su respectivo depósito.

183. **Requerimiento N°056-2013-MPCH-GPP**¹⁰¹ de fecha 15 de noviembre de 2013, mediante el cual la acusada requiere a Mori Vera, en cumplimiento de la meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos, 1000 gorros estampados para la clausura de dicho programa; el cual contiene el proveído de Gerencia Municipal de fecha 15 de noviembre de 2013. Se emitió la orden de compra-guía de internamiento N°1166, de fecha 15 de noviembre de 2013 a favor de M&B Seguridad Industrial S.A.C por el monto de S/.5,500.00 soles, contando con el visado de la Sub Gerencia de Logística, Gerencia Municipal y Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. Dicha empresa emitió la factura 001- N°000720 de fecha 15 de noviembre de 2013 por el monto de S/.5,500.00 soles, expidiéndose el pedido-comprobante de salida N°166 (la cual se encuentra ilegible, pero se logra apreciar el monto de S/.5,500.00 soles). Con fecha 21 de noviembre de 2013, se emite el comprobante de pago N°6642, por el monto de S/.5,500.00 soles a favor de la referida empresa, y el depósito.
184. Se ha probado, que, durante los días, 12, 14, 14, 15 y 19 de noviembre, la Municipalidad Provincial de Chepén ha realizado siete (07) contrataciones directas, con la finalidad de adquirir bienes relacionados con actividades públicas; según se ha podido advertir, contratando con los proveedores Emerson Jonatán Ysla Burgos, Pamela Luperdi Calderón y Omar Miguel Marines Basilio.

Respecto del interés indebido en provecho de terceros en la contratación de bienes

185. El Ministerio Público sostiene que se habría dado un interés indebido de parte de los acusados para favorecer a los proveedores, basándose en la existencia de un fraccionamiento. **Al respecto**, el artículo 3. 3.3 i) y 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Legislativo 29873, establecía lo siguiente:

Artículo 3. Ámbito de la ley.

(...)

3.3. La presente ley no es aplicable para:

(...)

i. Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias¹⁰², vigentes al momento de la transacción; lo cual no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Este supuesto no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catalogo de Convenios Marco, conforme a lo que establezca el reglamento.

Artículo 19°.- Prohibición de fraccionamiento

Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública (...). (Lo subrayado es nuestro)

186. El artículo 20° del reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 184-2008- EF, Modificado por el D. S N° 138-2012- EF establece:

¹⁰⁰ Folio 73

¹⁰¹ Folio 75

¹⁰² Según el Decreto Supremo N° 264-2012- EF, la UIT para el año 2013 era de S/ 3700.00 Soles.

Artículo 20° La prohibición de fraccionamiento a que hace referencia el artículo 19 de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo de proceso de contratación.

(...)

No se considera fraccionamiento cuando:

(...)

2. Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.

3. Se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso que concurran procesos de selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos bajo regímenes especiales. (Lo subrayado es nuestro).

187. Ahora, analizaremos cada una de las compras realizadas por los funcionarios de la Municipalidad, a efectos de establecer si ha existido fraccionamiento, de cara a establecer si los funcionarios han mostrado un interés indebido para favorecer a los proveedores Ysla Burgos, Luperdi Contreras y Marines Basilio:

188. **FRACCIONAMIENTO EN LOS REQUERIMIENTOS N°0142-2013-SGECJD/MPCH Y REQUERIMIENTO N°0141-2013/SGECJD-MPCH**

- a. En el primer requerimiento, el acusado Vásquez Vargas solicita la adquisición de 1350 polos y en el segundo requiere 300 gorros y 400 polos, tratándose de similares bienes o del mismo objeto contractual.
- b. El primer requerimiento por el monto de S/.10, 530.00 soles y el segundo por el monto de S/.10,870.00 soles, dando un monto total de S/. 21, 400.00 soles
- c. Ambos requerimientos fueron efectuados el 12 de noviembre de 2013
- d. Las órdenes de compra, donde obra el visado del Sub Gerente de Logística y Gerente Municipal, se expidieron el mismo 12 de noviembre de 2013.
- e. Los bienes fueron entregados el 12 de noviembre de 2013, según los comprobantes de salida.
- f. Los bienes que fueron adquiridos para el Proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones culturales y Deportivos en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378”. Asimismo, ambas se realizaron con afectación presupuestal al rubro 18 meta 132.
- g. El proveedor fue el mismo, Ysla Burgos Emerson Jonatan.

Conclusión: Esta judicatura llega a la convicción judicial que se ha fraccionado el monto total de S/.21,400.00 soles, en dos órdenes de compra, a efectos de no superar las 3UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/.11,100.00 soles, esto con la finalidad de evitar que se lleve a cabo un Proceso de selección de Menor Cuantía.

Asimismo, cabe precisar que según consulta RUC 10462026698¹⁰³ perteneciente a Ysla Burgos Emerson Jonatan, figura como actividades económicas, alimentos, bebidas y tabaco, servicios agrícolas, ganaderas y ventas may. de otros productos. No advirtiéndose que, Ysla Burgos, se dedique a la confección de polos y gorras, lo cual se corrobora con su declaración, pues ha referido que “En su negocio no se fabricaban ni polos ni gorros, esta mercadería lo mandaban a realizar, desde que mandaba a confeccionar los gorros y polos, demoraba un aproximado de 15 días para que le entreguen”. También se ha oralizado el poder fuera de registro¹⁰⁴ N°213973, otorgado por Emerson Jonatan Ysla Burgos, poder fuera de registro a favor de Witman Edinson Ysla Burgos, identificado con DNI N°41623818- número que aparece en ambos comprobantes de pago- para que se apersona ante las Oficinas de la Municipalidad Provincial de Chepén, a fin de efectuar todo tipo de gestiones y/o trámites administrativos, destinados a recoger el o los cheques que se encuentren a su nombre (...).

¹⁰³ Folio 46

¹⁰⁴ Folio 45

189. FRACCIONAMIENTO en los REQUERIMIENTOS N°0149-2013/SGECJD-MPCH Y REQUERIMIENTO N°150-2013/SGECJD-MPCH

- a. En el primer requerimiento, el acusado Vásquez Vargas, solicita la adquisición de 1350 polos y en el segundo requiere 350 gorros y 350 polos, tratándose de la compra de objetos similares.
- b. El primer requerimiento por el monto de S/.10, 530.00 soles y el segundo por el monto de S/.10, 255.00 soles, dando un monto total de S/. 20, 785.00 soles
- c. Ambos requerimientos fueron efectuados el 29 de noviembre de 2013.
- d. Las órdenes de compra, donde obra el visado del Sub Gerente de Logística y Gerente Municipal, se expidieron el 02 de diciembre de 2013.
- e. Los bienes fueron entregados el mismo 2 de diciembre de 2013, según los comprobantes de salida.
- f. Los bienes que fueron adquiridos para el Proyecto “Creación y Gestión de Turismo, Acciones culturales y Deportivos en la ciudad de Chepén, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 278378”. Asimismo, ambas se realizaron con afectación presupuestal al rubro 18 meta 132.
- g. La proveedora fue Inversiones Namyld’s de Luperdi Contreras Pamela.

Conclusión: Esta judicatura llega a convicción judicial que se ha fraccionado el monto total de S/.20, 785.00 soles, en dos órdenes de compra, a efectos de no superar las 3UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/.11,100.00 soles, esto con la finalidad de evitar llevarse a cabo un Proceso de selección de Menor Cuantía.

Asimismo, respecto de la proveedora Pamela Luperdi Calderón, según consulta RUC 10437530039¹⁰⁵ se señala como principal actividad venta por mayor de alimentos, bebidas, tabaco y de otros productos. En su declaración ha señalado “En el año 2013 tenía su empresa dedicada a la venta de bienes y servicios, brindaba todo lo requerido por la Municipalidad. La empresa se formó en el 2013, la empresa fue proveedora solo en el año 2013. No recuerda el aproximado de ventas que realizaba. Su persona era dueña y su esposo se encargaba de todo, su empresa no fabricaba polos. No recuerda el tiempo que demoraba entre mandar a confeccionar los polos y la entrega. No recuerda haber recepcionado la orden de compra 1216 de fecha 02 de diciembre del 2013, a folio 85. Todos los pedidos los mandaban a hacer, desconoce el tiempo de entrega de los gorros. (...) Ha suscrito comprobantes de pago, eran recepcionados por su esposo. Al haberle emitido carta notarial, el DNI 41623818 le corresponde a su esposo. Su esposo se llama Edinson Ysla Burgos”.

190. FRACCIONAMIENTO en los Requerimientos N°054-2013-MPCH-GPP, requerimiento N°055-2013-MPCH-GPP, Requerimiento N°056-2013-MPCH-GPP

- a. En el primer requerimiento, la acusada Paredes Morales solicita la adquisición de 300 polos y 300 gorras; en el segundo requiere 1000 polos, y en el tercero 100 gorros, tratándose de bienes de la misma especie.
- b. El primer requerimiento por el monto de S/.8, 790.00 soles, el segundo por el monto de S/.7, 800.00 soles, y el tercero por S/.5,500.00 soles, dando un monto total de S/. 22, 090.00 soles
- c. Los dos primeros requerimientos se efectuaron con fecha 14 de noviembre de 2013 y el tercero el 15 de noviembre de 2013, fechas sucesivas.
- d. Las órdenes de compra, donde obra el visado del Sub Gerente de Logística y Gerente Municipal, se expidieron el 14 de noviembre de 2013 y 15 de noviembre de 2013.
- e. Los bienes fueron entregados el mismo día en que se emitieron las órdenes de compra, 14 y 15 de noviembre de 2013.
- f. Los bienes que fueron adquiridos para el Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos, META 39

¹⁰⁵ Folio 84

g. El proveedor fue M&B Servicios Industriales S.A.C

Conclusión: Esta judicatura llega a la convicción judicial que se ha fraccionado el monto total de S/.20, 090.00 soles, en tres órdenes de compra, a efectos de no superar las 3UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/.11,100.00 soles, esto con la finalidad de evitar llevarse a cabo un Proceso de selección de Menor Cuantía.

Según se aprecia de las facturas emitidas por esta empresa M&B Servicios Industriales S.A.C, se dedica a la venta al por mayor y menor de equipos de seguridad industrial vial y ocupacional, y tiene domicilio en la ciudad de Lima; no está dedicada a la actividad comercial afín a los bienes comprados.

191. Para esta judicatura, se ha realizado de manera deliberada estos fraccionamientos, a efectos de evadir la realización de un proceso de selección y la correspondiente aplicación de la Ley de Contrataciones; pues se realizaron dos y hasta tres compras de los mismos o similares bienes, teniendo en cuenta que las compras por cada requerimiento no excedan las 3UIT (S/ 11,100.00).
192. Se puede inferir que los acusados se interesaron de manera directa e indebida, en provecho de tercero (proveedores), en la adquisición de bienes para las actividades públicas que realizó la Municipalidad Provincial de Chepén. Al respecto, en el Recurso de Nulidad N° 1328-2011, establece como un indicio fuerte del delito de Negociación Incompatible, *el infringir lo establecido en el artículo 19° de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N°1017) al permitir el fraccionamiento de un contrato*¹⁰⁶.
193. La doctrina ha señalado que el interesarse, desde una perspectiva del delito de Negociación Incompatible, implica una pretensión de parte, que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo; es decir, se avoca a una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son los de la administración pública.¹⁰⁷
194. Por otro lado, el artículo 19° del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que si “*Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.* Si se trataba de una necesidad extraordinaria e imprevisible, como también lo han referido los acusados que efectuaron los requerimientos, dicha necesidad debió haberse atendido en una sola contratación, no fraccionándolo como lo hicieron. Para esta judicatura, ha quedado acreditado los elementos objetivos del delito de negociación incompatible, y el rol funcional que cada uno de los acusados ha realizado en la compra directa, fraccionada, de los bienes adquiridos por la Municipalidad Provincial de Chepén.
195. En el caso del acusado **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA**, de acuerdo a Ley, es el funcionario encargado de las contrataciones, y si bien en su declaración ha referido que las cotizaciones y compras las realizaba otra persona, además de haber cumplido con su rol funcional; dicha versión solo es un argumento de defensa con lo que pretende eludir su responsabilidad penal; pues el acusado está a cargo del órgano encargado de realizar las cuestiones relativas a la gestión del abastecimiento al interior de la Municipalidad. No podría decirse que se trataría de una mera infracción administrativa, si tomamos en cuenta; por ejemplo, que el requerimiento N° 141-2013, se realiza el 12 de noviembre de 2013, pasa a Gerencia el 13 de noviembre; sin embargo, la factura N° 0001- 000117 y guía de Remisión N° 00001- 000089, tiene fecha 12 de noviembre de 2013; firmado por el encargado de almacén en dicha fecha. El razonamiento es muy simple; los 400 polos y 330 gorros que se compraron, ya se encontraban fabricados antes del requerimiento, y solamente se efectuó el requerimiento y trámite al interno de la Municipalidad para regularizar un contrato que ya se había efectuado antes de iniciar el proceso de compra.
196. Los acusados **JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS y ANA ELIZABETH PAREDES MORALES**, de acuerdo al artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, están a cargo de las contrataciones, y es la dependencia cuyas necesidades fueron atendidas con la contratación. Si bien quien realiza directamente la contratación es el área de logística; fueron los acusados quienes deliberadamente realizaron el requerimiento a la medida y con la única finalidad de evitar el proceso de selección de menor cuantía; del análisis de cada requerimiento, se puede advertir que dada la cantidad y características de los polos y gorros; no se podría haber confeccionado el mismo día, otros al día siguiente; pues se contrató ese mismo día y al día siguiente

¹⁰⁶ Recurso de Nulidad N° 1328-2011, del 9 de mayo de 2012. Sala Penal Permanente. Citado en Catillo Alva, José Luis. El delito de Negociación Incompatible.

¹⁰⁷ Expediente N° 00607-2017-0-1601-JR-PE02- Corte Superior de Justicia de La Libertad. Fundamento 49.

se entregó el producto; evidenciando que antes de cada requerimiento ya se conocía el precio de venta y quien era el proveedor de los bienes; por lo que su participación en la compra venta y el interés en favorecer a los proveedores ha sido en forma directa.

197. Respecto del acusado **JUAN JULIO MORI VERA**, en su condición de Gerente Municipal, dio trámite a los requerimientos, para luego visar las órdenes de compra- guía de internamiento; quien ha referido que su actuación se ha dado dentro de su rol, y debido a que no tenía personal necesario para revisar los documentos, es por ello que dio trámite a los requerimientos, sin poder advertir un probable fraccionamiento. Sin embargo, se aprecia un interés directo en favorecer a los proveedores, por citar un ejemplo: en el requerimiento N° 045 y 055-2013, ambos de fecha 14 de noviembre de 2013, ingresados a su despacho a las 11: 26 y el otro a las 11:27 (un minuto después) y proveído el mismo día. La orden de compra- guía de internamiento del requerimiento N° 045, por 300 polos y 300 gorras, tiene fecha 14 de noviembre. La orden de compra- guía de internamiento del requerimiento N° 55, por 1000 polos, tiene fecha 14 de noviembre de 2013. La compra era de polos y gorras al mismo proveedor. La pregunta es cómo no pudo haberse dado cuenta que se estaba comprando bienes del mismo objeto contractual y al mismo proveedor; evidenciando que tuvo interés directo en la compra venta; pues una de sus funciones, de acuerdo al MOF, numeral 14. a) *Supervisar y evaluar la gestión administrativa financiera y económica de la Municipalidad, mediante el análisis de los estados financieros y el seguimiento de los planes municipales y la prestación de los servicios municipales y en su caso disponer y/o proponer las medidas correctivas.* h) *Supervisar la documentación que ingresa a Trámite Documentario y otros sistemas informativos de su competencia como herramienta de gestión municipal; asimismo supervisar que el personal a su cargo haga correcto uso de los mismos.*

Respecto del elemento subjetivo del tipo

198. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: “*Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia*”¹⁰⁸.
199. Que, analizada la conducta externa de los acusados **José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales**, se aprecia que tenían conocimiento sobre cuál era el procedimiento regular para la adquisición de los bienes, que en razón a los montos correspondía realizarse un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía; es así que a efectos de evitar el proceso de contratación, emitieron requerimientos fraccionados para no superar el monto de las 3UIT.
200. Respecto del acusado **Juan Julio Mori Vera**, en su calidad de Gerente Municipal, a pesar de tener como función el seguimiento de los planes municipales y la Supervisar la documentación que ingresa a Trámite Documentario, procedió a dar trámite a los requerimientos de las aéreas usuarias, disponiendo que el requerimiento pase a la Sub Gerencia de Logística, y firmar las respectivas órdenes de compra.
201. Respecto al acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, en su calidad de Sub Gerente de Logística, órgano encargado de las contrataciones, procedió a efectuar todo el procedimiento para la adquisición de los bienes, visando la orden de compra y el comprobante de salida, evadiendo sus funciones de realizar el respectivo proceso de selección que correspondía, demostrando con ello su interés en favorecer a los proveedores, vulnerando el bien jurídico protegido por el tipo penal, imparcialidad en la adquisición de bienes para la Municipalidad Provincial de Chepén.

Otros argumentos de defensa de los acusados PAREDES MORALES y MORI VERA (Dr. Saldaña)

202. Uno de los argumentos centrales de la defensa, respecto de Paredes Morales, es que la compra no estaba prevista en el Plan Anual de Contrataciones, no tenía disponibilidad presupuestal, pero en cuanto llegó el dinero

¹⁰⁸ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

- se realizaron los requerimientos a fin de cumplir con la meta 39. **Al respecto.** El argumento de no contar con disponibilidad presupuestal, no ha quedado acreditado; y aun habiendo llegado el dinero después de que se había aprobado el Plan Anual de Contrataciones; los requerimientos solicitados debieron adecuarse a las exigencias de una *necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una contratación independiente.* Sin embargo, la acusada realizó tres requerimientos con el único propósito de evitar un proceso de menor cuantía.
203. También ha dicho la defensa que el Estado ha recibido beneficios por el cumplimiento de metas. **Al respecto,** nada de ello se ha probado. Pero aún ser cierto lo afirmado, ello no lo exime de responsabilidad penal, pues los beneficios que puedan recibir la Municipalidad, no enervan la responsabilidad penal, si se ha podido advertir que deliberadamente ha realizado requerimiento de compras fraccionadas; lesionando el bien jurídico imparcialidad en la contratación pública.
204. También ha dicho la defensa que el artículo 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, el fraccionamiento tiene que ver con la “modificación” del Plan Anual de Contrataciones, que en este caso no se ha dado. **Al respecto,** parecería que tendría que existir previamente un Plan Anual de Contrataciones y éste ser modificado, esa es la interpretación del señor Abogado Defensor. **Sin embargo,** la defensa no ha tenido en cuenta que el artículo 19° de la Ley fue modificado por Ley N° 29873, y en dicho artículo establece que “*Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública (...)*”. En ningún extremo de dicho dispositivo legal hace referencia a “modificar” el Plan Anual de Contrataciones. Lo que se busca con la prohibición del fraccionamiento, es que las compras mayores a 3 UIT se sometan a los procesos de selección previstos en la Ley contrataciones del Estado.
205. Respecto del acusado Mori Vera, ha dicho que los requerimientos corresponden a actividades diferentes: semana turística de Chepén, Navidad, y actividades físicas en espacios públicos. **Al respecto,** ello es correcto; sin embargo; es dentro de estas tres actividades que se ha fraccionado las compras, en dos y hasta tres requerimientos con la finalidad de dar lugar a contrataciones menores a 3 UIT y evitar el proceso de selección de menor cuantía.
206. También ha dicho que su patrocinado ha actuado dentro del principio de confianza. **Al respecto** “*El principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se presenta como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento de acuerdo a la Constitución, la ley y los reglamentos particulares de cada caso; ante tal situación se puede decir que, el ordenamiento jurídico “me autorizó o permitió” confiar en que así como yo cumplía con los parámetros de mi rol, los demás también los hacen*”.¹⁰⁹ Todos los ciudadanos como sujetos que se conducen de forma responsable, que actúan y participan en los diversos ámbitos de la cotidianidad social, confían en que el resto de sujetos participantes, van a comportarse de acuerdo a la norma de cuidado, salvo motivos que hagan pensar lo contrario (pues, no es legítimo hacer responder a uno por organizaciones defectuosas de ámbitos organizativos ajenos). Tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico, debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de este tipo de conductas¹¹⁰. El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho de ellos. Requiere de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, esta decae.¹¹¹ El principio de confianza se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales: a. En el tráfico automotor, b. En la realización de trabajo en equipo; c. En la solución de aquellos casos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero y d. En los problemas de la realización de riesgos. Este principio no es absoluto, la doctrina plantea su rechazo en los siguientes supuestos: (...) Cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero. Es decir, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba¹¹².

¹⁰⁹PELÁEZ JEJIA, José María. “CONFIGURACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO NEGATIVO DE TIPICIDAD OBJETIVA”. Revista Prolegómenos- Derechos y Valores. Pág. 31.

¹¹⁰ PEÑA CABRERA, Alonso....166-167

¹¹¹ GARCIA CAVERO, Percy....419

¹¹² PAREDES VARGAS, Cesar Augusto. Fundamento de la Imputacion Objetiva. Editores del Centro. Lima, 2017. P. 209-2010

207. El argumento de confianza, se enerva si tomamos en consideración que fue el Gerente Municipal quien emite el proveído y luego visa las órdenes de compra y guía de internamiento; por lo que el principio de confianza no es de recibo para el caso en concreto. En el recurso de Nulidad N° 300-2014, del 21 de mayo de 2014, se ha dicho que: “No se aplica el principio de confianza cuando, por ejemplo, un Gerente Municipal avala un contrato irregular, en vez de cuestionar la legalidad del mismo, dado que fueron realizados sin previo proceso de selección, conducta que quebranta su deber funcional y permite que se establezca pagos al funcionario contratado (...) que no se ajustan a los montos previstos en el expediente técnico o a base legal alguna”. En el caso del acusado Mori Vera, no resulta amparable la tesis del principio de confianza, puesto que, en su versión horizontal, el procesado, después del Alcalde es la máxima autoridad en la municipalidad y en su vertiente vertical, fue él quien visa y ordena el pago. El supuesto principio de confianza se enerva en el caso del acusado si tomamos en cuenta, por el ejemplo: en el requerimiento N° 045 y 055-2013, ambos de fecha 14 de noviembre de 2013, ingresados a su despacho a las 11:26 y el otro a las 11:27 (un minuto después) y proveído el mismo día. La orden de compra-guía de internamiento del requerimiento N° 045, por 300 polos y 300 gorras, tiene fecha 14 de noviembre. La orden de compra-guía de internamiento del requerimiento N° 55, por 1000 polos, tiene fecha 14 de noviembre de 2013. La compra era de polos y gorras al mismo proveedor. La pregunta es cómo no pudo haberse dado cuenta que se estaba comprando bienes del mismo objeto contractual y al mismo proveedor. No pude haber principio de confianza cuando existen deberes especiales de vigilancia y control de la conducta de terceros.

Argumentos de la defensa del acusado VITAL CABRERA. (Dr. Aguilar)

208. La densa ha indicado que su patrocinado ha cumplido con su rol funcional. **Al respecto.** Su rol funcional está delimitado por la Ley y el cumplimiento de ésta. Se ha podido acreditar, que como encargo de las contrataciones a cargo de la Municipalidad, ha realizado compras fraccionadas con el único propósito de favorecer a los proveedores; pudiendo haberse realizado un proceso de menor cuantía, con la concurrencia de otros postores, a menor precios y de productos de mejor calidad.
209. También ha dicho que no se ha causado perjuicio a la Municipalidad. **Al respecto,** lo que se protege en el delito de Negociación Incompatible no es el patrimonio del Estado, sino la imparcialidad en la contratación pública, la libre competencia y pluralidad de concurrencia de postores. No podemos soslayar que los bienes si fueron entregados a la Municipalidad, pero si se hubiera llevado un proceso de selección, se hubiera podido elegir una mejor oferta y de repente a un mejor precio.

Argumentos de defensa del acusado VASQUEZ VARGAS (Dr. Erazo)

210. Además de los mismos argumentos esgrimidos por los anteriores abogados, en relación a que las compras no estaban en la Plan Anual de Contrataciones y que no se ha probado el daño para la Entidad; cuestionamientos que ya ha sido desarrollado líneas arriba, la defensa también nos ha dicho que estaríamos ante una infracción administrativa y no una conducta dolosa. **Al respecto,** mientras que la configuración de la sanción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos. El ilícito penal importa no solo la realización de la conducta, sino también la realización de los elementos del tipo y en su momento se debe analizar la ausencia de causas de justificación y de culpabilidad. Los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de la norma. García – Cobián citado por Ingrid Castillo, sostiene que: “*el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta*”.¹¹³ Por otro lado, la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos e intereses son distintos. Para el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia del Perú, es posible la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional o de responsabilidad del funcionario público. Serán los elementos objetivos de delito de negociación

¹¹³ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 108-109.

incompatible (funcionario público, interés indebido, contrato u operación estatal, provecho de tercero), y los elementos subjetivos del tipo (dolo), la antijuricidad y culpabilidad de la conducta, la que no permitirá establecer que estamos un delito y no ante una infracción administrativa. Sin embargo, para el caso, ya se ha analizado que para los hechos si confluyen los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por lo que no se podría hablar de infracciones administrativas.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

211. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción que los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES Y JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, y que en mérito a su misma condición de funcionarios públicos, evidentemente conocían la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsa de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

212. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
213. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
214. La motivación de la sentencia deber abordar el procedimiento judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco del abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como confesión sincera, tentativa, concurso, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como los es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la comunidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva¹¹⁴.
215. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni**

¹¹⁴ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

- mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
216. En el caso concreto, se tiene que para los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES Y JOSÉ EDUARDO VASQUEZ VARGAS**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
217. Que, mediante Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2013; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los sujetos agentes, y el desarrollo que se hace en los siguientes considerandos, de imponerle una pena con carácter de suspendida.
218. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.¹¹⁵ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
219. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
220. **Para el caso concreto**, estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de TRES AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo de TRES AÑOS, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de inhabilitación

¹¹⁵ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

221. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
222. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”¹¹⁶. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.
- 117
223. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) no puede ser menor de seis ni mayor de diez años; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer la *Privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados, y la imposibilidad para obtener cargo, empleo o función de carácter público*; por el mismo plazo que la pena principal; es decir de **CUATRO AÑOS**.

Respecto de la pena de días multa.

224. Los días multa como pena, se encuentra regulado en el artículo 41° del Código Penal, que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijado en días multa. El importe del día- multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas o remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.
225. El tipo penal de Negociación Incompatible, también contempla como pena principal el pago de los días multa, entre los 180 hasta los 365. Por lo que tomando en consideración que se impuesto una pena dentro del tercio inferior, los días – multa deberá ser fijando también en esa proporción; es decir en 180 días multa.
226. Para **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/1,200.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/1,800.00 soles por días multa; que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
227. Para **JUAN JULIO MORI VERA**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 2, 000.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 3, 000.00 por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Penal.
228. Para **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/2, 500.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 3, 750.00, por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Penal.
229. Para **JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/1,600.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de

¹¹⁶ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

¹¹⁷ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

S/2,400.00, por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Penal.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

230. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
231. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.¹¹⁸
232. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.¹¹⁹
233. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).¹²⁰
234. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 100, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a las empresas proveedoras.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chepén.

¹¹⁸ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

¹¹⁹ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

¹²⁰ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

235. No puede soslayarse, que los bienes fueron entregados a las Municipalidad; por lo que no advierto un daño patrimonial, pero sí un daño extra patrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien jurídico imparcialidad en las contrataciones públicas. Por lo que al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario para los cuatro acusados, en la suma de S/.30,000.00 soles (TREINTA MIL NUEVOS SOLES), que será pagado en SEIS cuotas mensuales de S/ .5, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
236. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*¹²¹
237. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”*.¹²²

COSTAS

238. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados, se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerles el pago de las costas procesales

VI. PARTE RESOLUTIVA

239. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2º numeral 24) literal e), 138º y 139º numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11º, 12º, 23º 57º, 58º, 59º, 92º, 93º, **399º del Código Penal**, así como los artículos 393º, 394º, 395º, 396º, 398º del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

- I. **CONDENAR** a los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES y JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS** como **autores** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**,

¹²¹ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

¹²² Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES AÑOS**; bajo las siguientes reglas de conducta:

- e) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
- f) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
- g) No cometer nuevo delito doloso.
- h) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma solidaria, en la suma de S/. 30,000.00 soles; a ser cancelados en SEIS cuotas mensuales de S/ 5. 000.00 soles cada una, dentro del mes siguiente de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación y presentado en el despacho fiscal, a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- J. **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para los acusados **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA, JUAN JULIO MORI VERA, ANA ELIZABETH PAREDES MORALES y JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS**, consistente en la **privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el periodo de CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- K. **IMPONGO la PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 1, 200.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 1,800.00; que será pagado dentro de los días diez días siguientes de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- L. **IMPONGO la PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **JUAN JULIO MORI VERA**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 2, 000.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 3, 000.00; que será pagado dentro de los diez días siguientes de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- M. **IMPONGO la PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para la acusada **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 2, 500.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 3,750.00; que será pagado dentro de los diez días siguientes de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- N. **IMPONGO LA PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS**, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/ 2, 400.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 2400.00; que será pagado dentro de los diez días siguientes de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- O. **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **TREINTA MIL SOLES (S/ 30,000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que se cancelará de forma solidaria por los sentenciados, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- P. **NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- Q. **CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad

REMITASE el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.

- R. **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal. -

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covivorti

EXP. N° : 02006-2018- 85-1601- JR- PE- 08
ACUSADOS : SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO
NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ
LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR
CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ
YESICA LORENA SALAZAR ZA VALETA
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : ESTADO – PROCURADURÍA PÚBLICA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON GACIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTITRES

Trujillo, veintitrés de noviembre

Del año dos mil dieciocho.

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce, en el proceso seguido contra los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, en calidad de **autores**, y **YESICA LORENA SALAZAR ZA VALETA**, en calidad de **cómplice primario**, quienes concurren con la medida de comparecencia simple, acusados por el Ministerio Público por el delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, previsto en el artículo 384° primer párrafo del Código Penal (desvinculado al delito de **Negociación Incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal), en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

240. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales.

- a) **FISCAL: Dra. DAISY JULISSA LAZARO ACEVEDO**, Fiscal de la Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, con casilla electrónica N° 75114.
- b) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL - PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN: Dra. MARIA ELENA SOLIS MENDOZA**, con registro CALL N° 5405, con domicilio procesal en Calle San Martín de Porres N° 386 - 2 segundo piso Urbanización San Andrés 2 etapa, con casilla electrónica 53298.
- c) **DEFENSA DEL ACUSADO TOCTO ALVARADO: Dr. CESAR RODRIGUEZ ROJAS, CALL N°8146**, con domicilio procesal en Mz. A Prima Lote 37 – Urb. Covicorti, casilla electrónica N° 60761.
- d) **DEFENSA DE LOS ACUSADOS VILLAVERDE DE LA CRUZ, ANGULO AGUILAR y CRUZADO RODRIGUEZ: Dr. CARLOS ZARZOSA CAMPOS, CALL N°653**, casilla electrónica N° 42561, con domicilio procesal en Av. Juan Pablo Segundo Mz. E3 Lote 04 – San Andrés V Etapa.
- e) **DEFENSA DE LA ACUSADA SALAZAR ZAVALA: Dr. ELAR GUILLEN HUARCALLO, CALL N°6862**, con casilla electrónica N° 53359.
- f) **ACUSADO SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, DNI N° 17616131, nacido el 23.11.1971, de 46 años de edad, natural de Lambayeque, grado de instrucción secundaria completa, ocupación alcalde de Huaranchal, ingreso aproximado mensual de S/. 2,100.00 soles, hijo de Edilberto y Rebeca, con domicilio real en Calle San Martín S/N – Distrito de Huaranchal – Otuzco – La Libertad, con número de contacto 916321538.
- g) **ACUSADO NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ**, DNI N° 17998554, nacido el 01.11.1955, de 63 años de edad, natural de Pisco, estado civil viudo, grado de instrucción Superior, ocupación abogado, ingreso aproximado mensual de S/. 8,000.00, con domicilio real en Calle La Merced N° 191 – Laredo – Trujillo.
- h) **ACUSADO LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR**, DNI N° 40192982, nacido el 06.10.1978, de 40 años de edad, natural de Cuzco, estado civil casado con Aurora Molina Abanto, grado de instrucción superior, ocupación ingeniero civil en la actividad privada, ingreso aproximado mensual de S/. 8,500.00, hijo de Alejandro y Nancy, con domicilio real en Los Cocoteros N° 184 interior B2 Urb. El Golf.
- i) **ACUSADA CRECENCIA MELI CRUZADO RODRIGUEZ**, DNI N° 42114017, nacida el 14.09.1983, de 35 años de edad, natural de Huaranchal, estado civil soltera, grado de instrucción secundaria completa, no labora por el momento, hija de José y Eva, con domicilio real en Calle San Martín S/N – Huaranchal – Otuzco, con número de contacto 942103357.
- j) **ACUSADA YESICA LORENA SALAZAR ZAVALA**, DNI N° 41608927, nacida el 08.10.1981, de 37 años de edad, natural de Trujillo, casada con Richard Abanto Viterri, ocupación empresaria como persona natural, ingreso aproximado mensual de S/. 7,000.00 soles, hija de Juan y Margarita, con domicilio real en Av. Pablo Casals MZ. B Lt. 14 Urb. Los Cedros – Trujillo.

VII. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

Teoría del caso

2. Fiscalía sostiene como tesis inculpativa que durante la Licitación Pública N° 001-2011 MDH, de fecha 4 de julio del 2011, para la obra: “Ampliación y mejoramiento de agua potable y alcantarillado, en la localidad de Huaranchal – Otuzco- La libertad”, por un valor referencial de S/. 4'388 824.83 soles; el alcalde Segundo Edilberto Tocto Alvarado designó a Comité especial para llevar a cabo la adjudicación de la referida obra.
3. Con fecha 09 de agosto del 2011 el Comité especial conformado por los acusados **Néstor Gustavo Villaverde de la Cruz, Luis Ernesto Angulo Aguilar, Creencia Meli Cruzado Rodríguez**, fueron los encargados de

llevar a cabo el proceso de licitación pública y otorgaron la buena pro al “Consortio Libertad”, conformado por las empresas constructora LIBRA SAC y HOUSE BUSSINES EIRL, por la cantidad de S/. 4'805 305.19 soles; pese a que la cantidad superaba el precio base establecido en las bases como valor referencial. Así mismo, no existía asignación presupuestal correspondiente al monto por el cual se otorgó la Buena Pro, tal como era exigido en el artículo 76° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, Decreto Supremo N° 184-2008- EF.

Posteriormente a fin de dar legalidad al acto de otorgamiento de Buena Pro, el 15 de agosto del 2011, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Segundo Tocto Alvarado y al representante del “Consortio Libertad”, Jesica Lorena Salazar Zavaleta, acordaron la reducción de la propuesta económica presentada por la empresa del 110% al 100% del precio base, estableciéndose en la suma de S/. 4'388 824.83 soles. La celebración de la conciliación extrajudicial, que consta en un acta, se realizó con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, pese a que la reducción de la oferta económica se debió realizar en el mismo acto de la buena pro, teniendo en cuenta que fue un acto público.

4. Demostrara que, en la página electrónica del Ministerio de Economía y Finanzas, se advierte que la Municipalidad habría desembolsado para la ejecución de la obra antes mencionada durante los años 2010, 2011 y 2012 las sumas de S/. 36,744.00 soles, S/. 3' 245 150 soles y S/. 546,152.00 soles respectivamente, lo que hace un total de S/. 3' 828 046.00. Además, existen comprobantes de pago que se habían realizado a la empresa constructora Libra SAC, la cual es una empresa integrante del consorcio, a quien se entregó la Buena Pro; comprobantes con número 443, 444, 445 y 446 de fecha 15 de septiembre del 2011, por las sumas de S/. 876.072 soles, S/. 43, 888.25 soles, S/. 1' 667753.43 soles y S/. 87, 726.50 soles, también los comprobantes de pago 672 y 673, de fecha 03 de noviembre del 2011, por la suma de S/. 234, 987.01 soles y S/. 12, 367.64 soles, y los comprobantes de pago 1142 y 1143 por la suma de S/. 10, 972.00 soles y S/. 208, 469.06 soles de fecha 05 de enero del 2012.
5. Probará que el 22 de noviembre del 2011, un representante de la fiscalía especializada en corrupción de funcionarios, conjuntamente con miembros de la policía nacional, se constituyeron al local de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, así como a la mencionada obra, en donde se pudo apreciar que la obra no había sido entregada y que se aún se estaba ejecutando; además, que la laguna de oxidación no estaba operativa.

Imputación penal

Respecto a la imputación a Segundo Edilberto Tocto Alvarado. En calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, el día 15 de agosto del 2011, con el representante del “Consortio Libertad”, Yesica Lorena Salazar, ha celebrado una acta de conciliación extrajudicial, a efecto de tratar de dar legalidad de la buena pro y de eludir el favorecimiento indebido en el otorgamiento de la buena pro, realizado por el Comité de selección; donde acordaron la reducción de la propuesta económica del 110% al 100% del precio base establecido; es decir, por la suma de S/. 4, 388.000.00 soles, pese a que esta reducción se debió realizar en el mismo acto de valorización de las propuestas y no posterior a ello. **Respecto de los acusados Villaverde de la Cruz, Luis Ricardo Angulo Aguilar y Crecencia Meli Cruzado Rodríguez.** Se les imputa el hecho de que, en calidad de miembros del Comité especial, otorgaron la Buena Pro de la empresa “Consortio Libertad”, favoreciéndole indebidamente, pese a que ésta presentó propuesta superior al valor referencial y el haber otorgado la Buena Pro con la propuesta económica sin haber consultado si existía disponibilidad presupuestal para el otorgamiento; además, que la oferta superior al valor referencial no había sido aprobada por el titular de la Entidad.

Respecto a la participación de Yesica Lorena Salazar Zavaleta. Se le imputa que, como representante legal del consorcio libertad y como participante tenía conocimiento que su propuesta económica no debería exceder el valor referencial, según las bases administrativas y era consciente que no se le debía otorgar la Buena Pro por una propuesta económica que superaba el valor referencial; además la contratista conocía que la ley de contrataciones prohibía que la conciliación respecto del valor referencial, pues tenía que hacerse dentro del acto público más no posteriormente y luego de otorgado la Buena Pro. La ley misma establece que es dentro del proceso de selección, antes de otorgada la buena pro. Además, el hecho haber celebrado el 15 de agosto del 2011 conjuntamente con el alcalde de la municipalidad distrital de Huaranchal, la reducción del valor referencial, posterior al otorgamiento de la Buena Pro.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y TÍTULO DE IMPUTACIÓN

6. Los hechos han sido calificados por el representante del Ministerio Público, en el tipo penal Genérico **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, atribuyendo a los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, en calidad de **autores**, y **YESICA LORENA SALAZAR ZAVALETA**, en calidad de **cómplice primario**. Delito tipificado en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, que a la fecha de los hechos estipulaba lo siguiente: **Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29758**, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 384° . - Colusión

“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 concierta 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.

PRETENSION PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

7. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, la representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR, CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ y YESICA LORENA SALAZAR ZAVALETA**, la pena de **TRES AÑOS, ONCE MESES y VEINTINUEVE DIAS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD**, e inhabilitación para los autores por el mismo plazo que la condena principal, para ejercer función, cargo o comisión que ejerzan, así como para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

8. En el juicio oral acreditará la responsabilidad civil de los acusados, quienes se han desempeñado como alcalde de la municipalidad distrital de Huaranchal, así como funcionarios que se desempeñaron como integrantes del Comité especial y además de la representante del consorcio libertad, quienes intervinieron en la Licitación Pública N° 001- 2011- MDH, relacionada a la obra de ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable de la localidad de Huaranchal. Acreditará la existencia del hecho antijurídico, el cual ha sido narrado y desarrollado por la fiscalía, acreditará el daño ocasionado al Estado, al correcto funcionamiento de la administración pública, la afectación a los principios relacionados con las contrataciones con el Estado. Acreditará la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño ocasionado y que los acusados han actuado de modo doloso. Solicita como reparación civil S/ 300,000.00 soles, monto que deberá de ser cancelado a favor del Estado, teniendo en consideración criterios, objetivos, subjetivos y sociales. Además, tenido en consideración que está relacionado con un servicio básico como es el agua y alcantarillado.

ALEGATOS DE LA DEFENSA DEL ACUSADO TOCTO ALVARADO (Dr. Rodríguez.)

9. La defensa indica que se ha hecho un ejercicio de imputación incorrecto y tendencioso respecto a la conducta de su patrocinado; demostrara que, según la ley de contrataciones para el Estado, vigente para el tiempo en el que sucedieron los hechos, para subir al sistema el concurso la OSCE pedía la certificación presupuestal, sin ella no se podía seguir con el proceso de adjudicación y no como lo señalado por el Ministerio Público, de que no se contaba, ya que es un requisito sin la cual el OSCE corta el proceso y automáticamente no se subían más datos al sistema.
10. Demostrará que la llamada concertación propia de la colusión que señala el Ministerio Público se entiende que es para perjudicar al Estado no para beneficiar, ello debido a que fiscalía considera que el hecho de haber

bajado del 110% al 100% el costo de la obra implica un acto colusorio; no siendo así, ya que cuando se llega a un acuerdo propio del contrato la propuesta económica que lanza la empresa es de S/ 4'805 305.19; sin embargo, al firmar el acuerdo conciliatorio, dado que no se contaba con la totalidad, se decide tanto en el municipio con la empresa bajar un 10% el costo a S/ 4' 388.804.83; es decir, el acuerdo colusorio que señala fiscalía no ha sido en ningún momento para perjudicar al Estado, al contrario se ha ahorrado el 10 %.

11. Se demostrará que todo incumplimiento de la ley de contrataciones del Estado no de por sí implica la comisión de un hecho delictivo. Demostrará que en ninguno de los casos se ha perjudicado a la Municipalidad. Demostrará que el Comité que otorga la buena pro es un Comité autónomo en sus decisiones y el alcalde no tiene ningún tipo de relación ni injerencia en la toma de decisiones; además, el Ministerio Público tiene que demostrar si ha existido algún tipo de injerencia del alcalde en el otorgamiento de la buena pro, como vínculo jurídico penal, si es que su patrocinado en su calidad de alcalde interfirió o acordó de alguna u otra manera un acto que puede beneficiar a la empresa y perjudicar a la municipalidad.

ALEGATOS DE LA DEFENSA DEL LOS ACUSADOS VILLAVERDE DE LA CRUZ, ANGULO AGUILAR y CRUZADO RODRÍGUEZ (Dr. Zarzosa)

12. La defensa indica que el Comité ha actuado conforme a sus atribuciones administrativas dentro de la municipalidad, no han efectuado ningún acto de colusión. La representante del Ministerio Público no ha hecho referencia a ningún acto de colusión, menos se ha referido a pruebas que sustente el hecho. Sus patrocinados se han limitado únicamente a hacer labores administrativas para la municipalidad, realizando el proceso de contratación y otorgando la Buena Pro de acuerdo a los lineamientos de OSCE y las normas administrativas. Asimismo, la Entidad pública no ha sufrido ningún detrimento económico con la acción, de tal manera que la conducta de sus patrocinados es neutra para el delito de colusión y de cualquier otro tipo de delito.

ALEGATOS DE DEFENSA DE LA ACUSADA SALAZAR ZAVALETA (Dr. Guillen)

13. La imputación de fiscalía que le hace a su patrocinada es el haber sido consciente de la irregularidad llevada a cabo por el Comité Especial, del día 09 de agosto del 2011. La imputación de fiscalía es de haber ofrecido el 110% del valor de la base imponible, esa acción conllevaría a haber actuado de manera ilegítima o irregular; sin embargo, la defensa demostrará que en el ejercicio legítimo de un derecho establecido en el artículo 76° de la ley de contrataciones del Estado, se establece que toda contratista podía ofrecer dos propuestas económicas al 110% o al 90%; por lo que no cabría el acto irregular señalado por fiscalía. Demostrará que su patrocinada ha actuado de acuerdo a un legítimo derecho regulado en el artículo 76°, como contratista o como postulante a la adquisición. Demostrará que la Entidad en vez de haber sido perjudicada, se ha beneficiado, porque se ha hecho una rebaja en beneficio de la Municipalidad. Además, su patrocinada desconocía si la Entidad del Estado tiene o no presupuesto, ya que su patrocinada recién conoce la licitación cuando sale a convocatoria pública. Postula por la absolución de su patrocinada.

NUEVA PRUEBA

14. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se le pregunto a los acusados si tenían nuevos probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No se ofreció.

Defensa del actor Civil Procuraduría: No se ofreció.

Defensa del acusado Tocto Alvarado: No ofreció.

La defensa de los acusados Villaverde de la Cruz, Angulo Aguilar y Cruzado Rodríguez. No fueron admitidos.

La defensa de la acusada Salazar Zavaleta. No ofreció.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

15. Declaración del acusado NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ.

A las preguntas formuladas por la representante del Ministerio Público.

En el año 2011 laboraba como abogado defensor, además trabajaba en diferentes sitios. Trabajó en la Municipalidad Distrital de Huaranchal, ocupó el cargo de asesor legal, procurador público y luego administrador de la municipalidad. Conformó el Comité de Selección, para llevar a cabo obra relacionada con el mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Huaranchal – Otuzco- La Libertad. Conformó el comité con el ingeniero Angulo Aguilar y Meli Cruzado. Tenía la función de llevar a cabo todo el procedimiento de la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro. Como miembro del comité elaboró documentos exigidos por la ley, elaboraron las bases. En el documento de las bases administrativas se precisó el valor referencial, no recuerda el monto. Las bases son formatos preestablecidos; es decir, que no desarrollan sino completan la información que están en los formatos que elabora el OSCE en su momento y están en el sistema. En las mismas bases se establece los límites mediante la cual puede un postor participar, y el límite máximo es 110% y mínimo 90 % del valor referencial. En las bases se estableció el valor referencial. Las bases elaboradas fueron colgadas en el sistema electrónico del SEACE, todo acto del Comité es público y entra en vigencia a partir de su publicación en el sistema.

Se le pone a la vista bases, las cuales no reconoce porque carece de su firma, no recuerda si las bases que se cuelgan llevaron firma. Se le pone a la vista las bases impresas del portal del SEACE, a folios 17-66, en donde da lectura el valor referencial por S/. 4' 388 824.83 soles. Refiere que para todo tipo de proceso de selección la Ley establece límites máximos y mínimos, cuando está fuera de sus límites se descalifica la propuesta, cuando se otorga la buena pro más allá del 100% se recurre a la consulta, la que tiene que hacerse con el presupuesto para determinar la existencia de la disponibilidad presupuestal, paralelamente el conocimiento del alcalde; en el proceso se efectuaron las consultas y se determinó que había la disponibilidad presupuestal correspondiente y la autorización pertinente para el otorgamiento de la buena pro. En ese sentido la buena pro se aprobó; sin embargo, se colocó al sistema una vez que se concluyó con el procedimiento. La consulta se solicitó en el momento de la audiencia, en el mismo acto cuando se realizó la evaluación de propuestas. Indica que ni la Oficina Contable ni la Municipalidad de Huaranchal funciona en Trujillo y la licitación se hizo en Huaranchal, por ello es que la consulta se hace por vía Telefónica. Lo antes referido ha sido superado en la nueva ley de contrataciones donde se da un plazo para poder absolver las consultas. Se comunicó que existía la disponibilidad presupuestal, se siguió con la documentación y se realizó la contratación correspondiente. No se dejó constancia de la consulta realizada. Se le pone a la vista el acta de buena pro, a folios 67-70, reconoce su firma solo en la última hoja, y se supone que cuando se firma el acta, se firman todas las hojas.

A las preguntas formuladas por el Actor Civil

A la licitación se presentó un solo postor, no recuerda quien fue el postor, pero recuerda que estaba representado por Richard Abanto Viteri. El proceso de licitación es un acto público, por lo que no puede recordar quienes estuvieron, pero si recuerda la presencia de los miembros del Comité y la Jueza.

La consulta del caso se hace inmediatamente, en la misma sesión. No está estipulado en ninguna disposición que tenga que dejarse constancia. Como miembro del Comité conoce que hubo una reducción del valor que fue otorgado, para poder permitir una mayor producción en obras. Desde que se otorga la buena pro hasta la reducción no recuerda cuanto tiempo transcurrió, ya no era necesario que el Comité se reúna. La Municipalidad negocia con la parte; es decir, que la Ley de contrataciones cuenta con un capítulo llamado solución de controversias. Dentro del plan de negociaciones con la empresa llegaron a una conciliación con la empresa, a efecto de poder reducir algunos costos de la obra y contar con mayor presupuesto. Su persona firmó la conciliación conjuntamente con el alcalde.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Tocto Alvarado. Dr. Rodríguez.

La Municipalidad se benefició casi con S/. 480,000.00 soles, la reducción al 110% al 100% es una conciliación, es un acto voluntario entre las partes que deciden reducir el monto originalmente otorgado para beneficiar a la Entidad. Para saber si existía disponibilidad presupuestaria era necesario internet, para verificar los datos; en Huaranchal no había internet. La oficina de contabilidad y presupuesto funcionaba en Trujillo, porque en Huaranchal no había internet apropiado. El Comité es absolutamente autónomo y las decisiones son de forma

autónomo, propias, las decisiones se toman de manera conjunta. La convocatoria es pública y rige a partir de su publicación en el SEACE, solo se presentó un postor.

El señor Edilberto Tocto nunca sugirió ninguna acción legal respecto a alguna controversia del acto. Con el alcalde solo se hizo la consulta de la propuesta, se dio la anuencia correspondiente y se concluyó el acto. El alcalde, en los procedimientos y la toma de decisiones, no podía participar porque no estaba en Huaranchal, y al ser un acto público no se conoce los postores que van a llegar al proceso. La convocatoria es pública y rige a partir de su publicación en el SECAE.

A las preguntas formuladas por el Dr. Guillen.

No hay posibilidad de que terceras personas conozcan si hay presupuesto, la contratista no podía tener conocimiento si existía o no presupuesto para la licitación. Cuando se hizo el proceso, su persona hace consulta a la oficina de contabilidad para que le determinen la existencia de los recursos necesarios para poder sustentar el pago, ya que no puede haber una buena pro si no hay disponibilidad presupuestal, una vez confirmada la existencia de los recursos se otorga la buena pro.

Su coprocesada no contó con documentos en donde haya podido verificar que la Entidad tenía presupuesto para la ejecución de la obra. Por querer mejorar las metas se invitó al postor para efecto de que apoye con reducción en el monto de la buena pro, fue plasmado en un acta de conciliación.

Cesó de sus funciones en el año 2012, al tomar conocimiento de una investigación solicitó reiteradamente las copias de autorización de disponibilidad presupuestal, consiguiendo las copias en el año 2017.

A las preguntas del Dr. Zarzosa.

Al proceso de selección solo se presentó como único postor el Consorcio Libertad. Solo conoció al representante del consorcio, el señor Abanto, en la fecha de la licitación, posteriormente a la conciliación conoció a la señora Lorena, con quienes nunca se ha puesto de acuerdo respecto a los precios y costos, ya que estos se encuentran establecidos en el expediente técnico y en el expediente no tienen participación.

Fiscalía:

Su actuación en el proceso de selección se rige en la Ley de Contrataciones, las bases y al reglamento de la Ley de contrataciones. Las bases administrativas que se publican es para poner al alcance de los participantes del proceso de selección.

16. Declaración del acusado SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO.

A las preguntas formuladas por la representante del Ministerio Público.

Conoce a Pedro Cabeza Cruzado, por temas políticos hay enemistad.

Fue alcalde en la Municipalidad Distrital de Huaranchal en tres periodos: 2011, 2014 y 2015- 2018; tenía funciones múltiples. Asumió el cargo en el 2011, no era un experto; designaba al Comité. En su gestión se realizó la obra ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable, en la localidad de Huaranchal; solo estaba para gestionar el dinero. Para la ejecución de la obra designó como miembros del Comité a Villaverde, Ricardo Angulo Aguilar y Cresencia Meli. Se contrató a Ricardo Angulo Aguilar para que haga el manejo externamente.

Se le otorgó la buena pro para la obra al Consorcio Libertad.

El Comité le comunicó sobre el otorgamiento de la buena pro. El presidente del Comité fue el Dr. Villaverde.

Se le pone a la vista el documento mediante el cual se le comunica el otorgamiento de la buena pro, folio 203; se le otorga la buena pro por un monto al 110 %, la buena pro fue por una aproximado de S/. 4' 000 0000; se le comunica sobre consultas de asignaciones presupuestarias, quién indicó que si había presupuesto.

En la obra hubo dinero del CANON, dinero que se especifica en que se podía gastar.

En el acta de conciliación, a folio 204-205, reconoce ser su firma, tiene fecha 15 de agosto, celebrada con el Gerente, representante de la empresa consorcio Libertad y su persona; fue materia de conciliación que del 110 % se baje al 100 %, se consignó en el acta que los presupuestos existían.

A las preguntas formuladas por el Actor Civil

El documento consistente en el acta de conciliación tiene fecha 15 de agosto, Jessica Lorena también firmó el mismo día. Respecto a la autenticación de firma de fecha 22 de agosto, indica que se dio porque en Huaranchal no hay Notario. El documento se hizo en la Municipalidad Distrital de Huaranchal y se trajo a Trujillo a autenticar.

A las preguntas formuladas por el Dr. Guillen.

No conoce la diferencia entre autenticar y realizar firmas.

La obra se saca a licitación cuando exista presupuestos, antes de que se haga pública la licitación los presupuestos son públicos, se cuelgan en la página. Si no se llegaba a un acuerdo con la empresa, se quedaba sin presupuestos, y se tenía que esperar al próximo año.

A las preguntas del Dr. Zarzosa.

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por su abogado defensor.

Al rebajar el monto no se causó perjuicio a la Municipalidad, porque quedó 400,000 soles aproximadamente para otras obras. Cuando se realizó la consulta al área de presupuesto, la municipalidad tenía como presupuesto un aproximado de 6' 500 000 soles, si existía presupuesto, se ejecutó dentro de plazos de ley, a la empresa no facilitó la documentación, por lo que demoró; después se han realizado más obras; dentro de ellas un pavimento, para la cual se tenía como requisito que esté operativa todas las redes de agua y desagüe; son reglas de juego que tiene el mismo gobierno.

17. Declaración de la acusada YESICA LORENA SALAZAR ZAVALITA.

A las preguntas del Dr. Guillen

Recuerda haber licitado una obra en la Municipalidad de Huaranchal en el año 2011, lo hizo como Consorcio. Tomó conocimiento de la licitación a través de la página del SEACE, toma conocimiento de la obra a partir del consentimiento de la buena pro, su empresa adjudicó al 110 %, no fue el monto final; luego se le pidió bajar la pretensión, negociando el monto al 100 %. Se aceptó porque se corría el riesgo de ir a un arbitraje; el acuerdo fue verbal luego un acto de conciliación. La buena pro fue el 09 de agosto y el 15 de agosto suscribe la conciliación para el 100 % y luego legalizó su firma. El descuento perjudicó a su persona y no a la Entidad.

Los demás sujetos procesales no formularon preguntas.

- 18.** Los acusados **LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR** y **CRECENCIA MELI CRUZADO RODRIGUEZ**, a quienes se le hizo conocer sus derechos, manifestaron su voluntad de no declarar en juicio.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

19. Declaración del testigo MANUEL DE JESÚS BABILONIA PINTO.

Al interrogatorio de la representante del Ministerio Público

Ingresó a trabajar en octubre del 2012 a la Municipalidad de Huaranchal, trabajaba como administrador, en el 2013 renunció y se reincorporó en el 2014, hasta la actualidad labora en la Municipalidad. Tuvo conocimiento de la obra ampliación de agua y desagüe de servicio de alcantarillado, cuando llegó la fiscal a la Municipalidad de Huaranchal, para hacer una inspección de la obra. No participó de la inspección realizada por fiscalía, solo lo acompañó a la administración. El fiscal se acercó a ver la documentación, su persona le mostró la documentación, no recuerda si hizo la entrega o no de la documentación. Emitió un acta, se le pone a la vista el acta, el cual reconoce haberlo firmado, en el que se advierte que indicó a fiscalía que toda la información referida estaba en la oficina de enlace, no entregó documentación. Desconoce si el fiscal fue a la oficina de enlace a pedir la documentación. Su centro de labores es en el mismo Huaranchal.

Se le pone a la vista los folios 127 y 128 del expediente e indica que el acta que está firmada por su persona, diligencia que termina en la oficina de enlace. En el año 2014 ejercía el cargo de Gerente Municipal. Conoce que la obra se ejecutó totalmente, se hizo la liquidación de obras. La obra fue puesta en funcionamiento para la población. Conoce que el desagüe tiene problemas a la actualidad.

Al interrogatorio formulado por procuraduría pública

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio formulado por Dr. Guillen

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio formulado por Dr. Rodríguez

No ha realizado visitas en la obra de agua y alcantarillado, solo conoce que se ha liquidado la obra, no ha visto el tramite documentario.

Cuando se reincorpora a la Municipalidad toma conocimiento de la diligencia.

En la actualidad labora en la Municipalidad de Huaranchal, indica que el año pasado se licitó una obra de pistas y veredas en Huaranchal, obra que ya ha sido culminada y se hizo la liquidación, obra licitada en el 2016, por lo que supone que la obra anterior tuvo que haberse saneado para poder continuarse con otra obra.

Esta colegiado desde el 2012 hasta la actualidad, dedicado al Derecho Municipal. Para que puedan tener presupuesto se tiene que cumplir con los requisitos establecidos por el MEF, uno de los requisitos para que se otorgue el presupuesto para pistas y veredas es que el agua y alcantarillado esté saneado.

Al conainterrogatorio formulado por Dr. Zarzosa

Conoció la obra ampliación y mejoramiento de servicios de agua, alcantarillado y desagüe del Distrito de Huaranchal, desconoce si existían problemas o no, en la actualidad la obra está debidamente ejecutada y ha sido reconocida por el MEF, otorgándose presupuesto para otra obra.

No recuerda quien es Alexander Beltrán Alvarado, no lo conoce. No ha emitido ningún documento sobre la licitación, solo facilitó la documentación a fiscalía. Cuando hace referencia a la obra, se refiere a la obra “Agua para todos”.

Toda obra se licita con certificación presupuestal, interviene la OCE como un ente veedor, verifica que todas las documentaciones que su suba al sistema cumpla con todos los requisitos. Conoce que la obra se dio primero al 110% y luego por motivos de presupuesto bajo al 100%; acto que no causó perjuicio al Estado. Es un proceso administrativo que es válido, a la fecha de los hechos era válido. Se evitó que la Municipalidad pague más.

Fiscalía:

Tenía conocimiento que no había presupuesto para cubrir el excedente, conoce que las empresas se reunían con la finalidad de bajar el costo.

20. **Declaración del testigo PEDRO JOEL CABEZA CRUZADO.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

En el año 2012 era gobernador del Distrito de Huaranchal, en el noviembre del 2011 al 2015, tenía la función de velar por la ciudadanía y velar por los bienes del Estado, que el dinero se invierta de la mejor manera. En su periodo tuvo conocimiento de una obra de alcantarillado y servicio de agua potable, conoce que la buena pro se le otorgó a la empresa “Consortio Libertad”. No conocía sobre el caso, denunció los hechos por lo mal que se estaba haciendo el trabajo, la denuncia la realizó a la policía anticorrupción. Los hechos que denunció fue que al haber pedido el expediente técnico el alcalde Edilberto Tocto Alvarado, por escrito, la gente le informó que la obra no se estaba ejecutando de la mejor manera.

Las obras se empezaron a realizar en las fechas de invierno, y por esa fecha las obras se caen, porque no era el tiempo adecuado, a pesar de tal advertencia se continuó con la obra.

Se levantó un acta insitu con la policía nacional y la jueza, porque la tubería se estaba colocando sin ninguna protección. Recuerda que, en tres oportunidades, pidió el expediente técnico por escrito y nunca se obtuvo respuesta.

La obra no fue culminada por el “Consortio Libertad”, nunca funcionó. Fue presidente del agua potable y un año anterior había realizado cambios de tuberías del agua, con el alcalde anterior se ejecutó, el alcalde dio materiales y el pueblo ejecutó; se adquirió terreno para el reservorio, y no se pudo concretar porque el alcalde no compró los materiales.

La constatación que hizo con la policía fue en el año 2012. La verificación se hizo antes de la denuncia.

Al interrogatorio formulado por procuraduría publica

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio formulado por el Dr. Guillen

Las dificultades se hicieron desde el inicio de la obra, al haberla hecho en mal tiempo, refiere que no necesita ser ingeniero para ver un derrumbe. No es ingeniero. No se le entregó ningún documento. No conoce si el otorgamiento de la buena pro ha sido de manera irregular. Cuando se acercaban a reclamar al alcalde, éste indicaba que existía carta fianza y que con ella se corregirá el problema.

Al conainterrogatorio formulado por el Dr. Zarzosa

Es agricultor, no tiene conocimientos técnicos, conoce a groso modo el procedimiento de contratación; es decir, a la ligera. No conoce cuantas etapas tiene el proceso de contratación. No conoce sobre el contrato ni la licitación.

Ha sido procesado, a partir de que denunció el hecho, por contaminación. Fue condenado por represalias del alcalde.

21. **Oralización de documentos:** Se oralizaron medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público; indicando que cada documental tiene el siguiente significado probatorio:

- a) **Documento impreso de la página del SEACE**, a folio 17, con el cual se acredita la convocatoria del proyecto de ampliación y mejoramiento de sistema de agua potable de Huaranchal, como procedimiento clásico N° 1 –licitación pública, la cual fue convocada por valor referencial de S/. 4' 388 824.83, informada el 31 de julio del 2011 a las 00:22 horas; acredita que el registro de participantes se realizó el 5 de julio del 2011 y culminó el 2 de agosto del 2011. El otorgamiento de la buena pro se llevó a cabo el 09 de agosto del 2011, y culminó el mismo día. El otorgamiento de la buena pro se otorgó en la parte final del documento. Se le otorgó la buena pro al “Consortio libertad”, el cual estuvo conformado por ser un consorcio por las empresas construcción Libra SAC y Haus Bussines EIRL.
- b) **Bases administrativas de la licitación N° 1-2011**, a folio 18-66, acredita con el folio 34, de las generalidades de la obra, que quien convoca es la Municipalidad Distrital de Huaranchal, por un valor referencial de S/. 4' 388 824.83 soles, se establece los mínimos y máximos del valor referencial, lo que permite el límite máximo de S/. 4' 388 827.31 soles. Acredita que no se podía otorgar la buena pro a la empresa “Consortio Libertad”, por un monto superior al valor referencial, porque no había presupuesto, y que la reducción se debió llevar antes del otorgamiento de la buena pro. Acredita que el expediente de contratación fue aprobado mediante resolución de alcaldía 51-2011, del 24 de junio del 2011, según folios 34 y 35.
- c) **Acta de otorgamiento de la buena pro**, a folio 67-70; acredita que la evaluación y propuestas del otorgamiento de la buena pro a la empresa Consortio Libertad SAC, el 09 de agosto del 2011 a las 9:00 am, participaron como Comité de selección Villaverde de la Cruz, Crecencia Cruzado y Aguilar, quienes otorgaron la buena pro. En el mismo acto se indica que se evalúa las propuestas técnicas, presentado por el único postor Constructora Libra SAC, además en el acta se indica que se cumplió con los requisitos mínimos técnicos y que evaluaron su propuesta técnica y económica, luego de evaluar la propuesta económica aún superando el valor referencial, se le otorgó la buena pro.
- d) **Acta de conciliación celebrada entre la Municipalidad de Huaranchal y el “Consortio Libertad”**, a folio 71 – 86; acredita que el acta fue realizada con posterioridad del otorgamiento de la buena pro, fue realizada por el alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal y la representante del Consortio Libertad Lorena Salazar Zavaleta, la conciliación para criterios de ejecución de la obra. Deja constancia que la oficina de contabilidad después de la revisión preliminar e ir por los ajustes presupuestales. El consorcio libertad acuerda rebajar la propuesta económica en merito a la deficiencia del presupuesto.
- e) **Estudio de posibilidades de mercado**, a folio 73, respecto de la obra metería del presente proceso, se indica el monto que ha alcanzado el valor de obra es de 4' 388. 824.83 soles, y se indica que no existe precios históricos en la entidad puesto que no hay obras con características similares y que utilizó precios históricos establecidos en el SEACE; en el cual no existen puestos históricos ya que no se ha presentado obras con iguales características. Acredita que el valor referencial de la obra es de S/. 4' 388. 824.83 soles, y para fijar el precio de valor referencial, la oficina encargada, logística o abastecimiento, indicó que no existían precios históricos por parte de la municipalidad ni tampoco en el SEACE, se fijó el monto a libre albedrío.

- f) **Acta fiscal de fecha 22 de noviembre del 2012**, suscrita por un representante de la fiscalía especializada en corrupción de funcionarios de la libertad y el abogado administrador de la Municipalidad Distrital de Huaranchal; acredita que el fiscal se constituyó a la Municipalidad Distrital de Huaranchal, a solicitar documentación referente a la obra, porque ya había existido requerimientos y a la fecha en que se apersonó fiscalía, aún no se había entregado la documentación.

Observaciones:

Procuraduría. Refiere que el acta de conciliación ha sido redactada el 15 de agosto del 2011; sin embargo, la certificación que obra en la parte inferior de la segunda hoja hace alusión que la firma que obra por la representa del consorcio se habría efectuado el día 22 de agosto del 2011.

Dr. Guillen. Respecto de las documentales 1, 2 y 3, no se puede verificar la inexistencia de un acuerdo colutorio respecto a su patrocinada y respecto al acta fiscal, acredita lo referido por el testigo Babilonia Pinto, quien refiere que los documentos requeridos se encontraban en otra oficina.

Dr. Rodríguez. De las bases, se habla de la asignación presupuestal. A pesar de la existencia la asignación presupuestal y la autorización, y la aceptación del consorcio para bajar los montos, ahorrándose un aproximado de 300,000.000 soles. El acta de conciliación es un tema que tiene que ver entre un acuerdo de la empresa y la municipalidad, para bajar el monto de la obra, siendo ello la finalidad de la conciliación. Del acta fiscal no representa ningún acto colutorio.

Dr. Zarzosa. De la Oralización de documentos y de la fundamentación probatoria de cada uno, se señala que en el tema de contrataciones con el Estado hay una contratación pública, por un monto determinado, pero no hace referencia a la conducencia probatoria por lo que se está acusando. No hace referencia a la actividad colusoria, ni perjuicios. Sobre las bases, es normal que se establezcan los mínimos y máximos, pero no acredita la conducencia probatoria para acreditar la buena pro. En el otorgamiento de la buena pro, indica que sirve para acreditar que se ha llevado a cabo la licitación. Los procesados llevados a cabo como la buen pro, hace referencia a la conformación del Comité; empero, no hace referencia de cómo se podría señalar como una prueba indiciaria, ni que esto haya servido para una colusión, no se refiere cual es el extremo de colusión. Del acta de conciliación extrajudicial, tiene el propósito de conciliar intereses del Estado, no hace referencia en donde está la colusión, ni cuál es el perjuicio.

- g) **Documentos impresos de la página electrónica del Ministerio de Economía y Finanzas, de la página consulta amigable**; a folios 89- 93, con la cual se acredita los gastos que habría realizado la municipalidad, con motivo de la obra en el 2010, acredita que en el 2010 existió un girado de 36,744.00 soles y el avance físico de la obra estaba al 10%. En el año 2011 se aprecia que se había girado para la ejecución la obra un monto, y se indica avance físico de la obra seguía en 100%. En el año 2012 también se aprecia de un monto girado para la obra de 546, 152.00 soles, pese a que en el 2011 la obra estaba completamente terminada. A folio 99 se precia un documento del Ministerio de Economía y Finanza, en donde indica que la obra es de S/. 4, 323 336.00 soles. Cuenta con el formato SNIF de la obra, con la que se acredita que el responsable de la unidad del proyecto fue Benites Vargas, asimismo también fue el responsable de la unidad ejecutora.
- h) **Informe policial**, de folio 102 a 113, acredita que durante las diligencias preliminares en la policía acudió el señor Cabeza Cruzado, presentando quejas de que la población no cuenta con el servicio de agua potable.
- i) **Carta F 920791651-2013**, a folio 114, mediante la cual se remite a la fiscalía sobre el número de cuenta de la municipalidad distrital de Huaranchal, la cual fue apertura del 10 de agosto del 2007.
- j) **Oficio 505-2013- ZR- Nro.- V- ST/CERTF., del 01 de febrero del 2013 y el documento adjunto de la inscripción de las sociedades anónimas**, acredita que la procesada Yesica Lorena Salazar Zavaleta, socia fundadora de la empresa constructora Libra SAC, empresa que formaba parte del Consorcio Libertad. Documento de inscripción de la empresa, a folios 10.
- k) **Acta fiscal de verificación**, a folio 127-128, emitida por el fiscal Jorge Linares Rebaza, suscrito por el Gerente Municipal Babilonia Pinto y la sub gerente de la planeación y presupuesto, de fecha 12.11.2014, acredita que se constituyeron a la oficina de enlace en la ciudad de Trujillo; en donde se le hizo entrega de parte de la documentación de la obra. Acredita que le entregaron documentación de la obra.

Observaciones:

Procuraduría. Sin observaciones.

Dr. Guillen. Refiere que el informe policial no puede ser considerado como medio probatorio, mientras que no se ha confrontado con otra documental más, tiene solo el carácter de orientador y no como prueba propiamente dicha. Del oficio de SUNARP deja constancia de que el aporte probatorio es solo para verificar la calidad legal de uno de los consorciados, y no del consorcio como tal. Se debe de tener en cuenta que la empresa que se viene vinculando es Consorcio Libertad más no consorcio libra SAC.

Dr. Rodríguez. Respecto al documento impreso de la página de Ministerio de Economía y Finanzas, se hace referencia a un depósito en el año 2012, a pesar de que en el 2011 se consignó que la obra ya se había terminado, considera que fiscalía trata de confundir; en el año 2011 a destiempo se ha pagado la diferencia, no siendo ilícito. Respecto a la documental siete, no encuentra ningún tipo de valor probatorio que fiscalía ha formulado en la acusación. La carta de documental 8, no guarda relación con lo que es materia de acusación, de igual manera la documental 09. La documental 10, no tiene ninguna relación con los hechos materia de acusación.

Dr. Zarzosa. La apertura de cuentas, acta de fiscalización y demás documentales oralizadas, documentos que la defensa considera que no tienen ninguna utilidad, conducencia con el tema de que se está probando, por lo que tendría que valorarse conforma la actividad probatoria, sin tener relevancia jurídica.

- l) Comprobante de pago 443, de fecha 15.09.2011,** a folio 130, emitido a la empresa Constructora Libra SAC, integrante de consorcio Libertad SAC, por concepto de 20% de adelanto directo para la obra, en merito a la licitación pública 1-2011.
- m) Comprobante de pago 444, de fecha 15.09.2011,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita el pago que se hizo por concepto de adelanto directo, para la ejecución de la obra.
- n) Comprobante de pago 445, de fecha 15.09.2011,** emitido a favor de la empresa constructora libra, acredita que se hizo un pago, por un concepto del 40% de adelanto de materiales.
- o) Comprobante de pago 446, de fecha 15.09.2011,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita que se pagó por concepto de 5% de tracción de adelanto a través de materiales.
- p) Comprobante de pago 672, de fecha 23.09.2011,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita que se pagó por concepto de primera valorización de la obra.
- q) Comprobante de pago 673, de fecha 03.11.2011,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita que se pagó por concepto de primera valorización de la obra.
- r) Comprobante de pago 1142, de fecha 05.01.2012,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita que se pagó por concepto de servicios empresariales, materiales en un contrato para la ejecución de la obra.
- s) Comprobante de pago 1143, de fecha 05.01.2012,** emitido a favor de la empresa constructora libra SAC, acredita que se pagó por concepto de una cuarta valorización para la ejecución de la obra materia del proceso.

Observaciones

Procuraduría. Sin observaciones

Dr. Guillen. Refiere que son pagos lícitos que se les hizo a la empresa, sobre adelanto directo, adelanto de materiales, pagos que están dentro del presupuesto.

Dr. Rodríguez. Parece que se quiere dar la impresión que fiscalía trata de indicar que se ha direccionado los pagos a una empresa totalmente diferente, pero la empresa consorcio libra es parte del consorcio libertad, lo pagos fueron producto de la ejecución de la obra. El consorcio no tiene personería jurídica, un consorcio es la unión de empresas para poder juntar los presupuestos para la ejecución de una obra; razón por la cual se elige a una de las empresas que la conforman para que se encargue de recepcionar los pagos.

Dr. Zarzosa. La defensa considera la existencia de supuestos de mala intención o el desconocimiento absoluto del movimiento empresarial. Se acredita que se han efectuado los pagos, por ello la empresa no está demandando a la municipalidad pagos, y en ninguno de los pagos se refiere a una empresa distinta que no represente al consorcio. Acredita que se ha producido un trabajo y que ambas partes están satisfechas. Considera que no tienen ninguna conducencia probatoria.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

22. No ofreció medios probatorios.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DEL ACUSADO VILLAVERDE DE LA CRUZ

23. **Declaración del testigo HILDEBRANDO MARTÍN BENITES VARGAS.**

Al interrogatorio formulado por Dr. Zarzosa

En la convocatoria no ha participado en ningún proceso, cuando se presentó el consorcio libertad su persona no formaba parte del Comité, era parte de la Municipalidad, pero de la comunidad formuladora, la cual no tenía nada que ver con los procesos. Solo estaba como encargo, no tenía la responsabilidad en la elaboración del proyecto; en la ejecución del proyecto no hizo nada más, solo ha sido funcionario.

Desconoce si los miembros del Comité con los representantes del Consorcio se pusieron de acuerdo para que les otorgue la obra.

Dr. Rodríguez

Es ingeniero civil, ejerce desde el 2001, ha laborado en la municipalidad de Huaranchal desde el año 2007 hasta el 2012, era parte de la Unidad Formuladora, la cual eleva los perfiles de inversión pública y hace los bancos de proyectos del SNIF. Su labor respecto al expediente de agua y alcantarillado de Huaranchal, solo aprobó en el 2010 el expediente técnico. La elaboración de costos lo hizo un consultor.

Dr. Guillen

Ninguna pregunta.

Fiscalía

Ninguna pregunta.

Procuraduría pública

Ninguna pregunta

24. **Declaración del testigo SANTOS PETRONILA BENITES VARGAS.**

La defensa oferente y los demás sujetos procesales no han formulado preguntas, debido a que al testigo informó que no conocía sobre los hechos.

25. **Oralización de documentos:** Se oralizaron medios probatorios documentales ofrecidos por la defensa de Villaverde de la Cruz, sobre los cuales sustentó su valor probatorio:

- a) **Acta de sesión de comité especial**, a folios 199, en donde se aprecia evaluación técnica, el apersonamiento de los miembros del Comité de Selección Pública, realizada conforme a las reglas de contratación con el Sector Público.
- b) **Copia del Oficio N° 02-2011- MDH**, a folio 203, en donde se informa sobre el ganador del proceso de selección y se requiere informe sobre disponibilidad presupuestal, acredita que el Consorcio Libertad, formado por Empresas Corporación Constructora Libra SAC y Bussines EIRL, ha sido seleccionado sin ningún tipo de irregularidades.
- c) **Acta de conciliación extrajudicial**, a folio 204, celebrado entre la Municipalidad Distrital de Huaranchal y el Consorcio Libertad, en el que se establece que el consorcio en forma libre y voluntaria, con la finalidad de conciliar los criterios y condiciones para la ejecución de la obra ampliación y mejoramiento de agua potable, alcantarillado de la localidad de Huaranchal, concilia de buenos términos. Con el acuerdo acredita que ha existido un consenso con la Municipalidad de manera transparente y publica sin vulnerar ninguna regla procesal.
- d) **Copias de reporte del OSCE**, la cual aparece en los formatos de la OSCE, la misma que acredita que se han hecho publicaciones y se ha cumplido con el cronograma para la ejecución de la obra.
- e) **Oficio N° 110 -2011**, a folio 181, acredita el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Libertad, por la suma de S/. 4' 805 335.19 soles; sin embargo, hace referencia al acto de conciliación, monto diferente, diferencia con la que se acredita que no ha existido ningún aprovechamiento irregular.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LA ACUSADA SALAZAR ZAVALETA.

26. **Oralización de documentos:** Se oralizaron medios probatorios documentales ofrecidos por la defensa de Salazar Zavaleta, sobre los cuales sustentó su valor probatorio:
- a) **Impresión de consulta del Sistema Electrónico del Contrataciones con el Estado**, a folios 144.
 - b) **Copia de las actas**, a folio 145, en donde se aprecia la propuesta económica presentada por el consorcio libertad.
 - c) **Copia simple de la carta fianza**, a folios 146, presentada por el consorcio libertad avalado por el Banco Continental, para la obra.
 - d) **Copia simple del acta de conciliación**, la misma que ya ha sido oralizadas.
 - e) **Oficio 110- 2011- MDH**, a folio 156, en donde Edilberto Tocto Alvarado comunica el otorgamiento de la buena pro, con fecha 16 de agosto del 2011, se establece el monto por el cual se otorgará la buena pro, representa la aptitud lícita del consorcio libertad.
 - f) **Contrato de ejecución de obra**, a folios 151 a 159, acredita la relación contractual.
 - g) **Copia de carta, de fecha 15 de abril del 2012**, a folios 160, recibida en la municipalidad, en donde se solicita la ampliación de plazo N° 1. El aporte probatorio es que se viene cuestionando a la fecha en la cual se hizo la verificación por parte de la denunciante, la obra no estaba determinada, sino que había una ampliación de plazo solicitada la Entidad.
 - h) **Carta N° 0001-2012**, de fecha 15 abril del 2012, folios 161, mediante la cual se informa que el consorcio solicita la ampliación de plazo debido a que en la ejecución de la obra se ha originado demoras no imputables a la contratista.
 - i) **Los comprobantes de pago**, los cuales ya han sido oralizadas por fiscalía.
 - j) **Copia del cheque 069570273**, acredita que a la fecha la municipalidad de Huaranchal sigue adeudando la ejecución de la obra.

Observaciones

Fiscalía. Respecto del oficio N° 110-2011, de fecha 16 de agosto del 2012 en donde el alcalde Edilberto Tocto Alvarado informa el otorgamiento de la buena pro, acredita que no existe en el documento fecha de recepción, por parte de la empresa, además de hace mención que el acta de conciliación extrajudicial, se ha realizado de fecha 15 de agosto, cuando el representante de la conciliación había suscrito la conciliación el 22 de agosto. Respecto del contrato de licitación de obra pública a suma alzada, fue realizado en fecha 8 de setiembre de 2011.

27. **La defensa del acusado ANGULO AGUILAR**, ofreció medio probatorios documentales, indicando que como han sido oralizadas por fiscalía y a la defensa técnica de los coprocesados, siendo los mismos ya debatidos; no tiene mayores comentarios.
28. **La defensa del acusado TOCTO ALVARADO**, no ofreció medios probatorios; sin embargo, hicieron uso de su derecho al contrainterrogatorio de los testigos y a pronunciarse respecto de las documentales oralizadas.

DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL.

29. “El principio de correlación entre acusación y sentencia, exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal (...) el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. (...) el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá *sobrepasar* - aunque sí, degradar- el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria”.¹²³
30. “Como se sabe, el *objeto del proceso penal* –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorios –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción –referido a la actuación de las partes-. Ello no

¹²³ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; octavo fundamento jurídico; precedente vinculante.

quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el *objeto del debate*-. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate”.¹²⁴

31. **Facultades del Tribunal de Juzgamiento:** el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato siempre que no impliquen un cambio de tipificación- (...) “Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña”.¹²⁵
32. “Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: **nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes**”.¹²⁶
33. En atención a ello, en aplicación del artículo 374° primer párrafo del Código Procesal Penal, respecto del delito de Colusión, este juzgado advirtió a las partes la posibilidad de una tipificación de los hechos distinta a la postulada por el Ministerio Público, informándolo que los hechos podrían configurar el delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal. Sobre ello, se concedió la oportunidad a las partes, a efectos de que se pronuncien al respecto; sin observaciones al respecto, para lo cual se suspendió la audiencia a efectos de que sustente sus alegaciones finales.

Artículo 499.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. (Vigente a la fecha de los hechos)

“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”:

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

34. Se ha probado que los acusados Villaverde de la Cruz, Ricardo Angulo Aguilar, Cruzado Rodríguez, Tocto Alvarado, en calidad de autores, y Lorena Salazar Zavaleta en calidad de cómplice primario por el delito de negociación incompatible; los cuatro primeros tenían la calidad de funcionarios públicos, respecto a los tres primeros al haber sido designados por resolución de alcaldía para conformar el Comité especial, en mérito a lo establecido en el artículo 425°, numeral 6 del código penal y en el caso del acusado Tocto Alvarado también tenía dicha calidad, al ser el alcalde, en mérito al artículo 425, numeral 2 del Código Penal.
35. Respecto a la vinculación funcional de los funcionarios públicos con los actos por los cuales se les está procesando, intervinieron por razón de su cargo; es decir, Villaverde de la Cruz, Ricardo Angulo Aguilar, Cruzado Rodríguez, Tocto Alvarado, al ser designados como miembros del Comité especial tenían facultades

¹²⁴ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; noveno fundamento jurídico; precedente vinculante.

¹²⁵ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; segunda parte del décimo fundamento jurídico; precedente vinculante.

¹²⁶ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; primera parte del décimo segundo fundamento jurídico; precedente vinculante.

- y competencias para llevar a cabo el proceso de selección, en virtud a lo establecido, en el artículo 24, quinto párrafo de la ley de contrataciones, en el cual se establece que tendrá a su cargo la elaboración del proceso de selección, hasta que se otorgue de declaración de consentida. Asimismo, respecto del acusado Tocto Alvarado existe una vinculación funcional, al haber intervenido en el acto de una conciliación extrajudicial, en donde intervino la representante del consorcio libertad, al tener facultades y competencias como alcalde de la Municipalidad Distrital Huaranchal.
36. Respecto del elemento configurativo del tipo penal, el cual fue interesarse de manera indebida; la imputación es que los acusados Villaverde de la Cruz, Ricardo Angulo Aguilar, Cruzado Rodríguez, se interesaron de manera indebida y directa en el acto de otorgamiento de la buena pro al favor del Consorcio Libertad. Se acredita con el acto celebrado por los acusados, al haber otorgado la buena pro, sin haberse cumplido los requisitos establecidos en el artículo 33° de la Ley de contrataciones del Estado en concordancia con el artículo 76° del Reglamento, en donde se establece como requisito que en caso de otorgarse la buena pro por el monto que exceda del valor referencial, se debió de haber contado con la autorización del titular de la entidad y la disponibilidad de los recursos; además, se indica que se deberá contar con la asignación suficiente de créditos presupuestarios, salvo que el postor acepte reducir la propuesta del valor referencial, antes de haberse otorgado la buena pro. En la ley además se indica que el plazo para otorgar la buena pro no debe de exceder de 10 días; la rebaja se debió de haber utilizado antes de otorgar la buena pro.
 37. Se ha probado que los miembros del Comité de selección, conocían que el valor referencial ascendía a S/. 4' 388 824.83 y el conocimiento de los requisitos, ya que se encontraba estipulado en las bases, elaboradas por el mismo Comité de selección. Con ello se demuestra que se extralimitaron en sus funciones establecidas en Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento, para favorecer los intereses del Consorcio Libertad.
 38. El aporte realizado por Salazar Zavaleta al momento de llevarse a cabo el proceso de selección, en las bases se estipulaba el valor referencial. Las bases administrativas al iniciar la convocatoria son colgadas en la página del SEACE en donde se estipula los detalles; sin embargo, presentó su propuesta económica excediendo el valor referencial. El aporte que se le atribuye es que conociendo, no rebajó su propuesta económica antes del otorgamiento de la buena pro, no cumpliéndose con lo establecido en las bases administrativas y al haberlo realizado posteriormente en el acta de transacción extrajudicial, conducta que constituye un aporte esencial determinante en la conducta de los acusados, que conformaron el Comité especial para que estos se interesen de manera indebida en otorgarle la Buena Pro.
 39. El interés indebido de Tocto Alvarado, se manifiesta en la conciliación extrajudicial realizada el 15.08.2011, celebrado para la rebaja de la propuesta económica, ésta se realizó de manera unilateral, acreditado con el acta de conciliación que fue suscrito solo por el alcalde, manifestando el interés indebido para que sea ella quien continúe con el otorgamiento de la buena pro; del mismo se advierte que la representante del consorcio firmó el documento el 22.08.2011, con la autenticación de firma. Las consultas respecto de los créditos presupuestarios se realizaron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro. De la declaración de Tocto Alvarado, cuando se le preguntó respecto del acta de conciliación, indicó que fue firmada el 15.08.2012 conjuntamente con la representante del Consorcio, cuando del acta se desprende que fue autenticada el 22.08.2012. No se autenticaron la firma de ambos, y por experiencia para la autenticación cuando se autentica la firma, debería de aparecer dos firmas, lo que indica que no la firmo el 15 de agosto. Acredita el interés de Tocto Alvarado para que el consorcio ejecute la obra, debiendo haber declarado la nulidad.
 40. Otro de los indicios que acredita el interés indebido por parte de Tocto Alvarado, es el oficio 110-2011, emitido por el acusado, mediante el cual informa el otorgamiento de la buena pro. Acredita que sin haber firmado la acusada la conciliación, ya el 16 de agosto se le estaba poniendo de conocimiento de la buena pro, por el monto rebajado. Acredita además que Tocto Alvarado se ha extralimitado en sus funciones establecidas en la ley.
 41. El aporte esencial de Yesica Lorena Salazar, es que conocía las bases administrativas, el valor referencial para la ejecución de la obra, y por no haber reducido antes del otorgamiento de la buena pro, su conducta constituye un aporte esencial y determinante para que se interesen de manera indebida en otorgarle la buena pro.
 42. Respecto del elemento provecho de un tercero, el provecho es a favor del Consorcio Libertad, representada por la acusada, y haber otorgado la buena pro, sin haber tenido en cuenta los requisitos y sin haber optado por la rebaja de la propuesta económica.
 43. El delito de negociación incompatible, es un delito de peligro, no requiere de un perjuicio al Estado. El Comité puso en peligro los intereses del Estado al otorgar la Buena Pro por el valor superior, sin tener crédito presupuestario; el consorcio no iba a terminar la ejecución de la obra, surgiendo un potencial incumplimiento a la Municipalidad.

44. Los hechos se encuentran subsumidos dentro del artículo 399° del Código Penal, asimismo, el artículo 426° del Código Penal, vigente a la comisión de los hechos, establece que a la pena de inhabilitación es equivalente a la pena privativa de libertad; en virtud de ello, para los acusados Villaverde de la Cruz, Ricardo Angulo Aguilar, Cruzado Rodríguez, Tocto Alvarado en calidad de autores, y Lorena Salazar Zavaleta en calidad de cómplice primario, **SOLICITA LA PENA CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

- A) Se ha acreditado la existencia del hecho antijurídico, consistente en que los funcionarios de la Municipalidad de Huaranchal, se interesaron en favorecer al Consorcio Libertad, en el marco de la licitación pública N° 001-2011- MDH. Se acreditado que el alcalde se ha interesado en la licitación a favor del consorcio, al haber suscrito el acta de conciliación de fecha 15.08.2011. Se ha acreditado el daño al Estado en el correcto funcionamiento de la administración pública de manera precisa en lo que se refiere al deber de los funcionarios públicos en la realización de su labor. La afectación de delito es de naturaleza extra patrimonial, se ha acreditado el daño ocasionado al Estado y el actuar de modo doloso. Los hechos han sido acreditados con las declaraciones testimoniales, y las documentales, se ratifica en su pedido **de S/. 300,000.00 soles**, cancelados a favor del Estado, de forma solidaria.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO TOCTO ALVARADO (Dr. Rodríguez)

45. Refiere que su patrocinado en la fecha de los hechos se desempeñaba como alcalde de la Municipalidad de Huaranchal. Se le imputa el delito en razón a reducir la propuesta económica sobre el precio base, el 15.08.2011, además que la firma de la gerente del Consorcio ha sido del 22 de agosto. Se ha hecho mención que se ha cancelado dinero a la misma empresa en el año 2012 cuando a enero del 2011 había sido ejecutada al 100%, punto que no ha sido mencionado por fiscalía en los alegatos de clausura, razón por la que no realiza mayor análisis en éste extremo.
46. **Respecto de la reducción de la propuesta económica al precio base.** Considera que, con la testimonial de Cabeza Cruzado, quedó demostrado que dicho testigo había sido condenado por delitos de contaminación, debido a que el alcalde le inicio el proceso penal por un tema de enemistad, lo cual lleva a desacreditar al testigo; además, no cuenta con conocimientos, no genera algún grado de certeza la opinión de una persona que no conoce el tema. De la declaración de Babilonia Pinto, quien indica que es abogado, considerado un especialista en contrataciones del Estado, ha señalado que en la reducción no hay nada de ilegal, se hizo dentro del marco de la Ley y la municipalidad se ha visto beneficiada, con la reducción del monto, la Entidad ahorro.
47. Respecto de la irregularidad administrativa que señala fiscalía; en principio, cuando el gobierno central autoriza un apartida presupuestaria a una entidad y siendo la única empresa que se presentó, el Consorcio Libertad consideró que no era un monto suficiente, el monto que debería licitarse la obra es del 110 %. El Estado exige que la acreditación del presupuesto, porque el Estado te da solo el 100 %. De la versión del alcalde se tiene que había aproximadamente siete millones en las arcas de la entidad y había además otro tipo de dinero, aproximadamente 416,000.00 soles extra, dinero que servía para hacer otras cosas, motivo por el cual se negoció y se firmó el acta de conciliación en Huaranchal, en donde no hay Notario. Considera un procedimiento totalmente normal, en donde la representante de la empresa accede a perder el 10 %, y el alcalde necesitaba la legalización de la firma para evitar que más adelante la empresa cobre el 110%.
48. La violación de normas administrativas no trae como consecuencia una vulneración en el derecho penal y por ende la comisión de un delito de Negociación Incompatible. La Casación 841- 2015- Ayacucho, establece en su sumilla, los defectos administrativos que pueden ser subsanados carecen de responsabilidad penal.
49. Para poder subir al sistema se necesitaba contar con el presupuesto y con la autorización, sino hubiera sido rechazado de plano. Fiscalía tiene una deficiencia del manejo en la vida real de las contrataciones. En la misma Casación en el considerando trigésimo, se establece que la estructura típica del delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la acción, acarrearía otro delito.
50. El recurso de nulidad 253-2012 Piura, del 13.02.2013, refiere que el verbo rector del tipo penal implica comprometer, con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o en favor de otros; el alcalde no ha ganado nada y a favor de terceros, la empresa no ha ganado ha perdido. Concluye que no toda vulneración del derecho administrativo, implica un ilícito penal, más si es subsanable, en el presente caso se

subsanó, y además no existe el interés indebido el cual es un elemento del tipo penal, y no existir simplemente no existe el tipo objetivo; si no hay interés indebido no se puede hablar de delito. Solicita el archivamiento del proceso y la absolución de su defendido.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS VILLAVEDE DE LA CRUZ, ANGULO AGUILAR y CRUZADO RODRÍGUEZ (Dr. Zarzosa)

51. La defensa indica que la conducta de sus patrocinados no tiene ninguna característica que encuadre en el tipo de colusión, ni dentro del delito de negociación incompatible. Solicita la absolución de sus patrocinados, porque no basta que exista la acusación fiscal. La fiscalía ha indicado que sus patrocinados son autores por tener la condición de funcionario público, por integrar un Comité especial; lo cual es cierto y además se señala que se encuentran vinculados con los actos imputados, porque de manera indebida y sin requisitos legales se ha dado la Buena Pro, que excede de los montos. No hay elemento de prueba, que señale que la municipalidad no tenía pliego presupuestal para el monto ofertado. No hay elementos de prueba para señalar que se ha favorecido al Consorcio; más bien se ha dado una adenda para disminuir el monto ofertado.
52. Existe una diferencia entre un interés indebido y una extralimitación de sus funciones. No se ha acreditado el interés indebido de sus patrocinados como integrantes del Comité. La casación 231-2017 Puno, señala que el incumplimiento de las normas administrativas, o de normatividad vigente, que regula la administración pública, no constituye delito, debe ser considerada como criterio especial. Se ha podido advertir que sus patrocinados han realizado un trámite regular, sin contravenir las normas sobre contrataciones. No existe medio de prueba que acredite la culpabilidad de sus patrocinados. Solicita la absolución de los cargos.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LA ACUSADA SALAZAR ZAVALETA (Dr. Guillen)

53. El delito de negociación incompatible es de un peligro concreto, no se requiere la posibilidad de un perjuicio, no basta la posibilidad de un peligro. De las casaciones referidas, indica que la acción típica debe crear un riesgo inminente al Estado, si no existe tal riesgo no se podría sostener un delito de negociación incompatible; circunstancia que fiscalía no ha determinado o no ha indicado el riesgo que podría acarrear.
54. Se señala que el aporte esencial de su patrocinada se enfoca en tres puntos: el haber tenido conocimiento de la existencia de las bases administrativas, donde se estipulaba el valor referencial. Se debe de tener en cuenta que su patrocinada no ha realizado ninguna acción delictiva, por lo contrario, se encuentra en un ejercicio legítimo de derecho, porque en las bases del concurso se establecía que los postores podían postular ofertando un monto al 110 % de la obra. El hecho de que los funcionarios no hayan hecho el control de la norma excluye a su patrocinada de responsabilidades, ya que no estaba en las posibilidades de interferir en la calificación de aprobar al 110 % o realizar las provisiones que hace la norma; siendo así, no hay aporte esencial. Respecto al hecho de haber presentado su respuesta al valor referencial, no existe acción delictiva, ya que la norma le otorgaba facultades para ofertar al 110 %. Respecto al hecho de que la reducción se hizo después de la buena pro, refiere que la buena pro fue otorgada el 09 de agosto del 2011, es diferente la aprobación de la buena pro y otra cosa es que quede consentida. La buena pro fue aprobada al 09 de agosto, por lo tanto, ya se había determinado el interés indebido por parte de la Entidad, luego viene el interés de la entidad por negociar, para bajarlo al 100%. Respecto a la firma no existe regla expresa que indique que el documento debe ser con firma legalizada, el hecho de que se haya autenticado la firma después, no acredita nada, no se puede hablar del aporte esencial para la configuración del delito de negociación incompatible. Considera que la acción de su clienta ha sido de acuerdo a derecho.
55. Respecto a la pretensión del actor civil, se opone a dicho requerimiento por no haber fundamentado los criterios objetivos y subjetivos que se requieren para sustentar un daño. Al no haber delito, tampoco una pretensión económica. Solicita la absolución de su cliente.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO VILLAVERDE DE LA CRUZ

56. Refiere que de todo lo actuado no existe prueba que determine que no había disponibilidad presupuestal ni que el incremento del valor referencial no haya sido aprobado por el titular de la Entidad. Se le imputa el hecho

de haber otorgado la buena pro al 110% sin disponibilidad presupuestal, no existiendo documento que acredite que no había disponibilidad presupuestal. Sobre el hecho de que no existía autorización del alcalde, éste ha declarado que si había autorización; son informaciones que no están sustentadas con documento alguno. En una licitación pública se resolvía las consultas en el mismo acto, recién en el año 2017, se dispone la suspensión de la licitación para hacer la consulta pertinente. No se declaró la nulidad del proceso de selección, porque estaba en regla. A través de la conciliación, faculta al titular de la Entidad negociar cualquier tipo de proceso en ejecución de obras. En la fecha de los hechos las bases establecían, sobre el valor referencial, que todo postor que se presente a una licitación pública tenga parámetros, que son mínimo de 90 % y un máximo de 110 %, el que pasaba o bajaba era descalificado, situación prevista en la base, se ha cumplido con lo establecido en la ley. Solicita su absolución de los cargos imputados.

57. Los acusados Tocto Alvarado, Angulo Aguilar, Cruzado Rodríguez y Salazar Zavaleta, en la audiencia de alegatos fue representados por sus abogados defensores.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

58. Desarrollamos aquí aspectos fundamentales sobre el delito de Negociación Incompatible.

A. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. No es necesario que el funcionario tenga la plena potestad para decidir individualmente en negocio como funcionario: basta que concurra a forma la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación”.¹²⁷

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.¹²⁸

El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”.¹²⁹

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido lo siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de

¹²⁷ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

¹²⁸ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

¹²⁹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...).¹³⁰

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. De modo que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente público lesione el patrimonio del Estado infringiendo su deber de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública”.¹³¹

B. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

k) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.¹³² En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.¹³³ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.¹³⁴

l) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.¹³⁵ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un

¹³⁰ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

¹³¹ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574-575.

¹³² SALINA SICCHA, Ramiro. Ob Cit. Pág. 566-567.

¹³³ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹³⁴ REATEGUI SANCHEZ James, Ob. Cit. Pág. 48.

¹³⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569.

determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

m) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.¹³⁶

n) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco res relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.¹³⁷

o) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.¹³⁸ En el delito de negociación incompatible es condición sin quanon que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.¹³⁹

C. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

¹³⁶ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 570-571.

¹³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob Cit. Pág. 572.

¹³⁸ REATEGUI SANCHEZ James, Ob. Cit. Pág. 56.

¹³⁹ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob.Cit. Pág. 573

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.¹⁴⁰

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

59. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
60. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. 5. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)”.¹⁴¹
61. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2°, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14° inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8° inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

VIII. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Imputación concreta

62. De la acusación escrita y la teoría del caso fiscal, se le atribuye a los acusados **Villaverde de la Cruz, Angulo Aguilar y Cruzado Rodríguez**, que en calidad de miembros del Comité especial para la adjudicación de la obra: “*Ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Huaranchal*,

¹⁴⁰ Ibidem. Pág. 577.

¹⁴¹ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

- Distrito de Huaranchal- Otuzco- La Libertad*”, dentro de la Licitación Pública N° 001-2011- MDH, en la fase de selección; otorgaron la Buena Pro al “*Consortio Libertad*” favoreciéndole indebidamente, pese a que el Consortio presentó una propuesta superior al valor referencial de S/ 4, 388,824.83; otorgándole la Buena Pro por una propuesta económica al 110%, de S/ 4, 827,707.31; es decir al 10% más que el valor referencial, sin haberse determinado previamente si existía disponibilidad presupuestal en la Entidad, y sin que el titular de la Entidad haya aprobado el incremento del valor referencial.
63. Se atribuye a **Segundo Edilberto Tocto Alvarado**, que en calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal- Provincia de Otuzco, dentro del mismo proceso de selección, Licitación Pública N° 001-2011- MDH; haber mostrado un interés indebido en la contratación del “Consortio Libertad”. El alcalde ha participado en el acta de conciliación extrajudicial celebrado el 15 de agosto del 2011, con el representante del Consortio, Yesica Lorena Salazar, a efectos de darle legalidad a la Buena Pro y al favorecimiento indebido del otorgamiento de la Buena Pro, a cargo del Comité de selección; en dicha acta de conciliación acordaron la reducción la propuesta económica del 110% al 100% del precio base establecido; es decir, por la suma de S/. 4, 388.824.83 soles. Sin embargo, esta reducción se debió realizar en el mismo acto de evaluación de las propuestas a cargo del Comité y no por el Alcalde.
64. Se le atribuye a **Yesica Lorena Salazar Zavaleta**, representante legal del “Consortio Libertad”, quien participó en la Licitación Pública N° 001-1011- MDH; tenía conocimiento que su propuesta económica no debería exceder el valor referencial, según las bases administrativas y era consciente que no se le debía otorgar la Buena Pro por una propuesta económica que superaba el valor referencial; pues conocía que la ley de contrataciones prohibía que vía conciliación se reduzca el valor referencia, en cual tenía que hacerse dentro del acto público y en el acta de Buena Pro, no posteriormente y luego de otorgado la Buena Pro. De esta forma habría contribuido dolosamente al delito de Negociación Incompatible.
65. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponderá determinar si los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, en calidad de **autores**, han realizado los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en artículo 399° del Código Penal; y si la acusada **YESICA LORENA SALAZAR ZAVALETA**, en calidad de **cómplice primario**, ha contribuido dolosamente a la realización del delito de Negociación Incompatible; y si a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste. En estricta aplicación del principio acusatorio, corresponde demostrar si se ha probado la responsabilidad penal y civil de los acusados. **Respecto de Licitación Pública N° 001-2011-MDH – Primera Convocatoria- para la ejecución de la obra: “AMPLIACION Y MEJORMIENTO DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LOCALIDAD DE HUARANCHAL, DISTRITO DE HUARANCHAL – OTUZCO- LA LIBERTAD”.**
66. Se ha podido acreditar, y no ha sido materia de debate que, en el mes de junio de 2011, la Municipalidad Distrital de Huaranchal- Provincia de Otuzco- Departamento de La Libertad; realizó la convocatoria para la Licitación Pública N° 001-2011-MDH- Primera Convocatoria.
67. Según las Bases Integradas, el expediente de contratación fue aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 051-2011-MDH, el 24 de junio de 2011, para la obra: **AMPLIACION Y MEJORMIENTO DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LOCALIDAD DE HUARANCHAL, DISTRITO DE HUARANCHAL – OTUZCO- LA LIBERTAD”.**
68. Según el reporte impreso del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado- SEACE y de las propias bases integradas, se puede apreciar que la convocatoria se inicia el 04 de julio de 2011 y concluye el 09 de agosto de 2011, con el otorgamiento de la buena pro al “Consortio Libertad”, integrado por las empresas Libar SAC y HAUSE BUSSINES EIRL. La obra según el aludido documento tiene un valor referencial de S/ 4 388.824.83.
69. También se puede apreciar que el acta de Buena Pro fue informada y colgada en la página del SEACE, el 15 de agosto de 2011; informándose dos fechas de consentimiento de la Buena Pro, del 15 de agosto y el 02 de setiembre de 2011. Se tiene por acreditado el elemento descriptivo del tipo, contrato y operación por razón del cargo.

Respecto de la calidad de Funcionarios Públicos y relación funcional

70. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: **“1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. 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 (...) 6. Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades (...)”**.
71. Ha quedado acreditado que el acusado **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, a la fecha del proceso de Contratación Pública - Licitación N° 001-2011- MDH- tenía el cargo de Alcalde de La Municipalidad Distrital de Huaranchal- Otuzco; quien, según se advierte ha firmado el acta de conciliación, de fecha 15 de agosto de 2011, con el Consorcio Libertad y como jefe de la Entidad firmó el contrato de ejecución de obra, de fecha 08 de setiembre de 2011. Por ende, su condición de funcionario público y vínculo laboral especial con la Licitación Pública N° 001-2011- MDH, se encuentra debidamente acreditada.
72. También se ha podido acreditar que los acusados **NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, han participado como integrantes del Comité Especial, designados por el Alcalde Tocto Alvarado, quienes han estado a cargo de la Licitación Pública N° 001-2011-MDH – Primera Convocatoria- para la ejecución de la obra: “AMPLIACION Y MEJORMIENTO DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LOCALIDAD DE HUARANCHAL, DISTRITO DE HUARANCHAL – OTUZCO- LA LIBERTAD”. Según se aprecia del acta de otorgamiento de Buena Pro, de fecha 09 de agosto de 2011, a favor de “CONSORCIO LIBETAD”. Además, que conforme al artículo 24° de la Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones del Estado, el Comité Especial es el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Por ende, su condición de funcionarios públicos y su vínculo funcional especial con el proceso de selección en Licitación Pública N° 001-2011- MDH, se encuentra debidamente acreditada.

Respecto del interés indebido de los integrantes del Comité en otorgar la Buena Pro al “Consortio Libertad”.

73. Según las propias bases integradas (folios 18 a 66 del expediente), el estudio de posibilidades de mercado de fecha junio de 2011 (folios 73 del expediente) y de la impresión del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado- SEACE; se puede determinar que el valor referencia de la obra fue de S/ 4 388.824.83. El 90% del valor referencial es de S/ 3 949,942.35 y el 110% del valor referencial es de S/ 4 827,707.341.
74. Se ha determinado que con fecha nueve de agosto del año dos mil once, el Comité Especial, integrado por los acusados Néstor Gustavo Villaverde de la Cruz, Luis Ricardo Angulo Aguilar y Crecencia Meli Cruzado Rodríguez, otorgaron la Buena Pro al Consorcio Libertad, por un monto total de S/ 4 805,325.19 (110% del valor referencial), con un puntaje de oferta económica de 100 puntos.
75. El artículo 76° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado- D. S- 184-2008-EF,(en adelante RLCE) que regula el “*Otorgamiento de Buena Pro a propuestas que excedan el valor referencial*”, indica: “ ***En el caso previsto en el artículo 33¹⁴² de la Ley, para que el Comité Especial otorgue la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial en procesos de selección para ejecución de obras, hasta el límite máximo previsto en dicho artículo, se deberá contar con la asignación presupuestal suficiente de créditos presupuestarios y la aprobación del titular de la Entidad, salvo que el postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total acepte***

¹⁴² Artículo 33° del Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones con el Estado. “ En todos los procesos de selección sólo se consideran como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases.

Las propuestas que excedan el valor referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el Valor Referencial en más de diez por ciento (10%) del mismo.

El Reglamento de la presente norma señalará los límites inferiores en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el Valor Referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad y la disponibilidad necesaria de recursos.

reducir su oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial. En los procesos realizados en acto público, la aceptación deberá efectuarse en dicho acto; en los procesos en acto privado la aceptación constará por escrito. (...)”

76. Fiscalía indica que el Comité Especial no contaba con la certificación de disponibilidad necesaria de recursos y que tampoco ésta haya sido aprobada por el Alcalde como titular de la Entidad; supuestos necesarios a efectos de otorgar la Buena Pro con una propuesta económica de 110%. La defensa técnica y material han indicado que si existía los recursos y la disponibilidad; agregando el acusado Villaverde de la Cruz que, al no contar con el expediente de contratación, no se contaría con información idónea para que fiscalía sustente que no se cumplían con esos dos requisitos.
77. La norma permisiva para que el Comité Especial otorgue la Buena Pro, por un monto mayor al valor referencial exige, como se ha dicho dos requisitos: a) Aprobación del Titular de la Entidad y b) Disponibilidad necesaria de recursos. Si bien no se cuenta con el expediente de contratación; sin embargo, respecto de la disponibilidad de recursos, resulta relevante citar el Oficio N° 002-2011-MDH, de fecha 15 de agosto de 2011 (folios 203 del expediente), donde el Presidente del Comité, Néstor Villaverde de la Cruz, se dirige al Alcalde de Huaranchal, informándole sobre el ganador del proceso de selección y requiere informe sobre disponibilidad presupuestal, allí se indica. “ (...) **Por medio de la presente tengo a bien hacerle de su conocimiento que en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011- DE- MDH, (...) se ha otorgado la Buena Pro al CONSORCIO LIBERTAD (...) por la suma de S/ 4, 805,325.19 (...) luego de la consulta telefónica con su persona, supeditada al informe de disponibilidad presupuestal, sin embargo, no se consentirá la Buena Pro, en tanto no se otorgue la conformidad del mismo, previa verificación de la disponibilidad presupuestal; de no existir disponibilidad presupuestal, deberá de comunicarse a la Empresa a efectos de que de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones, rebaje su pretensión al 100% del Valor Referencial y con ello declarar consentida la Buena Pro, de no ocurrir ello, deberá declararse la Nulidad del proceso desde la etapa de Otorgamiento de la Buena Pro (...)”.**
78. El contenido del oficio aludido es más que elocuente que a la fecha 09 de agosto de 2011, en que se otorga la Buena Pro al Consorcio Libertad, el Comité Especial no tenía la certeza de la existencia de la disponibilidad presupuestal el monto otorgado (S/ 4 805,325.19), lo que me permite colegir también que el Titular de la Entidad (alcalde) no había aprobado el otorgamiento de la Buena Pro con una propuesta económica mayor al valor referencial; no obstante, el Comité procedió al otorgamiento de la Buena Pro.
79. La falta de disponibilidad necesaria de recursos, queda acreditado con la propia acta de conciliación celebrada entre el Alcalde Tocto Alvarado y la representante del Consorcio Libertad, Salazar Zavaleta, de fecha 15 de agosto de 2011; en dicha acta, en el punto 2 se deja anotado que: “**2. Que de acuerdo al Anexo que forma parte del Decreto Supremo N° 110-2011- EF, la habilitación de recursos a favor del pliego Municipal Distrital de Huaranchal asciende a Cuatro Millones Seiscientos Un Mil Dieciocho y 00/100 Nuevos Soles (S/ 4,601,018.00), en la fuente de financiamiento de recursos ordinarios, para la ejecución del proyecto (...)**”.
80. El aludido Decreto Supremo se publicó el **19 de junio de 2011**, en cuyo anexo se aprecia que para la obra aludida se le otorgó la suma de S/ 4, 601,018.00; es decir, desde antes que se convoque a Licitación Pública, se conocía que la obra no podía superar el valor referencial de S/ 4,388.824.83 o de S/ 4,601.018.00. Según palabras del propio acusado Villaverde de la Cruz, “*Para saber si existía disponibilidad presupuestaria era necesario internet, para verificar los datos; en Huaranchal no había internet. La oficina de contabilidad y presupuesto funcionaba en Trujillo, porque en Huaranchal no había internet apropiado*”. Entonces, como se explica que el Comité haya aprobado una propuesta económica por un monto superior. De donde sacaría la Municipalidad el saldo para completar la oferta aprobada por el Comité.
81. La defensa ha indicado que, si se contaba con disponibilidad, pues sino el proceso no hubiera prosperado y el OSCE le habría rechazado. Claro, no se cuestiona que no haya existido tal

- disponibilidad, la cual ya existía desde junio de 2011, pero ésta tenía un monto ((S/ 4,601,018.00); sin embargo, el Comité otorgó la Buena Pro por S/ 4,805.325.19.
82. Por otro lado, el 15 de agosto de 2011, fecha de la celebración del acta de conciliación; tiene relevancia en cuanto, al día siguiente, 16 de agosto de 2011, el Alcalde Edilberto Tocto Alvarado, mediante Oficio N° 110-2011-MDH, se dirige al Consorcio Libertad, informándole sobre el otorgamiento de la Buena Pro, por el monto de S/ 4, 388.824.83. En esa misma fecha se informa a OSCE el consentimiento de la Buena Pro.
83. Se puede apreciar que el Comité ha inobservado el artículo 72° del RLCE, que establece: **“El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los casos de selección. Sin embargo, tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en privado”**. Que, a tenor del artículo 76° del RLCE, en casos de reducción de oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial, por tratarse de una Licitación Pública, corresponde que la Buena Pro sea pública. La aceptación de reducción de la oferta debió haberse dado en dicho acto; pues según el acta, un representante del Consorcio estaba presente el día 09 de agosto de 2011. Sin embargo, no se hizo porque no se tenía claro la disponibilidad de recursos.
84. Por otro lado, el Comité ha procedido a consentir la Buena Pro, según el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, recién el 02 de setiembre de 2011. No obstante que, según el segundo párrafo del artículo 77° del RLCE, establece que: *“En caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento”*. Y toda reducción de la propuesta económica se realizará por el postor en el acto de otorgamiento de la Buena Pro, no después. Es más, el artículo 75° del RLCE, establece que: *“El otorgamiento de la Buena Pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha, oportunidad en que se le entregará a los postores copia del acta de otorgamiento de la Buena Pro (...)”*. Si como dice la defensa existía disponibilidad presupuestal, había un solo postor, el otorgamiento de la Buena Pro fue en acto público; además un representante del Consorcio Libertad estaba presente y firma el acta de Buena Pro, entonces por qué no lo consintió el mismo día, porque haber esperado hasta el 02 de setiembre de 2011. La respuesta es que el Comité no tenía certeza de que la Municipalidad cuente con el 110% de valor referencial ya aprobado.
85. Para esta judicatura, la conducta del Comité no puede ser solo un incumplimiento de normas administrativas establecidas en la Ley y el Reglamento, se aprecia que han mostrado un interés de parte para favorecer al Consorcio Libertad, otorgándole la Buena Pro, no solo por encima del valor referencial y sin justificación legal; sino que se le entregó al ejecución de la obra; ello ha generado un perjuicio concreto para la entidad Estatal, poniendo en grave riesgo el patrimonio de la Municipalidad. Pues *(...) el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo público es un delito de mera actividad y de peligro y, por tanto, se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. Este aspecto convierte en punible la conducta en análisis.*¹⁴³.

Respecto del interés indebido del Alcalde Segundo Edilberto Tocto Alvarado.

86. Ha quedado acreditado que el acusado Segundo Edilberto Tocto Alvarado, en calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, el 15 de agosto de 2011, ha suscrito el acta de conciliación, en representación de la Entidad con el Consorcio Libertad, representado por Yesica Lorena Salazar Zavaleta; respecto de la reducción del valor referencial, del 110% al 100%; donde se concilia que habiendo otorgado la Buena Pro por un valor de S/ 4,805,325.19; siendo el precio base de S/ 4,388.824.83, y que acuerdo al Decreto Supremo N° 110-2011-EF, en cuyo anexo se establece que

¹⁴³ Rojas Vargas Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

para la aludida obra, el Gobierno Central ha destinado el monto de S/ 4, 601,018.00; se concilia en que el monto de la obra se establezca en S/ 4,388.824.84, con una diferencia de S/ 416,500.36.

87. Como ya se ha dicho, toda reducción de la oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial, en las licitaciones deberá realizarse en acto público y en el mismo acto del otorgamiento de la buena pro; sin embargo, se evidencia que el alcalde ha realizado actos que son propios del Comité Especial. El Comité no había terminado el proceso de selección; quien por mandato del artículo 24° de la Ley y el artículo 31° del RLCE, es el llamado a realizar todos los actos necesarios para que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme. No le compete al alcalde inmiscuirse en asuntos propios de Comité.
88. Por otro lado, según el acta de conciliación, realizada en el Local de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, tiene fecha 15 de agosto de 2011; está suscrita por S. Edilberto Tocto Alvarado en calidad de Alcalde, se aprecia la firma y sello de Yesica Lorena Salazar Zavaleta, ésta ha sido autenticada el 22 de agosto de 2011, en la Notaría Vásquez Caspita. De ello se puede colegir que a la fecha 16 de agosto de 2011, fecha en que emite el oficio N° 110-2011- MDH, dirigido al Consorcio Libertad, aún la representante del Consorcio no había firmado el acta de conciliación; arribándose a la convicción que el acta de conciliación fue firmada, el 15 de agosto, solo por el alcalde, para agilizar el trámite del otorgamiento de la buena pro y ser colgada en la página del SEACE (se aprecia que fue colgada con fecha 15 de agosto de 2011).
89. Se puede advertir que, entre la fecha del otorgamiento de la Buena Pro, el 09 de agosto de 2011 y la fecha en que se declara consentida, 02 de setiembre de 2011; el alcalde Tocto Alvarado, celebró una conciliación que no estaba regulada por la Ley; aún no había contrato, por ende, toda intervención del Alcalde en el proceso de selección obedeció a un interés particular orientado a que se otorgue la Buena Pro al Consorcio Libertad.

Respecto del provecho de tercero y perjuicio a la Entidad.

90. De todo lo indicado, se advierte que el único beneficiado con el proceso de selección ha sido el Consorcio Libertad; quien al final fue beneficiada con el otorgamiento de la Buena Pro; quien no ha perdido el 10% como lo sostiene la defensa; pues el valor referencial siempre fue de S/ 4,388.824.83.
91. La defensa también ha cuestionado que no ha existido perjuicio. Sin embargo, según la jurisprudencia nacional, al referirse al delito de negociación incompatible indica que: “ (...) *En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumir el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto del contrato u operación en que ha intervenido por razón de su cargo*”¹⁴⁴: “*El contenido extra patrimonial de la conducta típica se corrobora aún más con la determinación de la consumación en dicho ilícito y que se configura con el solo hecho de interesarse indebidamente, siendo el provecho propio de tercero un elemento colateral*”¹⁴⁵ “*Por lo tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada*”.¹⁴⁶ “*Para la consumación del delito en hermenéutica jurídica, no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración*

¹⁴⁴ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

¹⁴⁵ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

¹⁴⁶ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

*pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventajas patrimoniales para el Estado.*¹⁴⁷

92. No obstante, los señalado por la jurisprudencia aludida, si bien se trata de un delito de peligro concreto, el perjuicio puede ser potencial, es decir que se haya mínimamente puesto en peligro los intereses de la Entidad, como ha ocurrido en el presente caso, otorgándole al valor referencial un monto adicional y sin justificación de S/ 416.500.36.
93. Por otro lado, el comportamiento del Comité y luego del Alcalde ha generado una dilación innecesaria en el plazo de la ejecución de la obra; pues según el cronograma de la Licitación Pública, el otorgamiento de la Buena Pro estaba programado para el día 09 de agosto de 2011, y que según el segundo párrafo del artículo 77° del RLCE, por haberse presentado *una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá en mismo día de la notificación de su otorgamiento*”; esto es el mismo 09 de agosto de 2011, pues según el acta de otorgamiento de Buena Pro, un representante del Consorcio Libertad estaba presente en dicho acto público y fue notificado; sin embargo, la Buena Pro es consentida recién el 02 de setiembre de 2011 y el contrato se firma el 08 de setiembre de 2011; es decir son 29 día de retraso en la ejecución de la obra, en perjuicio no solo de la Entidad, sino de la población de Huaranchal, que se ha visto perjudicada con la demora de la obra, máxime si se trata de una obra relacionada a satisfacer necesidades básicas (agua y alcantarillado).

Respecto del elemento subjetivo del tipo

94. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y ha quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*¹⁴⁸. Asimismo, para Ramón Ragúes y Valles, *“En el caso de la “prueba del conocimiento” la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las denominadas “reglas de experiencia” y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta. En consecuencia, la búsqueda de criterios para saber cuál es la decisión correcta en este ámbito no pasa por intentar evitar que el juez llegue a conclusiones opuestas a las reglas de experiencia, sino de ver, en cada caso, cuál es la solución que dichas reglas imponen como correcta”*.¹⁴⁹
95. Que, analizada la conducta externa de los acusados, se evidencia un comportamiento doloso en su afán de otorgar la Buena Pro al Consorcio Libertad; para ello no solo han infringido normas propias del ejercicio de sus funciones como integrantes del Comité y como Jefe de Entidad; sino normas de orden público previsto en la Ley y RLCE. Con dicho propósito intentaron favorecer a la Entidad con una oferta mayor al valor referencial, con una diferencia de S/ 416.500.00 soles. Se le otorgó la Buena Pro, sin sustento legal y para regularizar ante el OSCE, han tenido que recurrir a la conciliación, no permitida en esta etapa del proceso de selección, donde también ha participado el alcalde ejerciendo funciones propias del Comité.

Argumentos de defensa técnica de los acusados

96. La defensa de Tocto Alvarado y de los integrantes del Comité han señalado, que no todo incumplimiento o vulneración de normas administrativas es constitutivo del delito de Negociación Incompatible. **Al respecto.** Mientras que la configuración de la sanción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta

¹⁴⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

¹⁴⁸ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

¹⁴⁹ En “Consideraciones de la prueba del dolo”- REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004

descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos. El ilícito penal importa no solo la realización de la conducta, sino también la realización de los elementos del tipo y en su momento se debe analizar la ausencia de causas de justificación y de culpabilidad. Los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de la norma. García – Cobián citado por Ingrid Castillo, sostiene que: “*el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta*”.¹⁵⁰ Por otro lado, la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos e intereses son distintos. Para el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia del Perú, es posible la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional o de responsabilidad del funcionario público. Serán los elementos objetivos de delito de negociación incompatible (funcionario público, contrato u operación, interés indebido), y los elementos subjetivos del tipo (dolo), la antijuricidad y culpabilidad de la conducta, la que no permitirá establecer que estamos un delito y no ante una infracción administrativa.

97. Sin embargo, para el caso, ya se ha analizado que en los hechos atribuidos a los acusados si encontramos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por lo que no se podría hablar de infracciones administrativas.
98. También ha dicho la defensa que la firma del acta de conciliación sería una forma regularización administrativa, admitida en la Casación N° 841-2015. **Al respecto.** La aludida casación desarrolla el tema de regularización en función a aquellos procesos de contratación en situación de emergencia, conforme al artículo 20° de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, si fuera aplicable al caso, en el considerando “Décimo Octavo”, la misma Casación indica que: “**La regularización tiene efectos en el ámbito del derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerados regularizado, para lo cual se subsanaran los defectos administrativos de la misma**”. En el caso en concreto, la Ley y el RLCE, no ha previsto un plazo para que luego del otorgamiento de la Buena Pro en procesos de contratación en acto público (Licitación Pública), se pueda arribar a una conciliación para reducir la oferta económica. Por otro lado, la misma casación indica que: “**Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al procedimiento administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal (...)**”.
99. También ha referido la defensa que no existe perjuicio para la Entidad, que la Municipalidad se ha beneficiado en un 10% del valor de Buena Pro. **Al respecto.** El comportamiento del Comité y luego del Alcalde ha generado una dilación innecesaria en el plazo de la ejecución de la obra; pues según el cronograma de la Licitación Pública, el otorgamiento de la Buena Pro estaba programado para el día 09 de agosto de 2011, y que según el segundo párrafo del artículo 77° del RLCE, por haberse presentado *una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá en mismo día de la notificación de su otorgamiento*”; esto es el mismo 09 de agosto de 2011, pues según el acta de otorgamiento de Buena Pro, un representante del Consorcio Libertad estaba presente en dicho acto público y fue notificado; sin embargo, la Buena Pro es consentida recién el 02 de setiembre de 2011 y el contrato se firma recién el 08 de setiembre de 2011; es decir son 29 días de retraso en la ejecución de la obra, en perjuicio no solo de la Entidad, sino de la población de Huaranchal que se ha visto perjudicada con la demora de la obra, máxime si se trata de una obra relacionada a satisfacer necesidades básicas (agua y alcantarillado). Por otro lado, “*Para la consumación del delito en hermenéutica jurídica, no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventajas patrimoniales para el Estado.*”¹⁵¹

¹⁵⁰ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 108-109.

¹⁵¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

Respeto de la complicidad primaria atribuida a la acusada SALAZAR ZAVALETA

100. La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho Penal Peruano, regulado en el artículo 25° del Código Penal que señala “*El que dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena*”.
101. Ministerio Público sostiene que YESICA LORENA SALAZAR ZAVALETA, como representante Legal del Consorcio Libertad, sería cómplice del delito de Negociación Incompatible, por haber contribuido dolosamente con los autores para la consumación del hecho atribuido por fiscalía. Al respecto, la doctrina nos informa (...) existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto Vásquez, “*lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.*”¹⁵² En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”¹⁵³ En esa medida, en los delitos de colusión y negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.¹⁵⁴
102. Para el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “(...) los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal, los extraños a la administración que colabores o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero cómplices o instigadores.”¹⁵⁵ Para Fidel Rojas Vargas, (...) La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en la hipótesis legal, ya sea como cómplice o como un instigador siempre que se compruebe que dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor, esto es, contribuyó en el provecho del funcionario o servidor vinculado u obtuvo favorecimiento indebido o determinó el interés indebido del sujeto público (...).¹⁵⁶ Para James Reategui Sánchez, “La complicidad constituye un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. En materia de negociación incompatible, esto, es en el marco de contrataciones parciales, puede constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, lo acotos de intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo del interés del otro, en el contrato u operación (...)”.¹⁵⁷ Para Castillo Alva, citando a Creus, “La parte beneficiada con el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice”.¹⁵⁸
103. Analizado el comportamiento de la acusada Salazar Zavaleta, si tomamos en consideración el valor referencial establecido en las bases, al 90°, 100% y 110%; podemos sostener que el Consorcio optó por ofertar el valor referencial económico de 110%; monto por el cual, inicialmente se le otorgó la Buena Pro; Por lo que, tomando en consideración las imputaciones que hace fiscalía, no advierto como es que la acusada esté obligada o debió conocer si la Entidad contaba o no con la disponibilidad presupuestal mayor al 100% del valor referencial; o si pudo conocer que el titular de la Entidad, había o no aprobado el incremento de la oferta económica al 110%. Máxime si no fue quien representó al Consorcio en el acto público de otorgamiento de Buena Pro.
104. Según el acta de fecha 09 de agosto de 2011, ha quedado acreditado que la acusada no fue quien representó al Consorcio en el otorgamiento de la Buena Pro, y respecto de la firma del acta de conciliación realizada el 15 de agosto de 2011, se ha dicho que no habría estado presente el Huaranchal el día de la suscripción del acta; sin embargo, firma el acta el 22 de agosto de 2011. No olvidemos que la acusada representa a un consorcio

¹⁵² DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 356

¹⁵³ DIAZ CASTILLO, INGRID. “Ob. Cit- Pág. 356

¹⁵⁴ Ibidem. Pág. 356.

¹⁵⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 648.

¹⁵⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 409.

¹⁵⁷ REATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. Pág. 77.

¹⁵⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. Delito de Negociación Incompatible. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. 2015. Lima Perú. Pág. 121.

conformado por dos empresas constructoras. La firma del acta de conciliación obedeció a un acto propio del comportamiento doloso de los autores en consumir el favorecimiento indebido al “Consortio Libertad”; quienes tratando de regularizar ante el SEASE y en su afán de que sea el Consortio Libertad el ganador de la Licitación; por razones de disponibilidad de presupuesto, optaron por reducir la oferta económica vía una conciliación irregular.

105. No puedo advertir en el comportamiento de la acusada una contribución dolosa para la consumación del hecho delictivo; pues como lo ha sostenido su defensa, el otorgamiento de la Buena Pro ya se había consumado el día 09 de agosto del 2011, respecto del Comité y el 15 de agosto respecto del Alcalde. Ahora, si firmó el 22 y no el 15 de agosto es un hecho post consumativo, que en todo caso constituiría otro hecho delictivo (falsedad). Ahora si la acusada no firmó el acta el 15 de agosto, se evidenciaría la premura del Comité y del Alcalde de consentir la Buena Pro e informar al SEASE, tratando de justificar su ilícito proceder, tal como se aprecia de Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado- SEASE. En este extremo corresponde absolverla a Salazar Zavaleta de la acusación fiscal.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

106. Del debate probatorio se ha llegado a la convicción que los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previsto en el Artículo 20º del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral y que evidentemente conocía la prohibición de actuar como lo han hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsión de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

107. Que, habiendo lesionado el bien jurídico - corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública - corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
108. La Individualización o determinación Judicial de la Pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
109. La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento

explicito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva¹⁵⁹.

110. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45°-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso concreto sería no menor de cuatro ni mayor de seis años**; por lo que, deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
111. En el caso concreto, se tiene que para los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, quienes se encuentran en igual situación jurídica y se les reprocha el favorecimiento indebido como funcionarios públicos, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años y ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido, la pena concreta final para los acusados, será tomando en consideración el tercio inferior; que ha criterio de esta judicatura al no existir atenuantes privilegiadas ni agravantes cualificadas, le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.
112. Que, mediante Ley N° 30304, del 28 de febrero de 2015, para el caso del artículo 384 y 387, y Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2011; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los sujetos agentes, y el desarrollo que se hace en los siguientes considerandos, de imponerle una pena con carácter de suspendida.
113. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y , segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.¹⁶⁰ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
114. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la*

¹⁵⁹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

¹⁶⁰ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años (artículo vigente a la fecha de los hechos).

115. Estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de TRES AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes; siendo así este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de Inhabilitación

116. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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 (...)”.
117. La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo y prevalimiento del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.¹⁶¹
118. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”¹⁶².
119. Respecto de la duración de la pena de inhabilitación, el artículo 38° del Código Penal, **vigente a la fecha de los hechos) establecía: La inhabilitación principal se extiende de seis (6) meses a cinco (5) años, (...)**”. El tiempo de la inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente debe ser proporcional.
120. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción de la pena privativa de libertad, corresponde imponer la pena de inhabilitación correspondiente por el plazo de **CAUTRO AÑOS**.
- a) Para el acusado **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, la inhabilitación en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Provincia de Otuzco, Departamento de La Libertad, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.
- b) Para el acusado **NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ**, la inhabilitación en cualquier cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.
- c) Para el acusado **LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR**, la inhabilitación en cualquier cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.

¹⁶¹ Recuso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

¹⁶² Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

- d) Para la acusada **CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, la inhabilitación en cualquier cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

121. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
122. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.¹⁶³
123. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.¹⁶⁴
124. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).¹⁶⁵
125. La Procuraduría está solicitando una reparación civil de S/. 300,000.00 soles, por la indemnización por daños y perjuicios que deberán cancelar por los acusados en forma solidaria a favor del Estado. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, la imparcialidad en la contratación pública.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, ha realizado la conducta típica, la misma que se ha materializado al producirse la apropiación de los caudales.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. En tanto que como funcionarios públicos han lesionado el recto funcionamiento de la administración pública.

¹⁶³ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

¹⁶⁴ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

¹⁶⁵ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

126. Se toma en consideración que estamos ante un delito de peligro y que el daño es estimado como extra patrimonial; se toma en consideración el valor de la obra, estimada en S/ 4, 388,824.83; que se había puesto en riesgo un monto de S/ 416.500.36 soles, en perjuicio de la Municipalidad; que el hecho se ha suscitado respecto de una obra de servicios básicos (agua y alcantarillado); que si bien dichos factores no pueden ser valorados en términos de montos exactos; con criterio de razonabilidad y proporcionalidad mínima se podrá determinar la reparación civil, que para el caso se ha estimado en la suma **de S/ 150,000.00 soles (CIENTO CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES), como indemnización, que será pagado en forma solidaria por los cuatro acusados, en ejecución de sentencia;** pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endoso a la parte agraviada representado por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
127. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*¹⁶⁶
128. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”*.¹⁶⁷

COSTAS PROCESALES

129. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500. En el presente caso, se advierte que los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ,** no aceptaron los cargos formulados en su contra, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias, no considerando razonable imponerles el pago de costas procesales.

IX. PARTE RESOLUTIVA

130. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2º numeral 24) literal e), 138º y 139º numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11º, 12º, 23º 57, 58 59, 92, 93 y primer párrafo del **399º del Código Penal**, así como los artículos 393º, 394º, 395º, 396º, 398º del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

RESUELVE:

¹⁶⁶ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

¹⁶⁷ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

- S. **CONDENAR** a los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, como **autores** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**, a condición de que cumpla con las siguientes reglas de conducta:
- a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo de la ejecución de la sentencia; con conocimiento del Ministerio Público.
 - b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
 - c) No cometer nuevo delito doloso.
 - d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil solidaria, en la suma de **S/. 150,000.00 (CIENTO CINCUENTA MIL SOLES)**, a ser pagados dentro de los **TRES MESES SIGUIENTES de haber quedado firma la presente sentencia**; mediante certificado de depósito judicial y presentado en el Despacho Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a favor la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
- Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.**
- T. **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para el sentenciado **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, para ejercer el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Provincia de Otuzco, Departamento de La Libertad, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- U. **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para los sentenciados **NESTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, consistente en privación de la función, cargo o comisión o empleo de carácter público, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36° del Código Penal.
- V. **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **CIENTO CINCUENTA MIL SOLES (S/. 150,000.00)** a favor del Estado - Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, la misma que se cancelará en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada (solidariamente por los cuatro acusados) y como regla de conducta.
- W. **ABSOLVER** a la acusada **YESICA LORENA SALAZAR ZAVALA**, como cómplice primario del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE** las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHIVÉSE DEFINITIVAMENTE** el proceso en el modo y forma de ley.
- X. **NO SE IMPONE** a los sentenciados el pago de las costas procesales.
- Y. **CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGÍSTRESE** la presente resolución cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas, respecto de los condenados; y en su oportunidad. **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, para la ejecución de la presente sentencia.

- Z. **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público, y abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 Procesal del Código Penal.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

=====

EXP. N° : 02082-2018-5-1601-JR-PE-10
ACUSADOS : SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE Y OTROS
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON ALEXI GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTE

Trujillo, veintiuno de enero
Del año dos mil diecinueve. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido en contra de los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ, PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA, WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL y HANNY LIZET MENDOZA SANCHEZ** (contumaz); en calidad de **autores** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO- MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PAGANGA**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

2. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:

- p) **FISCAL: Dr. ROBERTO LECARO ALVARADO:** con domicilio procesal en Av. América Oeste MZ. B1 Lt. 01 – Of. 204 – Sector Covicorti. Casilla Electrónica N° 69740.
- q) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL: Dr. CARLOS VALVERDE VALDERRAMA,** con registro CALL N°5679, casilla electrónica 53298.
- r) **ABOGADO DEL TERCERO CIVIL:** Empresa A&J Contratistas E.I.R.L y a la empresa J&F Balarezo Ings. SCRL que conforman el Consorcio Virgen del Carmen: **Dr. JORGE IVAN LINARES MELENDEZ,** con casilla electrónica N° 54050.
- s) **DEFENSA DE LA ACUSADA SANCHEZ LABARRERA: Dr. LUIS MIGUEL SALDAÑA MONZON,** identificado con registro CALL 1842, casilla electrónica N° 53999.
- t) **DEFENSA DEL ACUSADO MONTENEGRO TUMEZ: Dr. HENRY GOICOCHEA SUAREZ,** en defensa conjunta con **EDUAR LA ROSA ESPINOZA,** con casilla electrónica N° 93200.
- u) **DEFENSA DEL ACUSADO CERNA QUISPE: Dr. JUAN ANTONIO ALVARADO ESPINOZA,** con casilla electrónica N° 82423.
- v) **DEFENSA DE LOS ACUSADOS LICHAM GIL, BAZAN PALOMINO: Dr. PABLO CESAR BALAREZO HUAMAN,** con casilla electrónica N° 58848.
- w) **DEFENSA del acusado MONTALVAN BERNAL: Dra. MARÍA PATRICIA CAMPOS MALDONADO,** con casilla electrónica N° 5796.
- x) **DEFENSA DEL ACUSADO GUANILO RODRIGUEZ: Dra. NORCA ALCANTAR CASTRO,** con casilla electrónica N°8015.
- y) **DEFENSA DEL ACUSADO PEREZ ALVITRES: DR. JUAN CARLOS MARTINEZ CASTRO,** con domicilio procesal en la avenida Antenor Orrego N°826-828 Urb. Covicorti.
- z) **ACUSADO: SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE,** identificado con DNI N° 27699967, nacido el 28-02-1963, de 55 años, natural de Jaén, casado con Doris Armas, grado de instrucción quinto año de primaria, ocupación Agricultor, percibe anualmente la suma de S/ 80,000.00 mil soles, hijo de Enemesio y María Luisa, sin antecedentes penales, con domicilio real en San Juan N° 237 Pacanga.
- aa) **ACUSADO: LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ,** identificado con DNI N°19224540, nacido el 17-12-1951, de 67 años, natural de Pacanga, estado civil conviviente, grado de instrucción secundaria completa, ocupación agricultora, percibe anualmente la suma de S/ 14,000.00 mil soles, hijo de Leonardo y María, sin antecedentes penales; con domicilio real en calle San Martín 225 - Pacanga – Chepén – La Libertad
- bb) **ACUSADO: PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES,** identificado con DNI N°19203078, nacido el 17-03-1957, 61 años, estado civil soltero, grado de instrucción superior incompleta, ocupación agricultora, percibe anualmente la suma de S/25,000.00 mil soles, hijo de Juan y María, sin antecedentes penales, con domicilio real en AA. HH Quito MZ. A LT. 34 - Pacanga – Chepén – La Libertad.
- cc) **ACUSADO: CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ,** identificado con DNI N° 19181135, nacido el 02-03-1965, de 53 años, natural de San Pedro-Pacasmayo, estado civil casado con Silvia, grado de instrucción superior, ocupación profesor y abogado, percibe la suma de S/6,000.00 mil soles, hijo de Juan e Ilaria, sin antecedentes penales, con domicilio real en la calle Lima 250- Chepén.
- dd) **ACUSADO: JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO,** identificado con DNI N° 19198568, nacido el 19-08-1952, de 66 años, natural de Chepén, estado civil casado con Gladys, grado de instrucción superior, ocupación funcionario público, labora en la Municipalidad Distrital de Pacanga en calidad de jefe de catastro, percibe la suma de S/. 2,000.00 soles, hijo de Alfonso y Julia, con domicilio real en Calle San Pedro N° 910 – Chepén – La Libertad.
- ee) **ACUSADO: TOMAS ARTURO LICHAM GIL,** identificado con DNI N° 19326784, nacido el 18-09-1945, de 73 años, natural de Chiclayo, estado civil casado, grado de instrucción secundaria completa, jubilado, percibe la suma de S/.850.00 soles, hijo de Sergio y Virginia, con domicilio real en la Av. Panamericana N° 419 – Pacanga – Chepén.
- ff) **ACUSADA: ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA,** identificada con DNI N° 19332178, nacida el 11-02-1977, de 41 años, natural de Pacanga, estado civil soltera, grado de instrucción superior, trabaja en la Municipalidad Distrital de Pacanga -fiscalización, percibe la suma de S/ 1,400.00 soles, hija de Segundo y María, con domicilio real en Alto Perú N° 120 – Pacanga – Chepén – La Libertad
- gg) **ACUSADO: WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL,** identificado con DNI N° 17535437, 57 años, nacido el 08-09-1961, natural de Chimbote, estado civil casado con María Socorro, grado de instrucción superior, ocupación ingeniero, percibe la suma de S/. 5,000.00 mil soles, con domicilio real en la Calle Paurro Mz. M Lt. 09 Urb. Miraflores II etapa – Chiclayo – Lambayeque.

X. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

3. El representante del Ministerio Público sostiene como parte de su teoría del caso, que en el formato SNIP N° 03, correspondiente al año 2007, se registró el Proyecto de Inversión Pública denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*”, con código SNIP N° 56900.
4. Con fecha **treinta de enero de 2010** se publica en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 049-2010-EF, a fin de habilitar la transferencia presupuestaria para la realización de la obra ya referida, otorgándose una transferencia estatal de **S/. 8'044, 730.5 soles**; como consecuencia de ello, con fecha **quince de febrero de 2010**, el alcalde de la Municipalidad de Pacanga y hoy acusado **Santos Apolinar Cerna Quispe**, ordena que se cite a los miembros del Consejo Municipal de la referida Municipalidad, para una sesión extraordinaria a llevarse a cabo tres días después; **es decir el dieciocho de febrero 2010**, con la finalidad de que los miembros del Consejo Municipal, discutan y aprueben la exoneración del proceso de selección de la obra, **por un supuesto desabastecimiento de servicio de agua potable y alcantarillado**.
5. Probará en juicio que el **quince de febrero de 2010**, día en el que el alcalde de la Municipalidad de Pacanga convoca a la sesión, aún no se contaba con ningún tipo de informe, de ninguna naturaleza, ni técnico ni legal, que pudiera justificar la convocatoria bajo el supuesto desabastecimiento; informes que constituye una exigencia del artículo 133° de la Ley de Contrataciones del Estado.
6. El día **dieciséis de febrero de 2010**, luego de la citación, el acusado **Juan Manuel Bazán Palomino**, quien se desempeñaba como Jefe de la División Urbana y Rural de la Municipalidad, emite informe N° 071-2010-DDUR-MDP, en donde recomienda que el Consejo Municipal declare el desabastecimiento inminente y autorice la exoneración del proceso de selección para su ejecución. No obstante que el día **doce de febrero de 2010**, el señor Bazán Palomino había emitido el informe N° 064-2010, en donde se recomendaba la ejecución de la obra, vía contrata y por el sistema de suma alzada; que en dicho documento no se hace mención a situación de emergencia o desabastecimiento, existiendo una notoria contradicción con las intenciones de los acusados, de coadyuvar a la exoneración del proceso de exoneración.
7. El día **diecisiete de febrero de 2010**, se emite por parte del acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, quien era asesor jurídico de la Municipalidad, el Informe Legal N° 015-2010-MDP/AJ, en el cual se avaló el supuesto estado de desabastecimiento de servicios de agua y alcantarillado de la Municipalidad de Pacanga, opinando por que se apruebe la exoneración del proceso de selección.
8. Que ha existido una actividad protagónica de **Juan Manuel Bazán Palomino y Carlos Guanilo Rodríguez**; el primero como Jefe de la División Urbano y Rural y el segundo como Asesor Jurídico, quienes a sabiendas de que no había ningún motivo para poder esgrimir alguna situación de emergencia o desabastecimiento en el servicio de agua potable y alcantarillado, emiten los informes; informes que no tienen sustento real, pues se hizo solo para justificar una supuesta situación de desabastecimiento, a efectos de cumplir con la exigencia del artículo 20° de la Ley de Contrataciones, y el artículo 129° inciso d) del Reglamento de la Ley.
9. Probará que las conductas antes mencionadas evidencian la existencia de un interés indebido directo, a fin de beneficiar al consorcio al cual se le otorgó la buena pro de la obra- Consorcio Virgen del Carmen, integrado por la empresa J&F Balarezo Ings E.I.R.L y A& J Contratistas E.I.R.L.
10. Respecto a **Leonardo Max Montenegro Tumez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres**, probará que, en su oportunidad, en calidad de regidores de la Municipalidad, con conocimiento de que no procedía ningún tipo de exoneración en la obra, aprobaron por unanimidad el pedido de exoneración que en su oportunidad se planteó, según se puede advertir del acta de Sesión Extraordinaria N° 005-2010, de fecha 18 de febrero de 2010.
11. Además, probará que a efectos de hacer viable la exoneración del proceso, los miembros del comité especial de selección, los acusados **Tomas Arturo Licham Gil**, Gerente Municipal de la Municipalidad de Pacanga; **Juan Manuel Bazán Palomino**, jefe de la División Urbano y Rural de la Municipalidad de Pacanga; y **Elizabeth Gady Sánchez La Barrera**, quien se desempeñaba como jefe de la unidad de Abastecimiento de la Municipalidad de Pacanga, también intervinieron en la consumación de los hechos, traducido en la designación del proceso de selección a favor del Consorcio Virgen del Carmen, integrado por la empresa J&F Balarezo Ingenieros S.C.R.L. y A& J Contratistas E.I.R.L.

12. Probará que el **día veintitrés de febrero 2010**, los miembros del Comité especial se reunieron, con la finalidad de seleccionar a la persona jurídica que se encargaría de ejecutar la obra exonerada del proceso de selección, recayendo está en el Consorcio Virgen del Carmen, integrado por la empresa J&F Balarezo Ingenieros S.C.R.L. y A& J Contratistas E.I.R.L., determinándose que ésta empresa al momento de ser seleccionada contaba con una capacidad de contratación de S/. 116' 178 883.45 soles. La elección de la empresa más idónea, básicamente fue puesta en escena ficticia con la finalidad de permitir que la empresa J&F Balarezo Ingenieros E.I.R.L. ejecute en la práctica la obra, utilizando indebidamente la figura de Consorcio; es decir, que se formó de manera deliberada el Consorcio Virgen del Carmen, integrado por ambas empresas: A&J Contratistas E.I.R.L y J&F Balarezo, quien no reunía las exigencias técnicas para actuar como postor.
13. A pesar de que la acusada **Elizabeth Sánchez La Barrera**, era la encargada de la Oficina de Logística en la Municipalidad, emite un resumen ejecutivo de estudio de mercado, de fecha diecinueve de febrero de 2010, a modo de advertencia, en donde se indica que por la naturaleza de contratación no existe posibilidad de distribuir la buena pro, pese a eso, se aprueba otorgar la Buena Pro al Consorcio Virgen del Carmen, consumándose la irregularidad.
14. Probará que, al consorcio encargado de la ejecución de la obra, no se le exigió una serie de actos administrativos esenciales para poder efectuar la obra, como la presentación de la garantía de seguridad de oferta, exigencia plasmada en la Ley de contrataciones; además, se le permitió la presentación de garantías por prestaciones accesorias, lo que denota la tesis del favorecimiento sostenido por la fiscalía. Probará que una vez que se logró adjudicar la buena pro al Consorcio Virgen del Carmen, en la etapa de la firma del contrato, el consorcio presenta una carta fianza de fiel cumplimiento del Banco Continental, por una vigencia de seis meses, contrario a lo establecido en lo señalado en las bases, en donde se señalaba que el plazo de vigencia de la carta fianza debería ser de ocho meses; la carta fianza fue emitida a favor de una de las empresas consorciadas J &F Balarezo, quien tenía una capacidad de contratación absolutamente disminuida respecto a la otra empresa, quedando claro que no se corroboraba la garantía en el caso de que hubiera algún tipo de imprevisto en la ejecución de la obra.
15. Probará que **Juan Manuel Bazán Palomino y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez**, emiten los informes N° 118-2010- DDUR/MDP, en el caso del primero de los mencionados el doce de marzo de 2010 y el Informe Legal N° 28-2010-MDP/AJ, de fecha 26 de marzo de 2010, otorgando el visto bueno del documento presentado, la carta fianza, a fin de poder viabilizar la firma del contrato respectivo. La persona de **Elizabeth Sánchez La Barrera** advierte el hecho con el Informe N° 039-2010- MDP-UL, de fecha 12 de marzo de 2010.
16. Probará en juicio que una vez materializada la firma del contrato, el representante del consorcio Virgen del Carmen solicita tres adelantos de pago, dos por materiales y el otro por pago directo; respecto al pago por materiales se efectuó un primer pago a favor del consorcio por la suma de S/. 79, 500.000 soles; para garantizar el pago se presenta por parte del consorcio Virgen del Carmen, la Carta Fianza N° 0501-2010, de fecha diecinueve de marzo de 2010; el pedido del adelanto de materiales fue aprobado mediante un proveído, por Juan a Manuel Bazán Palomino, además conto con la aprobación de Tomas Arturo Licham Gil, quien era Gerente Municipal, quien materializó con el memorándum N° 175-2010. El segundo pago por adelanto de materiales se efectuó en la suma de S/. 700,000 soles, en esa oportunidad el beneficiado presenta la carta fianza N° 010180755 de fecha nueve de abril 2010, y también cuenta con el visto bueno de los acusados mencionados. Sobre el tercer pago, que fue por concepto de adelanto directo, se desembolsó la suma de S/. 79,500.00 soles y esta fue cobertura por una carta fianza N° 0500-2010, de fecha 19 de marzo de 2010, en la que se efectuó el visto respectivo, dando conformidad por parte de los funcionarios Juan Manuel Bazán Palomino y Tomas Arturo Bazán Gil.
17. Demostrará que los adelantos fueron amparados con cartas fianzas irregulares, fueron emitidas consignando únicamente el nombre de la empresa J&F Balarezo, mas no incluyendo a la otra empresa conformante Virgen del Carmen, con lo cual no se incluyó a la empresa que tenía mayor capacidad de contratación y por ende se puso en peligro la ejecución de las cartas fianzas; probará que las cartas fianzas fueron emitidas a favor de una empresa que no tenía capacidad de contratación a fin de poder cubrir satisfactoriamente las cartas, ello plasmado en una opinión técnica de la directiva de OSCE N° 055-2012.
Asimismo, probará que, en su oportunidad, durante la ejecución de la obra, la empresa Virgen del Carmen, efectúa una serie de valorizaciones, entre ellas la 04, en donde se evidencia un gasto de S/. 104, 377.64 soles por conceptos de trabajos a la perforación y mejoramiento del pozo tubular, se deja en evidencia que los trabajos fueron efectuados bajo la modalidad de sub contrata, por la empresa Perfotec, representado por Gilberto Gálvez Vásquez y la empresa Hidrogeotecnia, representada por Vásquez Bernal.

18. Probará en juicio, que la modalidad de la sub contratación a favor de las empresas, en la ejecución de la obra en concreto, solo estaba permitido si las bases estipulaban de manera taxativa tal posibilidad; en el presente caso las bases no estipularon tal posibilidad, inclusive el contrato de obra N° 024-2010-MDP, en la cláusula vigésima se estableció que no se podía transferir total o parcialmente la ejecución de la obra, aludiendo a las modalidades de sub contratación; es decir, que en el propio contrato estaba proscrita la modalidad de sub contratación, cosa que se efectuó por parte del consorcio Virgen del Carmen, a favor de las empresas mencionadas, todo con conocimiento de los acusados.
19. Respecto de la conducta del acusado **Walter Javier Montalván Bernal**, quien era supervisor de la obra, y a pesar de tener conocimiento de la situación, no efectuó ningún tipo de acto a fin de poder preservar el fiel cumplimiento de los términos en los que se debía realizar la obra.
20. De todo lo expuesto, se puede evidenciar un abierto y marcado favorecimiento, en contra del interés del Estado a favor de terceros, representado por consorcio Virgen del Carmen, integrado por las empresas antes mencionadas, situando a los acusados como autores del delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, al haber subordinado los intereses públicos a intereses privados, en detrimento del Estado.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y TÍTULO DE PARTICIPACIÓN.

21. Los hechos han sido calificados por la representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal; atribuyendo a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ, PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LABARRERA, WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL**, tener la condición de **autores (en sus alegatos finales indicó que se trataba de autores)**. El tipo penal atribuido, a la fecha de los hechos, estipula lo siguiente:

Artículo 399° Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

22. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ, PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LABARRERA, WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL**, la pena de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA e INHABILITACIÓN por el mismo plazo de la pena principal**; además, solicita la imposición de **DOSCIENTOS CUARENTA DÍAS MULTA** para cada uno de los acusados.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

23. En el presente hecho se cuestiona que el acusado Santos Apolinar Cerna Quispe, en calidad de alcalde, se haya interesado en declarar en estado de emergencia el servicio de agua potable del Distrito de Pacanga, para que se exonere el proceso de selección, para la ejecución de la obra, con la finalidad concreta de favorecer o direccionar la buena pro a favor de la empresa J&F Balarezo; además, existe la participación de los regidores que aprobaron en su debido momento el acuerdo de exoneración y el resto de imputados que

participaron en la tramitación del proceso de selección. Asimismo, respecto a las cartas fianzas, a la firma del contrato, las cartas que han sido realizadas de manera indebida, de igual forma la sub contratación.

24. Se trata de una obra con un monto presupuestal altísimo, no dando los acusados la oportunidad a otros tipos de consorcios para presentar una propuesta económica mucho más rentable en beneficio del Estado. Se ha presentado una carta fianza solamente a favor de una empresa, por un plazo de seis meses cuando se debió señalar ocho meses; se ha puesto en juego gran cantidad de dinero para beneficiar a una sola empresa, por lo que considera que por la complejidad y dinero que se ha puesto en juego, solicita como reparación civil S/. 350, 000.00 soles, a ser pagado por los acusados de forma solidaria.

PRETENSIÓN DEL TERCERO CIVIL

25. Demostrará que la participación de la empresa que representa no ha tenido mayor injerencia sobre los cuestionamientos que hace fiscalía a los imputados. Se debe tener en cuenta que todos los imputados a quienes se les atribuye la conducta son funcionarios públicos, que no tienen ninguna vinculación de subordinación o económica, ni laboral con la empresa que representa; en consecuencia, la conducta que puede haber sido desplegada por estos, no se les puede atañer a su patrocinado. Sobre los representantes legales, que formaron parte del consorcio, durante la etapa intermedia se determinó que no se configuraban los elementos objetivos y subjetivos que los vinculen con la comisión del ilícito, por ello es que se le sobreescribió la causa. Solicita la absolución de su patrocinado

ALEGATOS PRIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO CERNA QUISPE (Dr. Alvarado)

26. En el desarrollo del juicio acreditará que su patrocinado, quien vivía en la localidad de Pacanga, y palpaba y percibía el problema del alcantarillado y el colapso en general en toda la localidad; la cual además fue manifestada por autoridades locales de la Municipalidad de Pacanga, como la Comisión Provincial de Defensa Civil, quien señaló que las condiciones actuales de inminente colapso del sistema de alcantarillado se constituye en un potencial riesgo para la salud; además, se daba cuenta de varios colapsos, aumento de enfermedades por parte de la población entre adultos mayores y niños, a los olores nauseabundos en la localidad; por ello, su patrocinado en calidad de alcalde y por un tema urgente y por humanidad convoca a una sesión de Consejo, el 15 de febrero de 2010, para ver asuntos diversos, para el día 18 de febrero del 2010, siendo así, con fecha 16 de febrero 2010, el Jefe de la división de Desarrollo Urbano y Rural emite informe respecto de un inminente colapso en todo Pacanga.

Acreditará que su patrocinado convocó a una sesión de Consejo; posteriormente el área encargada de la división de desarrollo emite informes urbano y rural, en la misma sesión de Consejo se aprueba por unanimidad la exoneración del proceso de selección para la obra a ejecutarse, fue firmada por tres regidores, ya que, de los cinco de los regidores, uno no participó y uno había sido vacado por muerte. Luego convoca y solicita los informes para realizar el contrato de obra, con el ganador, elegido por el comité, luego con fecha 12 de abril 2010 firma el contrato con el consorcio a efectos de salvaguardar los intereses de la municipalidad.

Acreditará una conducta neutral de su patrocinado, además, con los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público y la defensa, se probará que nunca existió interés indebido para la contratación de la obra, solo primaba los intereses de la población, seguridad y salud, solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS LICHAM GIL, BAZAN PALOMINO Y MONTALVAN BERNAL (Dr. Balarezo)

27. Acreditará que no se presentan los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal de negociación incompatible. La conducta típica del delito tiene como verbo rector interesarse. Demostrará que interesarse no significa parcializarse con una de las partes, sino que debe de interpretarse como una actuación debida a beneficiarse. Demostrará que el solo hecho del incumplimiento de normas

administrativas, no siempre será delito, se demostrará que el informe fue en estricto cumplimiento de sus funciones y a raíz de ello a tenor de lo prescrito en el artículo 20° del Código Penal, estaría exento de responsabilidad.

No ha existido el interés directo que exige el tipo penal de negociación incompatible, en tanto que la exoneración realizada por la entidad, a través del Consejo, no perteneció a la competencia funcional de su patrocinado; además, se demostrará que en el acta de sesión extraordinaria se precisa que tanto el informe técnico como legal están sugiriendo al titular de la entidad someter a decisión del Consejo para la aprobación.

28. De la misma manera, respecto de su patrocinado Arturo Licham Gil, demostrará que no existen los elementos del tipo penal del delito de negociación incompatible, pues hubo un interés debido, todo el accionar de su patrocinado fue en beneficio de la comunidad, demostrará que no ha sido un capricho por orden del alcalde, sino que existían hechos que hacían evidente la problemática de salud en la ciudad de Pacanga, incluso las autoridades de salud ya venían advirtiendo el colapso que se presentaba.

29. Respecto a su patrocinado Montalván Bernal, sobre quien fiscalía indica que realizó el delito por no observar la contratación de una tercera empresa para la excavación de pozo, demostrará que no se trata de sub contratación, sino de tercerización, de trabajos especializados.

Respecto a la carta fianza acreditará en juicio, que las bases exigían un plazo de ocho meses y se estableció de seis meses, la Ley de contrataciones establece que la carta fianza debe mantenerse vigente hasta la liquidación de la obra, lo que quiere decir que en el supuesto que la liquidación de la obra se postergue en el tiempo, no significa que la empresa contratista está incumpliendo, porque las cartas podían ser renovadas. Solicita la absolución de sus patrocinados.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUANILO RODRIGUEZ (Dr. Condemarín)

30. Refiere que en juicio oral se demostrará que su patrocinado no tuvo ningún interés indebido, fue un interés debido en beneficio de la población; por ello en el informe N° 15-2010, único documento que utiliza el Ministerio Público para imputar una acción delictiva y para indicar la calidad de coautor, con el informe quiere decir que tuvo dominio del hecho; sin embargo, se demostrará que en el informe N° 15-2010, en el cual se recomienda que se exonere el proceso de selección, fue un informe realizado sin ningún tipo de imparcialidad, se realizó en beneficio de la población de Pacanga, que en aquella época tenía un sistema de desagüe desastroso y como consecuencia un daño en la salud pública generalizada. Se demostrará la inocencia de su patrocinado, por lo que solicita su absolución.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO MONTENEGRO TUMEZ (Dr. La Rosa)

31. Refiere que fiscalía pretende criminalizar el ejercicio legal de un derecho. La Ley Orgánica de Municipalidades en el artículo 20° y 10°, establece cuales son las funciones y las atribuciones de los regidores y del alcalde, acreditará que las facultades del regidor es aprobar o desaprobar la moción que se traiga a una discusión en una sesión de Consejo, parte de un comportamiento ex ante que surge a raíz de la convocatoria de fecha 15 de febrero del 2010, en donde acredita que el comportamiento de su patrocinado dentro de su rol de regidor, no ha generado ningún riesgo prohibido para imputar un delito de interés indebido en una contratación, que es conocido como delito de negociación incompatible.

Se establece que con fecha 15 de febrero del 2010, la persona de Santos Apolinar Cerna Quispe, dispuso citar a los miembros del Consejo a una sesión extraordinaria, con la finalidad de discutir y aprobar. Además, acreditará que la interpretación que hace el funcionario público al reglamento de la ley de contrataciones del Estado, es una interpretación tendenciosa, que solo busca bajo la

subsidiaridad del delito de negociación incompatible, cuando la ley establece en el artículo 133°, la resolución o acuerdo que aprueba la exoneración del proceso de selección, requiere previamente de uno o más informes previos que contengan la justificación técnica y legal.

Probará que para emitirse la resolución que fue posterior a la resolución del día 18 de febrero, en la sesión de Consejo si se contaba con los informes técnicos y legales, que la ley requiere para la resolución. Acreditará que, si existía la necesidad de la exoneración del proceso de selección, regulado en el artículo 20° de la Ley de contrataciones del Estado, ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos o de situaciones que supongan un peligro inminente, y demostrará que si existía un peligro inminente. Demostrará que el tema de la previsibilidad no justifica que, frente a un acto de emergencia, se tenga que tomar acciones urgentes como las que tomó el alcalde para citar a una sesión de Consejo y dentro de su rol naturalístico se dé el ejercicio legal de un derecho, terminando allí el rol de su patrocinado como regidor. Solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO PEREZ ALVITRES (Dr. Tello)

32. Cuestiona el hecho de que se le impute a su patrocinado el delito de negociación incompatible, cuando este realizaba una función política y de fiscalización. Se le pretende involucrar literalmente por haber votado a favor del proceso de la exoneración del proceso de selección, considera que el interés indebido no va a alcanzar en el interés grave como el que se requiere, para efectos de que se emita sentencia condenatoria.

Se acreditará que ha realizado una conducta estrictamente de regidor, su decisión que éste emita no puede ser cuestionada. Acreditará la existencia de una conducta puramente neutral, con un rol específico, según Jakobs sostiene que el rol común que interesa a todos los ciudadanos, es de ser ciudadano en buen derecho, en el caso su patrocinado ha desarrollado una función en específico, regidor distrital, ha participado sujetándose a derecho. Solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DE LA ACUSADA SANCHEZ LABARRERA (Dr. Saldaña)

33. Respecto al proceso de exoneración, la señora Sánchez Labarrera no tiene participación en esa etapa; sin embargo, respecto a la figura de la pretensión indebida, refiriéndose al caso del señor Santos Cerna; el nombramiento del comité fue válido y legal. Fiscalía señala la tesis de la coautoría, y para ello tendría que tener elementos de prueba, para acreditar la distribución de roles, pruebas que fiscalía no tiene. En el entendido que se trata de un delito de infracción del deber, en donde estas personas tienen diferentes funciones específicas que tendrían que haberse incumplido.

Respecto a su patrocinada, solo menciona supuestos separados; acreditará que al tratarse de un Consorcio era una situación totalmente permitida, la buena pro nunca se distribuyó, se entregó al consorcio. La Ley General de Sociedades, permite la presencia del consorcio. Se trata de una carta fianza que no es a favor de la empresa, sino a un integrante del consorcio.

Acreditará que su patrocinada como integrante de Comité no se ha interesado, solo ha cumplido sus funciones, conforme al Manual de Organización y Funciones, inclusive ha permitido con sus acciones que se clarifiquen algunos puntos; empero, no en términos de delito, sino en términos o situación de actos administrativos. Solicita la absolución.

NUEVA PRUEBA

34. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. No ofreció.

Por la defensa del tercero civil: No ofreció.

Por la defensa del acusado Cerna Quispe: No ofreció.

Por la defensa del acusado Montenegro Tumez: No ofreció

Por la defensa del acusado Pérez Alvitres: No ofreció

Por la defensa del acusado Guanilo Rodríguez: No ofreció

Por la defensa de la acusada Sánchez La Barrera: No ofreció

Por la defensa de los acusados Licham Gil, Juan Manuel Bazán Palomino y Walter Javier Montalván Bernal: Ofreció el Oficio N°260-2009 e Informe N°039-2009, los cuales fueron admitidos mediante **RESOLUCIÓN N° OCHO.**

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

35. Declaración del acusado CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ.

A las preguntas de la fiscalía

En el mes de febrero del 2010 desempeñaba la función de asesor jurídico externo de la Municipalidad Distrital de Pacanga, estuvo en el cargo hasta fines del 2010.

Se le pone a la vista el informe N° 15-2010, a folios 99, reconoce el contenido y la firma del informe. El informe emitido tiene un precedente, el 30 de enero de 2010 se publicó un Decreto en donde se aprobaban unas partidas para la transferencia de la ejecución del proyecto, el cual estaba habilitado para la ejecución, pero el Gobierno Central dio un plazo de 15 días, se publica el 30 de enero, desde el 01 de febrero hasta el 15 de febrero debió haberse hecho el proceso, se publicó en el diario oficial El peruano. Al día siguiente, el día 16 de febrero, el jefe de DDUR- MDP (División de Desarrollo Urbano y Rural) emite un informe al respecto, porque en Pacanga se veía una situación terrible; el proyecto había sido aprobado y dentro de los 15 días no se realizó el proceso de selección. Su persona al ser externo, fue invitado a la Municipalidad y se le da la explicación, ya se había informado que se tenía que declarar en emergencia; todas las coordinaciones que se hicieron fueron de manera verbal, en su informe transcribe lo dicho por el jefe de DDUR- MDP; como base legal para el informe tuvo en consideración el artículo 133° del D. S. N° 184.

La razón del informe era para que los fondos no sean revertidos y por la situación de emergencia.

El día 17, al día siguiente de haberse emitido el informe, conversó con los pobladores y el alcalde, fue una presión que obligaba que tener que hacerse, en el momento no se podía convocar. Tiene conocimiento que después del acuerdo se quedó en comunicar a la Contraloría General de la República, y cuando se hace el proceso por exoneración, se comunica también al OSCE, quien da luz verde, sino no se hubieran dado los certificados. Conoce que la obra se ejecutó porque el OSCE permitió que las empresas ejecuten la obra.

Para la emisión del informe tuvo en conocimiento el informe de DDUR-MDP, el suscrito por el ingeniero Bazán Palomino y un informe emitido por Defensa Civil.

Lo que se pretendía era buscar una salida, porque era un tema de salud. Su persona argumentó la causal de desabastecimiento regulado en el artículo 22° de la Ley de contrataciones, en el que se señala que se tiene que dar tres circunstancias: situación inminente, extraordinaria y imprevisible; al momento de emitir el informe, era un peligro inminente si no se ejecutaba, porque el tema del sistema de alcantarillado se había generalizado, era de conocimiento público, la objetividad de su informe era en base al informe de DDUR- MPD.

Recuerda que había un informe del Ministerio de Salud, un panel fotográfico en donde se visualizaba el afloramiento de los desagües en las calles, había informes de Defensa Civil. En el informe transcribe todo lo que indicó en el informe del ingeniero Bazán Palomino.

Cuando se habla de extraordinario se entiende que es excepcional, el sistema de agua potable y alcantarillado era un sistema integrado, según la explicación que le dieron los ingenieros. El motivo fue una salida, para permitir que el dinero no se revierta. Desconoce si posteriormente se hizo proceso de selección respecto al tema. En el informe no se consignó si las acciones iban a ser definitivas.

No tiene conocimiento que para poder abordar el tema de alcantarillado en Pacanga existía un Proyecto de Inversión Pública que tenía código SNIP N° 56900- 2007, pero reconoce que probablemente si se dio al hacer el convenio con el Ministerio de Vivienda existe todo un proceso.

Antes de que se publique el decreto del 30 de enero del 2010, ya había un convenio, lo que significa que hubo todo antes (expediente, código SNIP). Desde diciembre del 2009 ya estaba el problema de los desagües en Pacanga. No había estudio epidemiológico, solo un documento del Ministerio de Salud.

Se le pone a la visita el informe N° 28-2010, a folios 128, el cual emitió por motivo de una carta fianza, que había presentado un consorcio, lo cual es normal para ver el cumplimiento adecuado del contrato; emitida a nombre de una de las empresas del consorcio; en el contrato de consorcio se señala que es lo que van a realizar cada empresa y los manejos que tendrán. No estaba dentro de sus facultades verificar la capacidad de contracción de las empresas a favor de las cuales se emitía las cartas fianza, por ser función de logística. Su función era cuando se le pedía opiniones. De las cartas fianzas solo verificaba que esté autorizada por la SBS, no hizo ningún tipo de verificación, solo la realizada por el sistema, estaba dentro de la relación de las empresas habilitadas para otorgar carta fianza.

A las preguntas de la Procuraduría Pública:

Respecto al informe N° 015,- 2010 se indicó la causal de desabastecimiento inminente, porque la norma lo permitía, no se invocó el tema de la situación de emergencia, porque la emergencia es para otro tipo de situaciones; cuando el servicio público, se ve afectado y no puede ser prestado eficientemente; mientras que la situación de emergencia es por ejemplo por el fenómeno del niño, de manera inmediata. Antes de emitir su informe se reunió con el alcalde, la sesión de Consejo se dio después de haber emitido el informe.

A las preguntas de Dr. Goicochea.

Para tomar una decisión, respecto al informe legal, el interés estaba dado por el problema de Pacanga, se tuvo solo diez días para ver las empresas que deberían de ejecutarlo. El interés del pleno del Consejo Municipal era que el dinero no se revierta al Estado y que se solucione, porque se venía un problema de salud, más delicado por ser verano. El único interés fue solucionar el problema.

A las preguntas de Dr. Condemarín

Hubo comunicación con el Ministerio de Vivienda y el OSCE, la comunicación no la hizo el Gerente Municipal, su persona tuvo comunicación directa con el OSCE, el cual le recomendó que se comunique a la Contraloría General de la República.

36. DECLARACIÓN DEL ACUSADO WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL.

A las preguntas de la Fiscalía

Es ingeniero civil, con registro N° 45542, tiene la colegiatura de ingeniero desde el año 1994, fecha partir de la cual se encuentra titulado y colegiado; se encuentra a la fecha hábil en la profesión.

En el mes de febrero del 2010, fue convocado para la realización de un proyecto denominado “Mejoramiento y ampliación de sistema de agua potable del Distrito de Pacanga”, a través de una carta emitida por Arturo Licham, persona con quien no tenía amistad; carta en la que se le pedía que alcance una propuesta, se le alcanzó las bases para presentar la propuesta y cumplía con las condiciones que se exigían en las bases, alcanza su propuesta técnica y económica para supervisar la obra.

En la obra, la empresa Perfotec no ejecutó el perforamiento del pozo tubular, había riesgo, por lo que la Municipalidad solicitó realizar estudios; el contratista continuó con la obra de alcantarillado y posteriormente aparece un camión perforador en Pacanga, quien realiza los trabajos de dos pozos tubulares, los cuales no formaban parte del expediente técnico.

Su persona cursó una carta en el mes de julio a la Municipalidad, informándole que no se había comunicado a la supervisión, acerca de la perforación de los dos pozos, no tuvo respuesta y la máquina siguió perforando, presentó por escrito.

Su persona firmó el contrato de buena pro y el de supervisión de obra, dentro del contrato solo tenía que ceñirse a lo indicado en el expediente técnico. No tiene ninguna vinculación con personas que forman parte de la empresa Perfotec. Se le pone a la vista la instrumental 177, consistente en el resumen de valorización N° 04, firmado por Walter Javier Montalván Bernal, ubicado dentro del tercer hecho, reconoce haber emitido el documento, en la parte del monto bruto valorizado, en donde aparece seis conceptos, el tercero de ellos indica perforación y mejoramiento de pozos y se aprecia un monto, sobre la valorización comunica a la entidad que no se había autorizado, a través de fotografías se puede visualizar que los tubos formaban parte de la perforación, los trabajos de la valorización N°4 no fueron efectuados por la empresa Perfotec.

A las preguntas del Procurador público

Fue contratado por la Municipalidad para realizar la supervisión en la obra, tenía la función de supervisar los trabajos que realizaba el consorcio Virgen del Carmen, el cual correspondía al mejoramiento y ampliación del sistema de agua y alcantarillado, supervisaba todo el desarrollo de la obra, todo lo plasmaba diariamente en el cuaderno de obra en donde se registraban todas las ocurrencias de la obra. Inicialmente el proyecto contemplaba la repotencialización de un pozo existente y luego se cambia a dos pozos. No recuerda si dejó constancia en el cuaderno sobre la carta que presentó. Había un residente de obra, Johnny Balarezo.

A las preguntas de la Dra. Campos

Se le atribuye a su persona el haber dejado que el sub contratista realice una sub contratación con la empresa Perfotec, si bien es cierto en la bases se hace mención al artículo 136°, en el que se indica que en un proceso exonerado no se puede realizar ninguna contratación complementaria; si se quiere referir a una obra complementaria, el mismo reglamento indica que las obras complementarias son las que se realizan posterior al contrato original, en el caso no ha habido ningún contrato posterior al contrato principal, que es la ejecución de la misma obra. Si ha estado la empresa Perfotec, fue porque el contratista trajo la máquina, para perforar dos pozos, el cual es un trabajo especializado. En el caso había presupuesto para los pozos y no se han incrementado los costos. No se generó ningún perjuicio en la obra.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

37. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios, documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

RESPECTO DE LA EXONERACIÓN.

mm) Formato SNIP- Ficha de Registro- Banco de Proyectos de fecha 07 de setiembre de 2007 con el código N° 56900, referido a la obra Mejoramiento y ampliación de sistema de agua potable y alcantarillado en el Distrito de Pacanga, a folios 66. Acredita que la problemática planteada sobre el mejoramiento de ampliación de agua potable en Pacanga, era un tema que se venía discutiendo desde el año 2007; acredita que desde entonces el acusado Manuel Bazán Palomino tenía conocimiento de la problemática, además en el año 2007 en ningún momento se hablaba de un desabastecimiento de servicio de emergencia, sino que únicamente se señalaba que se debería disminuir las enfermedades. Además, en ningún momento se menciona emergencia, ni desabastecimiento, se señala que el objetivo era contribuir a mejorar los niveles de vida, no se señalaba ningún tema de carácter extraordinario, ni imprevisible, que son las características de la situación que se argumentó para poder otorgar la buena pro de la obra.

nn) Estudio de Pre inversión a nivel de perfil de fecha julio del año 2007, a folios 71, acredita la existencia en el año 2007 de un mal servicio, y que la situación del agua potable, era que había un uso doméstico de carácter restringido, se habían agrupado los beneficiarios para poder tener el servicio, el cual era restringido, coberturaba al 75% de la población, se señala el costo que se pagaba por el servicio, la existencia de deficiencias, sobre un riesgo de contaminación del medio ambiente y el riesgo de enfermedades diarreicas e infecto contagiosas, se señalaba la existencia de lagunas de oxidación y pozos de aguas residuales, se señala que habían dos lagunas de oxidación, una primaria y una secundaria. En el estudio de pre inversión no se señalaba que existiera una situación de emergencia imprevisible o extraordinario o de desabastecimiento, que pudiera justificar el hecho de que no se cumpla con la norma de contrataciones del Estado a fin de poder efectuar el procedimiento legal que se efectúa, de tal manera que no podía establecerse como justificante una situación de emergencia o de desabastecimiento.

- oo) **Copia Fedateada de la Convocatoria a Sesión de Concejo Municipal – Citación N° 003-2010-MDP**, de fecha 15 de febrero de 2010, a folios 90, firmada por los que conformaban el Consejo Municipal, acredita que el despacho de alcaldía, en su oportunidad, mediante la justificación de asuntos diversos, convoca a una Sesión de Consejo, a fin de poder efectuar un acuerdo mediante el cual se debía proceder de manera irregular a la aprobación de la exoneración del proceso, para la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable, bajo las causales de desabasteciendo en el sistema. El iter criminis en el interés que se les atribuye a los acusados, es la convocatoria a un Consejo Municipal, en donde inicialmente bajo la cubierta de asuntos diversos se iba a tocar el tema de la exoneración del proceso, a la fecha 15 de febrero no existía ningún informe que pudiera respaldar la resolución antes mencionada.
- pp) **Copia Fedateada del Acta N° 005-2010-MDP de la sesión extraordinaria de consejo de fecha 18 de febrero de 2010**, a folio 91, acredita la presencia de los acusados Lizet Mendoza Sánchez, Leonardo Max Montenegro Tumez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres, quienes con su participación decisiva aprueban la exoneración del proceso de selección. El injustificado motivo para declarar un estado de desabastecimiento y de emergencia al mencionar que se presentaban severas deficiencias, esto conllevaba a un estado de emergencia, y frente a un evidente colapso, el cual era una realidad que se había verificado in situ, acreditar que no era una situación real y se pretendía utilizar como justificación, apoyado en dos informes inconsistente de desarrollo urbano, de manera ilegal, que no ameritaba la exoneración de la obra.
- qq) **Copia Fedateada del Informe N° 064-2010-DDUR/MDP, de fecha 12 de Febrero de 2010**, acredita que días antes de efectuarse el acuerdo para la exoneración del proceso, la persona de Juan Manuel Bazán Palomino, como director de Desarrollo Urbano y Rural, solicita al Gerente Municipal, efectuar la ejecución de la obra por contrata, por sistema de contratación a suma alzada, pese a que la justificación de la obra era falsa, se apoyaba en causales de desabastecimiento y de emergencia, se pretende dar un impulso irregular para la exoneración, que al final se contrató.
- rr) **Copia Fedateada del Informe N° 071-2010-DDUR/MDP**, de fecha 16 de Febrero de 2010, a folios 96, dirigido por Juan Manuel Bazán Palomino al alcalde de la Municipalidad de Pacanga, la emisión del informe se produce un día después de la convocatoria para tratar el tema de la exoneración, el informe se produce ex post a la convocatoria, se hace mención a la situación de Pacanga, la inversión, las partidas, resalta el punto 8 del informe sobre los sistemas existentes en la ciudad de Pacanga, se hace una diferenciación de lo que es agua potable y alcantarillado, el propio informe califica de eficiente, no hace referencia al desabastecimiento o emergencia, en el punto 10 se señala el estado de colapso, pero, este informe no está escoltado, no existe ningún tipo de documental que apruebe la problemática planteada. Además, se pretende dar la impresión de que existía un estado de emergencia, con el único fin de que se autorice la aprobación de la exoneración del proceso de selección, totalmente injustificado.
- ss) **Copia Fedateada del Informe N° 015-2010-MDP/A. J.** de fecha 17 de febrero de 2010, a folios 99, lo sustancial radica en el punto 10, 11 y 12 del informe. Respecto al punto 10, para fiscalía contiene un dato falso, considera que se trata de una justificación aparente, en puridad falta de justificación. Respecto al punto 12, no existe adecuación de la realidad a la norma.

➤ **Observaciones:**

Procuraduría pública: De las documentales oralizadas, se hace ver que la obra ya estaba dentro de un banco de proyecto, desde el año 2007; asimismo, el estudio de pre inversión de julio de 2007, acredita que a la fecha ya existía la obra “mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de Pacanga”, significa que desde la fecha ya se tenía en el banco de proyectos la obra, y que en su momento se iba a dar. En enero del 2010 a través de Decreto Supremo el Ministerio de Economía y Finanzas transfiere el dinero a la Municipalidad, para que se ejecute la obra, a través de un procedimiento normal. Con los

demás documentales oralizadas lo único que se puede determinar es que trataron de simular una emergencia para exonerar el proceso de selección.

Dr. Balarezo: respecto a la documental 1 y 2, referido al formato SNIP, y estudio de pre inversión, se puede advertir que el sistema de agua y desagüe presentaban deficiencias técnicas y operativas, por lo que demandaba excesivos gastos para el mantenimiento que ocasionaba. La situación de declaratoria por desabastecimiento, tuvo como sustento el oficio 260-2009, memoriales e informes del área usuaria. Respecto al acta de consejo N° 05-2010, respecto al informe técnico, no se ha indicado en la página segunda, en donde se señala que el informe 071-2010 y 015-2010, previa sustentación sugiere al titular de la entidad someter a sesión de consejo. Respecto al informe N° 71-2010, el informe tenía sustento (informe de la Red de Salud y de Defensa Civil), no se prueba la teoría que se declaró indebidamente el desabastecimiento de agua y desagüe.

Dr. Saldaña: No se ha indicado respecto al formato SNIP, que se trata de un registro Banco de Proyecto, lo cual no implica la necesidad de contar con crédito presupuestario, solo se trataría de una información que se hace en el sistema SNIP; en el año 2007, su patrocinada no tenía conocimiento. No se trata de aprobaciones de dinero. Del estudio de perfil su patrocinada no tenía conocimiento porque fue en el 2007.

Dr. Condemarín: Para la emisión del informe legal se tuvo en cuenta situaciones previas que se habían dado en el Distrito de Pacanga.

RESPECTO DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO EXONERADO

- tt) **Acta del Comité Especial Permanente de Adquisiciones y Contrataciones de la Municipalidad Distrital de Pacanga, de fecha 19 de febrero del año 2010, a folios 103, en el que se plasma el interés indebido de los tres miembros del Comité Especial Permanente para la aprobación del proceso exonerado, sin ningún tipo de justificación.**
- uu) **Copia Fedateada del Acta de Selección de la persona natural y/o jurídica para el proceso exonerado del proyecto, de fecha 23 de febrero del año 2010, a folios 104, acredita el interés indebido de los miembros del Comité Especial a efectos de seleccionar a la empresa A & J Contratista E.I.R.L y a Montalván Bernal, la persona de A & J E.I.R.L forma parte del consorcio Virgen del Carmen, quien ha sido favorecida indebidamente con la ejecución de la obra.**
- vv) **Copia Fedateada del Certificado de Inscripción como ejecutor de obras de la empresa A & J Contratistas E.I.R.L, de fecha 09 de febrero del 2009, a folios 105, acredita que, bajo la fachada de solicitar el concurso de una empresa con una capacidad máxima significativa, se formó un consorcio con el fin de otorgar luego la ejecución de la obra a la otra empresa consorciada J & F Ingenieros.**
- ww) **Copia Fedateada del Certificado de Inscripción como ejecutor de obras de la empresa J y F Balarezo INGS S.C.R.L, de fecha 04 de mayo de 2009, a folios 106, acredita que la capacidad máxima de la empresa consorciada era de S/. 925,000.00 soles.**
- xx) **Copia Fedateada del Resumen Ejecutivo Estudio de Mercado, de fecha 19 de febrero de 2010, a folios 107, acredita que consistió en una distribución irregular de actividades atribuyéndole la ejecución de la obra a la empresa J&F.**
- yy) **Copia Fedateada de anexo 04, promesa formal de consorcio entre las empresas AyJ Contratistas E.I.R.L y JyF Balarezo INGS S.C.R.L, de fecha 05 de Marzo de 2010, a folios 109, acredita que como fachada de un consorcio, la persona de J&F Balarezo Ingenieros procedió a responsabilizarse de la ejecución física de la obra, contrario a la promesa formal del consorcio, en la que el consorcio se formalizaba solidariamente por todas las acciones u omisiones que provengan del citado proceso, lo cual no es cierto, ya que la carta fianza fue emitida a favor de una sola de las empresas, la que tenía menor capacidad de contratación al monto significativo.**

- zz) Copia Fedateada del Contrato de Consorcio suscrito entre las empresas AyJ Contratistas E.I.R.L y JyF Balarezo INGS S.C.R.L, de fecha 05 de Marzo de 2010, en la cláusula quinta se hace mención a la participación de los consorciados en la participación física de la obra y los aportes de dinero, derechos, obligaciones, utilidades o perdidas, acredita en la práctica que la participación de los consorciados respecto a las obligaciones consiguió la nomenclatura de 94 por parte de A&J contratistas y 6 % por parte de Balarezo porque en la práctica, quien estuvo a cargo de la ejecución de la obra fue J& F Balarezo Ingenieros. Respecto a la cláusula séptima, los consorciados asumen responsabilidades colectivas y solidarias frente a terceros, de acuerdo a su participación; lo que tiene que ver con la emisión de cartas fianzas a una sola empresa, en la práctica no se cumplió con la cláusula.**
- aaa) Acta de Otorgamiento de la Buena Pro al Consorcio Virgen del Carmen, de fecha 25 de febrero de 2010, constituye prueba del interés indebido, a fin de poder viabilizar una obra que había sido exonerada de manera irregular, han supuesto un favorecimiento al haber otorgado la buena pro.**

➤ **Observaciones:**

Procuraduría pública: La documental 8 demuestra fehacientemente quienes conformaban el Comité Especial Permanente. La documental 9, acredita que la persona jurídica en la que recayó fue J & F Contratistas E.I.R.L. Respecto a los certificados de inscripción demuestra quien tenía más capacidad económica de contratar. La documental 12, acredita que no era necesario varios postores, porque ya había una empresa, lo que hizo que se generara un consorcio donde denota quien tenía la capacidad económica.

Dr. Linares: con la certificación se evidencia la capacidad de contratación de ambas empresas, no evidencia que la actividad sea típica, el contrato se ejecutó bajo las condiciones que fueron pactadas en el contrato ofrecido como medio probatorio, solo representa la capacidad de obra de las empresas.

Dr. Alvarado: Respecto al acta del comité y a la copia fedateada del acta de selección, fue realizada por el comité, órgano autónomo, se comunicó a autoridades correspondientes, el alcalde no tuvo conocimiento del proceso de selección. Respecto al resumen ejecutivo, se presentó un solo proveedor, su patrocinado no ha tenido conocimiento de tales hechos.

Dr. Balarezo: No hubo nada irregular en la formación del comité, en el acta se recomienda la comunicación al SEACE, no tiene aporte probatorio.

Dr. Goicochea: Ninguna observación.

Dr. Martínez: Ninguna observación.

Dr. Saldaña: No ha habido lesión en el correcto funcionamiento de la administración pública, en el ente encargado, desconocían cuando se hizo la convocatoria, solo reciben informes, plasmada en el acta de sesión de Consejo, realizada el día 18, no se le puede exigir un rol mayor. De la documental 9, se trata de propuestas que están dentro del expediente técnico y no de lo que se les ocurra a los integrantes del comité. La ley establece que se puede contratar a un consorcio. El contrato prueba que se ha cumplido con lo establece la ley y el reglamento.

Dr. Condemarín: Ninguna observación.

RESPECTO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

- bbb) Copia Fedateada de la Carta Fianza emitida por el Banco Continental de fecha 11 de marzo del año 2010, a folios 114, refuerza la tesis fiscal sobre el procedimiento que se empleó para emitir única y exclusivamente la carta formal a favor de la empresa consorciada, que tenía menor capacidad de contratación, poniendo en peligro la ejecución de la obra. La carta fianza**

pretende afianzar el fiel cumplimiento de todo el contrato. Además, la documental tiene que ver con un informe suscrito por Sánchez La Barrera, con lo que se acredita la emisión del documento por una persona jurídica que no tenía nada que ver en la relación contractual del consorcio Virgen del Carmen y la Municipalidad de Pacanga. Además, el monto que se menciona en la carta fianza y que supuestamente afianzaba la obligación de fiel cumplimiento de la obra Balarezo Ingenieros, sin que se mencione la otra empresa consorciada, se basa o se fija en un monto que se acerca mucho a la capacidad máxima de contratación de la empresa, generando un riesgo para la ejecución de la obra misma.

ccc) Copia Fedateada del Contrato de obra N° 024-2010 – MDP de fecha 12 de Marzo del 2010, a folios 116, en la cláusula 16, referido a las garantías, acredita que mediante el contrato el consorcio se obliga al fiel cumplimiento de la obra, y se consigna la carta fianza; sin embargo, este documento de afianzamiento no está suscrito a favor del consorcio, sino estaba a favor de la empresa que tenía la menor capacidad de contratación, con lo que se evidencia un incumplimiento notorio de la estipulación. Respecto al adelanto directo para materiales, considera que el hecho de que se mencione en el rubro de garantías la posibilidad del término “*en caso de así requerirlo*” implica un favorecimiento, ya que se conoce que el adelanto directo y el adelanto para materiales siempre debe estar afianzado con la carta fianza; “*en caso de así requerirlo*” no debió ser consignada en el contrato.

En la cláusula 18, sobre el inicio y término de plazo de ejecución, acredita que al referirse a un plazo de 240 días calendarios, se estipulaba la realización de la obra en un plazo de ocho meses y conforme, debió de entrar en vigencia el 11 de marzo de 2010 y su afinamiento finalizaba el 10 de setiembre de 2010; es decir, abarcaba un periodo de seis meses, 180 días, y no lo estipulado. En la cláusula 20, en la parte final se hace referencia a otras obligaciones del contratista, acredita que, de manera deliberada, evidenciando un interés indebido se saltó por encima la estipulación, al haberse verificado la participación en la ejecución de la obra, en labores de perforación de una empresa que no tenía nada que ver con el vínculo contractual. Se transfirió parcialmente la ejecución de la obra a la empresa Perfotec, evidenciando una sub contratación y el interés indebido.

ddd) Copia Fedateada del Informe N° 118-2010-DDUR-MDP, de fecha 12 de marzo de 2010, a folio 127, acredita que a pesar de que existía una serie de irregularidades en la formulación de los contratos, no solo respecto a las estipulación y cartas fianzas, sino también respecto al acuerdo del consorcio, a pasar de ello Bazán Palomino emite informe, alegando que todo estaba conforme y sin observaciones.

eee) Copia Fedateada del Informe N° 028-2010-MD/A.J, de fecha 26 de Marzo de 2010, a folio 128, en la que se admite que la carta fianza presentada por el consorcio estaba a nombre de Eurotubo S.A.C, empresa que no tiene vínculo contractual ni con el consorcio, ni con la Municipalidad; se señala el monto de la carta fianza y que se encuentra emitida a favor de J & F Balarezo, pese que la carta fianza debió haber sido emitida a favor del consorcio, y en el supuesto de que debía ser emitido a una de las empresas, no era precisamente J&F Balarezo, porque tenía una capacidad en relación al monto, muy reducida. De los plazos previstos, Guanilo no advierte que la carta fianza señalaba un período de vigencia menor a la ejecución de la misma.

fff) Copia Fedateada del Informe N° 039-2010-MDP-UL, de fecha 12 de marzo de 2010, a folios 129, acredita que en su oportunidad la encargada de la sección de logística hizo ver la existencia de una irregularidad en la carta fianza de fiel cumplimiento, más aún cuando estaba emitido por orden y cuenta a la empresa Eurotubo SAC, la carta fianza no estaba emitido a nombre de la empresa ganadora de la buena pro. Además, se admite que el procedimiento regular de una carta fianza por una obra de más de ocho millones de soles, debía estar emitida a favor del consorcio Virgen del Carmen. Mediante el informe se le advierte a Linchan Gil, la encargada de logística le indicó que le alcanzaba los documentos para prevenir la situación; al final el informe es más elocuente, porque da a entender algún tipo de cuestionamiento contra Gaby La barrera.

- ggg) Copia Fedateada de la Resolución de Alcaldía N° 109-2010/MDP de fecha 22 de febrero de 2010**, a folio 130, el aporte probatorio tiene que ver con la parte final de todo el procedimiento iniciado con la convocatoria, se posibilitó un acuerdo de Consejo para poder aprobar la exoneración para la ejecución de la obra y lo cual se plasmó al final en la resolución de alcaldía, aprobando en su artículo primero las bases para el proceso de exoneración.
- hhh) Copia Fedateada de las Bases del Proceso de Exoneración N° 001-2010-MDP-CECA de fecha Febrero de 2010**, a folio 136, respecto al valor de la contratación (1.1.4), hace notar sobre la envergadura respecto al monto, tiene que ver con la necesidad de haber afianzado de manera regular una obra con un valor tan cuantioso, sobre el plazo de ejecución de la obra (1.1.7) el plazo de ejecución de la obra se efectuara en 240 días calendario; acredita que todo acto administrativo y de presentación de documentación y de afianzamiento de fiel cumplimiento de la obra, tenía que sujetarse al plazo, acredita que con la carta fianza emitida por Interbank a 180 días calendarios no cumplía con la estipulación señalada en las bases. En el punto sobre la propuesta técnica (2.1.1), en donde se señala cuáles son los requisitos con los que debe contar la propuesta técnica, en el punto VI hace referencia a la promesa de consorcio, el aporte probatorio tiene que ver con la instrumental 13, promesa formal de consorcio, en donde se mencionan los nombres de los representantes legales de las empresas consorciadas, obligaciones, ejecución física de la obra, y se señala la participación; sin embargo, no se menciona de manera textual ni genérica lo que se exigía en las bases y a pesar de ello se dio trámite a la suscripción de un contrato de obra.
- iii) Copia del comunicado N° 03-2005-CF de fecha Marzo de 2015**, a folio 165, acredita que la documental tiene que ver con los informes de desarrollo urbano y la oficina legal, quienes dieron luz verde a la supuesta situación de desabastecimiento inminente, la situación debería de ser extraordinario, cosa que no se ha dado en el caso, no ha sido una situación imprevisible, porque ya se había visto el problema en años anteriores, en el caso se trataba de una obra con carácter definitivo y no temporal por lo que la situación fue pasado por alto por el encargado de desarrollo urbano y asesoría legal.

➤ **Observaciones**

Procurador: De la documental uno se deja constancia quien estaba siendo garantizado era la empresa J&F Balarezo y no el consorcio, y se hace mención a la empresa Eurotubos. Respecto a la documental 17, copia fedateada del contrato, en ninguna de las cláusulas de habla de la responsabilidad solidaria del consorcio. La documental 20 fue emitida por la encargada del área de logística, observando que se está afianzando a uno solo.

Dr. Linares (tercero civil responsable): se debe tener en cuenta que la carta fianza fue emitida por una empresa, no siendo posible la emisión de actos a favor o en contra, se emite la carta fianza por ser plena y legalmente ejecutable, era práctica constante en el 2009, en el año 2012 el OSCE aclaró la situación. Los informes posteriores, basado en opiniones de máximas de la experiencia y de la ejecución regular de obras de ese entonces.

Dr. Balarezo: Respecto a la carta fianza refiere a una confusión del concepto de consorcio, la ley de contrataciones en el artículo 36° define que el consorcio no es una persona jurídica nueva, sino la unión de dos o más personas, la carta fianza puede ser emitida a nombre de cualquiera de las empresas que forman el consorcio. Del informe 118-2010, en la ley de contrataciones artículo 58 establece que en cualquier obra o servicio debe mantenerse vigentes hasta la realización de la obra, mientras a carta fianza este vigente no se presenta inconvenientes. El proyecto del 2007 fue por deficiencias técnicas y operativas distinto a lo que sucedió en el 2010.

Dr. Alvarado: respecto a la carta fianza 16, refiere que se trata de una copia de copia, a su patrocinado no le correspondía la verificación de documentos. Del contrato de obra firmado por el representante del consorcio con su patrocinado, su patrocinado se basa en los informes técnicos del área de desarrollo urbano y rural. El contrato firmado por su

patrocinando no admitió las contrataciones completarias, pactó la imposibilidad de su realización. La vigencia de la carta fianza pudo ampliarse. De la cláusula vigésima, se ha probado que nunca se ha transferido tal situación, su patrocinado no conocía a quien se contrataba para la obra.

Dra. Goicochea: ninguna pregunta

Dra. Campos Maldonado: Respecto al contrato de obra 024-2010, no se ha producido ninguna sub contratación, ello hubiera implicado que el consorcio contrate a una tercera empresa para que ejecute la obra, ello no ha ocurrido, porque no se está teniendo en cuenta a lo establecido en el contrato de obra, en la cláusula 20. La empresa Perfotec no ha sido contratada para ejecutar ni parcialmente ni la totalidad de la obra, solo fue contrata por la empresa contratista simplemente para que realice un trabajo de perforación.

Dr. Condemarín: respecto al informe 028-2010, su patrocinado al emitir el informe legal tuvo a la vista la carta fianza emitida por el Banco continental y en el mismo informe expresa que si bien se encontraba a nombre de la empresa Eurotubos SAC, al revisar podría verificar que contaba con todos los datos, que hacían ver que ha sido emitida para una de las empresas conformada por el consorcio.

Dr. Saldaña Monzón: refiere que la carta fianza es un documento formal, se advierte que cumpliría con los requisitos para efectos del caso. De la documenta N° 17, de la cláusula 16, cada una garantiza a los avales. Del informe 118, indica que se trata de terceras personas, de la documental 21 solo acredita que se probaron las bases y encargar al comité especial.

RESPECTO DE LA GARANTÍA PARA LOS ADELANTADOS

jjj) Copia Fedateada de la comunicación de fecha 19 de marzo de 2010, a folio 166, acredita la disposición a modo de proveído que emitió la persona de Bazán Palomino en su calidad de encargado de Desarrollo Urbano, con la cual se disponía que Gerencia General ordene el pago de la suma de S/. 79,500.00 soles a la empresa que venía ejecutando la obra, acredita la participación de Bazán Palomino en la sucesión de actos que tiene que ver con el interés indebido para poder favorecer el desarrollo de una obra que presentaba una serie de irregularidades.

kkk) Copia Fedateada de la Carta Fianza N° 051-2010/FG/OEP/Lambayeque de fecha 19 de marzo de 2010, a folio 167, se aprecia que en la parte superior izquierda hay un logo FOGAPI, emite la carta fianza a favor de la empresa que tenía menor capacidad de contratación, siendo esta la que se encargó de la ejecución misma de la obra contrario a lo estipulado en la promesa de consorcio el cual establecía que J&F Balarezo iba a tener el control administrativo de la obra. La presencia de FOGAPI, entidad que dista la existencia de Interbank y Scotiabank, que emiten las otras dos cartas fianzas, la primera emite la carta de fiel cumplimiento y la segunda emite la carta fianza para adelanto directo; acredita que quien emite la carta no tiene la misma naturaleza que las dos entidades bancarias.

lll) Copia Fedateada del Memorandum N° 175-2010-MDP-GM de fecha 15 de abril del 2010, a folio 168, anteriormente se oralizó un informe de Labarrera en donde advertía la situación de una grave irregularidad debido a la emisión de una carta fianza, acredita que a pesar de la advertencia sobre irregularidades se comprometió el contrato.

mmm) Copia Fedateada del Informe N° 001-2010 de fecha 15 de abril de 2010, a folio 169, acredita que Bazán Palomino en su calidad de jefe de desarrollo urbano tenía perfecto conocimiento del monto que debían de comprometerse.

nnn) Copia Fedateada de la Carta Fianza N° 010180755-000 de fecha 09 de abril de 2010, a folio 171, consolidar la tesis fiscal respecto a la práctica de comprometer la capacidad de contratación de tal manera que la otra empresa no comprometió su patrimonio en ninguna de las cartas fianzas emitidas, con el añadido de que el monto de afianzamiento era muy cercano a su capacidad de contratación. En caso de haber efectuado algún tipo de problema la Municipalidad

de Pacanga hubiera levantado todo lo que tenía la empresa hasta los activos, porque la carta fianza está muy cerca a la capacidad máxima de contratación de la empresa consorciada. Ello obedece a una práctica de poner de careta a una empresa que en la práctica no participó absolutamente en nada en la obra, solo se presentó por su elevada capacidad de contratación a efectos de sostener la buena pro en la ejecución de la obra.

ooo) Copia Fedateada del Memorándum N° 203-2010-MDP-GM de fecha 20 de abril de 2010, a folio 172, en el que se autoriza para que se efectuó el compromiso de adelanto para materiales de obra en mención.

ppp) Copia Fedateada del Memorándum N° 174-2010-MDP-GM de fecha 31 de marzo de 2010, a folio 175, acredita que los memorándums se dieron pese al informe de responsable de logística, inclusive de hace mención a una reversión.

➤ **Observaciones**

Procurador: las cartas fianza hace referencia a los pagos, solo se hace mención a J&F Balarezo y no se hace mención a la otra parte consorciada.

Dr. Linares (tercero civil responsable): las cartas fianza han sido emitidas con toda regularidad, no existe impedimento legal que limite a las empresas a irse a una sola entidad, existe un amplio catálogo, siendo igualmente válidas, y ejecutables.

Dr. Balarezo: (Bazán Palomino- Linchan Gil) en el artículo 162 del reglamento de la ley de contrataciones establece los requisitos para la emisión de carta fianza por adelanto, en merito a ello se cumple con los requisitos. La entidad financiera FOGAPI es una entidad que está regulada y sujeta al ámbito de SBS. Ante una irresponsabilidad por parte de la empresa, quien respondería sería la empresa A&J y no Balarezo.

Dr. Alvarado: No existe noma alguna que especifique que deba hacerse menor a la capacidad, cuestionable sería que exceda a la capacidad.

Dra. Goicochea: Su patrocinado no tiene vinculación alguna con los medios probatorios.

Dra. Campos Maldonado: Sin observaciones.

Dr. Condemarín: Sin observaciones.

Dr. Saldaña Monzón: A través del Memorándum N° 175, numeral 8 y N° 203 numeral 6, N° 174 numeral 9 referido al tercer hecho, la certificación presupuestal no la hace la señora Sánchez La barrera, le corresponde al área de presupuesto hacer todos los trámites; en el documento numeral 6 no hay ningún tipo de recepción por aporte de La barrera.

RESPECTO A LA SUB CONTRATACIÓN

qqq) Copia Fedateada de la Carta N° 075-2010/WJMB de fecha 05 de agosto de 2010, a folio 176, acredita la vinculación de Walter Javier Montalván Bernal en la obra, quien estaba encargado de la supervisión de la obra, con la documental se establece su condición de supervisor de la referida obra.

rrr) Copia fedateada del resumen de valorización N° 04, de fecha julio de 2010.

sss) Copia Fedateada de las cuatro partes de perforación efectuada por la empresa “PERFOTEC” de fecha junio de 2010, a folio 177- 182, referida cuatro partes de perforación efectuada por la empresa Perfotec, en la parte superior derecha se consigna como propietario de la obra la Municipalidad Distrital de Pacanga, la perforación N° 1 de fecha 21.06.2010, a folio 181-182; la perforación 2 con fecha 30.06.2010, a folio 180, perforación 3 con fecha 02.06.2010 a folio 174, perforación 4 fecha 03.06.2010, a folio 178, se consignan incidencias referida a las instalaciones, acredita la intervención de una empresa Perforaciones Técnicas Perfotec, a cargo de la ejecución de la obra que no tenían ningún tipo de vinculación contractual con la empresa contratante. Acredita la desnaturalización del contrato de obra que establecía que la ejecución total o parcial no debía correr a cargo de un consorcio que no fuera el consorcio Virgen del Carmen.

ttt) **Comunicación que hace llegar PERFOTEC a los señores del consorcio Virgen del Carmen**, a folio 183, con la cual se acredita la muestra del interés indebido.

➤ **Observaciones:**

Procurador público: Las documentales, dan indicios de que ha participado la empresa PERFOTEC en la obra, están vinculadas a la participación de la persona jurídica la cual fue sub contratada.

Dr. Linares: no representa una subcontratación.

Dra. Campos: La empresa contratista para poder dar cumplimiento al contrato celebrado el que consistía en una obra de mejoramiento, se tuvo que agenciar de maquinaria para poder cumplir con el requerimiento, la empresa PERFOTEC solo realizó perforaciones y el contrato no se realizó solo para hacer perforaciones, sino para una obra de mejoramiento, solo se agenció para las maquinarias.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

38. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS BAZAN PALOMINO Y LICHAN GIL

39. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios, documentales ofrecidos por la defensa, sustentando su valor probatorio.

- a. **El Oficio N°260-2009**, emitido por el Centro de Salud de Pacanga firmado por Julio Loayza, quien da cuenta que, a diciembre de 2009, existían tres calles donde el sistema de desagüe se encontraba obstruido por lo que se venían utilizando motobombas, motivo por el cual su patrocinado emite su Informe basándose en dichas instrumentales.
- b. **Informe N° 039-2009**, referido al estado situacional del sistema de desagüe y agua potable del distrito de Pacanga, suscrito por Tejada Lozano, responsable de la Sección de Servicio al Ciudadano, donde se daba cuenta que la red de matriz del desagüe se encontraba colapsada en un 60%, funcionando solamente las redes auxiliares y domiciliarias, y para que no rebalse se tenía tres puntos de salida. Acredita que el sistema de agua y desagüe difería a los defectos técnicos de agua y desagüe del año 2007 que daba lugar al Proyecto y que para el año 2010, la situación fue gravosa e inminente, que se presentó con un colapso generalizado.

Observaciones:

- **Dr. Alvarado:** Corrobora la tesis de la defensa respecto a que no fue algo subrepticio entre el alcalde y demás funcionarios, sino que hace referencia a que antes de que se haga la exoneración ya habían hechos que daban luces del desabastecimiento en la red de alcantarillado en el distrito de Pacanga.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

40. Refiere que el delito por el cual se acusa se encuentra prescrito en el artículo 399° del Código Penal, bajo el nomen iuris de Negociación Incompatible. Se ha acreditado el interés indebido, la posición en la cual se sitúa el intraneus como al extraneus privilegiando el interés de un particular por encima del interés público. Se ha probado que durante los días de febrero del 2010 el señor Cerna Quispe en calidad de alcalde de la entidad efectúa una convocatoria de contenido dudoso, para ello se tiene la instrumental actuada en juicio oral referida a la convocatoria para sesión extraordinaria para el día 18 de febrero del 2010 a las 3:00 pm

primera convocatoria y 5:00 pm en segunda convocatoria al pleno del Consejo de la Municipalidad de Pacanga con agenda “asuntos diversos”, lo que hace que sea dudoso. Se llevó a cabo la sesión de Consejo, los famosos asuntos diversos estribaban a la aprobación de un solo punto el cual es totalmente la aprobación del proceso de exoneración, para la ejecución de la obra mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado del Distrito de Pacanga.

La prueba número cuatro actuada en juicio oral tiene que ver con el acta N° 005- 2010, donde se plasma un acuerdo al cual arribaron las personas que en ese momento se encontraban presentes e integraban la sesión de Consejo, el cual estaba conformado por Cerna Quispe, Mendoza Sánchez, Montenegro Túnez y Pérez Alvitres. Se argumentaba una situación de desabastecimiento inminente, lo cual lógicamente es una figura que está regulada por la norma de contrataciones, la cual quiere decir la posibilidad de que en una Municipalidad surjan situaciones que tienen como características que sean extraordinarias e imprevisibles, bajo este sentido la norma habilita que una municipalidad pueda efectuar un proceso de contratación pasando por encima la forma de los procedimientos que formalmente se estila, existen situaciones que permiten pasar por alto el formalismo pero las situaciones deben estar acreditadas.

En la sesión de Consejo se reunieron cuatro personas; tres regidores y un alcalde y bajo el supuesto de un desabastecimiento inminente, por las circunstancias imprevisibles, se exoneró del proceso de selección para la obra, no hay necesidad de saber mucho de derecho y de gestión pública, para tener una idea de lo que significa extraordinario e imprevisible, porque el acuerdo desde un inicio ya denotaba un interés, no se constataba con la existencia de documentos que han sido presentados en juicio oral y que son la prueba N° 1, ficha SNIP del proyecto de inversión pública N° 56900, referido al mejoramiento y ampliación de alcantarillado de fecha 07 de setiembre de 2007 y la segunda prueba, prueba 2, es la del estudio de pre inversión a nivel de perfil de fecha julio del 2007; de lo que se desprende que en el contexto de extraordinariedad e imprevisibilidad se puede situar el acuerdo de Consejo para exonerar del proceso de selección cuando tres años antes ya existía el registro de proyecto de inversión pública y un perfil que prueban que era una situación existente, situación que era de conocimiento pleno de las personas que participaron en el acuerdo de Consejo; pero aun así dando una interpretación antojadiza se asume que era una situación imprevisible.

Luego de firmada el acta suceden actos administrativos que dejan constancia de un interés indebido, y que todos tenían conocimiento. Bazán Palomino y Guanilo Díaz, el primero encargado de desarrollo urbano y el segundo de asesor jurídico; a efecto de dar formalidad a este desabastecimiento inminente, pues la norma señala que se debe emitir dos informes: un informe técnico el que tiene que ver con las funciones del señor Bazán y un informe legal. De la oralización de los informes se ha evidenciado que son informes absolutamente tendenciosos, porque no se tuvo en cuenta las características esenciales para proceder y tiene que ver con el hecho que son informes que no están sustentados de ninguna manera.

Luego de los informes se conforma el Comité especial permanente, quien debía acordar la elaboración de las bases y proceder al otorgamiento de la buena pro, siendo así Bazán Palomino a la vez que emite el informe N° 064- 2010, emite el informe 071-2010, con el cual santifica la situación de desabastecimiento inminente, firma el acta de Comité especial permanente en su calidad de miembro para llevar a cabo el proceso de selección. Luego en calidad de jefe de desarrollo urbano y rural, firma el acta de selección de persona natural y jurídica, firma el acta de exoneración del proceso de selección en donde se otorga la buena pro al Consorcio Virgen del Carmen, y como jefe de desarrollo urbano le alcanza al señor Linchan Gil, Gerente de la Municipalidad, los documentos, solicitando la solución y firma de los documentos del contrato de obra; es decir, una sucesión de actos administrativos que corresponden a la misma lógica, formalizar lo que no se debía formalizar.

En el caso de Guanilo Rodríguez ha quedado evidenciado que a la vez que emitió el informe N° 15- 2010, también emite infirme N° 028- 2010, del 26 de marzo en el cual otorga validez en una carta fianza.

En el caso de Linchan Gil, suscribe en calidad de miembro del Comité especial permanente un acta del 19 de febrero del 2009, a través de la cual se acuerda elaborar las bases, suscribe el acta de selección de persona natural y jurídica de fecha 23 de febrero, suscribe el acta de proceso de exoneración mediante la cual se otorga la buena pro al Consorcio Virgen del Carmen de fecha 25 de febrero, suscribe el memorándum 174 del 31 de marzo, en donde se autoriza el compromiso a Sánchez Labarrera para comprometer el pago a favor del consorcio, suscribe el memorándum 2010-2010 de fecha 30 de abril del 2010 con la que se autoriza para que se efectuó el compromiso para materiales; se dan una sucesión de actos administrativos que lo único que buscaban consolidar una situación anómala que se había gestado desde un inicio.

Respecto a Sánchez Labarrera, era miembro titular del comité y jefa de la unidad de abastecimiento y logística, bajo la misma lógica de que no existía un inminente desabastecimiento suscribe acta de Comité especial permanente del 19 de febrero, que acuerda en elaborar las bases, suscribe el acta de selección de la persona natural o jurídica para realizar la obra del 19 de febrero, resumen ejecutivo en donde precisa las especificaciones técnicas, suscribe informe N° 039-2010 de fecha 18 de marzo; el 12 de marzo dirige un informe al Gerente Linchan Gil, en donde la funcionaria hace ver que una de las cartas fianzas de fiel cumplimiento consignaba como beneficiario a persona jurídica Euro tubo SAC y ella lo percibe, haciendo ver que hay un funcionario de la entidad que se mostraba renuente a recibir la carta fianza por tal detalle y sugiere de que pase a asesoría legal.

Del informe emitido por Guanilo, N° 028-2010, de marzo del 2010, lejos de atender la observación respecto a que la carta no estaba emitida a nombre del consorcio ganador, sino a nombre de una persona jurídica distinta; señala de la carta fianza era válida para garantizar una obra de más de ocho millones, considera que la emisión del informe no atenúa su participación de interés indebido.

Balarezo Bazán es representante del consorcio Virgen del Carmen, consorcio que ha quedado acreditado que ha sido un consorcio ficto, se forma únicamente para el proceso de selección, ello porque no resulta regular que dos empresas se consorcien para poder llevar a cabo la obra de ocho millones de soles, cuando una de las empresas tiene una capacidad máxima de S/. 200,000.00 soles y la otra por más de 116, 000.000 millones de soles; ello correspondía que la empresa de mayor capacidad aparezca y ponga la fachada para poder presentarse en la figura del consorcio; cuando se efectúa la promesa del consorcio se consigna el rol muy escueto de cada uno la función que debía desempeñar en las empresas. En las bases elaboradas se señala que en el caso de que la promesa formal del consorcio no se especificara las obligaciones detalladas de cada una de las empresas, la consecuencia era que las dos empresas asumían la responsabilidad de la ejecución de la obra; no se cumplió con las bases, de las tres cartas fianzas no se realizó ninguna figura ni a nombre del consorcio ni a la empresa que tenía mayor capacidad, sino estaba a favor de la empresa que tenía menor capacidad de contratación, con el añadido que una de ellas estaba afianzada por 700,000 soles; es decir, estaba ocupada por más de 90% de la capacidad máxima, si se hubiera hecho efectivo la carta fianza Balarezo hubiera desaparecido porque le estaba afectando toda la capacidad de contratación incluido activos.

Quien ejerció de facto la verificación de la obra fue Balarezo con menor capacidad de contratación, se trató se crear un consorcio para poder ingresar una empresa con una reducida capacidad, poniendo de fachada otra empresa, la cual no se afectaba en nada, se trata de actos pre consumación.

Respecto a Montalván Bernal, existe acta de nombramiento de la labor que desempeñaba en la obra, se desempeña como supervisor de la obra. Debía cautelar el normal desenvolvimiento de la obra, no se puede negar que no tenía conocimiento del contrato, porque como condición esencial dentro del contrato de obra era la no sub contratación, y en el caso de ser así se tenía que poner en conocimiento las consecuencias que el procedimiento acarrea. El contrato señalaba de manera taxativa que el consorcio se obligaba a efectuar la ejecución de la obra en su integridad, sin participación de terceros, la que debía ser cautelada por Montalván Bernal, a partir de allí se indica la cautela y la participación de la buena marcha.

De declaración de Guanilo Rodríguez, quien da una pauta respecto a la fase subjetiva, en donde señala un dato esencial, el peligro de que el dinero sea revertido al erario público, siento este el verdadero móvil, real intención de ellos acusados para hacer un procedimiento con todas sus bases, en virtud de los intereses particulares de un consorcio en detrimento del Estado, cuando lo que espera el Estado es buenas gestiones municipales donde el dinero se destine oportunamente y no se tenga que apelar a tipos de procedimientos delictivos que por la mala gestión el dinero revierta nuevamente a las arcas del Estado.

Considera que se ha probado la autoría de Apolinar Cerna Quispe, Mendoza Sánchez, Montenegro Tumez, Pérez Alvitres, Basan Palomino, Guanilo Rodríguez, Linchan Gil y Montalván Bernal, como autores por el delito de Negociación Incompatible y solicita para cada uno la pena de cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad con carácter efectiva, inhabilitación inmediata por el mismo plazo de la condena en virtud de los numeral 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y además se les imponga 240 días multa.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

41. Se cuestiona que los funcionarios de la entidad se hayan interesado en otorgar una obra a la empresa JYF Balarezo EIRL, la que en su momento estuvo consorciada con A&J Contratista; sin embargo, de la declaración de Guanilo se tiene que fue por un tema de rapidez por un tema de no revertir el dinero al Estado, porque había un plazo de 15 días. Se debe de mencionar el decreto supremo N° 049-2010 del Ministerio de Economía y Finanzas, quien se encargó de hacer la transferencia de más de 8 millones a la entidad. En el decreto se menciona a otras treinta municipalidades locales, por ello tenían el plazo de 15 días para entregar o emitir proceso de selección; en el artículo 5° se hace mención para el inicio de proceso de selección, considera que es incorrecta la declaración de Guanilo, que se trata de un plazo de 15 días para iniciar el procedimiento administrativo, sino las otras entidades también hubieran hecho lo mismo.
- No había una situación de desabastecimiento inminente; existe un medio probatorio consistente en un estudio a nivel de perfil del mes de julio del 2007, en donde se hace ver el diagnóstico de alcantarillado de la entidad, en el estudio de pre inversión se hace ver que tenía un sistema colapsado; es decir, desde aquellas fechas ya existía tal situación, es por ello que después de tres años el dinero se hace ver como una inminencia que no se dio en el momento.

Bazán Palomino emitió antes del desabastecimiento un informe en donde señala en el informe 064-2010 en donde refiere que la ejecución de la obra debe de seguirse vía contrata y en el servicio de suma alzada, posteriormente el 16 de febrero emite el informe N° 071, recomendando por la exoneración del proceso de selección, a raíz de la convocatoria de la sesión de Consejo.

Se quería beneficiar a la empresa porque la empresa Balarezo se presentó consorciadamente con la otra empresa A&J contratista, a pesar de que Balarezo no tenía la capacidad económica. No es ilegal hacer un consorcio, pero es inusual que una empresa que no tenga la capacidad económica y que no podía participar por la obra era de ocho millones. Considera que el hecho jurídico se ha realizado a título de doloso. Se debe de tomar en cuenta la conducta desde el alcalde hasta los regidores, jefe de logística, regidores que participaron en el interés para que se beneficiara dicha empresa; asimismo, respecto a la reparación civil se ratifica en el monto de S/ 350, 000.00 soles de manera solidaria, en base al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL TERCERO CIVIL (Dr. Linares)

42. Se le atribuye a su patrocinado la calidad de tercero civilmente responsable en la ejecución de la obra; sin embargo, ha quedado demostrado que su patrocinado ha participado en la obra bajo la figura del consorcio, ha cumplido con todos los requerimientos técnicos, no se ha demostrado la existencia de algún perjuicio por parte de su patrocinado ni por ninguno de los imputados, no hay perjuicio, no se ha podido demostrar de forma directa o indirecta un perjuicio en contra de la municipalidad. Se ha demostrado que su patrocinado ha participado y ha cumplido con especificaciones, la obra ha sido recepcionada, tiene conformidad, se ha cumplido con todos los lineamientos para los cuales fueron contratadas, corresponde de pleno derecho la absolución de su patrocinado, ya que no existe ningún indicio razonable que represente culpabilidad o aporte de su patrocinado que haya causado agravio a la Municipalidad.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO CERNA QUISPE (Dr. Alvarado)

43. Fiscalía dentro del proceso no ha acreditado su acusación, no se ha logrado la certeza de los hechos. El delito está contemplado en el artículo 399° del Código Penal. Se tiene como hechos que en el proceso exonerado N° 01-2010 se ha beneficiado indebidamente a la empresa J&F Balarezo, son tres hechos en un mismo hecho otorgamiento de la buena pro, firma del contrato a pesar de no cumplir con los requisitos, pago indebido de adelantos y subcontratación. A su patrocinado, en su condición de alcalde, no se le ha imputado participación alguna respecto del tercer hecho. No existe prueba indiciaria que demuestre que su patrocinado actuó en beneficio del consorcio. Según la casación N° 0628 del 2015 y el artículo 158° del Código Procesal Penal, donde se requiere que el indicio este probado. El 15 de febrero de 2010 se cita a sesión extraordinaria sin contar con los informes legal ni técnico. La ley de contrataciones no exigía contar con informe técnico antes de citar a sesión, se exige para el acuerdo de regidores que aprueba dicha exoneración. Está probado que los informes se dieron de manera previa a la sesión de Consejo de 18 de febrero, en base a informes aprobaron por unanimidad la exoneración de dicha obra.

44. Fiscalía pretende probar los hechos con la prueba N° 1 registro SNIP del proyecto del 2007 y la prueba N° 2 estudio de pre inversión del 2007, pretendió probar en el año 2010 con documentos que reflejan una situación del 2007, después de tres años, siendo obvio que ha cambiado. Es cierto que en los documentos no se hace mención a desabastecimiento inminente, el desabastecimiento debe determinarse en febrero del año 2010. Al revisar la prueba N° 2, se refiere solo a la localidad de Cajamarca, el informe técnico 071-2010 se advierte una realidad que ha sido verificada en diferentes conectores de la ciudad in situ, ello nos confirma que la situación no era la misma, la situación se generalizó, no ha mencionado la norma que obligue escollar los informes, porque no existe, pretende invertir la carga de la prueba hacia los acusados cuando fue el quien debió probar que no existe la situación de desabastecimiento, debió recolectar información in situ lo cual no hizo, ello para probar que no se ha dado el desabastecimiento.
45. Ha hecho referencia al informe 64 -2010, en donde no se indica que no exista la situación se desabastecimiento ni fiscalía ha ofrecido pruebas. Luego del hecho el señor Bazán se percata de la gravedad y emite informe técnico aconsejando la exoneración; ha hecho referencia que se entregó la buena pro al consorcio Virgen del Carmen a pesar de que la señora Labarrera señalo en el estudio de mercado que no existía la posibilidad de distribuir a varios ganadores, no existe prueba alguna de que su patrocinado conocía o no.
46. En el artículo 277° del reglamento de la ley de contrataciones indica que no hay prohibición alguna para que las sumas de las capacidades de las dos empresas consorciadas puedan contratar, eso es lo que se debe hacer y no lo sostenido por fiscalía. La empresa J&F Balarezo no ha ejecutado solo la totalidad de la obra, fiscalía no ha ofrecido pruebas que puedan acreditar que ha sido el único que ejecuto la obra, solo meras especulaciones y la imaginación.
47. Sobre la selección del postor, no existe ningún indicio de la participación de su patrocinado en su condición de alcalde, porque existe un órgano autónomo encargado del proceso de selección; no se puede advertir el direccionamiento, el interés indebido de querer favorecer a la empresa; se permitió la presentación de una garantía de fiel cumplimiento emitida en el Banco Continental, de la verificación se advierte que es una copia simple, de la verificación a pesar de ser certificado por la entidad no es de competencia del alcalde, existe unida orgánica encargada de dar conformidad para la firma, la conformidad se realizó con informe 118-2010 por el área de DIDUR de la entidad, conformidad del órgano competente y por un principio de confianza hace referencia a un extracto del informe, del tenor del informe se señala que se debió ordenar al área de logística realizar el contrato, por encontrarse los documentos conforme,.
48. Como base legal hace mención a la Casación N° 23-2016 Ica, en donde refiere que se considera que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante, responsable por todos los actos, el funcionario máximo no tiene el deber jurídico alguno. La firma del contrato fue en base a informes.
49. Su patrocinado tenía que solucionar el problema, por ello como máxima autoridad de tal entidad, teniendo que solucionar y de no ser así era un peligro inminente para dicha localidad; es por ello que al amparo del Recurso de Nulidad N° 3596-2014 referente a la absolución por insuficiencia probatoria, y por no haberse desvirtuado válidamente la presunción de inocencia, solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO BAZAN PALOMINO Y LICHAN GIL (Dr. Balarezo)

50. Refiere que el delito por el cual se le acusa a sus patrocinados, es un delito de infracción del deber, la consecuencia de ello se encuentra dentro del marco de normas extra penales. Se ha probado que su patrocinado Bazán Palomino ocupaba el cargo de jefe en el área de desarrollo urbano y rural y como tal no era ajeno a la situación del año 2010, se aprobado que su patrocinado emitió el informe N° 071-2010 en donde realiza precisiones y recomienda que al Consejo municipal que debería someter si se aprueba o no a exoneración la obra materia de juicio, se acredita que fueron deficiencias de los servicios solo en el sector de nuevo Cajamarca que dista la centro de la ciudad en el 2010. Se ha probado que la situación se generalizado en forma inminente y que se perjudicaba a la comunidad con la falta de servicios de agua y alcantarillado, se ha probado que el informe ha sido elaborado en el estricto cumplimiento de sus obligaciones, en tal razón debería estar exento de responsabilidad según lo prescrito por el artículo 20° del Código Penal. Se ha probado que el informe no constituía una opinión vinculante o de estricto cumplimiento, porque de la sola lectura del acta de sesión de consejo 2010, sesión extraordinaria de consejo de fecha 18 de febrero de 2010, al referirse el acta a los informes técnicos y legales, se precisa que los informes sugieren

al titular de la entidad someter al titular de la entidad sesión de Consejo la exoneración o no del proceso de selección. No se ha probado el interés, porque la exoneración que realizó la autoridad edil no perteneció a la competencia funcional de su patrocinado. Se ha probado que la conformación del Comité especial integrado por su patrocinado Bazán Palomino y Linchan Gil, fue un acto legal, en donde se recomienda que todo lo actuado debería de comunicarse al OSCE, hecho que se realizó, por lo que no había irregularidad alguna. Se pretende demostrar el interés para el otorgamiento de la buena pro al consorcio ganador, sin embargo, la conducta típica está constituido por el interés indebido, el verbo rector interesarse según lo señalado en la casación N° 231-2017 Puno, ha sido considerado como volcarse con un negocio, el actuar no debe ser entendido como parcializarse por una de las partes, sino que debe interpretarse por una actuación dirigida a beneficiarse. Fiscalía no he indicado cual habría sido el beneficio que ha obtenido su patrocinado al formar parte del Comité especial.

51. Se ha probado que la figura de consorcio es legalmente permitido, un consorcio es la unión de dos o más personas con una misma finalidad, la carta fianza podría estar a nombre de cualquier e las empresas consorciadas, además existen opiniones por parte de la entidad fiscalizadora, define a la carta fianza como un contrato de garantía de cumplimiento de pago, que cualquier persona que no forme parte del negocio contractual puede garantizar la obra; se ha probado que las cartas fianzas que garantizan una obra debe de permanecer vigente hasta de la recepción de la obra, es decir el plazo de vigencia dependerá de ello y pueden ser renovadas como lo ocurrido en el presente caso.
52. Sobre la emisión de adelantos, en donde se ven involucrados sus dos patrocinados, se ha probado que los pagos de adelanto se dieron en estricto cumplimiento del reglamento de la ley de contrataciones establecido en el artículo 162°. No se ha probado que sus patrocinados han actuado en contra del aparato estatal y menos en beneficio; de haber sido a si se hubiera tratado de mantener oculto, pero no ha sido así, sino todo lo contrario, en este caso desde la conformación del Comité especial se informó al órgano de control todos los aspectos de forma secuencial y oportuna siempre en salvaguarda de la entidad edil.
53. Solicita la absolución de sus patrocinados de la pena y de la reparación civil, ya que se trata de un delito de peligro concreto y no debe sancionar cualquier tipo de acciones que puedan significar incumplimiento de carácter administrativo, del cual se deduzca un interés indebido, sino de aquellas conductas que por su magnitud generen un daño inminente, hecho que no ha ocurrido, el delito debe ser interpretado de acuerdo con los principios de lesividad, ultima ratio y proporcionalidad.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUANILO RODRIGUEZ (Dra. Alcántara)

54. Se le atribuye a su patrocinado dos hechos específicos, el primero por haber emitido el informe legal N° 015-2010 de fecha 17 de febrero de 2010 en donde se emitió opinión favorable y avalando el desabastecimiento de servicio de agua potable y alcantarillado, lo que justificaría la exoneración; y como segundo hecho, el haber emitido el informe legal 28-2010 de fecha 12 de marzo del 2010, emitiendo opinión favorable a la firma del contrato.
55. Respecto al informe 15-2010, refiere que se dio por las declaraciones de DDUR y del MINSa respecto a las situaciones del sistema de agua potable alcantarillado, cuya fuentes presentaban severas deficiencias y estaban poniendo en riesgo la salud de los pobladores, consecuentemente se emitió el D.S N° 044-2010 publicado el 30 de enero del 2010, mediante el cual se autorizaba la transferencias de partidas y transferencias financieras del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para ejecutar el proyecto de Pacanga, pero en dicho decreto se estableció e plazo de 15 días calendario para que se inicie el proceso de selección correspondiente, porque en varios poblados eran necesarios y urgentes, el hecho está en que pasado los 15 días no se dio inicio al proceso de selección, omisiones que no ocurrieron a cargo de su patrocinado, sino del órgano encargado de las contrataciones, por ello con la finalidad de no perjudicar a la población de Pacanga, se realizaron mecanismos necesarios para no permitir que la transferencia no sea revertida al Estado, por ello teniendo en cuenta un informe del MINSa y el informe de DDUR, su patrocinado emite el informe correspondiente y se logró ejecutar la obra en beneficio de la entidad, con el único objetivo de salvaguardar el interés de la población. En ningún momento ha estado de por medio un interés personal de su defendido de favorecerse el mismo o alguna empresa.
56. Respecto del informe N° 28-2010, mediante el cual se emite opinión por la carta fianza presentada por el Consorcio Virgen del Carmen, en la que aparece que el Banco continental le ha entregado a nombre de una tercera persona Euro tubo SAC, se cuestiona que la carta fianza ha sido otorgada por el plazo de seis meses

y no por ocho meses, que debería haberse dado, porque así duraba el contrato. Al respecto se tiene la opinión N° 55-2012- OSCE, la que define la carta fianza como una garantía de cumplimiento, como se ha dado en el presente caso, el monto de la garantía era equivalente al 10% del monto contractual; además, fue expedido por una entidad del sistema financiero, se cumplía con los requisitos legales, además toda carta fianza se rige por el principio de literalidad y su contenido debe adecuarse a las condiciones establecidas por la SBS.

57. Se debe tener en cuenta la Casación N° 231-2017 Puno, en donde se indica que se debe concebir el delito como un delito de peligro concreto y de acuerdo con el principio de lesividad su configuración está relacionada a la creación de un riesgo, resultado, por lo que el interés indebido es el elemento que sintetiza y se concluye como un elemento subjetivo de trascendencia interna. En consecuencia, el solo quebrantamiento de una norma que regula la ley de contrataciones con el Estado no constituiría el delito, el motivo de la conducta fue por las deficiencias que presentaba la población de Pacanga y porque existía una transferencia aprobada mediante un Decreto Supremo que corría el riesgo de perder su partida por haberse actuado en una forma inoportuna. En todo caso se trata de una sanción administrativa que debió verse en otra vía y no en esta, se ha acreditado que su patrocinado solo ha tenido en cuenta el interés público y social para no permitir que se vea perjudicada la población de Pacanga: por ello solicita la absolución de la pena y de la reparación civil.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO MONTENEGRO TUMEZ (Dr. Goicochea)

58. Refiere que fiscalía no ha logrado acreditar el hecho que le imputa a su patrocinado, no ha acreditado el beneficio obtenido por su patrocinado dentro del hecho imputado, no ha acreditado la tipicidad subjetiva. El derecho penal sanciona la condición de riesgos no permitidos; sin embargo, fiscalía pretende criminalizar el ejercicio legal de un derecho amparado y reconocido por la Ley Orgánica de Municipalidades, ley 27972 artículo 10 inciso 5, en el que se suscribe atribuciones y obligaciones de los regidores, de la que se puede inferir que la conducta efectuada por su patrocinado es una conducta dentro del rol de regidor, de acuerdo a sus funciones.
59. Los delitos especiales tienen una doble función, no lesionar el bien jurídico protegido ni tampoco permitir que sea lesionado, no se acreditado algún nexo que genere la responsabilidad penal funcional. Fiscalía pretende una teoría del sistema finalista, la que esta abolida en nuestro sistema penal, no se ha logrado probar responsabilidad de su patrocinado, existe ausencia de pruebas, falta de imputación necesaria y con ella la presunción de inocencia ha quedado incólume. La conducta de su patrocinado al emitir un voto a favor dentro del acuerdo de Consejo, conducta que no condice con la función administrativa de gestión de contratación o con la gestión de algún pago, por ello solicita la absolución de su patrocinado

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO PEREZ ALBITRES (Dr. Martínez Castro)

60. Fiscalía sostiene que su patrocinado en su condición de regidor, aprobó en sesión de consejo la exoneración del proceso de selección N° 01-2010 al no darse la causal de desabastecimiento de servicio de agua potable y alcantarillado. Considera que fiscalía no ha establecido cual vendría a ser el elemento subjetivo del tipo, no ha establecido el aprovechamiento indebido que su patrocinado realizó. Su conducta se encontraba dentro de sus responsabilidades, su conducta estaba permitida, no ha creado ningún riesgo permitido, fiscalía debió probar con indicios hechos irregulares los cuales debió probarlos con certeza, si los indicios solo se quedan como meras suposiciones no se podrá dar lugar a las certezas de los hechos. Solicita la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LA ACUSADA SÁNCHEZ LABARRERA (Dr. Saldaña)

61. Fiscalía indica que todos han participaron en el hecho y por sus funciones se han distribuido la realización del evento delictivo. Respecto a Labarrera no hace referencia que haya participado en el proceso de selección, pero si la menciona como que ella tenía conocimiento de toda la estructura, lo que implica un interés indebido; sin embargo, la confirmación del Comité se da después del proceso de exoneración; todos los argumentos señalados por fiscalía a la realización del evento de la conformación del Comité, no existe un solo medio probatorio, menos la posibilidad de que incriminen a la señora Labarrera.

62. La exoneración se trata de un acto político que dispone la funciones a nivel de Municipalidades, de ser el caso fiscalía tendría que aplicar una función de colaborador o cómplice; al no existir medio de prueba no se puede pasar a la siguiente fase; cual sería la fase que le correspondería haber realizado a la señora Labarrera, lo que no se ha hecho mención, porque en la vida práctica no es posible demostrar el conocimiento de la señora Sánchez Labarrera. Además, fiscalía indica que su patrocinada ha sido parte del comité de selección, designación que no es al inicio del proceso de selección, se entiende que por Ley el DL N° 1017 y reglamento, establece como se conforma el Comité, en donde se establece claramente que el Comité tiene que ser integrado por el área usuaria, área requirente, área técnica, por eso participa Bazán Palomino como área requirente y como área técnica, el Gerente y órgano de adquisiciones la señora Labarrera. Se incorpora al Comité y no por decisión del señor alcalde, no existe la continuación de los ánimos del señor alcalde para continuar con el proceso de selección irregular.
63. Luego de realizado el procedimiento se procede ver el tema de las bases, realizado por la parte que corresponde y la parte técnica, tiene que estar dentro de los marcos del pedido que realiza el área usuaria. No se ha visto ninguna apreciación al respecto, que las bases tengan un procedimiento irregular, en este punto se corta la continuación del iter criminis.
64. Se está dentro del campo de derecho penal, en donde existe dentro del tipo objetivo elemento normativo y descriptivo, la carta fianza es un elemento necesariamente normativo, por lo que no se puede interpretar sino acudiendo la Ley General de Sociedades, que indica que si es posible realizar un consorcio por dos personas naturales y jurídicas, que tienen un fin común, no se ha realizado una investigación para ver cómo se han dado las figuras del cumplimiento contractual, no existen documentos que indiquen que la obra no se habría realizado, de ser el caso si se hablaría de un perjuicio enorme. El consorcio debe ser analizado no como elemento de derecho penal, sino como un elemento normativo y acudir a la norma específica para abrir las posibilidades. La ley general de contrataciones y el reglamento permiten la participación de un consorcio, genera que primero se hace un acuerdo consorcial, el que en el caso si se ha dado, contrato de consorcio, por lo que es viable la figura del Consorcio.
65. El resumen ejecutivo contiene información sobre cuáles son las etapas que se han agotado para realizar la figura, fiscalía interpreta que se habría subdividido porque se le dio a dos empresas y no se le dio a una sola, es una sola buena pro y se le da al consorcio Virgen del Carmen, el resumen ejecutivo es previo a la ejecución de la obra, se descarta la voluntad delictiva, otro elemento normativo es la carta fianza en donde se verifica que corresponde a Euro tubo SAC, el origen y la finalidad de la carta fianza es garantizar un hecho, la garantía se da a partir de la norma procedimental que da la Ley General de Títulos Valores y la ley de Bancos, en donde se establece que sirve para garantizar cualquier problemas que pueda presentar de manera posterior, en el caso no ha habido ningún problema. Aparece la empresa Eurotubos como un aval, y esto es parte del derecho comercial no del derecho penal. Los documentos que se emiten fuera de la entidad no han sido declarados nulos, hasta la actualidad mantienen la eficacia. No se ha visto el interés por parte de la señora Sánchez Labarrera.
66. No se puede hacer imputación en términos de reproche objetivo, establecido en el artículo VII del Código Penal, en donde se establece que no se puede hacer una imputación por la realización de un hecho objetivo, sino que, además, se debe de imputar la realización de un tipo subjetivo; es decir, conocimiento y voluntad referido al dolo o en su defecto la infracción de un deber de cuidado. Según el artículo 20° las personas tienen que realizar lo encargado por la actividad que realizan, la actividad que realiza Labarrera era la encargada de logística y está facultada por el manual de organización y funciones, ello no implica el conocimiento y voluntad para la realización del tipo objetivo, interés indebido porque las secuencias son distintas. El hecho de haber contratado y otorgado la buena pro lo hace como parte del Comité, en cumplimiento de su rol de órgano encargado de las contrataciones; siendo así, si ha cumplido con el procedimiento; su patrocinada ni como integrante del Comité ni como órgano encargada de contrataciones tiene responsabilidad penal, no se habría dado las condiciones que requiere el tipo objetivo y subjetivo, solicita la absolucón.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO MONTALVAN BERNAL (Dra. Campos)

67. Refiere que no se ha logrado acreditar la responsabilidad penal de su patrocinado Montalván Bernal ni enervar el principio de presunción de inocencia, se debe de analizar si en el caso concurren los elementos del tipo penal bajo análisis; pare ello se debe de tener en cuenta que la tesis fiscal se sustenta en que

durante la ejecución de la obra, el Consorcio Virgen del Carmen habría sub contratado a una tercera empresa para que realice la ejecución total de la obra, pese a que estaba prohibido por el contrato de obra celebrado por la municipalidad distrital de Pacanga y que su patrocinado en condición de supervisor de la obra. Para ello ofrece al contrato de obra N° 024- 2010- MDP celebrado por el alcalde de la entidad y el consorcio Virgen del Carmena folio 116-126, cita la cláusula vigésima referente a las obligaciones que tenía el contratista en cuyo penúltimo párrafo se estableció que el contratista no podía autorizar la sub contratación total o parcial de la obra salvo autorización empresa de la entidad; en ningún momento se ha producido una sub contratación, ello hubiera implicado que Consorcio Virgen del Carmen contrate a una tercera empresa para que ejecute la obra, lo cual jamás ocurrió.

68. Fiscalía he hecho una interpretación sesgada del contrato de obra, ha omitido citar al párrafo segundo y cuarto de la cláusula vigésima del contrato en la que se estableció que el contratista tenía también otras obligaciones, una de estas era proveerse con todos los equipos necesarios para la ejecución de la obra, así como proporcionar la maquinaria y equipo para la ejecución de la misma, la empresa contratista para poder dar cumplimiento al contrato celebrado, se tuvo que agenciar de máquinas especializadas para que se pueda ejecutar la obra, por ello se apoyaron de le empresa PERFOTEC, la cual les proveyó de equipos a través de un contrato de alquiler para que se realicen las perforaciones en el área donde debía ejecutarse los trabajos, lo cual incluía los propios operarios de la maquinaria; es decir, el Consorcio Virgen del Carmen si cumplió con las obligaciones establecidas en el contrato de obra, conforme a la cláusula vigésima del contrato de obra.
69. Se tiene que fiscalía ha ofrecido las copias de los partes de perforación de 02, 03, 21 del 30 de junio del año 2010 a folio 178- 182, acredita que PERFOTEC contaba con licencia y además se ha consignado un detalle de todas las ocurrencias producidas al momento en que se efectuaron las perforación en el área donde debían efectuarse los trabajos, detalle que incluía desde el traslado de las maquinarias hasta el traslado de las mismas, sin que ello implique que la empresa haya realizado la totalidad o parte alguna de la obra; además, debe de considerarse que el Consorcio Virgen del Carmen tuvo que agenciarse de la empresa PERFOTEC, para poder dar cumplimiento al contrato de obra, el mismo que no exigía que la empresa contratista cuenta de manera directa con la maquinaria ya que el contrato fue celebrado para la ejecución de una obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado, mas no únicamente para trabajo de perforaciones, el contratista se vio en la necesidad de agenciarse de la maquinaria para dar cumplimiento a los requerimiento técnicos mínimos solicitados en las bases y como no se solicitó la máquina perforadora de pozo , el contratista tuvo que alquilarla, conforme se acredita con la documental denominada bases de la obra a folio 133 -165m, en el capítulo cuatro requerimientos técnicos mínimos se detalla la relación de equipos a emplear en la obra no figurando el camión ni la máquina perforadora de pozo, situación que puede ser acreditada también con el Informe N° 064-2010 – DIDUR de fecha 12 de febrero del 2009. La carta 02 de agosto del 2010 emitida por el gerente de la empresa PERFOTEC, en donde en ninguna parte del documento se deja constancia de que hayan ejecutado la totalidad de la obra, solo se hace mención a las pruebas de bombeo para la selección de maquinaria.
70. Su patrocinado no ha intervenido en ninguna de las fases del proceso, su intervención aparece al momento que se ejecuta la obra, el hecho de no haber informado la subcontratación es una conducta omisiva, conducta que deviene en atípica respecto al delito Negociación Incompatible, no existe actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la trasgresión de la legalidad del ejercicio, si un supervisor de obra omite un acto propio de su función podría ser responsable por el delito de omisión de actos funcionales y no por negociación incompatible, por ello solicita la absolución de su patrocinado.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO

71. No han concurrido al acto oral de defensa material, siendo representados por sus abogados defensores.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

72. El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

G. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.¹⁶⁸

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.¹⁶⁹

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”¹⁷⁰

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido lo siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...)”.¹⁷¹

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.¹⁷²

H. Tipicidad Objetiva- Conducta tí

p) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.¹⁷³ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente

¹⁶⁸ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

¹⁶⁹ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

¹⁷⁰ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

¹⁷¹ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷² SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574- 575.

¹⁷³ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 566-567.

administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.¹⁷⁴ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.¹⁷⁵

q) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.¹⁷⁶ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

r) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.¹⁷⁷

s) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros

¹⁷⁴ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹⁷⁵ REATEGUI SANCHEZ James, Ob. Cit. Pág. 48.

¹⁷⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

¹⁷⁷ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 570-571.

actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.¹⁷⁸

t) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.¹⁷⁹ En el delito de negociación incompatible es condición sine qua non que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.¹⁸⁰

I. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.¹⁸¹

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

73. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

¹⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 572.

¹⁷⁹ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

¹⁸⁰ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit.. Pág. 573

¹⁸¹ Ibidem. Pág. 577.

74. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado.* 5. *Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)*”.¹⁸²
75. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XI. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Imputación concreta

76. Se imputa a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ, PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA Y WALTER JAVIER MONTALVÁN BERNAL**, tener la calidad de autores, respecto de la exoneración del proceso de selección y luego en la selección de la empresa que ejecutó la obra “*Mejoramiento y ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén –La Libertad*”. Imputándole un interés indebido en la contratación del Consorcio Libertad (integrado por las empresas J&F Balarezo Ings EIRL y A&J Contratistas EIRL), a quien se le adjudicó la obra por la suma de S/ 8, 434,820.00. Que se exoneró el proceso de contratación con la finalidad de favorecer a la empresa ganadora; se admitieron cartas fianzas que no garantizaban el fiel cumplimiento y se ha subcontratado la obra con otra empresa sin autorización de la entidad municipal.
77. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponderá determinar si los acusados **SANTOS APOLINAR CERA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ, PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA Y WALTER JAVIER MONTALVÁN BERNAL**, han realizado los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399º del Código Penal y si con la actividad probatoria de cargo desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste.

Respecto de la calidad de Funcionario Público y el cargo que los acusados ostentaban en la Municipalidad Provincial de Pacanga

78. El artículo 425º del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) Todo aquel que independientemente del régimen laboral**

¹⁸² STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado (...) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades”.

- a) La calidad de funcionario público de los acusados ha quedado acreditada en juicio; así tenemos que el acusado **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE**, a la fecha de los hechos ostentaba la calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacanga, ello se acredita del Acta N°005-2010-MDP de la Sesión Extraordinaria de Consejo, Resolución de alcaldía N°109-2010/MDP, contrato de obra N°024-2010-MDP; suscritos por el acusado, donde firma como alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacanga.
 - b) El acusado **JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO**, tenía la calidad de Jefe de la División de Desarrollo Urbano y Rural, de conformidad con el Informe N°064-2010-DDUR/MDP, Informe N°071-2010-DDUR/MDP e Informe N°118-2010-DDUR/MDP; además de haber sido designado miembro titular del Comité Especial para la elección de la empresa que ejecute la obra “Mejoramiento y ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén –La Libertad”.
 - c) El acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, Asesor jurídico de la Municipalidad, su vinculación con la Municipalidad Distrital de Pacanga y por ende de funcionario público, se encuentra acreditado con el Informe N°15-2010-MDP/AJ e Informe legal N°028-2010-MDP/AJ; además quien ha declarado en juicio asumiendo la autoría de los aludidos informes.
 - d) Los acusados **LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ Y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES**, tenían la calidad de regidores de la Municipalidad, lo cual se acredita con el Acta N°005-2010-MDP de la Sesión Extraordinaria de Consejo, Resolución de alcaldía N°109-2010/MDP; elegidos para desempeñar funciones al servicio de la Municipalidad de Pacanga.
 - e) El acusado **TOMAS ARTURO LICHAM GIL**, ostentaba la calidad de Gerente Municipal, lo cual se advierte de las documentales dirigidas a su persona por los demás funcionarios de la Municipalidad, como el Informe N°064-2010-DDUR/MDP, Informe N°118-2010-DDUR/MDP, Informe N°039-2010-MDP-UL y otros; además de haber participado como Presidente del Comité Especial para la elección de la empresa que ejecute la obra “Mejoramiento y ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén –La Libertad”.
 - f) La acusada **ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA**, tenía la calidad de Jefe de la Unidad de Abastecimientos, de acuerdo al Informe N°039-2010-MDP-UL; además de haber sido designado miembro del Comité Especial para la elección de la empresa que ejecute la obra “Mejoramiento y ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén –La Libertad”.
 - g) Respecto al acusado **WALTER JAVIER MONTALVÁN BERNAL**, según acta de selección de la persona natural o jurídica para el proceso exonerado del proyecto “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado del distrito de Pacanga”, se acuerda invitar para participar al acusado como supervisor de la obra, contratado por la Municipalidad, como supervisor de la obra.
79. Como se podrá apreciar los ocho acusados tienen vínculo laboral con la Municipalidad Distrital de Pacanga, encontrándose acreditado su calidad de funcionarios de dicha comuna.

Respecto del contrato u operación por razón del cargo, o vinculación funcional por razón del cargo

80. En el delito de negociación incompatible es condición *sine quanon* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas

o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.¹⁸³

81. Respecto al acusado **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE**, en su condición de alcalde la Municipalidad Distrital de Pacanga, celebra el contrato de obra N°024-2010-MDP –Proceso de Exoneración N°001-2010-MDP, dicha facultad se encuentra establecida en el artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-D.S N°184-2008-EF (en adelante RLCE), donde se señala que el *titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el presente Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado*. Asimismo, en el artículo 20° numeral 3 de la Ley Orgánica de Municipalidades, se establece como atribuciones del alcalde, *celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones*.
82. Respecto de los acusados **TOMAS ARTURO LICHAM GIL (Gerente Municipal), JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO (Jefe de la División de Desarrollo Urbano y Rural) y GADY ELIZABETH SÁNCHEZ LA BARRERA (Jefe de la Unidad de Abastecimiento)**, conforme se advierte del acta de selección de la persona natural y/o jurídica para el proceso exonerado del proyecto “*Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado del distrito de Pacanga*”, acta del Comité Especial Permanente de Adquisiciones y Contrataciones de la Municipalidad Distrital de Pacanga y Acta de proceso de exoneración N°001-2010-MDP-Comité Especial Permanente-I Convocatoria Ejecución de obra; formaron parte del Comité Especial, el primero de los acusados, en calidad de presidente del Comité y los demás acusados en calidad de miembros titulares, designados mediante Resolución de Alcaldía N° 039-2010, en mérito a lo cual otorgaron la Buena Pro al Consorcio Virgen del Carmen. Siendo el Comité Especial, un órgano encargado de las contrataciones, pues conforme se advierte del artículo 5° numeral 4 del RLCE, el *Comité Especial es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación*.
83. Los acusados **LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES**, en calidad de regidores, si bien mediante Acta N°005-2010-MDP de la Sesión Extraordinaria de Consejo N°005-2010-MDP del 18 de febrero de febrero de 2010, aprobaron la exoneración del proceso de selección para la ejecución de la obra “*Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado*”, no se encontraban a cargo de la contratación del Consorcio Virgen del Carmen; sin embargo, su conducta es analizada más adelante.
84. El acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, en calidad de Asesor Jurídico de la Municipalidad Distrital de Pacanga, si bien emitió el Informe N°015-2010-MDP/AJ, avalando el estado de desabastecimiento del servicio de agua potable y alcantarillado y luego firmó el Informe N° 028-2010- MDP/AJ, tampoco ha tenido bajo sus atribuciones la contratación u otorgamiento de la Buena Pro del Consorcio Virgen del Carmen. La Oficina de Asesoría Jurídica, no se encuentra incluida como órgano de contrataciones según el RLCE; sin embargo, su participación en los hechos es analizada más adelante.
85. Respecto del acusado **WALTER JAVIER MONTALVÁN BERNAL**, encargado de la supervisión de la ejecución de la obra, tampoco presentó injerencia o competencia en la contratación del Consorcio Virgen del Carmen.
86. La participación de los acusados Leonardo Max Montenegro Tumez, Patricio Baltazar Pérez Alvitres, Carlos Enrique Guanilo Rodríguez y Walter Javier Montalván Bernal, en la contratación y selección de la empresa ganadora con la Buena Pro, es analizada más adelante.

Respecto del interés indebido

87. El representante del Ministerio Público sostiene que los acusados se habrían interesado en la contratación del Consorcio Virgen de la Puerta, a fin de que ejecute la obra “*Mejoramiento y ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén –La Libertad*”, ello en mérito a que se exoneró de proceso de selección, a pesar de que no se cumplían con los presupuestos exigidos por la Ley de Contrataciones con el Estado y el RLCE, el otorgamiento de cartas fianzas no garantizaban su cumplimiento y se subcontrataron empresas a pesar de que estaba prohibido. Por lo que corresponde analizar la imputación, a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio.

¹⁸³ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 573

Respecto de la exoneración de proceso de selección

Se aprecia la siguiente sucesión de indicios en el tiempo:

88. Según la citación N°003-2010-MDP-Convocatoria a sesión de Concejo Municipal¹⁸⁴, de fecha 15 de febrero de 2010, la persona de Carmen Mejía Vértiz, señala que por especial encargo del Sr. Alcalde, y en virtud del Art.20° de la L.O.M N°27972, invita a los regidores a la reunión de concejo en la Sesión Extraordinaria para el día 18 de febrero de 2010 a horas 3:00 p.m.; según agenda para tratar **“asuntos diversos”**
89. Mediante Acta N°005-2010.MDP de la Sesión Extraordinaria de Concejo N°005-2010.MDP¹⁸⁵, del 18 de febrero de 2010, se deja constancia que constándose el quórum reglamentario, el alcalde ordena dar lectura los Informes N°071-2010-DDUR-MDP (técnico) y el Informe N°015-2010-MDP/A.J (jurídico) sobre exoneración de proceso de selección para la ejecución y supervisión de la obra *“Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad”*, se señala además que el 29 de enero de 2010, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Decreto Supremo N°049-2010-EF, publicado el 30 de enero de 2010, autoriza la transferencia financiera del Ministerio de Vivienda, construcción y saneamiento para el Proyecto de Inversión Pública con código SNIP N°56900 por un monto de S/.8,434,829.00 soles. Resolviéndose APROBAR la exoneración del proceso de selección para la ejecución de la obra *“Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad”* con un valor referencial de S/.8, 044,730.05 soles financiados con recursos ordinarios fondos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en un plazo de 240 días calendarios y APROBAR la exoneración del proceso de selección de la Supervisión de la obra, con un valor referencial de S/.241, 341.90 soles. Documental que se encuentra suscrita por el acusado Cerna Quispe, en calidad de alcalde, por los acusados Pérez Alvitres, Montenegro Tumez y Mendoza Sánchez, en calidad de regidores; y por Mejía Vértiz (secretaria general).
90. Según el Informe N° 064-2010-DDUR/MDP¹⁸⁶, de fecha 12 de febrero de 2009, emitido por el acusado Bazán Palomino, se señala que la División de Desarrollo Urbano y Rural solicita a la Gerencia Municipal ordenar a la sección de Logística iniciar la ejecución de la obra por contrata y por el Sistema de Contratación de SUMA ALZADA, estableciéndose requisitos técnicos mínimos.
91. Según el Informe N°071-2010-DDUR-MDP¹⁸⁷, de fecha 16 de febrero de 2010 (oralizado en sesión de Concejo), emitido por Juan Manuel Bazán Palomino, y dirigido al alcalde Cerna Quispe, le solicita someter a sesión de concejo la exoneración del proceso de selección para la ejecución y supervisión de la obra *“Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad”* el mismo que se sostiene en los informes emitidos por la División de Desarrollo Urbano y Rural sobre un inminente colapso de alcantarillado de Pacanga. Señala que los sistemas de agua presenta severas deficiencias, pero que el sistema de alcantarillado conlleva a un estado de emergencia declarada del servicio frente a un inminente colapso generalizado del sistema de colección, conducción, tratamiento y disposición final de aguas servidas; además, que el sistema de tratamiento de aguas servidas, presenta problemas agudos, hecho que se manifiesta con el afloramiento de aguas servidas a través de los buzones de inspección hacia las calles y dentro de las viviendas, obligando a la administración del servicio al permanente bombeo o trasvase de aguas de un buzón hacia otro, con la fallida intención de atenuar lo que cada día se hace insostenible, la proliferación de enfermedades por el contacto directo de la población con aguas en estado de putrefacción. Recomendado que el Concejo Municipal de Pacanga, declare en *“desabastecimiento inminente”* el servicio de saneamiento del Consejo Provincial de Pacanga y autorice la exoneración del proceso de selección y se ejecute con carácter de urgencia el Proyecto de Inversión Pública, con código SNIP N°56900.
92. Según el Informe N°15-2010-MDO/A.J¹⁸⁸ de fecha 17 de febrero de 2010, emitido por el acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en calidad de asesor jurídico, quien luego de analizar el Informe N°071-2010, señala que de acuerdo a la situación verificada por la División de Desarrollo Urbano y Rural, respecto a la situación de desabastecimiento en el Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la localidad de Pacanga,

¹⁸⁴ A folios 90 del expediente judicial (bolígrafo verde).

¹⁸⁵ A folios 91 a 93 del expediente judicial.

¹⁸⁶ A folios 94 y 95 del expediente judicial.

¹⁸⁷ A folios 96 a 98 del expediente judicial.

¹⁸⁸ A folios 99 a 102 del expediente.

debe procederse a su declaratoria y consecuentemente aprobar la exoneración del proceso de selección para la ejecución de la obra y supervisión del Proyecto de Inversión Pública con código SNIP N°56900 denominado “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad”.

93. Fiscalía alega que la exoneración de proceso de selección, por un supuesto “desabastecimiento inminente” no reunía los presupuestos establecidos en la norma de contrataciones. Al respecto, la Ley de Contrataciones (Decreto Legislativo N° 1017) en su artículo 20° establecía que están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen: (...) c) *Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal (...).*
94. La situación de desabastecimiento es definida por el artículo 22° de la citada norma, *como aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades y operaciones que la Entidad tiene a su cargo. Dicha situación faculta a la Entidad a la contratación de los bienes, servicios u obras solo por el tiempo, cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda (...).*
95. El artículo 129° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, señalaba que no se puede invocar la existencia de una situación de desabastecimiento inminente en las siguientes contrataciones: a) *En vía de regularización* b) *Por periodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para paliar la situación.* c) *Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración al proceso de selección.* y d) *Por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento. (...)*
96. Según la opinión N° 158-2015/DTN, del Organismo de Contrataciones con el Estado, al referirse al supuesto de desabastecimiento a que hace referencia la Ley y el RLCE, ha indicado: ,

“De los artículos citados pueden distinguirse dos elementos que necesariamente deben concurrir para que se configure esta causal de exoneración: (i) un hecho o situación extraordinario e imprevisible que determina la ausencia inminente de un bien o servicio; y (ii) que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.

Respecto al primer elemento, debe indicarse que por “extraordinario” se entiende a algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común¹⁸⁹ y por “imprevisible” se entiende al hecho o situación que no puede ser previsto¹⁹⁰. En esa medida, esta causal se configuraría ante hechos o situaciones fuera del orden natural o común de un contexto, que no pudieron ser previstos. El segundo elemento, se refiere a que la ausencia de un bien o servicio comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que se encuentran relacionadas con el ejercicio de las facultades que, por ley expresa, han sido atribuidas a la Entidad”.

97. Los problemas respecto al sistema de agua y alcantarillado, en especial respecto de la satisfacción de necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración, lo cual traería consigo un inminente colapso del sistema de alcantarillado de Pacanga, tal como se hace referencia en el Informe N°071-2010; esta situación no se enmarca dentro del supuesto de desabastecimiento inminente comprobado, pues la necesidad de contar con sistema de agua potable y alcantarillado, son anteriores a la aprobación de la exoneración del proceso de selección; pues la exoneración ocurrió el 18 de febrero de 2010; no obstante, con la actividad probatoria se ha logrado acreditar que según formato SNIP-03, Ficha de registro-Banco de Proyectos, en el cual fue registrado el Proyecto de Inversión Pública “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad” con código SNIP 56900, siendo

¹⁸⁹ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, la primera acepción de “extraordinario, ria” es “Fuera del orden o regla natural o común.”
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=extraordinario.

¹⁹⁰ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, la acepción de “imprevisible” es “Que no se puede prever.”
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imprevisible.

la Unidad ejecutora, la Municipalidad Distrital de Pacanga y el responsable, Manuel Bazán Palomino; ya se establecía como objetivo la disminución de las incidencias de enfermedades gastrointestinales, parasitarias y dérmicas en la población del distrito de Pacanga; figurando como fecha de la declaración de viabilidad el 07 de setiembre de 2007. Y a su vez, ya se había elaborado un Estudio de Pre inversión a nivel de perfil denominado “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, provincia de Chepén-La Libertad” de fecha julio de 2007, elaborado por el acusado Juan Manuel Bazán Palomino, donde se describe la situación del sistema de agua potable y del sistema de alcantarillado en el distrito de Pacanga y las alternativas de solución a fin de mejorar dichos servicios.

98. En el mismo sentido, de conformidad con el comunicado N°03-2005-CG¹⁹¹ de la Contraloría General de la Republica, señala que no es posible invocar la existencia de una situación de desabastecimiento inminente en los siguientes supuesto: (...) “*Aquellas que tengan como objetivo satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración y cuando se adquiera o contrate soluciones definitivas y no temporales, salvo justificación válida*”. En atención a ello, al no encontrarse la Municipalidad Distrital de Pacanga ante una inminente situación de desabastecimiento, pues la necesidad de mejorar el sistema de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, no era actual a la fecha en que se aprobó la exoneración del proceso; sino anterior; debió realizarse el proceso de selección que correspondía (por el monto de la obra, Licitación Pública).
99. Se puede advertir una situación irregular, en el proceso de exoneración; pues se convoca el día 15 de febrero, para una sesión del 18 del mismo mes; al día siguiente, 16 de febrero se emite el Informe Técnico N° 071-2010-DDUR-MDP, al día siguiente, el 17 de febrero se emite el informe legal N° N°15-2010-MDO/A.J.; es decir, dentro del periodo de notificación se expide ambos informes; coligiéndose que la convocatoria a Sesión de Consejo, fue ex profesamente e intencionada para aprobar la exoneración, pues fue el único punto de agenda, no se dijo nada d los denominados “ASUNTOS DIVERSOS”; ni siquiera se debatió la exoneración, sino que fue aprobado por unanimidad. Se puede sostener que la emisión de los informes técnico y jurídico fue un formalismo, a efectos de cumplir con la exigencia del artículo 133° del RLCE, pues la decisión de exonerar el proceso de selección ya estaba tomada.
100. Del informe N° 071-2010-DDUR-MDP y el informe N° 15-2010-MDP/A.J.; no se aprecia que la opinión de exoneración por desabastecimiento inminente se encuentre sustentado y documentado en evidencias objetivas; no hace referencia el por qué se justificara la exoneración, solamente se refiere a severas deficiencias del sistema de agua potable y alcantarillado; sin mayor sustentación o corroboración de sus afirmaciones.
101. Por otro lado, el acusado Guanilo Rodríguez en su declaración en juicio y así también se advierte de los informes técnico y jurídico, sostienen que otro de factores que motivaron la exoneración era que existía presión popular y que si no se tomaba una decisión inmediata el dinero se podría revertir la Estado, pues la norma solamente le otorgaba 15 días calendarios para el proceso de selección. **Al respecto**, según el artículo 5° del Decreto Supremo N° 049-2010 – EF que “*autoriza transferencia de partidas y trasferencia financiera del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para proyectos de inversión del Programa Agua para todos*”; publicado el 30 de enero de 2010, estableció que: “*Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Empresas Públicas, señaladas en los Anexos I y II del presente dispositivo, según corresponda, iniciaran en un plazo no mayor de quince (15) días calendarios, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo, el proceso de selección correspondiente para la ejecución de los proyectos a su cargo*”.
102. La norma en mención hace referencia a un plazo de quince (15) días calendarios, para el inicio del proceso de selección, que en todo caso concluyo el 14 de febrero de 2010; sin embargo, la exoneración se aprobó el 18 de febrero de 2010, el Comité Especial Permanente de reunió el 19 de febrero de 2010, para elaborar las bases. La norma hace referencia al inicio del proceso, no ha una reversión del dinero al Estado; por lo que el argumento de los informes y de Guanilo Rodríguez, de una probable reversión del dinero al Estado, es inconsistente. Se ha tratado de dar a los informes una fundamentación aparente de cara a lograr la aprobación de la exoneración.

Respecto de los nuevos medios probatorios

103. Por otro lado, la defensa de **Bazán Palomino y Licham Gil**, ha ofrecido como nuevos medios probatorios el Informe N° 039-2009-SSC/MDP, de fecha 24 de noviembre de 2009, suscrito por Juan Ítalo Tejada Lozano, encargado de la sección de servicio a la ciudadanía de dicho distrito; así mismo el Oficio N° 260-2009-GRLL-GGR/GS- RED- CHEPEN/C.S. PACANGA, de fecha 12 de diciembre de 2009, suscrito por el Médico Cirujano

¹⁹¹ A folios 165 del expediente.

Julio A. Loayza Donet; en ambos se dirigen al Gerente Municipal Tomás Arturo Licham Gil, haciendo conocer en informe situacional del sistema de agua y desagüe y la problemática de salud ambiental del distrito de Pacanga; indicando la defensa que la exoneración por desabastecimiento inminente estaba justificada. **Sin embargo**, de la revisión minuciosa de los informes técnico y jurídico, a cargo de Palomino Bazán y Guanilo Rodríguez, en ninguno se hace referencia al informe y oficio aludido (nuevos medios probatorios). Estos documentos no formaron parte de los fundamentos que esgrimieron en sus informes. Además, la situación del agua y desagüe y la problemática de salud no era de noviembre y diciembre de 2009; también el estudio de PRE INVERSION de fecha julio 2007, elaborado por Bazán Palomino, ya había identificado, respecto del sistema de alcantarillado, los siguiente: “El sistema de alcantarillado en el distrito de Pacanga por la antigüedad que representa es una sistema colapsado y construido con deficiencias técnicas y operativas. (...) La población hace uso de los servicios de alcantarillado como de pozos sépticos en cada una de sus viviendas, existiendo en ese caso un alto riesgo de contaminación del medio ambiente y exponiéndose a enfermedades diarreicas, parasitosis e infectocontagiosas; del mismo modo hacen sus necesidades al aire libre originando focos infecciosos”.

Respecto al otorgamiento de cartas fianzas

104. Con fecha 19 de febrero de 2010, conforme al Acta del Comité Especial Permanente de Adquisiciones y Contrataciones de la Municipalidad Distrital de Pacanga¹⁹², el Comité Especial Permanente, conformado por los acusados Tomas Arturo Licham Gil (presidente), Juan Manuel Bazán Palomino (miembro titular) y Elizabeth Gady Sánchez La barrera (miembro titular) acuerdan elaborar las bases para llevar a cabo la exoneración N°001-2010-MDP, para seleccionar a la persona natural y/o jurídica para la ejecución de la obra. Las cuales fueron aprobadas mediante Resolución de Alcaldía N°109-2010/MDP¹⁹³, de fecha 22 de febrero de 2010; en las bases se establece que la obra tiene un valor referencial de S/. 8,044.730.05 soles, que el proceso se rige por el sistema de SUMA ALZADA, con un plazo de ejecución de la obra de 240 días¹⁹⁴, etc.
105. Mediante Acta de selección de la persona natural y/o jurídica para el proceso exonerado del proyecto “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado del distrito de Pacanga”, de fecha 23 de febrero de 2010¹⁹⁵, se acuerda aprobar invitar a participar en el proceso exonerado a la empresa A&J Contratistas E.I.R.L y para la supervisión de la obra a la persona natural Walter Javier Montalván Bernal.
106. En el Acta de proceso de exoneración N°001-2010-MDP-Comité Especial Permanente I Convocatoria-Ejecución de obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga-provincia de Chepén-región La Libertad”¹⁹⁶, de fecha 25 de febrero de 2010, el Comité Especial procede a otorgar la buena pro al postor Consorcio Virgen del Carmen.
107. Este consorcio se encontraba conformado por las empresas A&J Contratistas E.I.R.L el cual tenía una participación del 94%; y por la empresa J&F Balarezo Ings S.C.R.L con 06%. Según Regional Nacional de Proveedores, la empresa A& J Contratistas E.I.R.L tenía una capacidad máxima de ciento dieciséis millones ciento setenta y ocho mil ochocientos treinta y tres con 45/100 soles (S/. 116 178, 833. 45 soles) y la empresa J&F Balarezo Ings S.C.R.L una capacidad máxima de novecientos veinticinco mil soles (S/. 925, 000.00) soles¹⁹⁷.
108. Mediante Informe N°118-2010, de fecha 12 de marzo de 2010¹⁹⁸, el acusado Bazán Palomino, se dirige al Gerente Municipal, señalándole que el expediente N°1404-2010 presentado por el Consorcio Virgen del Carmen, que contiene los documentos para firma del contrato para la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga” y que la División de Desarrollo Urbano solicita a Gerencia Municipal ordene a la Sección Logística realizar contrato por ser documentos conformes.
109. Con fecha 12 de marzo de 2010, se celebra el contrato de obra N°024-2010-MDP¹⁹⁹, entre Santos Apolinar Cerna Quispe, alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacanga y el ingeniero Michael Frank Balarezo Bazán, representante del Consorcio Virgen del Carmen, teniendo como objeto la ejecución de la obra Mejoramiento y

¹⁹²A folios 103 del expediente.

¹⁹³ A folios 130 a 131 del expediente judicial.

¹⁹⁴ De folios 132 a 164 del expediente judicial.

¹⁹⁵ A folios 104 del expediente.

¹⁹⁶ A folios 113 del expediente judicial.

¹⁹⁷ A folios 105 y 106 del expediente judicial.

¹⁹⁸ A folios 127 del expediente judicial.

¹⁹⁹ A folios 116 a 126 del expediente.

ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga, por el monto de S/.8, 044, 730.05 soles.

110. El consorcio presenta la carta fianza N° 0011-0280-9800040435-54 emitida por el Banco Continental, con la fianza de Eurotubo S.A.C a favor de J & F Balarezo Ings. S.C.R.L hasta por la suma de S/.804, 473. 010 soles, a fin de garantizar el fiel cumplimiento del contrato de la obra, con vigencia desde el 11-03-2010 hasta el 10-09-2010 a horas 12 meridianos.
111. Sin embargo, antes de la suscripción del contrato, dicha carta fianza fue cuestionada por la acusada Sánchez La barrera, a través del Informe N°039-2010-MDP-UL²⁰⁰, de fecha 12 de marzo de 2010, donde señala (...) *Pero también informó que la Carta Fianza de Fiel cumplimiento hasta la liquidación final de la obra está emitida por orden y cuenta de “EUROTUBO S.A.C” es decir, esta emitida a nombre de la empresa garante y no a nombre de la empresa ganadora de la buena pro. Y luego como es de su conocimiento de todos que la Carta Fianza de fiel cumplimiento deber ser recepcionada por el Sr. Jeam aul Gálvez García por ser el tesorero de esta entidad pero no lo ha recepcionado por no estar a nombre del Consorcio Virgen del Carmen (...)*. No obstante, se procedió a su celebración, sin contar previamente con la opinión del asesor jurídico, lo cual se dio recién a través del Informe N°028-2010-MDP/AJ, de fecha 26 de marzo de 2010, emitido por el acusado Guanilo Rodríguez, indicando que la carta fianza es válida y ejecutable en caso de incumplimiento en los plazos previstos para la ejecución de la obra; pronunciamiento que también es controvertido, si tenemos en cuenta que dicha carta fianza no fue emitida a nombre del Consorcio Virgen del Carmen, sino tan solo a favor de la empresa J&F Balarezo Ings S.C.R.L, la cual tenía menor capacidad de contratación.
112. Por otro lado, en el contrato se estableció que el otorgamiento de la carta fianza deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, conforme se advierte, la misma tenía una vigencia desde el 11 de marzo de 2010 hasta el 10 de setiembre de 2010; por lo que no garantizaba el fiel cumplimiento del contrato, el cual tenía una vigencia de 240 días. (el plazo del contrato fue de ocho meses, y según el artículo 184° del RLCE, este se computa después de los 15 días de firmado el contrato). Si el contrato se celebró el 12 de marzo de 2010, sumados los 15 días para dar cumplimiento al artículo 184°, sería 27 de marzo de 2010, el contrato debió haber terminado el 27 de noviembre de 2010; sin embargo, la carta fianza solo garantizaba hasta el 10 de setiembre de 2010, no así, con lo establece la cláusula DECIMO SEXTE del contrato, donde se indica, refiriéndose a la carta de fiel cumplimiento del contrato que “la misma que deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.
113. En el mismo sentido, con fecha 19 de marzo de 2010, Michael Frank Balarezo Bazán, se dirige al acusado Cerna Quispe, solicitando la cancelación de adelanto para materiales e insumos para la obra, por el monto de S/.79, 500.00 soles, con un periodo de vigencia de 90 días calendarios; presentando la carta fianza N°0501-2010/FG/OEP/LAMBAYEQUE, de fecha 19 de marzo de 2010, emitido por FOGAPI, garantizando el adelanto para materiales para la ejecución de la obra. Ante lo cual, el acusado Lichan Gil se dirige a la acusada Sánchez La barrera señalando que se sirva comprometer con la cancelación de adelanto de materiales a favor de Consorcio Virgen del Carmen según el Expediente N°1603-10 con fecha 19/03/2010.
114. El acusado Walter Montalván Palomino, en su calidad de supervisor de obra, emite el Informe N°001-2010²⁰¹, de fecha 15 de abril de 2010, señalando que el monto del adelanto para la adquisición de materiales para la obra, que debe otorgarse a la firma del Consorcio Virgen del Carmen es por la suma de S/. 700,000.00 soles. El Consorcio presenta la carta fianza N°0101B0755 000²⁰² de fecha 9 de abril de 2010, a favor de J&F Balarezo Ings. S.C.R.L por la suma de S/. 700,000.00 soles, por concepto de adelanto de materiales a partir del 7 de agosto de 2010. Mediante memorándum N°203-2010-MDP-GM²⁰³, de fecha 20 de abril de 2010, el acusado Lichan Gil solicita se proceda a efectuar el compromiso por adelanto para materiales N°01.
115. No obstante, las cartas fianzas presentadas a la Municipalidad a efectos de garantizar el fiel cumplimiento, el pago de adelanto de materiales y adelanto directo, eran otorgadas a favor de la empresa J & F Contratistas S.C.R.L, y no a favor del Consorcio Virgen del Carmen, las mismas eran aceptadas y se disponía el compromiso para el pago solicitado. Empresa que como ya se indicó tenía la menor capacidad de contratación.
116. Respecto a las ofertas en consorcio, el artículo 36° de la Ley de Contrataciones con el Estado ha establecido que: *“En los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de*

²⁰⁰ A folios 129 del expediente judicial.

²⁰¹ A folios 170 a 170 del expediente judicial.

²⁰² A folios 171 del expediente.

²⁰³ A folios 172 del expediente.

consorcio, la que se perfecciona una vez consentido el otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato. La parte del consorcio responderán solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante los procesos de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de éste. (...).”

117. De conformidad con el primer párrafo del artículo 39° de la Ley, las garantías que otorgan los proveedores y/o contratistas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. El segundo párrafo del referido artículo también establece los requisitos que deben cumplir las garantías para ser aceptadas por las Entidades: “(...) ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.”
118. De otro lado, el segundo párrafo del artículo 155° del Reglamento dispone que “(...) en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado.”
119. **Según la ° OPINIÓN N° 055-2012/DTN, expedida por OSCE, y que es de aplicación al caso, se indica que:** “Ahora bien, es necesario señalar que, dado que este Organismo Supervisor ha advertido que en el ámbito de las contrataciones del Estado se utiliza en mayor medida la carta fianza como instrumento para otorgar garantías, en su oportunidad consultó a la SBS cuál es el contenido que debe tener una carta fianza cuando es emitida a favor de un consorcio. Así, mediante el Oficio N° 5196-2011-SBS del 27.ENE.2011, la SBS manifestó lo siguiente:

“(...). La carta fianza es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza). (...).

En este escenario, en la medida que un consorcio no constituye una persona jurídica, a efectos de que las obligaciones asumidas por sus integrantes estén adecuadamente protegidas, es necesario que la carta fianza que se emita mencione expresamente a todas y cada una de las empresas que lo conforman pues, dado el carácter literal en comento, la garantía no podrá ser ejecutada válidamente, si la conducta que determina dicha situación es atribuida a persona distinta a la mencionada en su texto.

Es importante precisar que aun cuando la Ley de Contrataciones del Estado dispone que los integrantes del consorcio se obligan solidariamente, ello es sólo para efectos de sus relaciones con la entidad convocante más no afecta de modo alguno la cobertura de la garantía la cual alcanza –exclusivamente– a las personas expresamente enunciadas en su literalidad.” (El subrayado es agregado).

120. En el aludido informe se concluye: “Por tanto, conforme a lo indicado por el ente rector del sistema financiero y de seguros y tomando en cuenta la literalidad de la carta fianza, resulta necesario precisar que cuando ésta sea emitida a favor de un consorcio debe consignarse en su texto el nombre de todas y cada una de las personas naturales y/o jurídicas que lo integran; de lo contrario, dicha garantía no podrá ser ejecutada válidamente”.
121. Que, pese a que la irregularidad de la carta fianza fue advertida por Elizabeth Sanchez La Barrera, según se aprecia del informe N° 039-2010Ñ- MDM- UL, el mismo 12 de marzo de 2010; se siguió adelante con el contrato, suscrito el mismo día, tal como ya se ha indicado.

Respecto de la autoría y complicidad.

122. El representante del Ministerio Público, inicialmente postulo porque todos los acusados tienen la calidad de coautores; sin embargo, atendiendo a que el delito de Negociación Incompatible es un delito de infracción de deber, no cabe el título de imputación de coautoría, en la medida que cada funcionario o servidor público lesiona un deber personalísimo que le confiere la administración pública para el ejercicio de sus funciones. Por lo que, en este tipo de delitos, cada acusado responde a título de autor, si tiene la calidad de funcionario o

servidor público y además, ostenta el vínculo o relación funcional exigido, que en el caso en concreto debe haber intervenido en razón de su cargo, en la contratación u operación realizada por la entidad; en todo caso respondería en calidad de cómplice del delito.

123. Al haberse acreditado que la exoneración del proceso de selección para la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga-provincia de Chepén-región La Libertad” no se encontraba dentro del supuesto de desabastecimiento, no obstante fue exonerado del proceso de contratación, y que por otro lado que las cartas fianzas otorgadas por el Consorcio Virgen del Carmen, no garantizan el cumplimiento de la obra, no obstante se procedió con el pago de los adelantos solicitados, acredita el interés indebido mostrado de los acusados Santos Apolinar Cerna Quispe, (en la exoneración del proceso de selección y además firma el contrato de obra N° 024-2010-MDP) Juan Manuel Bazán Palomino (Miembro del Comité de Selección), Tomas Arturo Lichan Gil (miembro del Comité de selección) y Elizabeth Gady Sánchez La Barrera (miembro del Comité de Selección),y la calidad de autores, por tener la relación funcional especial para intervenir el proceso de contratación y elegir al consorcio Virgen del Carmen.
124. Como se ha dicho, en los delitos funcionariales, la doctrina no admite la coautoría; sin embargo, ello no quiere decir que en la realidad no se presente un supuesto de coautoría en un caso concreto. Nótese que la exoneración del proceso de selección, ha tenido una sola finalidad, direccionar la contratación a una empresa predeterminada; como efectivamente sucedió; pues el Alcalde cumplió con su rol de convocar a la Sesión de Consejo y luego aprobar la exoneración y firmar el contrato; pos su lado los integrantes del Comité, de elaborar las bases y proceder a la invitación a la empresa que ha habia sido elegida antes de la exoneración. Advirtiéndose del acta de selección de fecha 23 de febrero de 2010, donde se describe: “Acto seguido, el Ing. Manuel Bazán Palomino- DDUR/MDP, manifiesta seleccionar la empresa para que ejecute la obra y propone como empresas que reúnen los requisitos a: Wilce Ingenieros Contratistas SRL y A&J CONTRATISTAS EIRL. **Luego de analizar cada una de las empresas**, en atención a los requisitos establecidos. SE ACUERDA POR UNANIMIDAD: *invitar a participar en el proceso exonerado en la ejecución de la obra, a: la Empresa: A&J CONTRATISTAS EIRL (...)*”. (lo subrayado y negrita es nuestro). Esta elección es sumamente arbitraria, como es que se “analizó cada una de las empresas”, si las bases se aprobaron el 22 de febrero de 2010, al día siguiente a las 09:00 de la mañana ya se tenía la empresa invitada, según las bases, el 24 de febrero se le invita y el 25 se le entrega la Buena Pro.
125. La exoneración de proceso de selección, como su propio nombre lo dice, es un procedimiento mediante el cual no se siguen las etapas de un proceso de selección, establecidas en el artículo 22° del Reglamento. Por otro lado, de acuerdo al artículo 19° del Reglamento, los tipos de proceso de selección son la Licitación Pública, el Concurso Público, la Adjudicación Directa y la Adjudicación de Menor Cuantía. Como se puede apreciar, la exoneración no está contemplada dentro de las categorías en las que se clasifican los procesos de selección. No obstante, el artículo 135° del Reglamento establece que esta exoneración se circunscribe al proceso de selección²⁰⁴; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección, con la excepción de la exoneración por situación desabastecimiento, que tiene un procedimiento especial. En ese sentido, aunque las exoneraciones no sean en estricto un proceso de selección, le son aplicables muchas de las reglas de las contrataciones que sí han surgido de un proceso de selección, específicamente, las normas referidas a los actos preparatorios y a los contratos.
126. Sin embargo, del resumen ejecutivo de estudio de mercado, elaborado por la acusada Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, de fecha 19 de febrero de 2010; solamente hace referencia a postores potenciales que podría

²⁰⁴ En efecto, la normativa en materia de contrataciones del Estado, distingue tres (3) fases:

- Fase de programación y actos preparatorios, que comprende: i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Contrataciones, ii) estudio de las posibilidades que ofrece el mercado; iii) la determinación del valor referencial; iv) la determinación del tipo de proceso de selección a convocarse; iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación o adquisición; y, iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección.
- Fase de selección, que se desarrolla en ocho etapas principalmente: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la buena pro.
- Ejecución contractual, que comprende desde la suscripción del contrato respectivo y hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago, en el caso de bienes y servicios, y hasta el consentimiento de la liquidación y el pago correspondiente, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

participar en el proceso, sin precisar a qué postores se refiere, incumpliendo con lo establecido en el artículo 12 de RLCE, que establece que: “Sobre la base de las características técnicas definidas por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente: 1. El valor referencial; 2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores (...)”. Siendo ellos así, si no se había identificado a los potenciales postores, como es que el Comité resulta invitando a la empresa A&J CONTRATISTAS EIRL. Como se aprecia, la exoneración faculta a la Entidad a omitir la realización del proceso de selección; pero no a inaplicar las disposiciones que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, por tanto, para su desarrollo se deberá observar los requisitos, condiciones y demás formalidades que resulten aplicables.

127. Respecto de los acusados Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, Leonardo Max Montenegro Tumez y Patricio Baltazar Pérez Albitres, a quien se les atribuye que en su calidad asesor legal y regidores respectivamente, se dice que se han interesado en la contratación y que tendrían la calidad de autores del delito de negociación incompatible. Se ha dicho líneas arriba que no tienen la relación funcional especial en la contratación del “Consortio Virgen del Carmen”; sin embargo, en el Acuerdo Plenario N° 04-2007, se ha dejado establecido que no es necesario plantear la tesis de desvinculación cuando: “se introduce 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”.²⁰⁵ “Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña”.²⁰⁶ Por lo que el título de participación señalado por el representante del Ministerio Público, no resulta ser vinculante, debiendo dilucidarse si en todo caso, los acusados son autores o cómplices del delito de Negociación Incompatible.
128. La doctrina nos informa (...) existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto Vásquez, “lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos”.²⁰⁷ En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”.²⁰⁸ En esa medida, en los delitos de colusión y negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.²⁰⁹
129. Para el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “(...) los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal, los extraños a la administración que colabores o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero cómplices o instigadores.”²¹⁰ Para Fidel Rojas Vargas, (...) La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en la hipótesis legal, ya sea como cómplice o como un instigador siempre que se compruebe que dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor, esto es, contribuyó en el provecho del funcionario o servidor vinculado u obtuvo favorecimiento indebido o determinó el interés indebido del sujeto

²⁰⁵ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; décimo cuarto fundamento jurídico; precedente vinculante.

²⁰⁶ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; segunda parte del decimo fundamento jurídico; precedente vinculante.

²⁰⁷ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 356

²⁰⁸ DIAZ CASTILLO, INGRID. “Ob. Cit- Pág. 356

²⁰⁹ Ibidem. Pág. 356.

²¹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 648.

- público (...).²¹¹ Para James Reategui Sánchez, “La complicidad constituye un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. En materia de negociación incompatible, esto, es en el marco de contrataciones parciales, puede constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, lo acotos de intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo del interés del otro, en el contrato u operación (...).”²¹² Para Castillo Alva, citando a Creus, “La parte beneficiada con el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice”.²¹³
130. La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho Penal Peruano, regulado en el artículo 25° del Código Penal que señala “*El que dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena*”.
131. Si bien se ha publicado la Casación N° 841-2015- Ayacucho, que en el fundamento jurídico 31 y 33, hace referencia: “*En el delito de Negociación Incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presenta constituiría un delito independiente*” (...) que la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero. Si ésta se presentara, entonces ya no estaríamos frente a este delito, sino a otro de los delitos de corrupción de funcionarios”. En su parte resolutive establece como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos del 12 al 23 y 34 al 37 de la presente Ejecutoria Suprema.
132. Esta judicatura, no comparte la postura asumida por la Sala Penal Permanentes de la Corte Suprema, en la Casación N° 841-2015, por los siguientes motivos: **Primero.** Que, los fundamentos 12 al 23 están referidos la situación de emergencia y defectos administrativos, y los fundamentos 34 a 37 desarrolla los elementos típicos del delito de negociación incompatible-finalidad especial del comportamiento típico de los procesados; sin hacer referencia a la participación en el delito de negociación; por ende, los fundamentos 29, 30, 31, 32 y 33 (referidos a que en éste delito no se admitiría la participación) no constituyen doctrina jurisprudencial. **Segundo.** El argumento del fundamento 31 y 33 (que no constituye doctrina jurisprudencial) pero que en citado en la aludida Casación, hace referencia que la configuración típica del delito de negociación incompatible no admite participación de un tercero; y que si lo hubiera estaríamos ante otro delito de corrupción de funcionarios; dicho argumento no tiene consistencia a tenor de los establecido en el artículo 25° del Código Penal, que establece la conducta de aquel que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado; máxime si en los delitos de infracción de deber, es mayoritaria la postura de unidad de título de imputación; por lo que corresponderá en cada caso en concreto determinar el aporte doloso, del “extraneus”, a la configuración de la negociación incompatible. **Tercero.** En el Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios, realizado en la ciudad de Lima, el 25 de Diciembre de 2017, se ha establecido, respecto al título de imputación del “extraneus” en un delito funcional, que: “*La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto públicos. Se asume en este modo la tesis de la unidad de título de la imputación. En suma, los extranei responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público*”.
133. Sin perjuicio de ello, en el caso de los acusados Leonardo Max Montenegro Tumez (regidor), Patricio Baltazar Pérez Alvitres (regidor) y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez (asesor jurídico), no estamos ante un tercero; sino que se trata de tres funcionarios públicos que han contribuido dolosamente, en la etapa ejecutiva del delito, para la realización del hecho punible.
134. Para esta judicatura, los acusados Leonardo Max Montenegro Tumez (regidor), Patricio Baltazar Pérez Alvitres (regidor) y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez (asesor jurídico), no presentan la relación funcional respecto a la contratación del Consorcio Virgen del Carmen, para la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga-provincia de Chepén-región La Libertad”; sin embargo, los acusados en su calidad de asesor jurídico y regidores, respectivamente, han contribuido de manera dolosa para la perpetración del hecho criminal, en la medida que han aprobado la exoneración del proceso de selección bajo la justificación de la situación de desabastecimiento, sin reunir los presupuestos

²¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 409.

²¹² REATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. Pág. 77.

²¹³ CASTILLO ALVA, José Luis. Delito de Negociación Incompatible. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. 2015. Lima Perú. Pág. 121.

establecidos en la norma. Asimismo, el acusado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en su calidad de asesor jurídico, ha auxiliado de manera dolosa, al emitir el informe irregular, avalando el estado de desabastecimiento del servicio de agua potable y alcantarillado.

135. La conducta de los tres acusados a quienes se les atribuye la calidad de cómplices, reúne las exigencias de los criterios dogmáticos jurídicos para determinar la importancia de su aporte en el delito de negociación incompatible. Al respecto la Casación N° 102-2016-LIMA, ha establecido que, el comportamiento del cómplice debe reunir copulativamente lo siguiente:

a) El colaborador insustituible, el acto de colaboración será necesario o imprescindible si ninguno de los que intervienen hubiera podido realizarlo en sustitución del colaborador. Si el cooperador es insustituible habrá complicidad primaria, si es sustituible por algún otro partícipe, complicidad secundaria.

En el caso concreto, los acusados Leonardo Max Montenegro Tumez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres tenían el cargo de regidores, sin su voto favorable no se hubiera aprobado la exoneración de cara a contratar con el Consorcio Virgen del Carmen; y respecto del acusado Guanillo Rodríguez, era el único que podía emitir los informes relacionado con temas jurídicos; informe relevante, pues era un exigencia formal para la aprobación de la exoneración; siendo así, los tres acusados resultan ser insustituibles para la materialización del hecho delictivo.

b) Aportación imprescindible, si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución del delito o aplazarla hasta encontrar una cooperación ajena.

El informe legal y el voto favorable para la exoneración fue relevante y determinante para la toma de decisión.

c) Dominio funcional del hecho, la complicidad en el delito de Negociación Incompatible se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer.

136. Se puede apreciar que Guanilo Rodríguez, emite su informe el 17 de febrero de 2011, un día antes de la sesión de Consejo, y ex profesamente para aprobar la exoneración; como se podrá apreciar el aporte ha sido previo a la consumación de la contratación del Consorcio, respecto de los regidores, han participado con su voto, en apoyar la exoneración del proceso de selección, antes de que se consume el interés indebido.

137. Según el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “*En los delitos de infracción de deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría del dominio del hecho. En teoría de infracción de deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices. Los funcionarios o servidores públicos que no tengan la vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices (...)*”²¹⁴. Bajo dicho análisis, cualquier aporte del doloso del cómplice a la ejecución del hecho delictivo, resulta relevante para la determinar el grado de complicidad.

Respecto del provecho a favor de tercero y consumación del delito

138. El interés mostrado por los acusados se ha materializado en un beneficio a favor del “Consorcio Virgen del Carmen”, pues luego de la exoneración del proceso de selección, dicha empresa se ha visto beneficiada, al no haberse realizado proceso de selección que permita a la entidad contar con pluralidad de postores, que presenten mejores ofertas. Asimismo, la Municipalidad Distrital de Pacanga se ha visto potencialmente perjudicada, pues las cartas fianzas que presentaba la empresa no garantizaban el total cumplimiento de la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en el distrito de Pacanga-provincia de Chepén-región La Libertad”.
139. (...) *el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo público es un delito de mera actividad o de peligro y, por tanto, se consume con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de*

²¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Editora Grijley, Lima- Perú. Cuarto Edición. 2016. Pág. 401.

terceros que tienen vinculación con aquel. Este aspecto convierte en punible la conducta en análisis.

²¹⁵ *Para la consumación del delito en hermenéutica jurídica, no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventajas patrimoniales para el Estado.* ²¹⁶

Respecto del elemento subjetivo del tipo

140. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*²¹⁷.
141. Que, analizada la conducta externa de los acusados Santos Apolinar Cerna Quispe, en calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacanga, conocía que para exonerar de proceso de selección la adquisición de bienes y servicios, tenía que sujetarse a los presupuestos establecidos en la norma de contrataciones; no obstante, a sabiendas de que no se cumplía con el supuesto de desabastecimiento inminente comprobado, procedió a aprobar la exoneración y posteriormente, suscribir el contrato con el representante del Consorcio Virgen del Carmen.
142. Respecto de los acusados Juan Manuel Bazán Palomino, Tomas Arturo Licham Gil y Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, en calidad de miembros del Comité Especial, otorgaron la buena pro, a pesar de que el primero conocía que la exoneración del proceso de selección no reunía los presupuestos exigidos por la norma, pues tenía la calidad de Jefe de la División de Desarrollo Urbano y Rural, habiendo emitido en dicha calidad, el Informe N°071-2010 recomendado el desabastecimiento inminente y se autorice la exoneración del proceso de selección. En cuanto al acusado Licham Gil (Gerente Municipal) y Gady Elizabet Sánchez La Barrera (Jefe de Logística); direccionaron la buena pro para favorecer al Consorcio Virgen del Carmen.
143. Respecto de los acusados Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, Leonardo Max Montenegro Tumez, se determinado un aporte doloso al hecho delictivo, en condición de cómplices.

Respecto del acusado Walter Javier Montalván Bernal

144. Respecto del acusado Walter Javier Montalván Bernal, en su calidad de Supervisor de la obra, no se advierte que con la emisión del Informe N°001-2010 sobre adelanto de materiales N°01, haya contribuido con la configuración del tipo penal, pues únicamente establece montos como adelanto efectivo, adelanto específico de materiales, los cuales no han sido materia de cuestionamiento, pues respecto a las cartas fianzas lo único que es materia de controversia es que no fueron emitidas a favor de Consorcio y de J&F Contratistas.
145. Se ha sostenido que conocía de la subcontratación y que por ello habría favorecido o contribuido para la contratación y permanencia del consorcio; sin embargo, dicha conducta no constituye un interés indebido ni como autor ni como cómplice; pues como ya se ha dicho el interés indebido se ha dado en la fase de preparatoria y de selección.
146. Por otro lado, no se ha demostrado que el Consorcio Virgen del Carmen haya sub contratado a la empresa PERFOTEC; ni total ni parcialmente; resultando lógico que se haya contratado a la empresa PERFOTEC, únicamente para la construcción de los posos tubulares del distrito de Pacanga; más no para el objeto de la ejecución del contrato, que era el mejoramiento del sistema de agua potable alcantarillado; pues se aprecia

²¹⁵ Rojas Vargas Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

²¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

²¹⁷ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

que esta empresa – PERFOTEC, solamente labor en las fechas 02, 03, 21 y 30 de junio de 2010; solo cuatro días, por lo que no se podría sostener que exista una subcontratación parcial o total de la obra.

147. Por otro lado, el pacto colusorio exige una conducta comisiva y no omisiva. Al respecto, en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 2587-2011- CUSCO, se ha indicado que: “ (...) *la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que deber realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa*”.²¹⁸

Respecto de otros argumentos de defensa

148. La defensa del acusado **Cerna Quispe** ha indicado que la conducta de su patrocinado es neutral y dentro del principio de confianza, respecto de los informes técnico y jurídico, en cumplimiento de la Ley de Municipalidades y de sus obligaciones como alcalde de la comuna de Pacanga. **Al respecto.** Nótese que la iniciativa de convocar a sesión de Consejo nace del propio alcalde. *El principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se presenta como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento de acuerdo a la Constitución, la ley y los reglamentos particulares de cada caso; ante tal situación se puede decir que, el ordenamiento jurídico “me autorizó o permitió” confiar en que así como yo cumplía con los parámetros de mi rol, los demás también los hacen*”.²¹⁹²²⁰. El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho de ellos. Requiere de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, esta decae.²²¹ El principio de confianza se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales: a. En el tráfico automotor, b. En la realización de trabajo en equipo; c. En la solución de aquellos casos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero y d. En los problemas de la realización de riesgos. Este principio no es absoluto, la doctrina plantea su rechazo en los siguientes supuestos: (...) Cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero. Es decir, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba²²².
149. En el recurso de Nulidad N° 300-2014, del 21 de mayo de 2014, se ha dicho que: “*No se aplica el principio de confianza cuando, por ejemplo, un gerente municipal avala un contrato irregular, en vez de cuestionar la legalidad del mismo, dado que fueron realizados sin previo proceso de selección, conducta que quebranta su deber funcional y permite que se establezca pagos al funcionario contratado (...) que no se ajustan a los montos previstos en el expediente técnico o a base legal alguna (...)*”. El caso de altos cargos de la entidad estatal, como el Alcalde, la jurisprudencia de la corte suprema ha reconocido que este principio no resulta aplicable cuando se acredita que, en su versión horizontal, el Alcalde es la máxima autoridad en la municipalidad y en su vertiente vertical

²¹⁸ Ejecutoria Suprema R. N. N° 2587-2011- CUSCO, del 23/01/2013; citado por ROJAS VARGAS, Fidel, en CODIGO PENAL – JURISPRUDENCIA- Editorial RZ, Primera Edición- Lima – Perú. 2016. Pág. 118.

²¹⁹ PELÁEZ JEJIA, José María. “CONFIGURACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO NEGATIVO DE TIPICIDAD OBJETIVA”. Revista Prolegómenos- Derechos y Valores. Pág. 31.

²²⁰ PEÑA CABRERA, Alonso...166-167

²²¹ GARCIA CAVERO, Percy.....419

²²² PAREDES VARGAS, Cesar Augusto. Fundamento de la Imputación Objetiva. Editores del Centro. Lima, 2017. P. 209-2010

incide en la aprobación o celebración del contrato. Para el caso, el Alcalde era la máxima autoridad y fue él quien propicio y votó por la exoneración.

150. La defensa de **Bazán Palomino y Licham Gil** ha indicado que sus patrocinados han actuado en cumplimiento de la ley ejecutando un acuerdo de Consejo Municipal, por tal razón deberían estar exentos de responsabilidad según lo prescrito por el artículo 20° del Código Penal. **Al respecto**. Se ha dicho que ambos han participado con integrantes del Comité de Selección. En el caso de Bazán Palomino, ha sido quien, de forma activa, el 16 de febrero de 2010 elabora el informe N° 017-2010-DDUR-MDP, opinando por la exoneración; no obstante, días previos, mediante informe N° 064-2010-DDUR/NDP, de fecha 12 de febrero de 2010, había indicado que la obra correspondía a la Licitación Pública N° 01-2010-MDP; en dicha fecha, cuatro días antes, no hace referencia a alguna situación de desabastecimiento inminente. Lo que permite establecer que el proceso se encontraba en la fase de actos preparatorios, para una Licitación Pública, como correspondía; sin embargo, se varió a proceso exonerado, por voluntad de los funcionarios arriba mencionados.
151. También ha dicha la defensa de **Bazán Palomino y Licham Gil**, que fiscalía no ha indicado cual habría sido el beneficio que ha obtenido sus patrocinaos al formar parte del Comité. **Al respecto**. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumir el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto del contrato u operación en que ha intervenido por razón de su cargo”²²³.
152. La defensa de **Sánchez La Barrera** ha indicado que su participación en el Comité Especial, es por mandato de la Ley y en su calidad de titular del área de Logística. Que, no le alcanzan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de negociación incompatible. **Al respecto**. La acusada Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, al emitir el resumen ejecutivo de estudio de mercado, de fecha 19 de febrero de 2010; solamente hace referencia a postores potenciales que podría participar en el proceso, sin precisar a qué postores se refiere, incumpliendo con los establecido en el artículo 12° de RLCE, que establece que: *“Sobre la base de las características técnicas definidas por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente: 1. El valor referencial; 2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores (...).”* Siendo ellos así, si no se había identificado a los potenciales postores, como es que el Comité resulta invitando a la empresa A&J CONTRATISTAS EIRL. Como se aprecia, la exoneración faculta a la Entidad a omitir la realización del proceso de selección; pero no a inaplicar las disposiciones que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, por tanto, para su desarrollo se deberá observar los requisitos, condiciones y demás formalidades que resulten aplicables.
153. La defensa de **Guanilo Rodríguez**, ha indicado que su informe se sustentó en el que previamente había emitido DDUR- MDP (por Bazán Palomino), que se trata de una opinión jurídica que se dio en el contexto de una situación de desabastecimiento inminente y por qué si no se tomaba dicha decisión, el dinero se podría revertir al Estado. **Al Respecto**. Ya se ha dicho que, el hecho de haberse emitido luego de la citación a la sesión de Consejo y un día antes de dicha sesión, sitúa al informe en el contexto de haberse emitido con el solo propósito de cumplir con el requisito legal (artículo 133 del RLCE). El informe no tiene sustento probatorio que lo escolte. El argumento de que el dinero se puede revertir al Estado, es insuficiente, pues la buena pro se entregó el 25 de febrero de 2010, sin que ello haya ocurrido. Su argumento no es más que una justificación con el que trata de atenuar su responsabilidad penal

²²³ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

154. La defensa de Pérez Alvitres y Montenegro Tumez, han coincidido en señalar que sus patrocinados en calidad de Regidores, han cumplido con un acto político, en cumplimiento de un derecho amparado y reconocido por la Ley Orgánica de Municipalidades, ley 27972 artículo 10 inciso 5, en el que se suscribe atribuciones y obligaciones de los regidores. **Al respecto**. El artículo 11° de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que: “*Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la Ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, al menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas*”. Los acusados (regidores), han contribuido dolosamente a la realización del hecho, pues avalaron con su voto una exoneración irregular y sin sustento técnico y jurídico; siendo evidente que los informes técnico y jurídico fueron incorporados días antes de la Cesión de Consejo. Por otro lado, según el acta de sesión no se debatió la exoneración, simplemente se aprobó como un acto previamente consensuado.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

155. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción que los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ Y PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que goza de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, y que en mérito a su misma condición de funcionarios públicos, evidentemente conocía la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsas de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

156. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
157. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
158. La motivación de la sentencia deber abordar el procedimiento judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco del abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como confesión sincera, tentativa, concurso, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como los es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la comunidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que

infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva²²⁴.

159. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.

Respecto de los acusados Cerna Quispe, Bazán Palomino, Licham Gil, Sánchez La Barrera, Montenegro Tumez y Pérez Alvitres.

160. En el caso concreto, se tiene que para los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ Y PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para los acusados, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
161. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
162. Estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de TRES AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes penales, **además de tratarse de la primera condena**; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto del acusado Guanilo Rodríguez.

163. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
164. Que, si bien el artículo 57° del Código Penal, establece como una facultad jurisdiccional suspender la ejecución de la pena, cuando esta no sea mayor de cuatro años y no se trate de un reincidente o habitual; sin embargo,

²²⁴ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

un tercer presupuesto de este dispositivo legal, establece que estará supeditado al pronóstico de conducta favorable a futuro que haga el Juez. En presente caso, se hace un pronóstico negativo a futuro, pues el acusado ha sido condenado a pena suspendida por este juzgado, en el expediente N° 01596-2018-17-1601-JR-PE-08, por el delio de Negociación Incompatible. Que, si bien la sentencia ha sido impugnada, la efectividad de la ejecución de la pena no se sustenta en la cantidad de la pena impuesta ni en la reincidencia o habitualidad; sino en la evaluación de la conducta y el comportamiento procesal del acusado (dos condenas), que me hacen inferir la comisión de delitos de igual o semejante naturaleza. Además, encuentro respecto del acusado un mayor grado de reproche, en relación a su coprocesados, dada su condición de abogado y asesor de la Municipalidad en temas netamente técnicos, como es la exoneración de los procesos de selección; por lo que siendo así, no se dan los presupuestos materiales del artículo 57° del Código Penal para suspenderlo la pena, la cual debe ser efectiva en su ejecución.

165. Que, el artículo 402° del Código Procesal Penal establece: “**La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente, aunque se interponga recurso contra ella**”. Que, en el presente juicio oral, ha quedado acreditado el obrar delictivo del acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, asimismo, por la pena a imponerse, con carácter de efectiva, existe razonabilidad para suponer que tratará de darse a la fuga y no comparecer a las citaciones judiciales; pues si bien, en sus generales de ley ha indicado tener como domicilio el ubicado en la localidad de Chepén, ello no ha sido acreditado, tampoco el arraigo familiar y laboral; por lo que es razonable disponer la ejecución provisional de la condena.

Respecto de la pena de inhabilitación

166. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
167. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”²²⁵. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.²²⁶
168. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) no puede ser menor de seis meses ni mayor de cinco años; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, por tratarse de una pena principal, corresponde imponerle *la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados y la imposibilidad para obtener cargo, empleo o función de carácter público*, por el plazo de **CUATRO AÑOS**.

Respecto de los días multa.

²²⁵ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

²²⁶ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

169. Fiscalía ha solicitado se imponga a los acusados el pago de días multa; sin embargo, estando a la norma vigente a fecha de los hechos, no contemplaba esta pena pecuniaria, que es introducida en el año 2013; por lo que no corresponde imponerlos por imperio de la irretroactividad de la ley penal, en perjuicio del condenado.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

170. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
171. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.²²⁷
172. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.²²⁸
173. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).²²⁹
174. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 350, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la contratación del Consorcio Virgen del Carmen.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Distrital de Pacanga.

²²⁷ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

²²⁸ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

²²⁹ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

175. Fiscalía no ha indicado si la obra se ejecutó en su totalidad o no, por lo que no se puede determinar un daño patrimonial, pero sí un daño extra patrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien jurídico imparcialidad, transparencia y libre competencia. Tomando en consideración el valor de referencia del contrato entregado al Consorcio Virgen del Carmen, S/ 8 044,730.05 soles; con criterios de racionalidad y proporcionalidad se impone a los sentenciados **un pago solidario con el Tercero Civil, en la suma de S/.300,000.00 soles (TRESCIENTOS MIL SOLES), que será pagado, dentro de los tres meses siguientes de quedar firme la presente sentencia;** pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad;

Respecto del tercero Civil responsable

176. La suma fijada como reparación civil será pagado por los sentenciados, solidariamente con el Tercero Civil Responsable, Consorcio Virgen del Carmen, conformado por las empresas A&J contratistas EIRL y la empresa J&F Balarezo Ings. SCRL; empresas que también asumen responsabilidad solidaria respecto de la reparación civil fijada.
177. Al respecto, el artículo 111° del Código Procesal Penal, ha establecido que: “Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil; siendo que ambas empresas fueron incorporadas formalmente, por el Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución número nueve, de fecha 03 de agosto de 2016. En esa misma línea, el artículo 113° del mismo cuerpo de leyes ha establecido que: “ Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia.
178. En el caso concreto, las empresas consorciadas fueron notificadas. La empresa J&F Balarezo SCRL, ha designado abogado defensor en juicio; en el caso de la empresa A&J contratistas EIRL, fue notificado para la instalación del juicio oral, del día 15 de noviembre, en su domicilio real, ubicado en Calle Arequipa N° 125 Bellavista, Sullana, Piura, según se aprecia de las constancias de notificación que obran a folios 57 y 58 del cuaderno de debates.

Reparación civil como regla de conducta.

179. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*²³⁰
180. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.*²³¹

²³⁰ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

²³¹ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

COSTAS

181. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerle el pago de las costas procesales.

XII. PARTE RESOLUTIVA

182. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral 24) literal e), 138° y 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11°, 12°, 23° 57°, 58°, 59°, 92°, 93°, **399° del Código Penal**, así como los artículos 393°, 394°, 395°, 396°, 398° del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

- AA. **CONDENAR** al acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, como cómplice del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, EFECTIVA EN SU EJECUCIÓN**, quien por encontrarse en libertad, deberá ejecutarse, según corresponda, por este juzgado, la **Sala Penal Superior**, o por el **Juzgado de Investigación Preparatoria**, conforme al artículo 489° y 490° del Código Procesal Penal.
- BB. **DISPONGO** la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal, dispuesta contra **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, aun cuando se interponga recurso de impugnación a la presente sentencia, para cuyo efecto **GÍRESE las órdenes de ubicación y captura para su posterior ingreso al Establecimiento Penitenciario que corresponda.**
- CC. **CONDENAR** a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA** como autores; y a los acusados **LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ y PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES**, como cómplices del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; **la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES AÑOS**; bajo las siguientes reglas de conducta:
- i) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
 - j) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
 - k) No cometer nuevo delito doloso.
 - l) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, **en la suma TRESCIENTOS MIL SOLES (S/. 300,000.00 soles)**; **a ser cancelados, solidariamente por los sentenciados y los Tercero Civil Responsables, dentro de los tres meses siguientes de haber quedado firme la presente sentencia**; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación y presentado

en el despacho fiscal, a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- DD. IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para los sentenciados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZAN PALOMINO, TOMAS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TUMEZ Y PATRICIO BALTAZAR PEREZ ALVITRES**, consistente en la **privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público e imposibilidad para obtenerlo por el periodo de CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- EE. FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada por los sentenciados, de forma solidaria y con el Tercero Civil responsable Empresa A & J contratistas EIRL y empresa Balarezo Ings. SCRL (que conformaron el Consorcio Virgen del Carmen), en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- FF. CONCONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.
- GG. ABSOLVER** al acusado **WALTER JAVIER MONTALVAN BERNAL**, como autor del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. CONSENTIDA y/o EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE, respecto de éste acusado**, las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHIVÉSE DEFINITIVAMENTE** el proceso en el modo y forma de ley.
- HH. NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- II. NO SE IMPONE** la pena de multa.
- JJ. RESERVAR** el juzgamiento a la acusada contumaz **HANNY LIZETH MENDOZA SÁNCHEZ**, hasta que sea habida, debiendo renovarse los oficios de ubicación y captura, en cuanto hayan caducado.
- KK. DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 02675-2015-39-1601-JR-PE-05
ACUSADOS : MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO
GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCIA
ALEJANDRO CORTES SOLAECHE
DELITO : COLUSIÓN
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA PÚBLICA DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON ALEXI GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECICETE

Trujillo, treinta de enero

Del año dos mil diecinueve. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido contra los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO** en calidad de autora, **GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA** y **ALEJANDRO CORTES SOLAECHE** en calidad de cómplices primarios, del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **COLUSIÓN AGRAVADA**, previsto en **segundo párrafo** del artículo 384° del Código Penal, en agravio de **LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TRUJILLO**, representado por la **PROCURADURÍA PÚBLICA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD**.

SUJETOS PROCESALES

2. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal, el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales.
- hh) **FISCAL: Dr. HENRY RUFINO ALZAMORA**, Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, con casilla electrónica N° 94014.
 - ii) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL: PROCURADORA PÚBLICA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD. Dra. CARLOS FERNANDO VASQUEZ VALDERRAMA**, con registro CALL N° 5679, con casilla electrónica N° 53298.
 - jj) **DEFENSA PARTICULAR del acusado ALEJANDRO CORTES SOLAECHE: Dr. CÉSAR RUIZ FERNÁNDEZ**, quien asume la defensa colegiada con el Dr. LUIS PAZ, FLORES, con domicilio procesal ubicado en el Jirón Almagro N° 545 oficina 320, Trujillo y con casilla electrónica N° 5204.
 - kk) **DEFENSA PARTICULAR de la acusada GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA: Dr. MARCO ANTONIO MELENDEZ VALLE**, con registro CALL 6643, con domicilio procesal en la Mz. B Lt. 11 Urb. Las Praderas del Golf, tercer piso, y con casilla electrónica N° 1555.
 - ll) **DEFENSA PARTICULAR de la acusada MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO. Dr. MARTÍN SALCEDO SALAZAR**, con registro CALL N° 1426, con domicilio procesal en Av. España N° 305 Piso 11 Of. 02.
- mm) **ACUSADA: MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO**, identificada con DNI N° 18149703, nacido el 19.07.1975, de 43 años, natural de Trujillo, estado civil soltero, con grado de instrucción superior, labora como administrativa en la UCV, tiene un ingreso aproximado mensual de S/.3, 000.00, hija de Hugo y María Elena, con domicilio real en Av. España N° 531.
- nn) **ACUSADA: GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA**, identificada con DNI N° 19098398, nacida el 30.06.1975, de 43 años, natural de Trujillo, estado civil soltero, grado de instrucción superior, ocupación abogada independiente, con ingreso aproximado mensual de S/. 3,000.00 hija de Jaime y Estela, con domicilio real en Calle Chira N° 281 – Urb. El Molino.
- oo) **ACUSADO: ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, identificado con DNI N° 07886933, nacido el 19.08.1974, de 44 años, natural de Lima, estado civil soltero, con grado de instrucción superior, tiene un negocio de pizzas, ingreso aproximado mensual de S/.3, 500.00 soles, hijo de Fernando y Mercedes, con domicilio real en Calle Tripoli N° 355 – Dpto. 703 – Miraflores – Lima.

XIII. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

Acusación escrita

3. Con motivo de la realización del Spot publicitario “Marca Trujillo del Perú para el Mundo”, la Gerencia de Imagen Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo contrató los servicios de Alejandro Cortes Solaeche; habiéndose presentado una serie de irregularidades en dicha contratación. Es así que Walter Mota Rojas, en calidad de Procurador Público Anticorrupción Descentralizada de la Libertad, solicita actos de investigación en relación a una noticia difundida por el medio de comunicación escrita “El Siglo”. En dicho contexto y de acuerdo a la noticia criminal difundida, según el Secretario General del Sindicato de Empleados de Trujillo, Fredy Solano Ortiz, quien manifestó con documento en mano que existe un publicista con el nombre de **Alejandro Cortes Solaeche** residente en Miraflores – Lima, quien propuso a la Municipalidad Provincial de Trujillo la elaboración del Spot publicitario con el fin de promocionar a Trujillo por la suma de S/. 53, 100.00 soles; propuesta que fue aprobada por Imagen Institucional sin contemplar las normas de Contrataciones con el Estado. El proveedor no estaba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y su condición en al SUNAT hasta la fecha es de Suspensión temporal; sin embargo, la Gerente de Imagen Institucional, para disimular el pago de una sola factura, la ha dividido en seis partes, cuando según Ley de Contrataciones con el Estado, esta compra debe someterse a proceso de selección.

4. Durante el mes de marzo del año 2013, la Municipalidad Provincial de Trujillo contrató de manera directa los servicios de Alejandro Cortes Solaeche, para el desarrollo del Spot publicitario denominado “Marca Trujillo Del Perú para el Mundo”. Esta contratación se realizó en seis fases o etapas, conforme a los pedidos N° 8, 9, 10, 11, 12 y 13-2013 – MPT/A/GII, todas con fecha 06 de marzo del año 2013, solicitudes que fueron suscritas por María Elena Pérez Orbegoso, en calidad de Gerente de Imagen Institucional y Carlos Enrique Díaz Collantes como Gerente de Administración Financiera. Por lo tanto, en virtud de estos seis pedidos, cada una valorizadas entre siete mil a diez mil soles (según términos de referencia) cuidando que no supere las 3 UIT, para eludir el proceso de selección, se contrató directamente a Alejandro Cortes Solaeche, no para prestar servicios de publicidad o para una campaña publicitaria, sino para la elaboración de trabajos previos a una campaña de difusión de la Marca Trujillo.
5. Para ello la imputada María Elena Pérez Orbegoso, Gerente de Imagen Institucional, coordinó previa y directamente con Alejandro Cortes Solaeche, para que sea contratado por la Municipalidad Provincial de Trujillo. Es así que María Elena Pérez Orbegoso contando con la colaboración de Giuliana Katherine Tirado García, en calidad de Sub Gerente de Abastecimiento, contrataron a Alejandro Cortes Solaeche, pese a que éste no cumplía con los requerimientos profesionales ni laborales establecidos en el numeral VIII de los términos de referencia, pues tampoco existían las condiciones contractuales necesarias para garantizar los intereses de la Municipalidad.
6. Es así que Tirado García, funcionaria encargada de las contrataciones de la Municipalidad Provincial de Trujillo, emitió las respectivas órdenes de servicio a nombre de Alejandro Cortes Solaeche, sin evaluar si cumplía con los requisitos profesionales o laborales exigidos por el área usuaria; sin conocer la existencia del presupuesto necesario para cubrir sus pagos, sin conocer un cronograma detallado para la ejecución de los servicios y, sin conocer las penalidades o sanciones aplicables ante un eventual caso de incumplimiento. A pesar de todo ello, Tirado García accedió a lo solicitado por Pérez Orbegoso y contrato indebidamente a Alejandro Cortes Solaeche.
7. Resulta necesario precisar que Pérez Orbegoso, en su calidad de Gerente de Imagen Institucional, fue la encargada de solicitar formalmente de contratación, elaborar los términos de referencia y determinar el costo de los servicios. Una vez que el área de abastecimiento contrató los servicios de Alejandro Cortes Solaeche, la Gerente de Imagen Institucional tenía el deber de supervisar la adecuada ejecución o realización de los servicios, así como la facultad de otorgar la conformidad de los mismos (una vez realizados) como requisitos imprescindibles para su respectivo pago. Sin embargo Pérez Orbegoso no cumplió con sus funciones, puesto que otorgó la conformidad de los servicios sin que, previamente, se hayan prestado o realizados; originando que los informes presentados con posterioridad a la conformidad, no sean debidamente evaluados y analizados con la finalidad de conocer si el contenido de los mismos estaba acorde con lo requerido o si el cumplimiento de las metas de una fase eran suficiente para proceder con la siguiente; originando el pago de Alejandro Cortes Solaeche por el cumplimiento de la sexta fase, cuando en realidad aún no era ejecutada.
8. Debido a dicha contratación, Alejandro Cortes Solaeche, pese a no contar aún con las respectivas ordenes de servicios de las fases cuatro, cinco y seis, este emitió las facturas N° 001- 0023, 001- 0024 y 001-0025 con fecha 08 de marzo del 2013, como si ya se hubiese ejecutado el servicio; respecto a las fases uno, dos y tres también emitió las facturas con fecha 8 de marzo del 2013, pese a que el requerimiento recién había sido emitido un día antes, es decir, el día 07 de marzo del 2013; advirtiéndose que conocía con anticipación que sería contratado indebidamente para los servicios requeridos.
9. Finalmente, Pérez Orbegoso, mediante oficios N° 457, 458, 459, 460, 461 y 462 del 2013, todos de fecha 12 de marzo de 2013, tramitó el pago de las facturas antes mencionadas, afirmando la conformidad del servicio. Sin embargo, dicha prestación no se habría realizado en aquella fecha, por cuanto, según el cuadro de registro de ingreso de documentos de la Sub Gerencia de Relaciones Publica, los informes de cada fase fueron entregados el 14, 19 y 28 de marzo del 2013 y 01, 05 y 08 de abril del 2013, cumplimiento de las metas trazadas en los términos de referencia. Todo lo ejecutado por los investigados ha tenido por finalidad favorecer indebidamente a la persona de Alejandro Cortes Solaeche, motivo por el cual el día 08 de abril del 2013 se le canceló (por los servicios prestados) la suma de S/. 53, 100.00 soles.

Teoría del Caso.

10. Demostrará que los acusados María Elena Pérez Orbegoso, en calidad de autora, Giuliana Katherine Tirado García y Alejandro Cortes Solaeche, en calidad de cómplices primarios, en el año 2003, han incurrido en el delito penal tipificado en el artículo 384°, segundo párrafo el que prescribe el delito de Colusión Agravada.
11. Probará que, en la Municipalidad Provincial de Trujillo, la persona de Alejandro Cortes Solaeche fue contratado de manera directa para realizar un Spot publicitario denominado “**La Marca Trujillo del Perú para el mundo**”, contratación que se realizó de manera directa. La acusada Pérez Orbegoso fraccionó de manera deliberada, de manera coludida con el acusado Alejandro Cortes Solaeche y Giuliana Katherine Tirado García, con la finalidad de no someterse a un Proceso de Contratación con el Estado, previsto en el Ley de Contrataciones. Tuvieron el cuidado de que estas valorizaciones fluctúen entre S/. 7,000.00 soles a S/. 10,000.00 soles con la finalidad de no sobrepasar las 3 UIT, porque de haber superado se hubiera que tenido que realizar un Proceso de Contrataciones con el Estado, lo que no se quería hacer para beneficiar de manera directa a Alejandro Cortes Solaeche, quien participó en el proceso, pese a no cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 8° de los términos de referencia y no existían las condiciones contractuales para garantizar los intereses de la Municipalidad Provincial de Trujillo.
12. Demostrará que el acuerdo colusión queda registrada en que la acusada Pérez Orbegoso emite las conformidades de seis fases, con fecha anterior a la presentación del informe de los servicios, con fecha 12 de marzo de 2013, cuando los informes de los servicios supuestamente prestados por el señor Cortes Solaeche son de fecha posterior; es decir, se da la conformidad de un servicios sin tener a la vista los informes; así también, el señor Alejandro Cortes Solaeche emite las facturas con fecha anterior a la emisión de las Ordenes de Servicios, con lo cual se evidencia del acuerdo colusorio, se evidencia además el conocimiento de que iba a ser contratado; todo ello con la participación de Giuliana Katherine Tirado García, quien en el cargo de la Sub Gerencia de Abastecimiento, fue la persona que emitió las Ordenes de Servicio a nombre de Alejandro Cortes Solaeche, pese a que este con cumplía con los términos de referencia establecidos para este tipo de servicios y no tenía a la avista la certificación presupuestal, de donde se iba a sacar los recursos para poder contratar. Se debe de tener en cuenta que la fecha de certificación presupuestaria es posterior a la emisión de las Órdenes de Servicios.
13. Probará la responsabilidad penal y civil de los acusados, con los medios probatorios admitidos, que serán actuados en el desarrollo del juicio oral.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y TITULO DE PARTICIPACIÓN

14. Los hechos han sido calificados por el representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS, en su modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA**, tipificado en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal (desvinculación de la acusación al primer párrafo del mismo artículo- colusión simple); atribuyéndole a **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO** tener la calidad de autora y a **GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA** y **ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, la calidad de cómplice primario. El tipo penal es el siguiente:

Artículo 384. Colusión simple y agravada.

“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”.

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

15. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, la sanción punitiva de **NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD e INHABILITACIÓN POR EL MISMO PERIODO**, así como el pago de **365 DIAS MULTA**; debiendo ser pagado por cada uno de los acusados.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

16. Refiere que el hecho jurídico está referido a un acuerdo, concertación entre Giuliana Katherine Tirado García, Alejandro Cortes y María Elena Pérez Orbegoso, en el sentido de la contratación para un Spot en la suma de S/. 53, 100 .00 soles, al misma que fiscalía ha hecho mención a una serie de irregularidades. Solicita como reparación civil S/. 100,000.00 soles, debiendo ser pagados de manera solidaria por los acusados.

ALEGATOS PREMIMINARES DE DEFENSA DE LA ACUSADA PÉREZ ORBEGOSO (Dr. Salcedo)

17. Refiere que su patrocinada es inocente en virtud de que no se dan los presupuestos objetivos ni subjetivos que exige el tipo penal para el delito de colusión; es decir, que no se va acreditar en el decurso del proceso, ante la insuficiencia probatoria lo que fiscalía está indicando. No se va a demostrar la concertación ni mucho menos la defraudación que se le atribuye a su patrocinada. El despliegue de su comportamiento ha sido en estricto sensu a las facultades y atribuciones que le confería el cargo como Gerente de Imagen Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo, habiendo desplegado una conducta conforme a derecho y consecuentemente carente de un comportamiento ilícito que le atribuye fiscalía.

ALEGATOS PREMIMINARES DE DEFENSA DE LA ACUSADA TIRADO GARCÍA (Dr. Dr. Meléndez)

18. Demostrará que los hechos imputado por el Ministerio Público son meras especulaciones e hipótesis sin ningún respaldo probatorio e indicios insuficientes que demuestre actos colusorios entre los investigados; demostrará que nunca existió concertación entre Alejandro Cortes Solaeche y su patrocinada, demostrará que los actos administrativos desarrollador por su patrocinada dentro de la Municipalidad Provincial de Trujillo son actos sin ningún tipo de connotación penal; ya que dicho actos que fiscalía considera que son acciones de concertación para defraudar al Estado, son acciones que estaba dentro de las funciones de su patrocinada, dentro le MOF. Asimismo, demostrará que existe un desconocimiento por parte del Ministerio Público en relación a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, existe un desconocimiento sobre todo en lo que define Gestión Pública, ya que una de las imputaciones en contra de su defendida está en relación al presupuesto para poder contratar.
19. Demostrará que su patrocinada Giuliana Katherine Tirado García no maneja presupuesto para poder contratar, el presupuesto lo maneje el área usuaria, por consiguiente resulta absurda la imputación debido al desconocimiento del manejo presupuestal por parte del Ministerio Público; además, demostrará que existe un desconocimiento en relación al cronograma detallado para la ejecución del servicio, está acreditado que su patrocinada no solicitó la contratación del señor Cortes Solaeche, por lo que no es el área competente para asumir dicha función El segundo punto es en relación de las penalidades o sanciones aplicables ante un eventual caso incumplimiento, otro desconocimiento por parte del Ministerio Público, porque los contratos menores a 3 UIT no se rige por la Ley de Contrataciones con el Estado, por lo tanto no están sujetos a penalidades.
20. En el desarrollo del juicio quedará evidenciado que el delito imputado no cuenta con una prueba pericial que demuestre la defraudación patrimonial en agravio del Estado. Fiscalía pretende dar por válido un informe especial que menciona que se ocasionó un presunto perjuicio por el monto de S/. 53,100.00 soles, lo que fiscalía no mencionó en juicio es que dicho informe no fue elaborado por un perito contable o financiero ni mucho menos fue elaborado por un perito economista que de validez a tales afirmaciones.

Fiscalía pretende hacer valer el Informe Especial sin ningún tipo de respaldo, no ha ingresado órgano de prueba, no se demostrará perjuicio patrimonial. El delito de colusión agravada requiere que el agente perjudique de manera efectiva el patrimonio del Estado, así se señala en diferentes jurisprudencias. La defensa demostrará que su patrocinado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la contratación del señor Alejandro Cortes Solaeche, ya que el área usuaria es quien solicita, debido a la necesidad de poder contar con un Spot publicitario de la Marca Trujillo; además, no podrá demostrar el lucro indebido atribuido; demostrará la inocencia de su patrocinada.

ALEGATOS PREMIMINARES DE DEFENSA DEL ACUSADO CORTES SOLAECHE (Dr. Ruíz)

21. Refiere que luego de terminado el debate no se llegará a la certeza que es el estado intelectual al cual uno se aproxima cuando conoce plenamente la verdad de las afirmaciones señaladas por fiscalía, quien lo único que se ha dedicado hacer, es reproducir todos los actos de investigación que lo llevaron a formalizar la investigación. No podrá probar que se cumplan con las imputaciones señaladas a su patrocinado, consistente en que éste según el numeral 5.4 de acusación fiscal se haya coludido de manera previa al contrato con María Elena Pérez Orbegoso, para la creación de servicios profesionales de la “Marca Perú para el Mundo”; tampoco probará que las facturas que señala el representante del Ministerio Público 20, 21, 22, 23, 24 y 25 se hayan creado con anterioridad a las órdenes de pago. Se tiene también que fiscalía no podrá generar certeza de que el señor haya concertado e incluso que no se hayan presentado los informes para el pago de la contratación que recibió el señor Alejandro Cortes Solaeche y que estos supuestamente señalarían el perjuicio patrimonial de S/. 53,100.00 soles.
22. De la declaración de los órganos de prueba y los documentales lo único que se puede observar son deficiencias administrativas en el proceso de contratación, que para la fiscalía y procuraduría son elementos suficientes para señalar la colusión. Todos los indicios presentados por fiscalía cuentan con contra indicios, está seguro que no se llegará al estado general de certeza respecto de los hechos, por ello solicita la absolucón de su patrocinado. Además, solicita que se declare infundado el pedido del señor procurador.

NUEVA PRUEBA

23. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tenían nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. Procuraduría. No ofreció.

Por la defensa de la acusada María Elena Pérez Orbegoso: No ofreció.

Por la defensa de la acusada Giuliana Katherine Tirado García: No ofreció.

Por la defensa del acusado Alejandro Cortes Solaeche: No ofreció.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

24. Se les hizo conocer sus derechos, dentro de ellos el de declarar en juicio o abstenerse de hacerlo, reservándose inicialmente; para luego por intermedio de sus abogados defensores indicar que hacían uso de su derecho a no declarar.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

25. Declaración del testigo YASMIN DEL ROSARIO VILCHEZ TELLO.

Al interrogatorio de la fiscalía

En el año 2013 laboraba en la Municipalidad Provincial de Trujillo, en el área de Abastecimiento, tenía como función elaborar las órdenes de servicio. Respecto a la contratación de Alejandro Cortes Solaeche recuerda que se le pasó los expedientes para hacer las órdenes, consistentes en 5 pedidos, venían con presupuesto, solo era parte técnica. La Sub Gerente se encargaba de revisar los requerimientos en donde se evaluaba si la compra era directa o se hace proceso de selección. Los informes que tuvo en su poder lo entregó la encargada de adquisiciones, el expediente venía con certificación presupuestal, el formato lo hizo la gerencia de administración, contenía certificaciones, requerimientos e informes; luego cuando ya estaba la orden pasaba a administración, no firmaba como funcionaria; las ordenes de servicios las firmaba la Subgerente de Abastecimientos.

Al interrogatorio de la defensa de actor civil

Recuerda que Mayra Gamarra fue la persona quien le paso los informes, de manera directa.

Al conainterrogatorio del Dr. Salcedo Salazar

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Meléndez Salazar

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Ruíz Fernández

Ninguna pregunta.

26. Declaración de la testigo MAYRA LIZBET GAMARRA CANCHACHI.

Al interrogatorio de la fiscalía

En el año 2013 ha laborado en el Municipalidad Provincial de Trujillo, en el área de Abastecimiento, era la responsable de adquisiciones. En la contratación de Alejandro Cortes Solaeche le llegaron los expedientes para la tramitación de órdenes de servicio, no elaboraba las órdenes de servicio, llegaban documentos al área y el Gerente indicaba lo que iba para Proceso de Selección y lo que era directo. Derivó a los expedientes al área correspondientes, área usuaria es quien manda los expedientes, derivaba para Órdenes de Compra y ordenes de servicio; a su área llegaba todo lo que era directo, solo veía contratación directa. Su personan realizaba las órdenes de compra. Laboró hasta el 14 de marzo del 2013. La Dra. Giuliana era su jefe inmediato.

Al interrogatorio de la defensa del actor civil.

Le llegaban los expedientes, revisaba las órdenes de compra.

Al conainterrogatorio del Dr. Salcedo Salazar.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Meléndez Valle.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Ruíz Fernández.

Ninguna pregunta.

27. Declaración de la testigo GUILLERMO JUSTINIANO SOLAR UGAZ.

Al interrogatorio de la fiscalía

Ha laborado en la Municipalidad Provincial de Trujillo en el año 2012, en el cargo de Sub Gerente de Tesorería, tenía como función la emisión de cheques y pagos de contratista y proveedores de la Municipalidad; desempeñó hasta diciembre del 2014. Para estar en la última fase de debe de contar con orden de servicios, con la conformidad del área usuaria y contabilidad, toda pasa por registro SIAF y luego pasa a su área para el pago. Las conformidades siempre son del área usuaria, en el caso el área usuaria es de Imagen Institucional, luego de lo comprobantes de pago sigue la firma del cheque o la orden de cuenta, en el caso se realizó todo.

Al interrogatorio de la defensa del actor civil

María Elena Pérez Orbegoso era la encargada - Gerente de Imagen Institucional

Al conainterrogatorio del Dr. Salcedo Salazar.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Meléndez Valle.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Ruíz Fernández.

Ninguna pregunta.

28. Declaración de la testigo JESÚS ALBERTO JIMENEZ GARCIA.

Al interrogatorio de la fiscalía

Ha laborado en la Municipalidad Provincial de Trujillo en julio del 2012 - diciembre de 2014, en el cargo de Gerente de Administración y Finanzas. Participó en la contratación de Alejandro Cortes Solaeche, tenía la función de firmar los cheques; para la firma de los cheques tenía que contar con la conformidad de las otras áreas, expediente de pago, conformidad de contabilidad, en el caso de Alejandro Cortes Solaeche contaba con todo. Tenía como función verificar que todos los expedientes lleguen conformes para poder hacer el pago.

Al interrogatorio de la defensa del actor civil

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Salcedo Salazar.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Meléndez Valle.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Ruíz Fernández.

Ninguna pregunta.

29. Declaración del perito SONIA ALEJNADRINA SUAREZ SORIA.

Se le pone a la vista la pericia grafo técnica N° 59-2016, a folio 2064- 270, reconoce su firma y su post forma, refiere que fue elaborada 21 de marzo de 2016, es un estudio documentoscópico en un cuaderno de recepción en el cargo de la sub gerencia de Relaciones públicas de la Municipalidad Provincial de Trujillo, en la que se concluye que de acuerdo al estudio del registro 462, 500, 571, 580, 630 y 663 del año 2013, sufren alteraciones de conformidad a lo descrito en el examen.

Al interrogatorio de la Fiscalía

Refiere que el estudio realizado en la pericia es el método documentoscópico, el cual consiste en la verificación, estudio integral del documento, como el papel, las tintas empleadas, el sistema de impresión y dispositivos de seguridad, fluorescencia, logos, sello y otros con el fin de emitir un pronunciamiento; en el caso se efectuó el estudio de los registros 462, 500, 571, 580, 630 y 663 del año 2013, observándose que ha sufrido alteraciones, una erradicación mecánica con tinta blanca; en el estudio del registro N° 462, se observó que se utilizó una tinta blanca, la que mayormente se le llama corrector o tinta blanca que antes se utilizaba, ha sufrido la erradicación, subyacente a la erradicación de tinta o corrector subyacen otros datos informativos primigenios, en el cual se puso otros textos antes de la tinta, erradicando el primer texto. En todos los registros se encontró la misma situación, erradicación mecánica.

Al interrogatorio de Procuraduría Pública.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Ruíz Fernández

Al no poder observar los trazos primigenios, sabe que hay una erradicación del texto, porque se supone que si se utiliza corrector o tinta blanca es porque deseo borrar algo, de lo contrario escribiría de frente. Pone como ejemplo que de equivocarse en un texto que escribe, utiliza la tinta para borrar algo que se ha equivocado; solo es para rectificar algo mal escrito u ocultar algo.

Al conainterrogatorio del Dr. Meléndez Valle

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Martin Salcedo

El libro en el que efectuó la pericia tenía el nombre de Sub Gerencia de Relaciones Públicas de la Municipalidad Provincial de Trujillo, libro de recepción, no recuerda el nombre de la Sub Gerente.

A las preguntas formuladas por este juzgado

El estudio se realizó respecto del cuaderno de recepciones de la Sub Gerencia de Relaciones Públicas de la Municipalidad Provincial de Trujillo. Se determinó que la erradicación del registro N° 630 tiene fecha 05.04.2013, N° 663 del 8.04.2013, N° 580 del 01.04.2013, N° 571 del 28.03.2013 y el registro N° 500 del 19.03.2013.

30. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio.

a) **Resolución de Gerencia N° 473-2007- MPT de fecha 28 de noviembre de 2007**, a folios 34-37, acredita que para las compras directas la MPT estableció un procedimiento a seguir, el cual debía ser respetado, debía realizarse conforme a la norma que fue aprobada mediante la Resolución de Gerencia; en donde se indica que se da con la solicitud del área usuaria, la intervención de la gerencia de abastecimiento y todos los pasos a seguir para la contratación directa sea de un bien o sea un servicio.

Observaciones.

Dr. Meléndez: La resolución no se encuentra firmada por ningún funcionario público, no tiene validez para ser considerado, es una directiva desfasada que regulaba 1 UIT, luego se dictó el D. L 1017 en la que se regulaba las 3 UIT.

Dr. Salcedo: Documental inexistente debido a que no cumple con las formalidades que la Ley establece.

Fiscalía: El documento no tiene ninguna firma, pero el reglamento que lo regula si cuenta con sellos de administración y finanzas de la Municipalidad Provincial de Trujillo. En la resolución del 2007, en ese tiempo para las contrataciones directas era hasta 1 UIT y luego cambio hasta 3 UIT, pero al no haber otro procedimiento que regule sobre las contrataciones directas, se sobreentiende que el mismo permanece en el tiempo hasta no ser cambiado por otro.

b) **Términos de referencia**, a folios 38 - 44, en donde se aprecia el objetivo del servicio a contratar, el mismo que se ha dividido en seis fases, cada fase presentaba sus objetivos a alcanzar y se establecía el perfil y el requisito del profesional que podría cumplir con las fases. Cada fase variaba en los requisitos exigidos a las personas que debían elaborar las fases; estable el tiempo de ejecución de cada una de las bases, siendo un requisito esencial para saber la fecha que deberá de ser entregado. Los términos de referencia son remitidos por el área usuaria, el área usuaria es la Gerencia de Imagen Institucional.

c) **Ordenes de servicio N° 373-2013, 384, 390, 404, 422**, a folios 45 – 57, en donde se aprecia las fechas de emisiones de las ordenes de servicios. La 373 tiene fecha 06.03.2013, la 384 con fecha 07.03.2013, la 390 07.03.2013, la 934 del 11.03.2013, la 404 el 12.03.2013 y la 422 el 12.03.2013; en donde se observa las fechas de emisión y las dependencias de gerencia, se aprecia que se trata de la Gerencia de Imagen Institucional y se señala montos por cada orden de servicio, son ordenes de servicio del primer trimestre del 2013

Observaciones.

Dr. Meléndez: Las órdenes de servicios han sido elaboradas por la sub Gerencia de Abastecimiento.

- d) **Ordenes de servicio N° 373-2013 de fecha 06 de marzo 2013**, a folio 58, en donde se establece el monto a pagar de S/. 7,249.92 soles.
- e) **Ordenes de servicio N° 384-2013 de fecha del 07 de marzo 2013**, a folio 59, corresponde a la primera fase, estudio de fortalezas y debilidades para la creación de una estrategia publicitarias, por el monto de S/. 7,249.42.
- f) **Ordenes de servicio N° 390-2013, de fecha 07 de marzo de 2013**, a folio 60, corresponde a la fase tres, por la suma de S/. 10, 450.08 soles.
- g) **Ordenes de servicio N° 394-2013, de fecha 11 de marzo de 2013**, a folio 61, corresponde a la fase cuatro, por la suma de S/. 7,249.92 soles.
- h) **Ordenes de servicio N° 404-2013, de fecha 12 de marzo de 2013**, a folio 62, corresponde a la fase cinco, por la suma de / . 10, 450.08 soles.
- i) **Ordenes de servicio N° 422-2013, de fecha 12 de marzo de 2013**, a folio 63, corresponde a la fase seis, por la suma de S/. 10, 450.08 soles.

Con las documentales oralizadas acredita las fechas de emisión de las ordenes de servicios y a partir de la orden de servicio 394, 404 y 422 se han dado fechas posteriores a la emisión de la factura emitida por parte del señor Solaeche; además, a la fecha de emisión de las ordenes de servicios no se contaba con la certificación presupuestal, además las ordenes de servicios reflejan montos inferiores a las 3 UIT, al sobrepasar se estaría en la obligación de someterse a un proceso de contrataciones con el Estado.

Observaciones.

Dr. Ruíz: La orden de servicio N° 373, tiene un registro SIAF 2080, con compromiso 02.04.2013, la 384 con registro SIAF 2087 con compromiso 02.04.2013, se aprecia un devengado del 04.03.2013, sub Gerencia de Tesorería. La orden de servicio N° 390 de igual manera Sub Gerencia de Tesorería 04.04.2013, orden de servicio N° 394 Sub Gerencia de Tesorería 04.04.2013, orden de servicio N° 404 Sub Gerencia de Tesorería 04.04.2013, compromiso 02.04.2013, en el mismo sentido la N° 422; demuestra que las fechas son posteriores al comprobante de pago del señor Cortes Solaeche conforme lo demanda el procedimiento.

- j) **Copia del cuaderno de la Sub Gerencia de Relaciones Públicas**, a folios 63 a 73, acredita que los registros 462, 500, 571, 580, 630 y 663 del año 2013, se observa que las fechas de los documentos son con fecha posterior al otorgamiento de la conformidad por parte del área usuaria. Se entrega el informe de los contenidos realizados en cada fase de manera posterior a la fecha en que se dio la conformidad, que fue el 12 de marzo del 2013.
- k) **Acta fiscal de fecha 04 de diciembre de 2015**, a folio 74; acredita que si bien es cierto el cuaderno tiene como nombre Relaciones Públicas, fue encontrado y fue incautado del área de Imagen Institucional.
- l) **Diseño de spot publicitario**, a folio 75 a 180; acredita que no existe ningún sello y firma del autor Solaeche no existe ningún sello de dirección por parte de la entidad; se advierte que cada fase no cumple con los términos de referencia, no cumple con los objetivos trazados en cada una de las fases descritas.

Observaciones

Dr. Ruiz: Se trata de presentaciones de PowerPoint, están con el membrete, foliadas, y es difícil que se ponga sello a las diapositivas.

Dr. Meléndez: Fiscalía no puede indicar que no se ha cumplido con los términos de referencia, más aún si no señala a que términos de referencia se refiere; además, fiscalía no tiene experiencia de cómo se debe realizar un spot publicitario.

Dr. Salcedo: En algunas diapositivas en la parte posterior aparece el sello de la Municipalidad Provincial de Trujillo, debió haberse acreditado con alguna pericia.

- m) **Oficio N° 2494-2013, de fecha 29 de noviembre de 2013**, a folio 181 a 183, acredita que la MPT remite informes sobre las fases, solo se limitan a describir los objetivos detallados en los términos de referencia y no hacen ninguna mención al trabajo de Solaeché o por lo menos presentado los informes presentados por este que acredite que de verdad el servicio si fue efectuado por dicha persona, teniendo en cuenta que en la fase 6 no se hace mención a ningún objetivo ni ningún detalle de la fase.
- n) **Oficio N° 457- 2013- MPT/A/GII, de fecha 12 de marzo de 2013**, a folio 184; en donde Pérez Orbegoso remite la **factura N° 20**, de fecha 08 de marzo de 2013, por la suma de S/. 7, 249.00 por la fase N° 1, al dar la conformidad formal a la prestación del servicio. **Certificación del crédito presupuestario N° 200, con fecha de aprobación 02 de abril de 2013, por la fase 1.**
- o) **Oficio N° 458 – 2013- MPT/A/GII, de fecha 12 de marzo de 2013**, a folio 190, suscrito por Pérez Orbegoso, para dar conformidad formal al servicio. **Factura N° 21, de fecha 08 de marzo del 2013**, a folio 191, correspondiente a la fase 2, por la suma de S/.7, 249.92 soles. **Certificación de crédito presupuestario N° 200, de fecha 02 de abril del 2013**, a folio 194-195 correspondiente a la realización de la fase dos.
- p) **Oficio N° 459-2013- MPT/A/GII de fecha 12 de marzo del 2013, a folios 197, mediante el cual se remite adjunto la factura N° 22 de Alejandro Cortes Solaeché, de fecha 08 de marzo de 2013, correspondiente a la fase 3. Nota de certificación presupuestaria, a folio 200 y 201, de fecha 02 de abril del 2013, por la fase tres; por el monto de S/ 10,450.05.**
- q) **Oficio N° 460-2013- MPT/A/AGII, de fecha 12 de marzo del 2013**, mediante el cual se remite adjunto la factura N° 23 de Cortes Solaeché, por la fase cuatro. **Factura N° 23, de fecha 08 de marzo 2013**, a folio 203, por el monto de S/ 7249.92, de correspondiente a la fase 4.
- r) **Oficio N° 461- 2013-MPT/A/GII**, a folio 207, de fecha 12 de marzo de 2013, mediante el cual se remite adjunto la factura N° 24, por la fase 5, por el monto de S/ 10,450.00; **Factura del 8 de marzo, correspondiente a la fase 5. Nota de crédito presupuestario N° 200, de fecha 02 de abril del 2013**, a folio 2011, correspondiente a la realización de la fase 5.
- s) **Oficio 462-2013 –MPT/A/All, de fecha 12 de marzo de 2013**, mediante el cual se remite adjunto la factura N° 25 por la suma de S/. 10, 450.08 soles, correspondiente a la fase 6. **Copia certificada de la factura N° 25 de fecha del 08 de marzo**, a folio 214, correspondiente a la realización de la fase 6. **Nota de crédito presupuestaria N° 200, de fecha 02 de abril del 2013**, correspondiente a la realización de la fase 6.

Acredita que todos tiene fecha 12 de marzo del 2013, siendo allí en donde se da la conformidad del servicio; sin embargo, se probará que la conformidad se ha dado de manera anterior a la supuesta presentación de informes, así como es obvio que todas las facturas emitidas por el señor Alejandro Cortes Solaeché tienen como fecha 08 de marzo del 2013.

Observaciones.

Dr. Ruíz. Refiere que las facturas emitidas en una misma fecha estaban sujetas al cumplimiento de las fases correspondientes.

Dr. Salcedo: Cada uno de los oficios realizados por su patrocinado ha cumplido con lo exigido para los desembolsos.

Dr. Meléndez: Refiere que existe una contradicción ya que fiscalía ha indicado que ha existido una nota presupuestal y una de las imputaciones es que ello no ha existido.

- t) **Comprobante de pago N° 2748, correspondiente al registro SIAF 2086**, a folio 217; con la que se realiza el pago de la fase N° 1 por la suma de S/. 7, 249.92. **Depósito de la detracción correspondiente en el Banco de la Nación. Comprobante de pago N° 2749**, a folio 219, correspondiente a la detracción efectuada por el pago de la fase 1. **Orden de servicios 373, la misma que ya ha sido oralizada. Pedido a la Oficina de Abastecimiento para la realización de la fase N° 1**, efectuada por la Gerencia de Imagen Institucional, a folio 223.
- u) **Comprobante de pago N° 2739**, a folio 225, a nombre de Alejandro Cortes Solaeche por el pago de la fase N° 2, por la suma de 7, 249.00, cuenta con la firma de recepción de Solaeche. **Comprobante de pago del Banco de la Nación**, en donde se deposita el monto de la detracción, la misma que se realizó mediante comprobante de pago N° 2740 a folios 227 por la detracción del 12 % del UGV para el pago de la segunda fase. **Pedido a la oficina de abastecimiento para la realización de la fase 2**, a folio 230, realizado por la Sub Gerencia de Imagen Institucional.
- v) **Comprobante de pago N° 2735**, a folio 232, por el pago de la fase N° 3, por la suma de S/. 10, 450.00 soles con sus respectivas deducciones, cuenta con firma de tesorería y del señor Solaeche. **Boucher del depósito en el Banco de la Nación**, a folio 233; sobre la detracción por el monto de 1,254.01, detracción que se hizo efectiva a través del comprobante de pago N° 2736 (folio 234) por el 12 5 del IGV, dando un total de 1,254.00 soles correspondiente a la fase 3. **Pedido a la oficina de abastecimiento para la realización de la fase 3**, a folio 238, realizado por Gerencia de Imagen Institucional.
- w) **Comprobante de pago N° 2737**, a nombre de Cortes Solaeche Alejandro, por el pago de la fase 4, por el monto de 7,249 y una deducción de S/ 869.99, la misma que cuenta con los sellos de tesorería y la firma de Cortes Solaeche, no tiene fecha, día ni mes. **Comprobante de pago N° 2738**, a folio 241, por el pago de la detracción del 12 % el que corresponde a la fase 4, a nombre de Cortes Solaeche Alejandro, por la suma de S/.869.99, se acompaña el vaucher que acredita el depósito de la detracción. **Pedido a la oficina de abastecimiento para la realización de la fase 4**, a folio 246, realizado pro imagen institucional.
- x) **Comprobante de pago N° 2745**, sin indicar día, mes ni año, a nombre de Cortes Solaeche Alejandro, por el pago de la fase 5, por el monto de 10, 450, la misma que cuenta con los sellos de tesorería y la firma de Cortes Solaeche. **Boucher del depósito en el Banco de la Nación**, por el monto de la detracción de 1, 254.01 soles, pago de la detracción del 12 % el cual se realizó a través del comprobante de pago 2746, cuando con los sellos de gerencia de tesorería y los sellos del señor Solaeche. **Pedido a la oficina de abastecimiento para la realización de la fase 5**, realizado por la Gerencia de Imagen Institucional.
- y) **Comprobante de pago N° 2741, a folio 256**, a nombre de Cortes Solaeche Alejandro, por el pago de la fase 6, por el monto de S/ 10, 450.08, la misma que cuenta con los sellos de tesorería y la firma de Cortes Solaeche. **Boucher de depósito de la detracción**, por la suma S/. 1,254.01 soles.
- z) **Comprobante de pago N° 2742**, a folio 258, a nombre de Cortes Solaeche Alejandro, por el pago de la fase 6, por la detracción del 12%, por la suma de S/. 1, 254.01 soles. **Pedido a la oficina de abastecimiento para la realización de la fase 6**, a folio 262 realizado por la Gerencia de Imagen Institucional.

Ello acredita la existencia de un pago por cada una de las fases, mediante los comprobantes de pago antes descritos se ha efectuado el pago de la MPT al señor Solaeche, quien ha recibido cada uno de los comprobantes de pago en donde aparece su firma de recepción y

todo ello ha sido originado por el pedido del área usuaria, Gerencia de imagen institucional, que en ese tiempo estaba a cargo de Pérez Orbegoso.

Observaciones

Dr. Ruiz: Comprobante de pago 2748, 2749, 2740, 2741, 2736, 2738 y los demás mencionados se señala que no tiene fecha, sin embargo, tiene fecha 4 de abril del 2013, hora 12.58 y 29 segundos, con ello acredita que los comprobantes han sido emitidos en la fecha que ha sido programada.

- aa) **Informe Especial N° 2- 2015 y ANEXOS**, a folio 271- 417, acredita que en el mismo se plasma las irregularidad que han existido en el proceso de contratación, el mismo que ha sido fraccionado en seis fases con la finalidad de no ser sometido a la ley de contrataciones con el Estado, tenido en cuenta que la homogeneidad del servicios podía hacerse fácilmente en una sola contratación, lo que implicaba que se tenía que someter a ley de contrataciones con el Estado, por ello se elaboraron seis fases para poder ejecutar el servicios y otorgar de manera directa al señor Alejandro Cortes Solaache. Se tiene en el resumen del caso del informe de control, en el punto 2, párrafo segundo.

El informe especial fue emitido por OCI, tenía como supervisor al señor Jorge Enrique Olortegui Guevara, Ana Cristina Guerrero gil, siendo además la última especialista legal y el Jefe del Órgano de Control Institucional Pérez Torres. Los anexos incorporados en el informe han sido los que ya han sido en su gran mayoría oralizados como las ordenes de servicios, requisitos a seguir y comprobantes de pago. La conformidad del servicio se acredita con los oficios, donde se corre traslado de la factura y se da conformidad; se da la conformidad para que se siga con el trámite del pago a Solaache.

Observaciones

Procuraduría pública: Se hace mención que se emitió en base a un programa establecido, y fue aprobado por la Contraloría General de la República, tiene la garantía concreta a una prueba pre constituida, fue emitida por tres auditores.

Dr. Meléndez: Existe una contradicción ya que el informe especial indicó que no contaba con presupuesto, pero de lo oralizado por fiscalía se indica que cada uno tenía una nota de crédito presupuestal, por lo tanto, si contaba con presupuesto para realizar el pago. Además, el personal, funcionario que realizó el informe especial era un funcionario que no estaba certificado por la OSCE; es decir, no tenía conocimiento sobre la Ley de contrataciones con el Estado para que pueda emitir un informe valido. El fiscal hace mención a un fraccionamiento, cuando se sabe que estaba en vigencia las 3 UIT.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

31. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS

32. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos por el Ministerio Público.

DESVINCLACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL

33. Este órgano jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en el artículo 374. 1 del Código Procesal Penal, al observar la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no fue considerado por el Ministerio Público; se advirtió al Fiscal y a la defensa de los imputados que los hechos se podrían adecuar a la conducta descrita en el artículo 384° primer párrafo del Código Penal (colusión simple); corriendo traslado a los sujetos procesales y suspendiendo el debate para su pronunciamiento;

según se puede apreciar de la resolución N° CATORCE, expedida en la audiencia de fecha 15 de enero de 2019.

34. Al respecto, en el acuerdo plenario N° 04-2007- CJ/116, se ha dejado establecido: *“Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes”*.²³² (...) *“Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación- la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación”*.²³³ (...) *“La tipificación del hecho punible –el título de imputación- también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena”*.²³⁴ *“En ambos casos (de desvinculación) el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina “plantear la tesis de desvinculación”-, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos”*.²³⁵ El tipo penal materia de desvinculación es el siguiente:

Artículo 384. Colusión simple.

“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.

(...)

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

35. Fiscalía ha sostenido que María Elena Pérez Orbegoso, Giuliana Katherine Tirado García y Alejandro Cortes Solaeche, con su conducta incurrieron en el tipo penal tipificado en el artículo 384° del Código Penal, segundo párrafo. Sin embargo, en virtud al principio de objetividad que rige la función fiscal, se demostró que de la actuación de los medios probatorios no se demostró el perjuicio económico real a la Municipalidad Provincial de Trujillo, ya que, según hipótesis fiscal, en un primer momento estaba destinada a determinar que por lo cancelado al señor Cortes Solaeche, el servicio no se habría realizado, causándose un perjuicio económico por la suma de S/. 53,000.00 soles, razón por la cual el Ministerio público estuvo de acuerdo y no mostro oposición a la desvinculación realizada por el Juzgado.
36. Se tiene que, de la actuación de los medios probatorios en la etapa pertinente, se ha demostrado la hipótesis fiscal que la señora María Elena Pérez Orbegoso, quien era la encargada y jefa del área de Imagen Institucional, conjuntamente con la complicidad de Giuliana Katherine Tirado García, quien tenía la calidad de Sub Gerente del área de Abastecimiento y Alejandro Cortes Solaeche, todos ellos en conjunto, con su actuar habían realizado el ilícito penal tipificado en el artículo 384°, primer párrafo, Delito de Colusión Desleal.

²³² Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; primera parte del décimo segundo fundamento jurídico; precedente vinculante.

²³³ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; primer párrafo del décimo segundo fundamento jurídico; precedente vinculante.

²³⁴ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; segundo párrafo del décimo segundo fundamento jurídico; precedente vinculante.

²³⁵ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; tercer párrafo del décimo segundo fundamento jurídico; precedente vinculante.

37. Se ha llegado a la conclusión que si ha existido un acuerdo colusorio entre María Elena Pérez Orbegoso, en calidad de autora con Giuliana Katherine Tirado García y Alejandro Cortes Solaeche, los dos últimos en calidad de cómplices; se ha demostrado que en el Spot publicitario denominado “ Marca Trujillo de Perú por el Mundo”, el mismo que se realizó en el mes de marzo del 2013, servicio que a pedido del área usuaria, es decir a pedido de Imagen Institucional, se realizó en seis fases, mediante los pedidos N° 8, 9, 10, 11, 12 y 13; pedidos que fueron realizados a la oficina de abastecimiento con la finalidad de que se realizará el estudio para el Spot Publicitario; para lo cual la Oficina de Imagen Institucional elaboró los términos de referencia de cada una de las fases, cada una de las fases determinaba requisitos para que cada profesional realice y entregue el producto por cada una de las etapas; en cada una de las etapas se establecía requisitos del profesional, porque el objetivo del Spot era que se hiciera un producto de calidad, por ello se establecieron requisitos diferentes. Sin embargo, en los términos de referencia en cada etapa, se cuidó que oscilara entre S/. 7, 249.00 soles a S/. 10, 450.00 soles, dato curioso porque se tiene en cuenta que los montos no excedan las 3 UIT, tal como lo tipifica el D. L N° 1017, que en caso de que exceda las 3 UIT necesariamente se tenía que someter a un procedimiento establecido en la ley de contrataciones del Estado, pero al no superar, la entidad, tenía la facultad de adjudicar los servicios de manera directa, tal como ha sido demostrado en el desarrollo del juicio oral.
38. Se tiene en cuenta que los servicios no presentaba características distintas, que los distinga o separe de sí; porque el Spot publicitario fácilmente se ha podido llevar en un solo proceso de contratación, dado la homogeneidad de los servicios, ya que no se distinguían; tal como lo referido en las opiniones del OSCE N° 15 y 85-2012 de fecha 03.02.2012, en el que se señala que, “ **a fin de determinar si la contratación de determinados bienes y servicios podría configurar un fraccionamiento indebido, es necesario verificar si los bienes o servicios que se requieren contratar poseen características o condiciones singulares que los hacen distintos entre sí, pues en caso se requiere efectuar las contrataciones de bienes o servicios iguales bajo las mismas condiciones, corresponderá realizar un único proceso de selección, mientras que de tratarse de bienes y servicios que revistan condiciones que los hagan singulares corresponderá en principio efectuar tantos proceso de selección como se requiera contratar**”; es decirse, se ha demostrado que el servicio a contratar no se contraponían entre sí, sino que fácilmente se pudo haber contratado en un solo proceso, lo cual implicaría haberlo sometido a la Ley de contrataciones con el Estado, una adjudicación directa selectiva; situación que no ha sido realizada con la única finalidad de otorgar de manera directa a un solo proveedor la ejecución del servicio. Se puede advertir el primer indicio de un acuerdo colusorio entre la funcionaria de imagen institucional y el futuro proveedor Alejandro Cortes Solaeche; en ese sentido, contrario sensu, como la defensa ha venido manifestando que, cada fase si presentaban características singulares, que si se requería contratar de manera directa y no un solo proceso de contratación, sorprendentemente las seis fases fueron ejecutada por un solo proveedor, a pesar de que cada fase presentaba sus requisitos para un determinado proveedor que realice el servicio, con la cual fortalece la tesis del Ministerio Público, que debió haber sido sacado en un solo proceso de contrataciones.
39. Se tiene que los pedidos fueron remitidos a la oficina del área de abastecimiento, a cargo de Giuliana Katherine Tirado García, quien según lo establecido en el procedimiento para la contratación directa, debió de disponer de la revisión del cuadro de los posibles proveedores, con la finalidad de hacer el cuadro comparativo y poder elegir al proveedor que preste los mejores servicios, para garantizar la eficacia en la realización del servicios; situación que no se dio, no se remitieron las tres cotizaciones que exigía el reglamento de contratación directa, la cual fue elaborada por la misma entidad, a fin de invitar a los posibles proveedores; no se hizo el cuadro comparativo de precios; de manera directa se ordenó que los servicios tal y como se habían pedido sean pasados como contrataciones directa. La encargada de Abastecimiento era quien decidió que servicios pasaban como contrataciones directa y cuáles no; sin embargo, se contrató a Cortes Solaeche, quien no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, demostrado con el informe de auditoría realizado por Control Institucional, donde se refiere que al momento en que se contrata a Cortes Solaeche, este no estaba inscrito en el RNP, a pesar de ello se ordenó la emisión de las ordenes de servicio a nombre de éste y se le entregó el otorgamiento de la buena pro.
40. Además, se advierte que en la realización de las ordenes de servicios de la fase N° 4, 5 y 6; estas tienen como fecha de emisión 11 de marzo y las otras dos fechas 12 de marzo; sin embargo, las facturas emitidas por Cortes Solaeche, las seis facturas tienen como fecha de emisión 08 de marzo del 2013; es decir, anterior a las Ordenes de Servicio, con lo que se evidencia que tenía conocimiento que iba a ser contratado en todas las fases. Asimismo, giradas las órdenes de servicio, a la fecha no se contaba con la certificación

presupuestaria, la que era necesaria para garantizar el presupuesto para la ejecución del servicio. Se debe tener en cuenta que la certificación presupuestaria se obtuvo después, de manera posterior a la emisión del servicio, por lo que resulta ilógico, porque para contratar se debe contar con los fondos.

41. Se ha demostrado con los oficios N° 457, 458, 459, 460, 461 y 462; todos los oficios tienen fecha 12 de marzo, emitidos por la Gerencia de Imagen Institucional a cargo de Pérez Orbegoso; con cada oficio se da la conformidad a cada una de las fases del señor Cortes Solache; ha quedado demostrado que los informes que el producto se entregó de manera posterior, en las fechas 14, 19 y 28 de marzo y 01, 05 y 8 de abril, es decir se dio primero la conformidad del servicio, se ordenó el pago, y de manera posterior recién se entregó, lo que imposibilita a la entidad de revisar los informes, no pudiéndose hacer las debidas verificaciones.
42. Por todas las irregularidades, se concluye la existencia de un acuerdo colusorio, con el objetivo de no someter a un proceso de contrataciones con el Estado, porque de haber ocurrido no se hubiera podido entregar el servicio a Cortes Solache, y este último con el conocimiento de que no estaba inscrito en el RNP y al haber emitido facturas sin la emisión de órdenes de servicios, conocía las irregularidades presentadas; todo ello no hubiera sido posible sin el apoyo de Giuliana Katherine Tirado García, como jefa de abastecimiento quien tramitó los servicios como compras directas y no realizó una adecuada función, al no haber clasificado a los proveedores que garanticen un mejor producto. Se ha ocasionado un perjuicio, en el sentido de haber privado a la MPT de haber contratado a un profesional con las características acordes a las necesidades de la Municipalidad.
43. Por todo lo expuesto, considera que se ha probado la teoría del caso de un acuerdo colusorio, al tratarse del delito de Colusión Simple solicitando se les imponga a los tres acusados, la pena de tres años de pena privativa de libertad y la inhabilitación para el cargo de funcionario público por el mismo plazo de la pena principal.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

44. Refiere que los hechos se encuentran plasmados en el Informe Especial N° 022-2015, el cual tiene calidad de prueba pre constituido, se trata de un acuerdo que tuvo en su momento los acusados; los hechos estaban dirigidos a la contratación del señor Cortes Solache, para proveer un servicio a la Municipalidad Provincial de Trujillo, para la elaboración de trabajos previos a una campaña de difusión de la marca Trujillo, no estaba dirigido para una campaña de publicitar, sino para trabajos previos a una campaña. El servicio ha sido fraccionado, cuando debió hacerse en un proceso de selección. Se pagó S/. 53,100.00 soles; debió haberse sometido a proceso de selección; las fases que se manejó en las ordenes de servicio, fueron seis fases, las fases se encuentran vinculadas, la primera fase da continuidad a la segunda y así sucesivamente, con la finalidad de la elaboración de trabajos previos a una campaña publicitaria, había términos de referencia distintas por cada postor; sin embargo, se otorgó a un proveedor único, siendo el señor Alejandro Cortes Solache, quien al momento de brindar el servicios no estaba inscrito en el RNP. Se han dado irregularidades en la emisión de las ordenes de factura, cancelaciones y los informes que debían sustentar el servicio, las ordenes de servicio se hicieron el 06 de marzo del 2013, el mismo día todos las ordenes y a los dos días, el 08 de marzo se emitió la facturación de las ordenes de servicios; se ha dado una secuela de indicios que indican que ha existido un acuerdo. El delito se constituye a partir de una pluralidad de indicios, que en presente caso si se ha dado tal pluralidad desde el inicio, **por lo que solicita como reparación civil S/. 30,000.00 soles**, los que deberán ser pagados de manera solidaria de cada uno de los acusados, se deben tener en cuenta la función de cada funcionario y la conducta que tienen cada uno de ellos.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LA ACUSADA PÉREZ ORBEGOSO (Dr. Salcedo)

45. Refiere que, se mantiene inalterable el caudal fáctico que Ministerio Público ha sustentado, es ineludible cuatro aspectos que constituyen el sustento del Ministerio Público: El primero es que con motivo del spot publicitario Marca Trujillo de Perú para el Mundo, la Gerencia de Imagen Institucional a cargo, su patrocinada, contrato los servicios de Alejandro Cortes Solache en el año 2013, por la suma de S/. 53,100.00 soles, quien según tesis no se encontraba inscrito en el RNP, y en SUNAT estaba con suspensión temporal. La contratación con seis fases, se efectuó conforme a los pedidos 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del 2013, todos con fecha seis de marzo del 2013 y la valorización de cada una de ellas oscilaba entre S/. 7,000.00 soles a S/. 10,000.00. Es necesario señalar que el tipo objetivo del delito de colusión desleal para

establecer la calidad de autor se exige la existencia de una relación funcional específica, entendiéndose que solo puede ser autor del delito de colusión desleal el funcionario que actúa en razón del cargo o en base a una condición especial; el funcionario debe reunir una condición específica ya sea propia o especial, que se encuentre habilitado para participar, y se exige al encargado de la función pública que se encuentre autorizado para participar en el negocio o contratos; no puede ser considerado autor quien pese a ser funcionario no tenga el marco funcional competente por razón del cargo o autorización especial para participar en contratos o convenio de la institución; el funcionario debe estar autorizado normativamente, en el presente caso el MOF de la Municipalidad Provincial de Trujillo, el que se hace mención que fue aprobado mediante la Resolución de Gerencia N° 473-2006 – MPT, en audiencia se indicó que la documental carecía de la firma de la autoridad o del funcionario competente, restando validez para que en juicio sea valorada de manera adecuada; en el caso de que MOF haya sido emitido por la autoridad competente, para nada se deja entrever que su patrocinada era competente para intervenir en los contratos, suministros, licitaciones en el concurso.

46. Otro de los argumentos señalado por fiscalía es que, María Elena Pérez Orbegoso coordinó previa y directamente con Alejandro Cortes Solaeche, para que este último sea contratado y para ello contó con la colaboración de Giuliana Katherine Tirado García, como Sub Gerente de Abastecimientos, para contratar al publicista, quien no cumplía con los requerimientos profesionales y laborales; se tiene que el elemento central del delito es que debe existir una concertación entre los funcionarios y los interesados; la demostración de la concertación debe ser de manera minuciosa, detallada a través de los medios de prueba lícitos, respetando el principio de legalidad y presunción de inocencia; además, ninguno de los órganos de prueba han demostrado alguna concertación ni mucho menos el interés en la contratación de Alejandro Cortes Solaeche, tampoco indiciariamente ha quedado plasmado con las documentales, todo ello quiere decir que se está frente a una atipicidad objetiva relativa.
47. Como tercer fundamento de la tesis acusatoria, se tiene que su patrocinada era la encargada de solicitar formalmente la contratación, elaborar los terminos de referencia y determinar los costos de los servicios, así como el deber de supervisar la ejecución de los servicios y dar conformidad de los mismos, lo que no se ha cumplido; respecto a ello indica que al ser de dominio Público, los requerimientos de bienes o servicios lo efectúa el área usuaria, en el presente caso la Gerencia de Imagen Institucional no tiene la competencia por mandato normativo ni por delegación expresa de funcionario para participar e intervenir en la contratación; si es cierto que se ha dado la conformidad para el pago, para ello se ha contado con las ordenes de servicio, se han realizado las detracciones correspondientes, por lo que el comportamiento de su patrocinada ha sido en el cumplimiento de sus funciones propias del cargo que desempeñaba.
48. Respecto a los oficios de conformidad, estos están sustentados con las ordenes de servicios, facturas, boletas de pagos que cuentan con las detracciones, incluso los comprobantes de pago tienen fecha en la parte superior; las fechas de pago difieren aproximadamente un mes de la orden de servicio. No existe prueba suficiente y categórica que desvanezca la presunción de inocencia de su patrocinada, por lo que solicita la absolución de los cargos.

ALEGATOS DE DEFENSA DE LA ACUSADA TIRADO GARCÍA (Dr. Méndez)

49. Refiere que la teoría del caso sustentada por fiscalía se basa en la Resolución N° 473-2007, mediante el cual regula el procedimiento de adquisiciones directa a cargo de la Sub Gerente de Abastecimiento, la que no tiene validez legal, no tiene firma de funcionario, la misma que esta derogado. Se tiene que la norma vigente al momento de los hechos era el D. L N° 1017 y su reglamento D.S N° 184-2008 – EF, en donde establecía que las contrataciones menores a 3UIT no se rigen por la ley de contrataciones con el Estado, por consiguiente, no se puede hablar de un fraccionamiento, porque el servicio prestado no superaba las 3UIT. También fiscalía basa su imputación en la Ley N° 26850; el cual establece que los bienes y servicios mayores a 1 UIT se regula por la Ley de Contrataciones con el Estado, por lo que sería un absurdo jurídico al tratar de imputar una responsabilidad penal por una Ley ya derogada; siendo en error de fiscalía, quien reconoce que se equivocó y que debería ser mayores a 3UIT; el error de fiscalía se da porque se guía del Informe Especial N° 022-2015, que se basa de una Ley Derogada.
50. Sobre el tema de fraccionamiento regulado en el D. S N° 1017, artículo 19° vigente al momento de los hechos, señalaba: “no se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes, lotes, posibles en función a la naturaleza objeto de la contratación o para propiciar la participación de las

micro empresas y pequeñas en donde exista oferta competitiva”, asimismo, se tiene la opinión N° 085-2012, en el punto 2.3 en que señala como pregunta “¿ si la contratación de un bien y/o servicio de las mismas características por cada proyecto de inversión pública son menores a 3UIT pero de manera conjunta supera las 3 UIT, se configuraría fraccionamiento si es que se procede a contratar de manera directa a un solo proveedor un determinado bien y servicios para cada proyecto de inversión en conformidad con los requerimiento del área usuaria? “ , a lo que se responde: “ que la prohibición de fraccionamiento esta referidas en todos los casos a efectuar contrataciones menores, menos rigurosos o simple”, por lo que en el caso que una entidad realice contrataciones por montos menores a 3UIT, en aplicación del literal h) numeral 3.3 del artículo 3° de Ley, no configuraría el fraccionamiento prohibido por Ley”.

51. Respecto al delito de colusión, no se ha probado que su patrocinada haya concertado con los involucrados para defraudar el Estado, no existen indicios; debió de haberse vinculado a las acciones previas, referida a las interrelaciones entre los funcionarios y el extraneus para hacer un tipo de concentración, no se ha demostrado ningún tipo de indicio que indique la concentración previa; fiscalía confunde actos administrativos con actos colusorios, que debió demostrar que tiene reproche penal, lo que no ha sido demostrado; sobre los indicios de motivos, fiscalía tampoco ha demostrado el motivo en la contratación de Cortes Solaeche y por último el indicio de falta de diligencia profesional inexcusable, sobre esta última se ha basado fiscalía, en base a una ley derogada.
52. Sobre el punto señalado por fiscalía de que su patrocinada ha procedido a los pagos al señor Cortes Solaeche, su patrocinada solo cumplía su función, ya que el área de abastecimiento se encarga del pago de todos los servicios contratos de la MPT, denominados compromiso de pago, pero para proceder es necesario que área usuaria de la conformidad del servicios y siga con el tramite regular. Está comprobado que área usuaria alcanzó la conformidad, para que se proceda con el pago, por lo que cumplió con su rol al proceder a los pagos. Su patrocinada no tenía la función de supervisar los servicios prestados, siendo función exclusiva del área que contrata los servicios. La única forma para demostrar la existencia de una concertación y por consiguiente el delito, es que fiscalía haya demostrado que se procedió con los pagos sin tener la conformidad de los servicios, lo que no ha sido demostrado en juicio.
53. Se debe tener en cuenta lo señalado por el Dr. Abanto Vásquez, quien señala que la concertación solo puede realizarse de manera comisiva, no es posible una omisión, su patrocinada no realizó ninguna maniobra para engañar o defraudar, está comprobado el actuar de su patrocinada de acuerdo a la ley vigente al momento de los hechos. Además, el sistema no puede acogerse a un pago si no existía disponibilidad presupuestal, lo que si se ha dado. Sobre el fraccionamiento ha quedado demostrado que se actuó conforme a Ley, y el proceso debió realizarse por etapas. y no por selección. Solicita la absolución de los cargos imputados a su patrocinada.

ALEGATOS DE DEFENSA DEL ACUSADO CORTES SOLAECHE (Dr. Ruiz)

54. Refiere que no hay certeza en los hechos, no hay suficientes elementos de prueba que lleven a un estado de convicción, y lo referido por fiscalía adolece de graves contradicciones, por lo que los indicios no son convergentes. Al escuchar los alegatos de apertura del Ministerio Publico, se imputaba a su patrocinado que de manera previa a su contratación se coludió de manera directa con María Elena Pérez Orbegoso, aceptando prestar sus servicios sin cumplir con requisitos; para ello tuvo en cuenta indicios: imputación basada en circunstancias precedentes, la única circunstancia precedente es el inicio de acto de investigación en relación a la noticia en un medio de comunicación llamada “El Siglo”, en la que indicaba que su patrocinado no cumplía con los requisitos; como situación concomitante se tiene la contratación de su patrocinado, la coordinación entre Pérez Orbegoso y su patrocinado, la emisión de órdenes de servicio, el otorgamiento de la conformidad, emisión de facturas y la tramitación del pago; las posteriores son la verificación del cuaderno de cargo, solicitud de la confirmatoria judicial de cuaderno de cargo y la acumulación de las investigaciones.
55. Según Ministerio Publico se inicia la investigación por una noticia periodística, en donde Fredy Solano manifiesta que existieron irregularidades en la contratación de Cortes Solaeche; sobre ello se tiene que Fredy Solano nunca fue llamado a juicio, cuando seria el indicio precedente; para fiscalía el indicio precedente no existe al haberse desistido. Sobre la coordinación previa de su patrocinado con Pérez Orbegoso, no se ha tenido ninguna actuación de los cuatro declarantes ni de las documentales que den

- certeza de que su patrocinado se reunió con Pérez Orbegoso. Según el Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Ancash, indica que no solo basta errores administrativos basta con determinar actos concretos de concertación, lo que no ha sido sostenido por fiscalía; asimismo, el R. Nulidad 2373-2014 Lima, indica la presencia de actos concretos de concertación.
56. Sobre la emisión de órdenes de servicio a nombre de su patrocinado, sin conocer la existencia del presupuesto; de lo declarado por el señor Ugaz, indicó que se siguieron todos los procedimiento para los pagos de los servicios que corresponde; de la declaración de Jiménez García, indicó que la contratación de su patrocinado cumplía con todo, de lo declarado por Vélchez Tello, quien indica que se le pasó los expedientas para hacer las ordenes y que ya venían con certificación presupuestal, de lo declarado por Gamarra se tiene que no recuerda haber participado en las ordenes de servicios, por lo que se trata de un testigo inútil al caso. Las órdenes de servicios si cuentan con fecha, existen las seis certificaciones presupuestarias, lo que contradice a fiscalía quien indicó que no existían certificaciones presupuestarias.
 57. Sobre el otorgamiento de conformidad de servicios, sin que estos se hayan prestado, por la sexta fase cuando esta no fue ejecutada; sin embargo, los TR indican que la fase seis consiste en la creación de un guion de televisión, mas no dice que estos tengan que ejecutarse, definen la ejecución de otra manera, no piden la ejecución de la fase seis. De lo declarado por su patrocinado, indica que es la creación del guion de televisión, a sexta fase es la creación del guion de televisión.
 58. De la emisión de facturas de su patrocinado, como si ya hubiera realizado el servicio, en la última parte de la factura se aprecia operación sujeta a spot, lo que quiere decir que todas las boletas estaban sujetas a cumplir con las previas condiciones del expediente de contratación. De las órdenes de pago de Solaache, todas estas coinciden con la fecha de pago, un mes después de la prestación de los servicios, por lo tanto, el pago se realizó posteriormente el día 04 de abril de 2013.
 59. La tramitación de pagos por servicios no realizados, sobre la realización de los informes, su patrocinado indicó que hacia informes y se los presentaba a María Elena Pérez Orbegoso y está en su declaración indicó que los informes se enviaban por email, indicando que a la fecha no trabaja en la entidad, por lo que no tiene acceso a los correos electrónicos, indica su correo electrónico para verificar que los emails existen, teniendo la carga de la prueba fiscalía y no lo presentado pruebas. Además, se tiene que fiscalía presentó en sus pruebas documentales, las que indican que su patrocinado si presento los informes, se cuenta con el escrito que presentó la señora Pérez Orbegoso en donde se indica la presentación que ha hecho respecto de las seis etapas.
 60. Como circunstancias posteriores se tiene la verificación del cuaderno de cargos, solicitud de confirmatoria judicial de cuaderno de cargos y la acumulación de investigaciones, en teoría los indicios posteriores deberían de tratarse sobre la defraudación del acuerdo colusorio, no sobre la verificación de un cuaderno de cargo. Lo ofrecido por el Ministerio Público son actos procesales, considera que los indicios posteriores no inciden sobre lo que se trata de demostrar.
 61. Se han quebrantado los indicios del Ministerio Público. El artículo 158.3 de Código Procesal Penal requiere tres requisitos: que el indicio este probado, que la inferencia está basada en reglas de la ciencia, lógica y la experiencia y cuando se trate de indicios contingentes estos sean plurales y convergentes. Según el profesor Talavera la prueba indiciaria tiene tres elementos: El hecho base, hecho presumido o conclusión y relación de causalidad, en el mismo sentido el Tribunal constitucional indica que tiene tres elementos. Los indicios presentados por fiscalía no cumplen con el estándar el hecho base no está probado, no se ha podido determinar el acuerdo colusorio de manera objetiva, no existe un enlace directo y preciso sobre los indicios establecidos; si se quiere partir de un indicio precedente se tiene que partir de un precedente, en el caso se carece el precedente, solo se cuenta con supuestos administrativos. Los indicios posteriores no guardan relación con el hecho, solo se da cuenta los indicios procesales, no guardan relación con el hecho base, no explica cuál es la incidencia directa con los indicios concomitantes, no cumplen por qué no son convergentes, no son claros, y todos los indicios presentados por fiscalía cuentan con contra indicios; por lo que no se puede advertir el pacto colusorio, tampoco la defraudación, ni mucho menos el perjuicio ocasionado al Estado.
 62. Respecto a la reparación civil, el representante de la procuraduría paso de frente a referirse a la antijuricidad, cuando se conoce que las responsabilidades civiles tienen varios filtros, por teoría se conoce que el acuerdo N° 05-2011 obliga al procurador civil presentar su pretensión civil en tanto las normas civiles le corresponda, lo que no se ha escuchado en audiencia, para remitirse al hecho jurídico se ha remitido a un informe, no da razones que justifiquen su reparación. Solicita la absolución de su patrocinado.

DEFENSA MATERIAL DE LA ACUSADA TIRADO GARCÍA.

63. Respecto al fraccionamiento que arguye fiscalía en atención al informe del Órgano de Control, solo se suman los monto por S/. 57, 000.00 soles y debió regirse por una adjudicación simplificada; sin embargo, no indica porque debió sumarse; el artículo 19° de la ley establece que no fue fraccionamiento cuando es por etapas, ya se acreditó que el contrato y para hacer agrupamiento de acuerdo a la ley de Contrataciones, se tiene que hacer por ítem o por paquete, por ítem se tiene que sobrepasar las 3UIT, lo que no se dio: por lo que no se podía agrupar por ítem, y por paquetes toma la decisión la entidad, existiendo una facultad discrecional al funcionario. Su accionar está basado a la normativa vigente.

DEFENSA MATERIAL DE LOS ACUSADOS PÉREZ ORBEGOSO Y CORTEZ SOLAECHE

64. En la audiencia de alegatos fueron representados por sus respectivos abogados defensores.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE COLUSIÓN

65. El delito de Colusión desleal, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

A. Bien jurídico:

El bien jurídico genérico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con los que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado.²³⁶

En el mismo sentido, Salinas Siccha²³⁷ sostiene que el bien jurídico penalmente protegido encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior de la administración. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público.

B. Sujeto activo:

El delito de colusión tiene como sujeto activo al funcionario que interviene, directa o indirectamente, en los negocios públicos (procesos de selección, concesiones u operaciones) en razón a su cargo, vale decir aquella persona que por ley es llamada a participar en el tracto inicial o sucesivo de las diversas modalidades y momentos de la contratación pública.²³⁸

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia²³⁹.

C. Sujeto pasivo:

²³⁶ PARIONA ARANA, Raúl. El delito de colusión. Primera Edición. Instituto Pacifico. Lima, 2017. Pág. 25.

²³⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Tercera edición. Editorial Iustitia. Lima, abril 2014. Pág. 274

²³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la administración pública. Segunda Edición. Editorial Nomos & Thesis. Lima, junio 2017. Pág. 203.

²³⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit. Pág. 277

Tanto en su modalidad simple como agravada, el delito de colusión determina un perjuicio real o potencial al patrimonio estatal, el sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado²⁴⁰.

D. Elementos objetivos:

a. La concertación con los interesados

La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como aceptar sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así acuerdos ilícitos entre las partes.
241

b. El defraudar al Estado

El objeto de la concertación en el delito de colusión es defraudar al Estado, ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada). El pacto ilegal entre el funcionario y el interesado tiene por cometido defraudar al Estado, a través de un beneficio indebido otorgado al interesado que pone en riesgo los intereses económicos del Estado. Esta defraudación puede materializarse de diversas maneras, por ejemplo, vulnerar el procedimiento de contratación previsto en la ley, adquirir o contratar bienes, servicios u obras que no se ajustan al requerimiento exigidos, disponer mayores sumas de dinero para el pago de la prestación, no imponer o cobrar penalidades sin razón o justificación alguna, disponer la conformidad y recepción del bien pese a existir irregularidades, entre otros.²⁴²

c. La vinculación funcional del funcionario o servidor público

Por más que una persona tenga la calidad de funcionario o servidor público, todavía no puede ser considerado autor del delito de colusión ya que tendrá que verificarse la llamada “vinculación funcional” del funcionario público²⁴³. Los funcionarios que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas- sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras- vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan²⁴⁴.

d. Los negocios jurídicos y las operaciones que admiten la concertación ilegal

Los espacios en los que interviene el funcionario o servidor público puede darse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones. Ese es el marco o límite. Además, en el ámbito específico definido ha hecho uso de una cláusula abierta para significar actos unilaterales de naturaleza económica- administrativa, en la que, como es obvio, no existen partes, sino que es el Estado el que toma decisiones por acto propio²⁴⁵.

E. Elemento subjetivo:

²⁴⁰ CALDERON VALVERDE, Leonardo y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. Delitos de corrupción de funcionarios. Gaceta Penal & Procesal Penal. Pág.151.

²⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 208 y 209.

²⁴² PARIONA ARANA, Raúl. Ob. Cit. Pág. 50 y 51

²⁴³ REATEGUI SANCHEZ, James. Delitos contra la administración pública en el Código Penal. Jurista Editores. Lima, abril 2015. Pág. 377.

²⁴⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión. Lima, 2008. Pág.87

²⁴⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 211.

Existe consenso en la doctrina nacional, para afirmar que el único medio subjetivo para realizar el tipo es el dolo directo. No cabe la comisión por culpa. El agente público conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él, para efectuar un perjuicio real o potencial²⁴⁶.

F. Tipo penal de encuentro:

El delito de colusión es un delito de participación necesaria, en forma específica un delito de encuentro, en el cual se requiere la concurrencia volitiva y conductual de dos partes para la configuración del verbo rector “concertándose”. En razón de que la consumación típica no es posible sino con la intervención del interesado-extraneus-, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre funcionario-servidor y el interesado.²⁴⁷

Se afirma que es un delito de encuentro, lo que significa que se debe identificar con quien o quienes ha concertado el servidor público, condición adicional que es preciso determinar, sin cuya identificación o precisión, no se configura el tipo penal²⁴⁸.

G. Colusión Simple:

La colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta- “para defraudar”.²⁴⁹

Así, la norma penal no requiere el resultado del perjuicio patrimonial al Estado. El verbo rector de la conducta típica es la concertación, entendida como el concurso de dos voluntades orientadas a una finalidad criminal: defraudar al Estado. No estamos ante un delito de lesión, sino de peligro, donde la concertación debe ser idónea para poner en peligro los intereses económicos del Estado. Es decir para la consumación de la modalidad simple, basta la creación de un peligro potencial para el patrimonio del Estado²⁵⁰.

H. Colusión Agravada:

En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado- desvalor de resultado.²⁵¹

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

66. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-,

²⁴⁶ CALDERON VALVERDE, Leonardo y BENAVENTE CHORRES, Heshbert. Delitos de corrupción de funcionarios. Ob. Cit. Pág.153.

²⁴⁷ REATEGUI SANCHEZ, James. Ob. cit. Pág. 398 y 399.

²⁴⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Cuarta Sala Penal Liquidadora. Sentencia, 30 de junio de 2016. Caso Alexander Martin Kouri Bumachar.

²⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. Sala Penal Permanente. Casación N°661-2016-PIURA. 11 de julio de 2017. Fj. 16.

²⁵⁰ PARIANA ARANA, Raúl. Ob. cit. Pág. 89 y 90.

²⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. Sala Penal Permanente. Casación N°661-2016-PIURA. 11 de julio de 2017. F.j 17

jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

67. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. 5. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)*”.²⁵²
68. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XIV. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Imputación concreta

69. Se le atribuye la acusada **María Elena Pérez Orbegoso**, que en su calidad de Gerente de Imagen Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo (en adelante MPT), en la primera quincena del mes de marzo de 2013, se ha coludido con el proveedor Alejandro Cortes Solaeche, dentro del proceso de contratación directa para el Spot publicitario “*Marca Trujillo del Perú para el mundo*”. La acusada elaboró los términos de referencia, determinó el costo del servicio y con la finalidad de eludir el sometimiento a un proceso de contratación subdividió el requerimiento de servicio en seis fases, como si se tratara de seis servicios independientes; además, que siendo su deber la ejecución y realización del servicio para el pago respectivo, dio la conformidad del servicio prestado por Cortes Solaeche, pese a que éste no cumplió oportunamente con la entrega previa de los informes relacionado con cada una de las fases acordadas; a pesar de ello se le pagó la suma de S/ 53,100.00 soles.
70. Dentro de contratación directa, se le atribuye a la acusada **Giuliana Katherine Tirado García**, en su condición de Sub Gerente de Abastecimiento de la MPT; realizó la contratación de Cortes Solaeche, pese a que no cumplía con los requerimientos profesionales exigidos en los términos de referencia; a pesar de ello emitió las ordenes de servicio sin conocer la existencia del presupuesto para cubrir los pagos del servicio; se le contrató pese a que no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (en adelante RNP) y en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante SUNAT). Atribuyéndole un aporte doloso a la concertación, en calidad de cómplice primario.
71. Se le atribuye a **Alejandro Cortes Solaeche**, ser cómplice primario de la colusión; pues como proveedor en el proceso de contratación directa, no cumplía los términos de referencia exigidos para el contrato; además, emitió facturas por las seis fases, el 08 de marzo de 2013, cuando aún no se había cumplido con

²⁵² STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

expedir las ordenes de servicio para su contratación; ordenándose el pago de S/53.100.00, pese a que no cumplió oportunamente con los servicios requeridos.

72. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponderá determinar si los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO**, en calidad de **autora**, y **ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, en calidad de **cómplice primario**, **han realizado los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 384° primer párrafo del Código Penal**, y sí **GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA**, en calidad de **cómplice primario**, **ha contribuido dolosamente a la realización del hecho delictivo**, y sí a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste a los acusados. En estricta aplicación del principio acusatorio, corresponderá determinar si se ha probado la responsabilidad penal y civil atribuida a los aludidos acusados.

Medios probatorios ingresados a debate y marco normativo aplicable al caso

73. En la valoración de la prueba se tomará en consideración las declaraciones de los cuatro testigos brindadas en juicio (Vílchez Tello, Jiménez García, Solar Ugaz y Gamarra Cachachi), de la perito Sonia Suarez Soria, las 29 documentales y sus anexos que corren en el expediente judicial, donde se destaca la oralización de las copias certificadas del informe especial N° 022-2015-2-0424- Examen Especial y sus anexos, a cargo del órgano de control de la Municipalidad Provincial de Trujillo; que ha de ser valorado, conforme al literal f) del artículo 15° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
74. Por otro lado, se puede advertir que la contratación directa se ha realizado bajo a la vigencia de La Ley de Contratación y Adquisiciones con el Estado. Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatoria por Ley N° 29783, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 184-2008- EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138- 2012- EF, publicado el 07 de agosto de 2012; debiendo indicarse que cuando se haga mención al Decreto Legislativo que aprueba la ley de contrataciones con el Estado, solo se indicará **“La Ley”** y cuando se haga referencia al reglamento se indicará **“RLCE”**.
75. Ahora pasaremos a analizar cada uno de los elementos objetivos - descriptivos y normativos- del tipo penal de colusión simple, para luego abordar lo que corresponde al elemento subjetivo del tipo, y en aplicación del principio de exhaustividad abordar los argumentos esgrimidos por los abogados defensores; precisándose que para la valoración de la prueba se está tomando en cuenta la prueba indiciaria respecto del verbo “concertación” y prueba directa respecto de los demás elementos del tipo.

Respecto de la calidad de Funcionario Público

76. Es una exigencia del tipo penal, la relación funcional especial que debería tener el sujeto agente, dentro de la Administración Pública, ya sea como funcionario o servidor público, la misma que debe quedar fehacientemente acreditada. Al respecto, el artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: **“Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)”**.
77. No se ha puesto en cuestionamiento la calidad de funcionario público que ostentaba la acusada **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO**, lo cual ha sido acreditado, no solo con los requerimientos que 08, 09, 10, 11, 12 y 13, de fecha 06 de marzo de 2013, suscritas por la acusada en su condición de Gerente de Imagen Institucional de la MPT, sino también con la Resolución de Alcaldía N° 1397-2008-MPT²⁵³ que resuelve designarla como Gerente de Imagen Institucional de la MPT, a partir del 31 de diciembre de 2008.
78. Respecto de la acusada **GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA**, su condición de funcionario público, se acredita con las ordenes de servicio N° 00373-2013, de fecha seis de marzo de 2013; N° 00384-2013, de fecha siete de marzo de 2013; N° 00390-2013, de fecha 07 de marzo de 2012; N° 00394-2013, de fecha 11 de marzo de 2013; N° 00404-2013, de fecha 12 de marzo de 2013 y N° 00422-2013, de fecha 12 de marzo de 2013; donde se aprecia firmando como Sub Gerente de Abastecimiento de la MPT; además con la Resolución de Alcaldía N° 774-2012- MPT²⁵⁴, de fecha 19 de setiembre de 2012, que resuelve designarla como Sub

²⁵³ A folios 386 del expediente judicial

²⁵⁴ A folios 388 del expediente judicial.

Gerente de Abastecimiento, y la Resolución de Alcaldía N° 584-2014-MPT²⁵⁵, de fecha 19 de junio de 2014, que resuelve dar por concluida su designación.

79. La relación funcional y la calidad de funcionarios públicos dentro de la MPT se encuentra acreditado.

Respecto de la modalidad de contratación pública

80. El tipo penal exige que el pacto colusorio se puede concretar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. La Ley y el RLCE establecen cuales son las modalidades de contratación estatal. Para el presente caso, se puede apreciar la expedición de seis órdenes de servicio, para contratar a Cortes Solaeche, suscrita por la Sub Gerente de Abastecimiento de la MPT, por el monto de S/ 53,100.00 soles. Se advierte que existe un requerimiento previo, una orden de servicio, existe una certificación presupuestal, Cortes Solaeche ha expedido seis facturas correspondientes las seis fases; luego hay una conformidad de servicio y finalmente las órdenes de pago. Evidentemente que nos encontramos ante un contrato de servicios entre la MPT y el señor Cortes Solaeche, para el “ESPOT PUBLICITARIO “PROMOCIONAR TRUJILLO”; por ende, nos encontramos ante una contratación pública.
81. Respecto de la orden de compra o de servicio, por ser un documento administrativo mediante el cual se adquieren bienes y servicios, se le ha dado la calidad de contrato estatal, esa en la interpretación del artículo 138° del RLCE donde indica que *“El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene (...), el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio. Los contratos y, en su caso, las órdenes de compra o de servicio, así como la información referida a su ejecución, deberán ser registradas en el SEACE (...).”* En consecuencia, la emisión de las seis órdenes de servicio, suscritas por Tirado García y aceptadas por el proveedor, representa un contrato entre la Municipalidad y Cortes Solaeche.

Respecto de la intervención directa, por razón de su cargo, en la contrataciones de los servicios para la MPT

82. El artículo 5° del RLCE ha establecido que: ***“Para efectos de la aplicación de la Ley y el presente Reglamento están a cargo de las contrataciones los siguientes funcionarios y dependencias de la Entidad: (...) 2. Área usuraria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias” (...).***
83. Ha quedado acreditado que la acusada **Pérez Orbegoso**, mediante requerimiento N° 08, 09, 10, 11, 12 y 13, de fecha 06 de marzo, suscritas en su condición de Gerente de Imagen Institucional de la MPT, se dirige al Sub Gerencia de Abastecimiento, solicitando la contratación de las seis fases relacionadas con el Spot publicitario “Promocionar Trujillo”: Fase 1, “Estado situacional de la Provincia de Trujillo del Spot Publicitario Promocionar Trujillo”; fase 2, “identidad local, encuentro de fortalezas y debilidades”; fase 3, “Diseño de estrategia para la campaña”; fase 4, “desarrollo de estrategias de posicionamiento de la campaña”; fase 5, “programación y difusión de la campaña”; fase 6, “seguimiento, supervisión y elaboración de la campaña”.
84. Si bien la acusada no suscribe la orden de servicio, la misma que está a cargo de la Sub Gerencia de Abastecimiento. Si se puede advertir que la acusada ha tenido una participación directa, por razón del cargo, en la contratación de Alejandro Cortez Solaeche, como área usuaria ha formulado los términos de referencia y ha establecido el valor referencial²⁵⁶, ha formulado los seis requerimientos y luego ha dado la conformidad de servicio.
85. El tipo básico del delito de colusión ilegal puede cometerse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Para Castillo Alva: *“Desde el punto de vista del proceso de contratación estatal puede haber un concierto ilegal desde el momento de la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de ejecución contractual”. “El delito se puede cometer en cualquier etapa del contrato, por ejemplo, desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicaciones hasta que se han cumplido totalmente las cláusulas del contrato u operación, pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado*

²⁵⁵ A folios 389 del expediente judicial.

²⁵⁶ A folios 28 a 44 del expediente judicial.

puntaje. Incluso, algunos autores extienden la posibilidad de comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados, etc.”²⁵⁷

86. “Los procesos de contratación estatales son variados y tienen un procedimiento complejo, de tal modo que la intervención del funcionario público es posible que incida en cualquier etapa del mismo y puede pasar por la elaboración de informes técnicos, documentación, normas, la rúbrica del contrato o la ejecución del mismo. No es necesario que el funcionario público suscriba una resolución o firme el correspondiente contrato estatal”.²⁵⁸ (el subrayado es nuestro)
87. Bajo este análisis, si bien los servicios de Cortes Solaesche no se sometió a un proceso de contratación, por razones que se exponen más adelante; tratándose de una contratación directa, si se aprecia que, dentro de la contratación, la acusada Pérez Orbegoso, ha intervenido en la fase preparatoria (formulando los términos de referencia y requerimiento) y luego en la fase ejecutiva (dando la conformidad del servicio). Por otro lado, el objeto de la colusión puede comprender más de una etapa del procedimiento contractual. No es necesario que se limite solo a una de dichas etapas. Al respecto, en el Recurso de Nulidad N° 1217-2014, del 01 de julio del 2016 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha indicado que: “el objeto de imputación se centró en la participación sucesiva de los procesados en por lo menos dos o tres momentos del proceso de licitación- la inspección y precalificación de los postores; la verificación documental, asignación definitiva y cotejo de puntajes y selección propiamente de la empresa ganadora y la ejecución contractual”.

RESPECTO DE LA CONCERTACIÓN - Contexto valorativo (método de valoración) de la prueba actuada

88. Para destruir la presunción de inocencia de todo ciudadano, se requiere suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con todas las garantías de ley, tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal; y en ese mismo sentido el artículo 2° inciso 24. “e” de la Constitución Política del Estado, establece que la presunción de inocencia es un verdadero derecho subjetivo, de ser considerado como tal, mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción.
89. “La valoración o apreciación de la prueba es una potestad exclusiva del juez, a través de cuyo ejercicio, realiza un análisis crítico de toda actividad probatoria y de los elementos y medios que la conforman”²⁵⁹. En consecuencia, es del caso advertir que este Juzgado, **sólo puede valorar** la prueba actuada en juicio; este límite a la valoración probatoria no es una decisión dejada al arbitrio del juez, sino más bien, que se encuentra normada en el artículo 393° del Código Procesal Penal, que establece “(...) **1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio**”.
90. Conforme a la complejidad del caso, ante la carencia de pruebas directas concretas que permitan llegar a la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, el sistema de la libre valoración de la prueba permite al juzgador utilizar la prueba indirecta o indiciaria, a fin de deducir la existencia de cualquiera de los elementos del tipo penal que se discute. Para la aplicación de la prueba indiciaria es necesario cumplir con los presupuestos exigidos en el inciso 3 del artículo 158° del Código Procesal Penal, que lo encontramos desarrollados en el Precedente Vinculante de la Corte Suprema N° 1912-2005²⁶⁰, que en su cuarto fundamento jurídico ha introducido ciertas condiciones para validar la prueba indiciaria, así tenemos: **El hecho base** ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley- pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. A) **Deben ser plurales** o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa. B) **Deben ser concomitantes al hecho que se pretende probar**, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son. C) **Deben estar interrelacionados**, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – por lo que no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí. D) Que, en lo tendiente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable.

²⁵⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSIÓN. Editorial Pacifico- Primera Edición. 2017. Pág. 473.

²⁵⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 316-317.

²⁵⁹ Arsenio Oré Guardia. Manual de Derecho Procesal penal. Editorial. Alternativas, segunda edición. Lima, 199, pág. 445.

²⁶⁰ Ejecutoria Suprema Vinculante Nro. 1912-2005, de fecha 13 de octubre del 2005.

91. Tanto la prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional²⁶¹.

Respecto de la concertación ente el acusada PÉREZ ORBEGOSO y el acusado CORTES SOLAECHE

92. La concertación, ante la ausencia de prueba directa-testigos presenciales o documento que consigne la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos-, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria²⁶². Así contamos la siguiente regla de la experiencia y con los siguientes indicios:

REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Si dentro de una contratación pública, los comprobantes de pago por el servicio prestado (facturas) se expiden con anterioridad a la orden de servicio; es razonable sostener que el precio y el contrato en sí ha sido acordado por las partes antes expedirse las ordenes de servicio (o suscribirse el contrato); además, si se expide la conformidad del servicio para el pago, antes de que se cumpla con la prestación; es razonable sostener que ha existido un acuerdo previo entre las partes, para facilitar el pago y defraudar al Estado.

La regla es que la entidad expide primero la orden de servicio y luego el proveedor expide el comprobante de pago por el servicio prestado.

La regla es que primero el proveedor cumple con la prestación del servicio y luego la entidad expide la conformidad para el pago.

INDICIOS PROBADOS

Primer indicio: El fraccionamiento.

93. El Ministerio Público sostiene la existencia de un fraccionamiento en la contratación del servicio. **Al respecto**, el artículo 3. 3.3. i) y 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Ley N° 29873, establecía lo siguiente:

Artículo 3. Ámbito de la ley.

(...)

3.3. La presente ley no es aplicable para:

(...)

i. Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias²⁶³, vigentes al momento de la transacción; lo cual no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Este supuesto no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catalogo de Convenios Marco, conforme a lo que establezca el reglamento.

Artículo 19°.- Prohibición de fraccionamiento

Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de

²⁶¹ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editorial Grijley. Segunda Edición, Lima – Perú 2003, pág. 853

²⁶² Recurso de Nulidad N°1722-2016. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Del 23 de enero de 2017.

²⁶³ Según el Decreto Supremo N° 264-2012- EF, la UIT para el año 2013 era de S/ 3700.00 Soles, por tres, S/ 11,100.00.

contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública (...). (Lo subrayado es nuestro)

94. El artículo 20° del reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 184-2008- EF, modificado por el D. S N° 138-2012- EF establece:

Artículo 20°

(...)

No se considera fraccionamiento cuando:

(...)

2. Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.

3. Se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso que concurren procesos de selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos bajo regímenes especiales.

95. Ahora, analizaremos la contratación realizada por los funcionarios de la Municipalidad, a efectos de establecer si ha existido fraccionamiento, de cara a establecer la concertación o acuerdo colusorio, Del contenido de los seis requerimientos del Spot publicitario “PROMOCIONAR TRUJILLO”, suscrito por la acusada Pérez Orbegoso, en su condición de Área Usuaria, se aprecia que el servicio se realizaría en 06 fases:

- FASE 01: “ANÁLISIS DEL ESTADO SITUACIONAL DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO PARA LA CAMPAÑA PUBLICITARIA”,
- FASE 02: “ESTUDIO DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES RELEVANTES PARA LA CREACIÓN DE UNA ESTRATEGIA PUBLICITARIA PARA LA PROMOCIÓN DE TRUJILLO”.
- FASE 03. “DISEÑO DE LA ESTRATEGIA PUBLICITARIA DE LA CAMPAÑA PARA LA PROMOCIÓN DE TRUJILLO”.
- FASE 04: “DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA DE POSICIONAMIENTO DE LA CAMPAÑA PARA LA PROMOCIÓN DE TRUJILLO”.
- FASE 05: “ASESORAMIENTO PARA LA DIFUSIÓN DE LA CAMPAÑA PARA LA PROMOCIÓN DE TRUJILLO”.
- FASE 06: “CREACIÓN DE GUIÓN DE TV DE LA CAMPAÑA PARA LA PROMOCIÓN DE TRUJILLO”.

96. Se establece un cronograma de ejecución de cuatro semanas y un costo de servicios por fase de S/ 7,249.92, por el producto 01; S/7,249.92, por el producto 02; S/ 10,450.08, por el producto 03; S/ 7249.92, por el producto 04; S/ 10, 450.08, por el producto 05, y S/ 10,450.08, por el producto 06; con un precio total final de S/ 53,100.00 soles.

97. La defensa ha indicado que no existe un fraccionamiento en el requerimiento y en los términos de referencia, puesto que el artículo 19° de la Ley establece que: “**No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación (...)**” También ha dicho que el artículo 19° del RLCE establece que: “(...) **Mediante el proceso de selección según relación de ítems, la Entidad teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar a un solo proceso de contratación de bienes, servicios u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a tres (3) UIT. A cada caso le serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal (...)**”. También ha dicho que en la Opinión N° 085-2012-/DTN expedido por el OSCE, en la parte 2.3 se ha establecido que: “ (...) *la prohibición del fraccionamiento está referida en todos los casos a efectuar contrataciones mediante procesos de selección menores – menos rigurosos o simples-, por lo tanto, en el caso que una Entidad realice contrataciones por montos menores a tres (03) UITs, es decir, bajo el supuesto de inaplicación previsto en el literal h) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley, tal*

hecho, en estricto, no configuraría el fraccionamiento prohibido por ley, de acuerdo la normativa de contrataciones del Estado”.

98. **Al respecto**, si bien en los términos de referencia se indica que la contratación de los servicios se realizaría en seis fases; por la naturaleza de la contratación “SPOT PUBLICITARIO”, y dada la forma en que se ha realizado (supuestamente del 06 al 12 de marzo de 2013), no correspondía que la contratación de los servicios sea sometido a seis requerimiento, pudo haberse realizado un solo requerimiento que contemple las seis fases; por otro lado, mediante proceso de selección según relación de ítems, por montos mayores a las 3 UITs se hace referencia a la convocatoria de un solo proceso de selección, no a que se tenga que dividir la prestación en fases y entregar directamente el servicio a un postor determinado. Bajo el pretexto de que el servicio cuenta con seis fases o etapas, no podría sostenerse que por cada fase se tendría que emitir seis requerimientos y seis ordenes de servicio distintas, pues se trata de un mismo objeto contractual y con un mismo proveedor, que acorde a la Ley de Presupuesto para el año 2013- Ley N° 29951- y el artículo 19° RLCE, debió haberse realizado un proceso de Adjudicación Directa Selectiva, con concurrencia de otros postores.
99. Respecto de la Opinión N° 085-2012/DTN, debe analizarse en relación a la consulta formulada, de fecha 19 de abril de 2012, fecha en que aún no se modificaba el artículo 19° de la Ley, pues mediante Ley N° 29873, publicada el 1 de junio de 2012, se modifica el mencionado artículo, con el siguiente texto:

Artículo 19° de la Ley vigente hasta 07 de setiembre de 2012 (según la segunda disposición complementaria – Ley 29873-, en relación a la disposición complementaria del RLCE – D. S. 138-2012-EF)

Artículo 19.- Fraccionamiento

Queda prohibido la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual. No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva.

(...)

Artículo 19° de la Ley vigente desde 07 de setiembre de 2012 (según la segunda disposición complementaria de Ley N° 29783, en relación a la disposición complementaria del RLCE, modificado por D. S. N° 138-2012-EF)

Artículo 19° Prohibición de Fraccionamiento

*Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, **o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT²⁶⁴, y/o acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública.** No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva. (La negrita y subrayado es nuestro).*

100. Como se podrá apreciar, a la fecha del requerimiento del 06 de marzo de 2013, y de las ordenes de servicio, de fecha 06, y 06, 07, 11 y 12 de marzo de 2013; ya **se encontraba vigente la prohibición legal de fraccionar las contrataciones con la finalidad de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, para dar lugar a contrataciones menores a las 3UIT**, y es precisamente lo que se puede apreciar en la contratación de Cortes Solaeche; los seis requerimientos, los términos de referencia, donde se establece el costo de los servicios, estaban orientados a esa finalidad. Se ha probado que, en los seis requerimientos

²⁶⁴ Según el Decreto Supremo N° 264-2012- EF, la UIT para el año 2013 era de S/ 3700.00 Soles, por tres, S/ 11,100.00.

formulados por el área usuaria, se ha realizado un fraccionamiento. Se debió haber convocado a un proceso de Adjudicación Directa Selectiva. La Opinión N° 085-2012/DTN, no analiza la actual modificatoria, por lo que los argumentos de la defensa no son de recibo para el análisis del caso.

Segundo Indicio. La conformidad de servicio.

101. Mediante Oficio N° 457-2013-MPT/A/GII, N° 458-2013- MPT/A/GII, N° 459-2013-MPT/A/GI, N° 460-2013-MPT/A/GII, N° 461-2013-MPT/A/GII, y N° 462-2013-MPT/A/GII, de fecha 12 de marzo de 2013, suscrito por la acusada Pérez Orbegoso, se dirige a Giuliana Tirado García, adjuntándole las facturas correspondientes a las seis fases, por los montos correspondientes; dando conformidad formal a la prestación del servicio.
102. Sin embargo, según las copias legalizadas del cuaderno de cargos de la Gerencia de Imagen Institucional de la MPT²⁶⁵, se puede apreciar que la entrega de la fase N° 01, se realizó el día 14 de marzo de 2013 (dos días después de la conformidad); la entrega de la fase 02, se realizó el 19 de marzo de 2013 (siete días después de la conformidad); la entrega de la fase 03 y 04 , se realizó el 28 de marzo de 2014 (16 días después de la conformidad); la entrega de la fase 05, se realizó el 01 de abril de 2013 (19 días después de la conformidad); y la entrega de la fase 06, se realizó el 05 de abril de 2013 (23 días después de la conformidad); al entrega de la estrategia publicitaria por la fases 01, 02, 03, 04, se entregó el 08 de abril de 2013; es decir, la prestación total se ha cumplido 26 días después de la conformidad; no obstante la acusada Pérez Orbegoso dio la conformidad, para agilizar el pago, que se concretizó con emisión de la orden de pago de fecha 04 de abril de 2013, siendo cobrado por el acusado Cortes Solaeche el 08 de abril de 2013. Está probado que antes de que se cumpla con la prestación ya se había ordenado el pago total del servicio.

Tercer Indicio. El valor referencial del contrato fue fijado por el área usuaria

103. El artículo 12° de la Ley establece que: “ Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, **el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:** 1. Valor referencial; 2. La existencia o pluralidad de marcas y/ o postores; 3. La posibilidad de distribuir la buen pro; 4. La información que puede utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso (...)”
104. Al respecto, el Órgano encargado de la Contrataciones del Estado- OSCE, en la **OPINIÓN N° 077-2013/DTN ha indicado:**

2. 1 De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley y 11 del Reglamento, es competencia del área usuaria de la Entidad definir en las especificaciones técnicas o términos de referencia, según se trate de bienes o servicios, respectivamente, las características técnicas, condiciones, cantidad y calidad del bien o servicio requerido para satisfacer su necesidad.
- a. De otro lado, los artículos 27 de la Ley y 12 del Reglamento establecen que es competencia del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad determinar el valor referencial; para tal efecto, sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, dicho órgano debe realizar un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 12 del Reglamento precisa que, para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, deben emplearse, por lo menos, dos (2) fuentes como: Presupuestos y cotizaciones actualizados, que provengan de personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades materia de la convocatoria, incluyendo a fabricantes cuando corresponda; páginas webs de proveedores; catálogos; precios históricos; estructuras de costos; información de procesos con Buena Pro consentida publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE; u otras que resulten adecuadas según el objeto de la contratación y sus características particulares. Estas fuentes permitirán al órgano encargado de las contrataciones recabar información relevante sobre los precios y demás condiciones del mercado, a partir de la cual determinará el valor referencial.

²⁶⁵ De folios 64 a 73 del expediente judicial.

Como se advierte, la estructura de costos es una de las fuentes que el órgano encargado de las contrataciones de una Entidad puede emplear para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado.

Sobre el particular, es pertinente señalar que la estructura de costos puede ser formulada por la propia Entidad o puede ser solicitada por esta a los proveedores. En cualquier caso, corresponde al órgano encargado de las contrataciones determinar si en una contratación en particular puede utilizar esta fuente, así como si la elaborará o la solicitará a los proveedores

- 2.3 *Precisado lo anterior, corresponde indicar que, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 13 del Reglamento, “Para la determinación del valor referencial, el órgano encargado de las contrataciones está facultado para solicitar el apoyo que requiera del área usuaria, la que estará obligada a brindarlo bajo responsabilidad.” (El subrayado es agregado).*

Conforme a la disposición citada, el área usuaria tiene la obligación de brindar el apoyo que el órgano encargado de las contrataciones requiera para la determinación del valor referencial.

No obstante, el deber de colaboración antes mencionado no implica, en forma alguna, transferir al área usuaria la responsabilidad por la determinación del valor referencial, ya que, como se indicó anteriormente, esta es competencia del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad.

- 2.4 *En este orden de ideas, cuando el órgano encargado de las contrataciones opte por formular una estructura de costos para usarla como fuente en el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, puede requerir el apoyo del área usuaria para su elaboración, a fin que la estructura refleje todos los costos que inciden en el precio del bien o servicio requerido por dicha área. Sin embargo, el apoyo que el área usuaria le brinde al órgano encargado de las contrataciones no enervará la competencia y responsabilidad de este último por la determinación del valor referencial.*

105. Se concluye que, por mandato de la Ley de Contrataciones con el Estado, no le correspondía al área usuaria establecer el valor referencial. El valor referencial, por fase, fijado por el área usuaria, es el mismo consignado en las facturas expedidas por Cortes Solaeche, de fecha 08 de marzo de 2013; es decir, dos días después del requerimiento y sin que se haya efectuado las órdenes de servicio, Cortes Solaeche ya tenía los montos de cada requerimiento.

Cuarto Indicio: Facturas emitidas antes de la orden de servicio.

106. Se puede apreciar que las facturas 0001- N° 000020, 0001- N° 000021, 0001- N° 000022, 0001- N° 000023, 0001- N° 000024, 0001- N° 000025, expedidas por Alejandro Cortes Solaeche, identificado con RUC N° 10078869335; correspondiente a las fases 01 al 06, por los montos fijados por el área usuaria, fueron emitidos el 08 de marzo de 2013; es decir, antes de que emitan las ordenes de servicio N° 394-2013, 404-2013, y 422-2013, que tienen como fecha de expedición el 11 y 12 de marzo, respectivamente; lo que implica que antes de que se le contrate sus servicios ya tenía expedidas las facturas; evidenciando que Cortes Solaeche antes de que se expidan las ordenes de servicio ya conocía que iba a ser contratado.
107. Es un hecho probado que las ordenes de servicio N° 394-2013, 404-2013, y 422-2013, de fecha 11 y 12 de marzo, fueron expedidas con posterioridad a las facturas 0001- N° 000023, 0001- N° 000024, 0001- N° 000025, de fecha 08 de marzo de 2013.

Quinto Indicio: El proveedor no se encontraba inscrito en el RNP

108. Según el Memorandum N° 642-2014/SIR²⁶⁶, suscrito por Fernando Palomino Pereda, Sub Director de Información Registral del OSCE, de fecha 24 de julio de 2014, informa que: “**Al respecto, de la consulta realizada en el módulo Consulta RNC: 2 Consultas por razón social del sistema informático del Registro Nacional de Proveedores – RNP, se verificó lo siguiente: CORTES SOLAECHE ALEJANDRO, con RUC N° 10078869335, según**

²⁶⁶ A folios 338 del expediente judicial.

la Web SUNAT, no se encuentra inscrito en ninguno de los registros que integran el RNP, razón por la cual, tampoco contó con vigencia ni habilitación en los registros de proveedores de bienes y servicios”.

109. El artículo 9. 9.1 de la Ley establece que: “Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado”. Siendo así, está probado que, a la fecha del contrato, el proveedor Cortes Solaeche al no estar inscrito en el RNP se encontraba impedido de contratar con el Estado; pues de haberse sometido los servicios a una Adjudicación Directa Selectiva de seguro que Cortes Solaeche no hubiera podido participar.

Sexto Indicio. Celeridad en la contratación.

110. Otro dato indiciario, acreditado con las documentales oralizadas, es la celeridad que se le ha dado al proceso de contratación; pues se puede apreciar que el requerimiento de las 06 fases tienen como fecha 06 de marzo de 2013; en esa misma fecha se emite la orden de servicio N° 00373-2013, a favor de Alejandro Cortes Solaeche, por la realización de la primera fase, por el monto de S/ 7,249.92 soles; al día siguientes las ordenes de servicio N° 384-2013 y N°390-2013, por la segunda y tercera fase, por el monto de S/ 7,249.92 y S/ 10,450.00 soles, respectivamente; sin que antes se establezca la existencia de pluralidad de postores y la posibilidad de distribuir la buena pro.

Respecto de la complicidad atribuida de la acusada TIRADO GARCÍA

111. La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho Penal Peruano, regulado en el artículo 25° del Código Penal que señala “*El que dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena*”.
112. Ministerio Público sostiene que los acusados Alejandro Cortes Solaeche y Giuliana Katherine Tirado García, son cómplices del delito de Colusión. Al respecto, la doctrina nos informa (...) existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto Vásquez, “*lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.*”²⁶⁷ En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”²⁶⁸ En esa medida, en los delitos de colusión y negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.²⁶⁹
113. Según el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “*En los delitos de infracción de deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría del dominio del hecho. En teoría de infracción de deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices. Los funcionarios o servidores públicos que no tengan la vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices (...)*”²⁷⁰. Bajo dicho análisis, cualquier aporte del doloso del cómplice a la ejecución del hecho delictivo, resulta relevante para la determinar el grado de complicidad.

²⁶⁷ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 356

²⁶⁸ DIAZ CASTILLO, INGRID. Ob. Cit. - Pág. 356

²⁶⁹ Ibidem Pág. 356.

²⁷⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Editora Grijley, Lima- Perú. Cuarto Edición. 2016. Pág. 401.

114. La complicidad de Cortes Solaeché, se analiza a la luz de los indicios del acuerdo colusorio con la procesada Pérez Orbegoso, y respecto de Tirado García, en relación al aporte doloso para la configuración del hecho, y con la presencia de los siguientes indicios:

Séptimo indicio. Ordenes de servicios fraccionados.

115. Ha quedado probado que se han emitido las ordenes de servicio N° 00373-2013 de fecha seis de marzo de 2013, N° 00384-2013 de fecha siete de marzo de 2013, N° 00390-2013 de fecha 07 de marzo de 2012, N° 00394-2013 de fecha 11 de marzo de 2013, N° 00404-2013 de fecha 12 de marzo de 2013 y N° 00422-2013 de fecha 12 de marzo de 2013; donde se aprecia firmando a la acusada Giuliana Katherine Tirado García como Sub Gerente de Abastecimiento de la MPT, siguiendo la misma secuencia de las fases y por los montos previamente establecidas por el área usuaria, fraccionado el contrato.

Octavo Indicio: No realizó la determinación del valor referencial.

116. El artículo 12° de la Ley establece que: “ Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente: 1. Valor referencial; 2. La existencia o pluralidad de marcas y/ o postores; 3. La posibilidad de distribuir la buen pro; 4. La información que puede utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso (...)”
117. La acusada Tirado García, por mandato legal estaba obligada a evaluar las posibilidades que ofrece el mercado, a efectos de poder establecer el valor referencial y la pluralidad de postores y la posibilidad de distribuir la buena pro; debiendo emplear como mínimo dos fuentes; sin embargo, procedió de forma inmediata a expedir las órdenes de compra a favor del Cortes Solaeché; sin considerar que el monto del contrato, le correspondía convocar a un proceso de Adjudicación Directa Selectiva.

Noveno Indicio. No se contó con la certificación presupuestal a la fecha del contrato.

118. El artículo 18° de la Ley establece; “Una vez que se determine el valor referencial de la contratación, se debe solicitar a la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, la disponibilidad presupuestal a fin de garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer un gasto en el año fiscal correspondiente (...). Sin embargo, se puede verificar que el valor referencial lo había ya definido el área usuaria; y si bien Tirado García solicitó la certificación presupuestal el día 06 de marzo de 2013, dicha certificación, mediante NOTA N° 0000000200, por las seis fases, recién fue aprobada el 02 de abril de 2013; fecha en que supuestamente ya se había cumplido con el servicio.
119. Antes de proceder a emitir las órdenes de compra de fecha 06, 07, 11 y 12 de marzo de 2013, se debió haber contado con las respectivas certificaciones presupuestales. El hecho de contratar a Cortes Solaeché sin conocer la existencia de la certificación presupuestal, es un indicio más de la contribución dolosa de Tirado García a la colusión que imputa fiscalía.

Argumentos de la defensa técnica

Respecto de la acusada Pérez Orbegoso.

120. La defensa de la acusada Pérez Orbegoso ha indicado que su patrocinada no tiene la relación funcional especial en los contratos que celebra la Municipalidad, pues como área usuaria y de acuerdo a ley no tiene facultades para celebrar contratos. **Al respecto**, ya se ha dicho que puede ser sujeto agente del delito de colusión cualquier funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las contrataciones y adjudicaciones de bienes y servicios (...). No necesariamente tiene que firmar el contrato o expedir la orden de compra o de servicio; sino que, por razón del cargo que ostenta dentro de la administración pública, en cualquier etapa del contrato, se concierta con los interesados para defraudar al Estado. *Los procesos de contratación estatales son variados y tienen un procedimiento complejo, de tal modo que la intervención del funcionario público es posible que incida en cualquier etapa del mismo y puede pasar por la*

elaboración de informes técnicos, documentación, normas, la rúbrica del contrato o la ejecución del mismo. No es necesario que el funcionario público suscriba una resolución o firme el correspondiente contrato estatal.²⁷¹ (Lo subrayado es nuestro). Bajo dicho análisis, la acusada Pérez Orbegoso, en ejercicio de su cargo, como área usuaria, procedió a fraccionar los requerimientos y fijar el valor del servicio; así mismo, teniendo la función de verificar la conformidad del servicio emitió las conformidades sin que éste se haya cumplido; es decir, la acusada ha intervenido en la etapa preparatoria y luego de ejecución contractual, por razón del cargo, concertándose con el proveedor Cortes Solaeche.

Respecto del acusado Cortes Solaeche

121. La defensa del acusado **Cortes Solaeche** ha indicado que, las imputaciones efectuadas por Fiscalía, son errores administrativos, que no constituyen delito. **Al respecto**. Mientras que la configuración de la sanción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos. El ilícito penal importa no solo la realización de la conducta, sino también la realización de los elementos del tipo y en su momento se debe analizar la ausencia de causas de justificación y de culpabilidad. Los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de la norma. García – Cobián citado por Ingrid Castillo, sostiene que: *“el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta”*.²⁷² Por otro lado, la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos e intereses son distintos. Para el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia del Perú, es posible la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional o de responsabilidad del funcionario público. Serán los elementos objetivos de delito de colusión (funcionario público, concertación, contrato estatal), y los elementos subjetivos del tipo (dolo), la antijuricidad y culpabilidad de la conducta, la que nos permitirá establecer que estamos un delito y no ante una infracción administrativa. Sin embargo, para el caso, ya se ha analizado que en los hechos si confluyen los elementos objetivos del tipo de colusión simple. Las infracciones administrativas se agotan con el simple incumplimiento de la norma administrativa; sin embargo, en el presente se encuentra además de los elementos del tipo objetivo el comportamiento doloso de los acusados.
122. También ha dicho la defensa de Cortes Solaeche, que fiscalía no ha presentado indicios concurrentes, convergentes, plurales; pues los indicios presentados por fiscalía presentan contra indicios. Así refiere que es un contraindicio que no haya venido a declarar Fredy Solano Ortiz, quien formula la denuncia de parte y hace conoce los hechos ante el Ministerio Público. **Al respecto**, el hecho de que dicho testigo no haya sido ofrecido y por ende no haya examinado en juicio, no constituye un contra indicio; pues solamente es quien formula la denuncia del hecho, que luego de la investigación es asumido por el representante del Ministerio Público, y el no haber concurrido a juicio, en nada enerva la imputación que hace fiscalía.
123. También ha indicado, como contraindicio, que si se contó con la certificación presupuestal; dato que enerva lo manifestado por fiscalía de que no existió dicha certificación. **Al respecto**. Fiscalía no ha indicado que no se contó con certificación presupuestal, lo que ha cuestionado es que al expedirse las ordenes de servicio y darse la conformidad no se contó con tal certificación; y ello es correcto, pues dicha certificación recién se aprobó el 02 de abril de 2013, fecha en la que ya se había dado la conformidad del servicio. Que, si bien el testigo Yasmin del Rosario Vilchez Tello ha indicado que para elaborar las ordenes de servicio, en el expediente venía con la certificación presupuestal; esta información es inconsistente, pues a luz de la documentación se aprecia que fue expedido el 02 de abril de 2013 y las ordenes de servicio tienen fecha 06, 07, 11 y 12 de marzo de 2013. Los demás testigos no aportan nada más al respecto.
124. También ha indicado la defensa que se está tomando la fecha de emisión de las facturas expedidas por su patrocinado, como si ya hubiera realizado el servicio; sin embargo, en la última parte de la factura se aprecia operación sujeta a spot, lo que quiere decir que todas las boletas estaban sujetas a cumplir con las previas condiciones del expediente de contratación. **Al respecto**, el cuestionamiento no solo se da en cuenta a fecha de las seis facturas (08 de marzo de 2010); sino que, supuestamente, al haberse establecido un programa y

²⁷¹ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 316-317.

²⁷² DIAZ CASTILLO, INGRID. “Ob. Cit. Pág. 108-109.

que las fases serían de manera gradual, como es que se fija el precio de las seis fases, sin que a la fecha se hayan expedido las ordenes de servicio de las fases 04, 06 y 06. La denominación OPERACIÓN SUJETA A SPOT CTA BN 000580343584”, que se aprecia en las seis facturas, no enerva en hecho probado de haberlo presentado para justificar el servicio y de esta forma su coprocesada Pérez Orbegoso pueda emitir la conformidad de servicio, como efectivamente sucedió.

Respecto de la acusada Tirado García.

125. La defensa ha indicado que no existe un fraccionamiento en las ordenes de servicio, puesto que el artículo 19° de la Ley establece que: **“No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación (...)”** También ha dicho que el artículo 19° del RLCE establece que: **“(…) Mediante el proceso de selección según relación de ítems, la Entidad teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar a un solo proceso de contratación de bienes, servicios u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a tres (3) UIT. A cada caso le serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal (...)”**. También ha dicho que en la Opinión N° 085-2012-/DTN expedido por el OSCE, en la parte 2.3 se ha establecido que: **“(…) la prohibición del fraccionamiento está referida en todos los casos a efectuar contrataciones mediante procesos de selección menores – menos rigurosos o simples-, por lo tanto, en el caso que una Entidad realice contrataciones por montos menores a tres (03) UITs, es decir, bajo el supuesto de inaplicación previsto en el literal h) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley, tal hecho, en estricto, no configuraría el fraccionamiento prohibido por ley, de acuerdo la normativa de contrataciones del Estado.**
126. Respecto de la Opinión N° 085-2012-/DTN, no ha tomado en cuenta la modificatoria y debe analizarse en relación a la consulta formulada, de fecha 19 de abril de 2012, fecha en que aún no se modificaba el artículo 19° de la Ley, pues mediante Ley N° 29873, publicada el 1 de junio de 2012, se modifica el mencionado artículo y establece que: **“(…) Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, (...)**

VALORACIÓN DE LOS INDICIOS (RAZONAMIENTO INDICIARIO)

127. De los nueve indicios advertidos en el contrato de servicio: Spot publicitario para “promocionar Trujillo”, celebrado entre la Municipalidad Provincial de Trujillo y el proveedor Alejandro Cortez Solaeche; se ha podido determinar que María Elena Pérez Orbegoso, en su calidad de Jefe de la Gerencia de Imagen Institucional de la Municipalidad, con fecha 06 de marzo de 2013, formula 6 requerimientos, dividiendo el servicio en seis fases, fijando el precio por cada una, según términos de referencia²⁷³. Por su parte, la acusada Giuliana Katherine Tirado García, acoge los requerimientos sin evaluar las posibilidades que ofrece el mercado (valor referencial, posibilidad de postores), procede a expedir, con fecha 06, 07, 11 y 12 de marzo, las seis ordenes de servicio a favor de Alejandro Cortes Solaeche; fraccionando el servicio en montos menores a las 3 UIT, con la finalidad de no ser sometido a un proceso de contratación; pues contrató al proveedor sin contar con la certificación presupuestal y éste no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores.
128. Dentro del contrato, el acusado Cortes Solaeche, con fecha 08 de marzo de 2013, presentó a la Municipalidad seis facturas, correspondiente a las seis fases, por el monto previamente establecidos en los términos de referencia elaborados por Pérez Orbegoso; surgiendo el cuestionamiento de cómo es que el acusado Solaeche había tomado conocimiento de los costos de servicios fijados en los términos de referencia; si es que aún no se había expedido las ordenes de servicio de las fases 04, 05 y 06.
129. Por otro lado, en la fase ejecutiva del contrato, la acusada Pérez Orbegoso, con fecha 12 de marzo de 2013, emite seis oficios, adjuntando como anexos las seis facturas expedidas por Cortes Solaeche, dando conformidad formal a la prestación del servicio; cuando ha quedado probado que el servicio ha sido prestado, según el cuaderno de cargos de la oficina de Imagen Institucional, entre el 14 de marzo y 09 de abril de 2013.

²⁷³ A folios 44 del expediente judicial.

Es decir que se dio conformidad a un servicio que aún no se había prestado, y sin que se contara a la fecha de la conformidad con certificación presupuestal, la que recién se aprueba el 02 de abril de 2013.

130. Los indicios analizados, cumplen con las exigencias del artículo 158.3 del Código Procesal Penal; pues lo indicios han sido probados; se trata de indicios plurales, concordantes y convergentes, y si bien la defensa ha hecho ver que existirían algunos contra indicios, estos no son consistentes para enervar la fuerza acreditativa de los indicios ofrecidos por el Ministerio Público.
131. Bajo el análisis de los indicios probados, es del caso colegir que ha existido un acuerdo previo, una concertación entre la acusada Pérez Orbegoso y Cortes Solaeche, para contratar los servicios relacionado con el spot publicitario; se fraccionó el servicio sin ninguna justificación, pues de no haberse fraccionado y sometido el servicio a un proceso de contratación, Cortes Solaeche no hubiera podido participar, por no estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Se aprobó el pago sin que haya prestado aún los servicios, apreciándose la contribución dolosa de la acusada Tirado García, ya que sin su aporte no se hubiera concretado y consumado el acuerdo clandestino.

Respecto del perjuicio al Estado y consumación del delito.

132. Del contenido del primer párrafo del artículo 384° del Código Penal se concluye que la colusión simple se consume o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.²⁷⁴
133. Si bien se ha podido acreditar que los servicios fueron prestados, conforme a la información remitida en el Oficio N° 2494-2013-MPT/A/GII²⁷⁵ y a los folios del cuaderno de la Oficina de Imagen Institucional; se ha podido advertir un concierto de voluntades para perjudicar el patrimonio público; pues al realizarse una contratación directa y direccionada, no fue posible evaluar las posibilidades que ofrece el mercado y considerar otras propuestas; pues se pagó la suma de S/ 53.100.00, tan solo porque a Pérez Orbegoso así la fijó así se le ocurrió.
134. Por otro lado, si partimos del bien jurídico protegido por el tipo penal- colusión simple-; se podrá decir que no tiene como ámbito de protección, en sí mismo, el patrimonio del Estado (como si lo tiene el tipo penal de colusión agravada), sino otros intereses implícitos en la contratación estatal, como la imparcialidad a la que están sujetos los funcionarios dentro de la contratación pública, y por otro lado, la concurrencia de postores, e efectos de los bienes y servicios que adquiere el Estado, sean los más óptimos para la buena marcha de la administración pública; sancionando al sujeto público que prioriza sus intereses personales o de terceros, que los de la administración pública.

Respecto del elemento subjetivo del tipo

135. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y ha quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de colusión simple y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: “Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”²⁷⁶.
136. Que, analizada la conducta externa desplegada por los acusados **María Elena Pérez Orbegoso y Alejandro Cortes Solaeche**, se puede apreciar la voluntad criminal de ponerse de acuerdo; la primera formulando en requerimiento y prestando los informes de conformidad se servicios; el segundo al presentar las facturas, no estar inscrito el RNP y finalmente cobrar la suma de S/ 53,100.00 soles; su conducta evidencia el elemento

²⁷⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 340.

²⁷⁵ A folios 181 del expediente judicial.

²⁷⁶ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

doloso e intencional de defraudar al Estado. La acusada **Giuliana Katherine Tirado García**, ha contribuido dolosamente al hecho, al fraccionar las órdenes de servicio, no realizar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, con la finalidad de evitar la contratación y que el servicio sea sometido a un proceso de Adjudicación Directa Selectiva.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

137. Del debate probatorio se ha llegado a la convicción que los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral y que evidentemente conocían la prohibición de actuar como lo han hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron, por lo que, del análisis de los autos y de la compulsión de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **COLUSIÓN SIMPLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

- 138.** Que, habiendo lesionado el bien jurídico - corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública, e imparcialidad en la contratación pública, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
- 139.** La Individualización o determinación Judicial de la Pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
- 140.** La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva²⁷⁷.
- 141.** Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45°-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 384° primer párrafo del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**; por lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad

²⁷⁷ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.

142. En el caso de los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA Y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, a quienes se le atribuye tener la calidad de autor y cómplices del delito de Colusión Simple, resulta de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal; es decir, “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **siendo así, la pena deberá tener como mínimo tres años y como máximo cuatro años de pena privativa de la libertad**; en ese sentido, la pena concreta final para los acusados será en relación a dicho tercio; considero que el reproche punitivo para el caso en concreto deberá ser menos intenso, y deber ser proporcional al hecho cometido; por lo que ésta judicatura considera razonable imponerles a los tres acusados una sanción punitiva de **TRES AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.
143. Que, mediante Ley N° 30304, del 28 de febrero de 2015, (384° y 387°), y Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2013; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los acusados y el desarrollo que se hace en los siguientes considerandos, de imponerle una pena con carácter de suspendida.
144. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.²⁷⁸ Que, el precedente vinculante recaído en el R.N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
145. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años (artículo vigente a la fecha de los hechos)*”.
146. **Para el caso concreto**, estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de TRES AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de UN AÑO, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes penales, no son reincidentes o habituales; siendo así este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de Inhabilitación

²⁷⁸ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

147. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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 (...)”.
148. La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo y prevalimiento del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.²⁷⁹
149. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”²⁸⁰.
150. Respecto al tiempo de la inhabilitación, en atención a su relación con la pena privativa de libertad impuesta ha de ser proporcional. El artículo 426°, vigente a la fecha de los hechos, establecía: **“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2.**
151. Para el caso concreto, la inhabilitación deberá guardar relación con el plazo de la pena, inhabilitación que debe ser impuesta por imperio del principio de legalidad, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal, en concordancia con el artículo 426° del Código Penal. Para el caso concreto, apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer a los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA Y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE, la privación de la función, cargo, o comisión de carácter público e inhabilitación para obtenerlo**, por el periodo de **TRES AÑOS**.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

152. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
153. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.²⁸¹
154. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen

²⁷⁹ Recurso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

²⁸⁰ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

²⁸¹ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.²⁸²

155. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 20,000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

f) Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados Pérez Orbegoso, Cortes Solache y Tirado García, han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación, así como preservar la imparcialidad en la contratación estatal.

g) Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo.

h) El hecho ilícito. Para efectos de la responsabilidad civil se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye, a su vez, delito. Esta manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de deberes que tienen su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, y 2) violaciones de deberes de carácter general - Casación 657-2014-Cusco, de 3/5/2016.²⁸³ En el presente caso se acredita el hecho ilícito civil, por la existencia del contrato “Spot Publicitario”, dentro del que se ha encontrado un gran número de irregularidades, que han sido analizadas como actos de colusión ilegal.

i) El daño ocasionado es entendido como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extrapatrimonial. El Código Civil en sus artículos 1984 y 1985, desarrolla los criterios que permiten establecer la existencia de daño; por lo que, para la cuantificación de los daños patrimoniales se establece criterios como: el lucro cesante (aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino) y daño emergente (entendido como el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio). Mientras que para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales el criterio es el daño moral (aquel perjuicio moral que afecta el mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos) y el daño a la persona (aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida). Cabe mencionar que el proyecto de vida, es aquel daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. En consecuencia, se entiende que el daño es todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal”.²⁸⁴ En el presente caso, el daño está acreditado, pues si bien se trata de un delito de peligro. “En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).²⁸⁵ Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública e imparcialidad en las contrataciones.

j) La relación de causalidad, es entendida como la relación de causa-efecto (antecedente-consecuencia) que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado. De otro lado, los factores de atribución, consisten en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil.²⁸⁶ La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto

²⁸² Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

²⁸³ Citado en el expediente N° 2249-2015- 19, por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte de La Libertad.

²⁸⁴ Casación 657-2014- Cusco, de 3/5/2016, vinculante, fj. 14

²⁸⁵ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

²⁸⁶ Casación 657-2014- Cusco, de 3/5/2016, vinculante, fj. 14

los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionar el interés extra patrimonial del Estado

156. Habiendo quedado acreditado el perjuicio extra patrimonial, se fija la indemnización de daños y perjuicio, que, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se impone a los acusados un pago solidario en la suma de **S/ 20, 000. 00 soles**; pago que se efectivizará en cuatro cuotas mensuales de S/ 5,000.00 cada una, a partir del mes siguiente de quedar firme la presente sentencia; mediante depósito judicial en el Banco de la Nación a favor de la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.

Reparación civil como regla de conducta

157. La suma fijada como reparación civil, será cancelado en forma solidaria por los cosentenciados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*²⁸⁷
158. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”*.²⁸⁸

COSTAS PROCESALES

159. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500. En el presente caso, se advierte que los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA Y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, no aceptaron los cargos formulados en su contra, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias, no considerando razonable imponerles el pago de costas procesales.

XV. PARTE RESOLUTIVA

160. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2º numeral 24) literal e), 138º y 139º numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11º, 12º, 23º 57º, 58º, 59º, 92º, 93º y **primer párrafo del artículo 384º del Código Penal**, así como los artículos 393º, 394º, 395º, 396º, 398º, 402º numeral 2 del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el

²⁸⁷ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

²⁸⁸ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

RESUELVE:

A. CONDENAR a los acusados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO**, en calidad de autora, a **GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA** y **ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, en calidad de cómplices del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, tipificado en el **primer párrafo del artículo 384° del Código Penal**, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TRUJILLO**, representado por la **Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; **suspendida en su ejecución por el periodo de UN AÑO**, bajo cumplimiento de las siguientes reglas de conducta:

- 161.** No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo de la ejecución de la sentencia; con conocimiento del Ministerio Público.
- 162.** Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
- 163.** No cometer nuevo delito doloso.
- 164.** Reparar el daño ocasionado por su delito, pagando la reparación civil en forma solidaria, en la suma de **S/.20, 000.00 (VEINTE MIL SOLES)**, a ser pagados en CUATRO cuotas mensuales de S/. 5, 000.00 (CINCO MIL SOLES) cada una, a partir del último día hábil del mes siguiente de haber quedado firme la presente sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación y presentado en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad a favor de la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- B. CONDENAR** a la pena de **INHABILITACIÓN** a los sentenciados **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO, GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA y ALEJANDRO CORTES SOLAECHE**, consistente en la privación de la función, cargo, comisión o empleo de carácter público e inhabilitación para obtenerlo, por el periodo de **TRES AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- C. FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **VEINTE MIL SOLES (S/.20, 000.00)** a favor del Estado- Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, la misma que se cancelará solidariamente por los sentenciados, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- D. NO SE IMPONE** a los sentenciados el pago de las costas procesales.
- E. CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad. **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, para la ejecución de la presente sentencia.

- F. **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedarán notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público, y abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal. -



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 03529-2018-87-1601-JR-PE-08
ACUSADOS : OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA
LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
EPEC. JUDICIAL : MILTON GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: SEIS

Trujillo, seis de noviembre
Del año dos mil dieciocho. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido en contra de los acusados **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA** en calidad de **autor**, y **LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA**, en calidad de **cómplice primario** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

2. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:
- pp) **FISCAL: Dr. SEGUNDO NUÑEZ RODRIGUEZ**, con domicilio procesal en Av. América Oeste MZ. B1 Lt. 01 – Of. 204 – Sector Covicorti, con casilla electrónica N° 69512.
 - qq) **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Dra. MARIA ELENA SOLIS MENDOZA**, CALL N°5405, con casilla electrónica N° 53298.
 - rr) **DEFENSA DEL ACUSADO CORNEJO DE LA OLIVA: Dr. LUIS ALBERTO CONDEMARIN**, con casilla electrónica N° 8015.
 - ss) **DEFENSA DEL ACUSADO MALCA SALDAÑA: Dr. JORGE TELLO RAMIREZ**, en remplazo del Dr. **JUAN CARLOS MARTINEZ CASTRO**, con domicilio procesal en la Av. Antenor Orrego 826 y 828 de la Urb. Covicorti- Trujillo.
 - tt) **ACUSADO: OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA**, identificado con DNI N° 18167818, nacido el 27-05-1976, de 42 años de edad, natural de Pacasmayo, estado civil soltero, grado de instrucción técnico superior, hijo de Telmo y Yolanda, con domicilio real en Calle Los Águanos MZ. 69 Lt. 48 – Trujillo, sin antecedentes penales.
 - uu) **ACUSADO: LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA**, identificado con DNI N° 16455315, con fecha de nacimiento 01-07-1957, de 61 años de edad, natural de Chiclayo, estado civil casado, grado de instrucción técnico superior, hijo de Wenceslao y Norma, labora en la Municipalidad Distrital de Pacanga como auxiliar, percibe S/. 2, 350 soles, con domicilio real en Calle Arequipa N° 402 – Chepén – Chepén – La Libertad, sin antecedentes penales.

XVI. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

3. Fiscalía sostiene como tesis inculpativa que se acreditará la responsabilidad penal de los acusados, Oscar Adolfo Malca Saldaña, en calidad de autor y de Lázaro Cornejo de la Oliva, en calidad de cómplice primario del delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal.
4. Los hechos consisten en que el **27 de febrero de 2014**, el acusado Malca Saldaña en calidad de Jefe de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, se interesó de manera indebida, en favorecer al señor Jhon Alexander Terrores Huamán, a quien contrató directamente para la adquisición de 162 unidades de short deportivos, 162 pares de calcetines color blanco y 162 camisetas deportivas, por la suma de S/. 8,100.00 soles.
5. Por el monto no requería proceso de selección; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia N°17-2011 que hay principios de la libre contratación que deben respetarse sin importar la cuantía; no obstante, Malca Saldaña no hizo un estudio de mercado, no cursó cartas de invitación, no recibió cotizaciones, no elaboró un cuadro comparativo de precios y de manera directa contrató con el señor Terrones Huamán. Además, el contrato, quedó plasmado en la orden de compra N°190, se advierte que se hizo la contratación en el marco de una rapidez que no es usual en la administración pública. El requerimiento ingresó el 27 de febrero de 2014 a Logística, ese mismo día se elabora la orden de compra, se recepcionaron los bienes y se entrega al área usuaria, a cargo de José Eduardo Vásquez Vargas.
6. Respecto del aporte del acusado Cornejo de la Oliva, se tiene que para que una orden de compra sea válida, debe llevar la firma del Jefe de Logística y del Jefe de Administración. Lázaro de la Oliva fue Jefe de Administración de la Municipalidad Provincial de Chepén, quien a sabiendas que se trataba de una contratación direccionada, suscribió y validó la orden de compra, de fecha 27 de diciembre de 2014; no obstante, el acusado ingresó a laborar a la Municipalidad el 1 de marzo de 2014; de ahí que no se haya realizado los estudios de mercado correspondientes. Asimismo, el acusado Malca Saldaña reconoció que había tenido contacto, antes del 27 de febrero con el proveedor Torres Huamán, a quien le indicó que le iba a comprar los bienes indicados.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y TÍTULO DE IMPUTACIÓN

7. Los hechos han sido calificados por la representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal; atribuyendo al acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA** tener la condición de **autor** y a **LAZARO CORNEJO DE OLIVA**, tener la calidad de cómplice primario. El tipo penal atribuido estipula lo siguiente:

Artículo 399° Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.” (Vigente a la fecha de los hechos).

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

8. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, la representante del Ministerio Público solicitó se imponga al acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA**, la pena de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** y al acusado **LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA**, la pena de **CUATRO AÑOS Y DOS MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

9. Le corresponde acreditar la responsabilidad civil de los acusados, para ello acreditará la existencia del hecho antijurídico, consistente en que ambos funcionarios se han interesado en la contratación del señor Jhon Alexander Terrores Huamán, pese a que no existió certificación presupuestal para la adquisición de los bienes, todo por el monto de S/.8, 100.00 soles. Se acreditará la existencia de un daño ocasionado al Estado, al correcto funcionamiento de la Administración Pública, a la imparcialidad que deben tener los funcionarios públicos. La relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño ocasionado al Estado; y que los acusados han actuado de modo doloso en el hecho materia de acusación. Por lo que solicita se imponga una reparación civil de S/. 10,000.00 soles a ser cancelado de manera solidaria por los dos acusados.

ALEGATOS PRIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO MALCA SALDAÑA (Dr. Tello)

10. La defensa plantea una tesis absolutoria, pues su patrocinado no ha incurrido en el delito de Negociación Incompatible, Se deberá tener como marco regulador lo establecido en la Casación 841-2015 Ayacucho. Si ha existido cotización elaborada por el área de Logística, certificación presupuestal, sino hubiera sido imposible cancelar el dinero. Han existido actos regularizados, propios de la administración pública. Se ha cumplido con la normatividad, el OSCE no establece un número de cotización, queda a criterio de la entidad, estamos ante actos subsanados. No hay acto penalmente relevante.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO CORNEJO DE LA OLIVA (Dr. Condemarín)

11. La fiscalía debe demostrar, no presumir el interés indebido de su patrocinado. Se demostrará que su patrocinado ha desarrollado una actividad de funcionario, de forma imparcial. Señala que Terrones Huamán era un proveedor cotidiano de la Municipalidad, por lo que no se evidencia el interés para favorecer de modo directo o indirecto. La administración pública presenta barreras burocráticas que llevan a los funcionarios

públicos a subsanar de manera posterior. La defensa demostrará la inocencia de su patrocinado respecto de los cargos imputados en calidad de cómplice del delito de Negociación Incompatible.

NUEVA PRUEBA

12. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. No ofreció.

Por la defensa del acusado Malca Saldaña: No ofreció.

Por la defensa del acusado Cornejo de la Oliva: No ofreció.

DECLARACIÓN DEL ACUSADO

13. **DECLARACIÓN DEL ACUSADO LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA**

Al interrogatorio de la fiscalía

Laboró en la Municipalidad Provincial de Chepén desde el 1 de marzo de 2014, ocupó la Gerencia de Administración y Finanzas, de la cual dependen la oficina de contabilidad, Logística, personal y tesorería. Logística estaba a cargo de Oscar Malca. La documentación ya estaba efectuada cuando ingresó, no suscribió la orden de compra. Se le pone a la vista su declaración previa, en la cual reconoce su firma, en la pregunta seis, señaló que regularizó la orden de compra, la firma del administrador no le corresponde.

Al interrogatorio del Dr. Tello

Ha laborado en la Municipalidad Distrital de Pacanga desde hace veinte años. No existe un tope de cotizaciones para realizar las compras de Menor Cuantía. Cuando sobrepasen las 3UIT debe haber un proceso. Firmó la orden de compra en vía de regularización, porque venía de un mes anterior cuando no estaba, si no hubiera firmado la Municipalidad tendría problemas. Su declaración previa la brindó ante el fiscal Rodríguez.

Al interrogatorio del Dr. Condemarín

Previo a ocupar el cargo, laboró en la Municipalidad Distrital de Pacanga. No conoce al señor Terrones Huamán, desconoce si esta persona ha contratado anteriormente con la Municipalidad. Para firmar la orden de compra se apersonó a la Oficina usuaria y verificó si la mercadería ha sido entregada, en el almacén también le dijeron que se había entregado. La orden de compra también firma el encargado de Presupuesto, Contabilidad.

14. **DECLARACIÓN DEL ACUSADO OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA**

Al interrogatorio de su abogado defensor

Refiere que actualmente se encuentra desempleado. En el año 2014, laboraba en la Municipalidad Provincial de Chepén, desde fines del mes de febrero de 2014, como Sub Gerente de Logística. Se hacía cargo de la adquisición de bienes, obras y servicios de la entidad para satisfacer las necesidades de todas las áreas usuarias. Conoce a Lázaro Cornejo de la Oliva desde que ingresó a laborar en la Municipalidad, a José Eduardo Vásquez Vargas también lo conoció en la Municipalidad. El requerimiento N° 039-2014 llegó a la Gerencia Municipal para que ésta la apruebe, y le corre traslado a la Oficina de Logística, documento que se le pone a la vista, señalando que es de fecha 24 de febrero de 2014, el área usuaria fue el Jefe de Educación, Cultura y Deporte. A la oficina de Logística lo remitieron el día 27 de febrero para su evaluación y atención. Debe acompañarse al requerimiento, los términos de referencia, pero como es algo simple, no tiene más que indicar. Lo que evalúa son las características, para establecer el costo; no le alcanzan el precio, el cual se establece en la oficina de Logística.

Para todas las compras, tenían tres personas a su cargo que hacían el estudio de mercado, una persona se hacía cargo de bienes y otra de servicios y la otra, las órdenes de compra, su persona las

firmaba. Se hizo estudio de mercado, pero los proveedores no querían dar cotizaciones, sus asistentes hacían estudios de mercado, con cotizaciones o estructuras de costos. Para la orden de compra, tuvo la cotización del señor que atendió.

Hay opiniones del OSCE del 2013, donde indica que no se ha establecido cuantas cotizaciones se debe pedir, por lo que con una cotización si se puede establecer el costo, considerando que era una compra menor a 3UIT. Autorizó la guía de internamiento lo firmó porque el bien ya había ingresado a almacén, la orden de compra se hace en Logística, el monto fue de S/. 8,100.00 soles, se emite para que el proveedor pueda atender; es decir, entregar el producto, ya se había establecido el costo.

La orden de compra se obtiene del sistema, el código SIAF aparece en la parte superior. Es necesario que exista presupuesto, la certificación presupuestal lo brinda el Jefe de Presupuesto, en la orden de compra se establece los códigos que arroja la certificación presupuestal; pero no aparece físicamente. Reconoce su firma en la orden de compra.

Por la premura del tiempo hay gran cantidad de requerimientos, el requerimiento ingresaba a Gerencia Municipal, si el Gerente Municipal no estaba, les avisaban que querían tal bien con una copia, por lo que iban avanzando para cumplir metas.

No conocía a Alexander Terrones Huamán, no tenía grado de amistad, le dijeron que ya le habían hecho una compra y fue el único que quería atender. Los pagos que realiza la Municipalidad no son inmediatos, en una compra menor se demoraba en pagar 30 días, dos o tres meses. El pago lo hace contabilidad y tesorería. Posterior a los hechos, no realizó compras al proveedor.

Al interrogatorio del Dr. Condemarín

Conoció al señor Lázaro Cornejo de la Oliva cuando ingresó a laborar a la Municipalidad. Durante el proceso de adquisición no participa la Gerencia de Administración. El área usuaria hace el requerimiento, se deriva a Gerencia Municipal, quien autoriza la compra y lo pasa a Logística para que se haga el estudio de mercado, una vez que se establece el costo, se pasa para que se otorgue certificación presupuestal, se hacía la orden de compra y luego se pasa administración y Finanzas, cuando ya se realizó la compra. El encargado de Administración y Finanzas era su jefe inmediato y le pasaba la orden de compra, con todos los requerimientos, no para que autorice la compra sino los pagos.

Al interrogatorio del Señor Fiscal.

Tiene la profesión de profesor. Ha desempeñado el cargo de Logística en la Municipalidad de Siscap y Marcabal. A la fecha de los hechos, desempeñaba el cargo desde hace cuatro años aproximadamente. Cuando se trata de compra directa, la orden de compra sule al contrato. Sin orden de compra se pueden adquirir bienes porque se pide, todos hacen eso. La orden de compra nace en Logística y se pasa a Administración y Finanzas, no recuerda la fecha en que firmó el administrador. No hubo estado de emergencia, la compra se hizo por urgencia. Las cotizaciones las realizó con la copia del requerimiento, cuando se recepcionó en Gerencia Municipal, el 24 de febrero. Previo a la elaboración de la orden de compra no coordinó con el señor Terrones Huamán, no lo conocía. Se le pone a la vista su declaración previa, el cual reconoce haberlo emitido, ante la pregunta cuatro, dijo que Logística ya tenía conocimiento, personal que se hacía cargo del estudio de mercado. No podía hacerse efectivo el pago si la orden de compra no tiene la firma del administrador.

Al interrogatorio de la defensa de la Procuraduría Pública

Refiere que, por usos y costumbres, las Municipalidades adquieren bienes sin la orden de compra o contrato.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

- 15. Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios, documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

- uuu) Requerimiento N°039-2014**, a folios 17, se advierte el pedido de bienes, de fecha 18 de febrero de 2014, ingresó a Logística el 27 de febrero de 2014. Ese mismo día se elabora la Orden de compra N°190, a folios 18, por el concepto de 162 camisetas, 162 shorts y calcetines, por el monto de S/. 8,100.00 soles. En la parte inferior se señala que la orden es nula sin la firma mancomunada del Gerente de Logística y Administración. Los bienes ingresan al almacén, siendo recepcionados por Chafloque Neciosup, Jefe de Almacén y el proveedor presenta su factura. Con lo que se acredita la rapidez inusual y el aporte de Lázaro Cornejo de la Oliva para que la orden de compra pueda surtir efecto.
- vvv) La orden de compra- Guía de Internamiento N° 0190**, de fecha 27 de febrero de 2014, a nombre de Terrones Huaman Jhon Alexander. Ingresado a debate con la declaración de los acusados
- www) Formato de Pedido-Comprobante de Salida**, de fecha 27 de febrero de 2014, donde se describen los bienes adquiridos, documento que es firmado por el acusado Malca Saldaña. Ingresado a debate con la declaración de los acusados.
- xxx) Boleta de Venta N° 001-00067**, de fecha 27 de febrero de 2014, expedido por confecciones DAYRON, por la venta del producto, por el monto de S/ 8100.00 soles.
- yyy) El comprobante 2123**, a folios 21, de fecha 8 de abril de 2014, con el cual se acredita el pago de S/. 8,100.00 soles y el agotamiento del delito de negociación incompatible.
- zzz) Informe N°096-2015**, a folios 23, suscrito por el Gerente Municipal, Javier Tucto Ruiz, con fecha 21 de agosto de 2015, en el cual señala que a la fecha en que se emitió la orden de compra a favor de Terrones Huamán, no existía un memorándum dirigido a la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto, solicitando certificación presupuestal.
- aaaa) Copia fedateada del comprobante de pago N°1706**, a nombre de Terrores Huamán, sin fecha. Y la orden de compra- guía de internamiento N°110, de fecha 3 de febrero de 2014, por la adquisición de 1090 polos por la suma S/ 10,900.00 soles con la firma de los acusados. Acreditan que con anterioridad a la adquisición direccionada Oscar Malca Saldaña ya venía contratando y favoreciendo a Terrores Huamán, de ahí que conlleva a la compra directa materia de juicio. No se advierten las cartas de cotización necesarias.

▪ **Observaciones:**

Procuraduría Pública: Requerimiento N°039-2014, recién fue presentada a la Gerencia de Logística el 27 de febrero de 2014, que coincide con la fecha de emisión de la orden de compra-guía de internamiento N°190 y la pecosa, en igual sentido la boleta. El comprobante 2123 ha sido suscrito por el señor Terrones Huamán.

Dr. Tello: El requerimiento N°039-2014, se presenta a la Gerencia Municipal el 24 de febrero de 2014, el proveído de Gerencia Municipal, indica pase a Logística para su evaluación y atención correspondiente de acuerdo a ley, ello porque existe un trámite; por lo que no es cierto que el mismo día de la presentación se realiza la compra. La orden de compra-guía de internamiento, el documento está firmado por su patrocinado, por el Director de Administración y Jefe de Almacén. Pedido o comprobante de salida, no vincula a su patrocinado. El comprobante de pago emitido a favor de Terrores Huamán, es de fecha 8 de abril de 2014, si existe la necesidad de comprar algo, en el camino se subsana. Sobre el comprobante de pago por el monto de S/. 10,900.00 soles, en dicha fecha su patrocinado no laboraba en la Municipalidad, no ha sido autorizado por él. Las documentales no acreditan actuación ilegal de su patrocinado.

Dr. Condemarín: La orden de compra- guía de internamiento N°110 y 190, las mismas han tenido afectación presupuestal anterior, a la cuenta N°18. Además, todo el proceso de adquisición se realizó en febrero de 2014 y su patrocinado ingresó en marzo de 2014 y lo único que realizó fue cancelar por la adquisición de los bienes.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

16. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS

17. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

18. Sostiene que, con las pruebas actuadas, se ha logrado acreditar la responsabilidad de los acusados Malca Saldaña en calidad de autor y de Cornejo de la Oliva, en calidad de cómplice necesario en el delito de Negociación incompatible, esto pues se han acreditado los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal. Se ha demostrado que se tratan de conductas antijurídicas y culpables; por tanto, deber ser merecedor de la pena a solicitarse.
19. El delito de negociación incompatible, tiene como elementos la condición de funcionario público, Malca Saldaña cumple con este requisito, por cuanto ha sido Jefe de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, lo cual ha sido reconocido por el mismo acusado; en mérito a lo cual ha suscrito la orden de compra N°190. Otro elemento, es el interés indebido, el acusado en atención al requerimiento y orden de compra, ha realizado la conducta criminal atribuida. Este interés indebido se ha acreditado con prueba indiciaria que conllevan a comprar la existencia del direccionamiento, no se cursaron cartas de invitación a potenciales proveedores, el acusado ha reconocido que solo contó con la cotización de Terrores Huamán; no se recabaron cotizaciones, no hay cuadro comparativo precios. Elige al proveedor por libre albedrío.
20. Lo más grave es que se materializa la compra de los bienes, sin que exista formalmente de este proveedor la orden de compra N°190, en la cual se indica que es nulo si no cuenta con la firma del Jefe de Logística y Administrador. Al 27 de febrero no obraba la firma del administrador, quien ingresa a laborar el 1 de marzo de 2014; hecho que ha sido corroborado por Lázaro de la Oliva, quien señaló que no firmó la orden de compra, el 27 de febrero, pues ingresó a laborar después; y que lo hizo con el ánimo de regularizar. Asimismo, se contrató el 27 de febrero de 2014, sin contar con certificación presupuestal, conforme al Informe N°96-32015. Aunado a lo declarado por Malca Saldaña, quien ha señalado que solicita cotizaciones sin que llegue requerimiento formal a su área, y que hizo coordinaciones previas con el proveedor, sin requerimiento ni orden de compra.
21. Otro dato indicante, es que existió rapidez inusual, no común en la Administración Pública, pues el requerimiento N°039 ingresó a Logística el 27 de febrero, la orden de compra N°190 se elabora el mismo 27 de febrero, los bienes ingresan el 27 de febrero y ese mismo día, el proveedor emite su boleta de venta por el monto de S/.8, 100.00 soles. Este hecho no solo llegó a su fase consumativa, sino a su fase de agotamiento, toda vez que el interés indebido del acusado llegó a concretarse, no solo con la contratación directa, sino con la efectivización del pago, conforme se advierte del comprobante de pago por la suma de S/. 8,100.00 soles. La conducta del autor, fue tendenciosa y voluntaria, al tener conocimiento que se trataba de una compra direccionada porque no había realizado estudios de mercado y que buscó favorecer al proveedor.
22. La casación N°841-2016, establece una situación de regularización, cuando la compra se ha realizado en una situación de emergencia, la cual no existió, tal como lo señalado el acusado.
23. Se trata de una conducta antijurídica, pues no solo se ha puesto en riesgo el bien jurídico protegido, sino que se ha lesionado no solo la expectativa normativa que el Estado deposita en sus funcionarios, de lealtad, probidad, sino que se han vulnerado los principios rectores como la transparencia, competencia e igualdad de trato. Además, se trata de un agente culpable, no es inimputable, no se han esbozados razones de imputabilidad, o que no haya tenido la posibilidad de conducir su conducta hacia un campo distinto. Por lo que se cumplen con las tres categorías del delito; tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
24. Por lo que solicita se imponga al acusado Malca Saldaña, cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de tres años conforme al artículo 36° inciso 1y 2 del Código Penal.

25. Respecto al acusado Lázaro Cornejo de la Oliva, ha contribuido dolosamente con la concreción del interés indebido a favor de Torres Huamán. El delito de Negociación incompatible, es un delito de tendencia interna trascendente, no se agota con la mera realización de la conducta típica, sino cuando se alcanza la finalidad de favorecer al proveedor; en esa línea, se tiene que hasta el 27 de febrero de 2014 se habían adquirido bienes de manera informal, sin que exista una orden de compra válida, puesto que a esa fecha Lázaro Cornejo no había suscrito la orden de compra; sin embargo, cuando ingresa a la Municipalidad, en calidad de administrador, firma el documento, porque sin su firma era nulo, y no podía pagarse al proveedor. Por lo que se trata de un aporte esencial para el pago y aporte doloso, pues le pasan la orden de compra y los demás documentos, no obstante, no advertir cartas de invitación, cotización, procede a firmar para beneficiar al proveedor.
26. En ese sentido, la conducta del acusado Lázaro Cornejo de la Oliva, se encuadra en el artículo 25° del Código penal, como cómplice necesario, por lo que solicita se le imponga cuatro años y dos meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de dos años, conforme al artículo 36° incisos 1 y 2 del Código Penal.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

27. Sostiene que se tiene por acreditado la responsabilidad civil de los acusados, se ha acreditado la existencia de un hecho antijurídico, consistente en que los acusados en el año 2014 se desempeñaban como Sub Gerente de Logística y Gerente de Administración de la Municipalidad Provincial de Chepén. Se interesaron de forma indebida en la contratación del señor Jhon Alexander Terrones Huamán, esto se ha acreditado con la orden de compra-guía de internamiento N° 190 del 27 de febrero de 2014, con el comprobante de pago N°039. Se ha probado que para la compra no existió certificación presupuestal conforme al Informe N°096-2015 de fecha 21 de agosto de 2015. Del mismo modo se ha causado un daño al Estado, esto es al correcto funcionamiento de la administración pública, transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos, en tanto que los funcionarios públicos se han basado en usos y costumbres, y no en base a lo que la Ley de Contrataciones señala.
28. Se ha acreditado la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño ocasionado al Estado, y que los acusados han actuado de modo doloso. En mérito a ello, solicita se imponga a los acusados una reparación civil de S/. 10,000.00 soles, a ser cancelado por los acusados de forma solidaria.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO MALCA SALDAÑA (Dr. Tello)

29. La defensa se ratifica en su postura de solicitar la inocencia de su patrocinado. Se pretende acreditar que su defendido dolosamente en calidad del cargo que tenía, se interesó en forma indebida en provecho de un tercero. Su defendido ha explicado no en base a usos y costumbres, sino de acuerdo a su experiencia de cómo se maneja la Municipalidad en el caso de compras directas. Su patrocinado manifestó que por usos y costumbres se regularizó la compra. La defensa no ha mencionado que se haya tratado de una situación de emergencia, sino que se trató de una regularización de actos administrativos, de transcendencia administrativa; pero no penalmente relevante.
30. La fiscalía indica un direccionamiento, porque la orden de compra ingresa el día 27 de febrero, ese mismo día se realiza la orden de compra; sin embargo, conforme ha indicado su patrocinado, el requerimiento había ingresado el 24 de febrero, no a su área, sino a la Gerencia Municipal. Posteriormente se transfiere a su área el 27 de febrero para su evaluación. Han existido coordinaciones de parte de personal que labora en Logística, no con su persona. Su patrocinado lo conoció con posterioridad a la compra.
31. La fiscalía no ha señalado cual es la ley que se ha quebrantado, al no haberse presentado las supuestas cotizaciones, su patrocinado ha manifestado que la ley no especifica cuantas cotizaciones se requiere para compras menores a 3UIT y que la única cotización que se le encargó fue de Terrones Huamán. La orden de compra es producto de la única cotización que existió al 27 de febrero, pues otros proveedores no estaban interesados en cotizar sin previo pago. El pago se realizó el 8 de abril de 2014.
32. Se pretende acreditar que su patrocinado había autorizado la orden de compra sin la firma del administrador, lo cual no evidencia un direccionamiento de compra, al tratarse de una subsanación de carácter administrativo. La nota al pie de la orden de compra establece que la orden es nula sin la firma mancomunada

del Sub Gerente y Gerente de Administración y que cada orden de compra que reciba el proveedor deberá ser facturada por separado en original y dos copias, por lo que como se va a emitir un documento cuando no se pagaba al proveedor, es ahí cuando su patrocinado indica que existen ciertos usos y costumbres en la tramitación de compras menores por parte de las Municipalidad, porque no se puede hacer de manera inmediata el pago y tampoco se puede hacer inmediato la expedición de los documentos. Su patrocinado haya manifestado que no aparecía la firma del administrador y que haya podido señalar cuando firmó el administrador, no evidencia un direccionamiento, sino como ha manifestado el acusado De la Oliva, lo hizo porque requería regularizar el documento y se encontraba dentro de su labor; caso contrario la Municipalidad iba a tener problemas.

33. Otro punto es que no existió afectación presupuestal específica, sin embargo, en la orden de compra si se detalla. Su patrocinado no da certificación presupuestal, sino la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. Sin embargo, fiscalía pretende probar que no ha existido, entonces como se requirió el pago y se emitió el comprobante de pago, dicha suma no ha sido pagada por su patrocinado.
34. Sobre el destino de los implementos deportivos alegado por el fiscal, el documento está firmado por el Jefe de almacén, lo que implica que los bienes fueron entregados. No obstante, dicho acto, no se le puede imputar a su patrocinado. La casación 841-2016 se invoca en atención a que hace referencia a que las irregularidades de los actos administrativos pueden ser subsanados por los mismos funcionarios públicos, denotándose en todo caso una falta administrativa no de transcendencia jurídica punitiva, no solo hace referencia a los casos de emergencia.
35. Su patrocinado al momento de los hechos no contaba con antecedentes penales, no tenía sanción, su actuación se ha dado conforme a ley. No se han configurado los elementos objetivos del tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal, tampoco actuación dolosa; por lo que solicita se absuelva a su patrocinado de la acusación fiscal.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO CORNEJO DE LA OLIVA (Dr. Condemarin)

36. Sostiene que el Ministerio Público hace referencia a una teoría de indicios, los cuales no son apreciaciones personales, ni orientaciones direccionadas o sesgadas que conlleven a apreciación de una de las partes; sino como refiere la casación 841-2016 que los indicios no pueden llevar a presumir la comisión del delito de Negociación incompatible, sino que debe existir hechos probados.
37. En juicio se ha probado que su patrocinado no participó en el proceso de adquisición, ni conoció al proveedor y que únicamente realizó el pago por la compra realizada. La versión de su patrocinado ha sido corroborada por el Jefe de Logística, quien ha señalado que su patrocinado no tenía participación durante el proceso de adquisición de los uniformes, lo único que hizo fue autorizar el pago, teniendo como base la documentación que se le había pasado que acreditaba que ya se había realizado la entrega de los uniformes. Su patrocinado regularizó una compra realizada días antes de entrar a la Municipalidad, lo cual sucedió el 1 de marzo de 2014.
38. La casación 841-2016 refiere que es posible dos tipos de interés, interés debido en favorecer a la administración pública, que como lo ha expresado su patrocinado lo único que hizo fue regularizar una compra con el fin de que la Municipalidad no obtenga sanciones. Por los fundamentos expuestos, solicita se absuelva a su patrocinado de los cargos imputados.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA

39. No ha cometido delito, solo ha cumplido con sus funciones en calidad de Jefe de Logística.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO LÁZARO CORNEJO DE LA OLIVA

40. Es inocente, como todo funcionario regularizó documentación.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

41. El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

J. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.²⁸⁹

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.²⁹⁰

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”²⁹¹

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido los siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...)”.²⁹²

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que le delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.²⁹³

K. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

u) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y,

²⁸⁹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

²⁹⁰ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

²⁹¹ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

²⁹² Ejecutoria Suprema de fecha 26 de Marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

²⁹³ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574-575.

claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.²⁹⁴ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.²⁹⁵ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.²⁹⁶

v) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.²⁹⁷ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

w) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.²⁹⁸

x) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

²⁹⁴ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 566-567.

²⁹⁵ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁹⁶ REATEGUI SANCHEZ James, Ob. Cit. Pág. 48.

²⁹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

²⁹⁸ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 570-571.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco res relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.²⁹⁹

y) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.³⁰⁰ En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.³⁰¹

L. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.³⁰²

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

42. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los

²⁹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 572.

³⁰⁰ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

³⁰¹ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit.. Pág. 573

³⁰² Ibidem. Pág. 577.

conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

43. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado.* 5. *Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)*”.³⁰³
44. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XVII. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Respecto de la imputación concreta

45. Fiscalía imputa a los acusados **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA y LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA** haberse interesado indebidamente y haber favorecido a la persona de Jhon Alexander Terrores Huamán, a quien contrató directamente para la adquisición de 162 unidades de short deportivos, 162 pares de calcetines color blanco y 162 camisetitas deportivas, por la suma de S/. 8,100.00 soles. Que, si bien no se requería realizar un proceso de selección, Oscar Malca Saldaña, en calidad de Jefe de Logística, no hizo un estudio de mercado, no cursó cartas de invitación, no recibió cotizaciones, no elaboró un cuadro comparativo de precios y de manera directa contrató con Terrones Huamán, realizándose la contratación en el marco de una rapidez que no es usual en la administración pública.
46. Respecto al aporte del acusado Cornejo de la Oliva, en su calidad de Jefe de Administración y Finanzas, a sabiendas que se trataba de una contratación direccionada, suscribió y validó la orden de compra, de fecha 27 de diciembre de 2014.
47. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponde determinar si el acusado Malca Saldaña, en calidad de autor, **ha realizado cada uno de los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399º del Código Penal**, y si el acusado Cornejo de la Oliva **ha contribuido de forma dolosa en la comisión del hecho atribuido al autor**.

Respecto de las contrataciones del Estado menores a 3 Unidades Impositivas Tributarias, en adelante UIT

48. El hecho imputado gira en torno a la contratación que hace la Municipalidad Provincial de Chepén, a cargo del área de Logística, respecto de la adquisición de 162 unidades de short deportivos, 162 pares de calcetines color blanco y 162 camisetitas deportivas, por la suma de S/. 8,100.00 soles.

³⁰³ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

49. Respecto de las compras menores a las 3UIT, resulta relevante citar los lineamientos que ha establecido el OSCE, en la **OPINIÓN N° 006-2014/DTN, de fecha 12 de diciembre de 2013.**

(...)

El artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

Así, el numeral 3.1 del artículo 3 establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de "Entidades", que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado.

Por su parte, el numeral 3.2 del artículo 3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos³⁰⁴, entre otras obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

De esta manera, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor la respectiva retribución o contraprestación, con cargo a fondos públicos.

Ahora bien, el numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley establece supuestos taxativos en los que, pese a verificarse los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encontrarán fuera del ámbito de esta.

En esa medida, aquellas contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, podrán realizarse sin observar sus disposiciones, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda Contratación Pública³⁰⁵.

Entre estos supuestos se encuentran *“Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, lo cual no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Este supuesto no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catalogo de Convenios Marco, conforme a lo que establezca el reglamento.”*³⁰⁶. (El subrayado es agregado).

Como se puede apreciar, el supuesto de inaplicación citado está dado en función del monto de una contratación; es decir, si, independientemente del objeto de una contratación (bienes, servicios u obras), su monto es igual o inferior a tres (3) Unidades impositivas Tributarias (3 UIT), dicha contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo a la Entidad observar para estos efectos los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, garantizando su eficiencia y transparencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“(…) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.”*³⁰⁷

(...)

50. Si bien la Ley de Contrataciones con el Estado no es aplicable a las compras iguales o menores a la 3UIT, ello no significa que se encuentran exentas de respetar los principios de eficiencia,

³⁰⁴ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

³⁰⁵ Principios de Eficiencia, Economía, Imparcialidad, Razonabilidad, entre otros previstos en el artículo 4 de la Ley.

³⁰⁶ Literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley.

³⁰⁷ Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

transparencia, trato igualitario, e imparcialidad en las contrataciones públicas realizadas por una entidad.

Respecto de la calidad de Funcionario Público y el cargo que los acusados ostentaban en la Municipalidad Provincial de Chepén

51. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades**”.
52. La calidad de funcionario público del acusado **Oscar Adolfo Malca Saldaña**, se encuentra probado con la orden de compra –guía de internamiento N°019, del 27 de febrero de 2014, en la cual aparece firmando el acusado, en calidad de Sub Gerente de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén, hecho que ha sido reconocido por el mismo acusado, quien ha indicado en su declaración que “(...)En el año 2014, laboraba en la Municipalidad Provincial de Chepén, desde fines del mes de febrero, como Sub Gerente de Logística. Se hacía cargo de la adquisición de bienes, obras y servicios de la entidad para satisfacer las necesidades de todas las áreas usuarias”.
53. Asimismo, su relación funcional también se encuentra acreditada con el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Provincial de Chepén, documento que establece entre las funciones del Sub Gerente de Logística, Bienes patrimoniales y Maquinaria, f) *visar contratos por Adquisiciones de Bienes y Servicios generados por la Subgerencia de Logística, Bienes Patrimoniales y maquinaria*, en mérito a ello es que suscribe la orden de compra- guía de internamiento N°0190.
54. Respecto del acusado Lázaro Cornejo de la Oliva, si bien se le atribuye ser cómplice primario del delito, también era funcionario público de la Municipalidad Provincial de Chepén, ocupaba el cargo de Gerente de Administración y Finanzas, desde el 1 de marzo de 2014, hecho afirmado por el acusado, y que no ha sido materia de contradicción.

Respecto del contrato u operación por razón del cargo.

55. Conforme al artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, “*El Órgano encargado de las contrataciones es aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad*”. Para el caso de la Municipalidad Provincial de Chepén, el área de Logística y Bienes Patrimoniales, a cargo del acusado Malca Saldaña, era el órgano encargado de las contrataciones.
56. La orden de compra, por su propia naturaleza de documento administrativo, mediante el cual se adquieren bienes y servicios, se le ha dado la calidad de contrato estatal, esa en la interpretación del artículo 138° del Reglamento donde indica que “*El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene (...) Los contratos y, en su caso, las órdenes de compra o de servicio, así como la información referida a su ejecución (...)*”. En consecuencia, el acusado Malca Saldaña, al expedir la orden de compra ha realizado un contrato por razón de su propio cargo.

Respecto del interés indebido en provecho de terceros en la contratación de bienes

57. Como ya se indicó fiscalía atribuye un interés indebido, basándose en que el acusado Malca Saldaña no hizo un estudio de mercado, no cursó cartas de invitación, no recibió cotizaciones, no elaboró un cuadro comparativo de precios y de manera directa contrató con el proveedor Jhon Alexander Terrones Humanan, realizándose la contratación en el marco de una rapidez que no es usual en la administración pública.
58. Respecto a la forma en que se contrató, de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha obtenido que mediante requerimiento N°039-2014/SGECJD-MPCH de fecha 24 de febrero de 2014, la Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte (área usuaria) a cargo de Vásquez Vargas, se dirige al Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén, Aldo Sánchez Romero, solicitándole se sirva disponer el requerimiento de 10 juegos de uniformes deportivos (18 camisetas, 18 shorts, 18 calcetines) para brindar como premiación a los equipos participantes de la Academia Municipal de Chepén.

59. Según se advierte del proveído de Gerencia Municipal, con fecha 27 de febrero de 2014, dispone pasar a Logística para su evaluación y atención correspondiente. La orden de compra-guía de internamiento N°0190 se emite el mismo 27 de febrero, a favor de Terrones Huamán Jhon Alexander, por concepto de 162 unidades de camisetas deportivas sublimadas con logo, 162 unidades de shorts deportivos sublimados con logo y 162 pares de calcetines largos con talonera; montos que sumaron un total de S/. 8,100.00 soles. Expediéndose en la misma fecha, el pedido-comprobante de salida por dichos bienes, suscrito por el Sub Gerente de Logística, Jefe de almacén y por el solicitante en señal de conformidad de los bienes recibidos. El proveedor Torres Huamán, emitió la boleta de venta 001 N°000067 con fecha 27 de febrero de 2014, por el monto de S/. 8,100.00 soles; y posteriormente, con fecha 08 de abril de 2014, la Municipalidad emite el respectivo comprobante de pago N°2123 a favor del citado proveedor.
60. De los antes expuesto, se advierte que el requerimiento fue presentado el 24 de febrero de 2014, el 27 de febrero, esto es tres días después, la Gerencia Municipal emite su proveído, pasando dicho requerimiento para su evaluación a la Sub Gerencia de Logística, a cargo del acusado Malca Saldaña; ese mismo día se emite el comprobante de pago, el proveedor emite la boleta de venta y se expide la pecosa, otorgando conformidad a la entrega de las 162 camisetas con logo, 162 shorts y 162 pares de medias. Resultando notoria la celeridad con que se contrató con el proveedor, teniendo en cuenta además que las camisetas, según la orden de compra, eran sublimadas con logo, de lo que se puede colegir que dichos bienes ya se encontraban listos para ser entregados.
61. Al respecto, el acusado ha indicado que con una copia del requerimiento del área usuaria, empezó a realizar las cotizaciones, el día 24 de febrero de 2014, situación que se daba cuando el Gerente Municipal no se encontraba; versión que tiene como finalidad justificar la celeridad con que se contrató; sin embargo, dicha versión afirmativa, no ha sido acreditada en juicio; en todo caso, si es tomada como hecho cierto, resulta a todas luces atentatoria contra los lineamientos que rigen las contrataciones de una Municipalidad, pues como el mismo acusado ha explicado el procedimiento a seguir *“El área usuaria hace el requerimiento, se deriva a Gerencia Municipal, quien autoriza la compra y lo pasa a Logística para que se haga el estudio de mercado, una vez que se establece el costo, se pasa para que se otorgue certificación presupuestal, se hacía la orden de compra y luego se pasa administración y Finanzas, cuando ya se realizó la compra”* Por lo que el encargado de la Sub Gerencia de Logística, no puede de mutuo propio disponer la contratación, sino que la misma debe ser autorizada previamente por la Gerencia Municipal, procedimiento que el acusado ha omitido.
62. Debido a la celeridad con que se efectuó la contratación, el acusado Malca Saldaña, omitió realizar el estudio de mercado, mediante la obtención de cotizaciones de otras empresas, a efectos de obtener distintos precios, realizar comparaciones y optar por lo más conveniente para la Municipalidad. Ha indicado en su declaración que *“(…) se hizo estudio de mercado, pero los proveedores no querían dar cotizaciones”*. Sin embargo, esta afirmación tampoco ha sido acreditada, pues en todo caso se hubieran ofrecido como medios probatorios, las cartas de invitación cursadas a distintas empresas.
63. Asimismo, cabe señalar que la orden de compra-guía de internamiento N°0190 se emitió el 27 de febrero de 2014, surtiendo sus efectos el mismo día, pues en dicha fecha el proveedor Terrones Huamán emitió la boleta de venta y se expidió el comprobante de salida ante la entrega de los bienes; ello a pesar de que el documento, en dicha fecha, aún no se encontraba visado por el Gerente de Administración y Finanzas, Lázaro Cornejo de la Oliva; exigencia advertida en la misma orden de compra, donde se consigna que la orden es nula sin la firma mancomunada del Sub Gerente de Logística y Administración. Ello ha sido corroborado con lo indicado por el acusado Lázaro Cornejo de la Oliva, quien señaló que ingresó a laborar en la Municipalidad Provincial de Chepén, recién el 1 de marzo de 2014, en mérito a lo cual suscribió la referida orden de compra, en vía de regularización.
64. La celeridad con la que actuó el acusado Malca Saldaña, omitiendo realizar estudios de mercado, mediante la invitación a otras empresas, para obtener mejores ofertas, y el hecho de dar validez a una orden de compra sin la firma del Gerente de Administración y Finanzas, revelan su interés indebido en la contratación de Jhon Alexander Terrones Huamán. *La doctrina ha señalado que el interesarse, desde la perspectiva del delito de negociación incompatible, implica una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo, es decir, se avoca a una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son los de la administración pública*³⁰⁸.

Respecto del perjuicio potencial a la Entidad.

³⁰⁸ DONNA, Edgardo Alberto, citado en la Segunda Sala Penal de Apelaciones en el proceso penal N° 00607-2017-01601-JR- PE- 02, pág. 29.

65. La Casación N° 231- 2017- PUNO, indica que la Negociación Incompatible como delito de peligro concreto exige un inminente riesgo para el bien jurídico y daño para la administración pública; en el presente caso dicha exigencia jurisprudencial, se encuentra debidamente acreditada, por lo siguiente:
66. El interés indebido del acusado Malca Saldaña se materializó en el favorecimiento de un tercero, el proveedor Jhon Alexander Terrones Huamán, quien emitió la boleta de venta 001 N°000067 de fecha 27 de febrero de 2014 por concepto de 162 camisetas deportivas, 162 shorts deportivos y 162 pares de medias, por el monto de S/.8, 100.00 soles. Y a favor de quien se expidió el comprobante de pago N°2123 de fecha 08 de abril de 2014 por dicho monto, quien se vio beneficiado con la conducta del acusado Malca Saldaña; que si bien los bienes fueron entregados a la Municipalidad, la entidad se ha visto limitada en poder contar con otras ofertas probablemente con mejores condiciones de contratación.

RESPECTO DE LA COMPLICIDAD ATRIBUIDA AL ACUSADO LÁZARO CORNEJO DE LA OLIVA

67. La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho Penal Peruano, regulado en el artículo 25° del Código Penal que señala *“El que dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”*.
68. Ministerio Público sostiene que Lázaro Cornejo de Oliva, en su calidad de Gerente de Administración y Finanzas, sería cómplice del delito de Negociación Incompatible, por haber contribuido dolosamente con el autor para la consumación del hecho y el pago efectuado al proveedor. Al respecto, la doctrina nos informa (...) existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto Vásquez, *“lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.”*³⁰⁹ En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”³¹⁰ En esa medida, en los delitos de colusión y negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.³¹¹
69. Para el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “(...) los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal, los extraños a la administración que colabores o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero cómplices o instigadores.”³¹² Para Fidel Rojas Vargas, (...) La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en la hipótesis legal, ya sea como cómplice o como un instigador siempre que se compruebe que dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor, esto es, contribuyó en el provecho del funcionario o servidor vinculado u obtuvo favorecimiento indebido o determinó el interés indebido del sujeto público (...).³¹³ Para James Reategui Sánchez, “La complicidad constituye un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. En materia de negociación incompatible, esto, es en el marco de contrataciones parciales, puede constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, los acotos de intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo del interés del otro, en el

³⁰⁹ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 356

³¹⁰ DIAZ CASTILLO, INGRID. “Ob. Cit- Pág. 356

³¹¹ Ibidem. Pág. 356.

³¹² SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 648.

³¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 409.

contrato u operación (...).³¹⁴ Para Castillo Alva, citando a Creus, “La parte beneficiada con el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice”.³¹⁵

70. Se atribuye al acusado **Lázaro Cornejo de la Oliva**, la calidad de cómplice del delito de Negociación Incompatible, en atención a que, en su calidad de Jefe de Administración y Finanzas, suscribió la orden de compra-guía de internamiento N°190, a sabiendas de que se trataba de una contratación direccionada.
71. Al respecto, no obstante haberse verificado el interés indebido del acusado Malca Saldaña, respecto de la compra de bienes realizada a Terrones Huamán y el provecho económico de éste, pues se le pagó la suma de S/.8,100.00 soles; se debe tener en cuenta que la consumación del delito no requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar³¹⁶.
72. En este sentido, cuando el acusado Lázaro Cornejo de la Oliva, firmó la orden de compra-guía de internamiento N°0190, esto es, el 1 de marzo de 2014, fecha en que ingresó a la laborar a la Municipalidad Provincial de Chepén; o con fecha posterior, el delito ya se había consumado, lo cual ocurrió el 27 de febrero de 2014, día en que el acusado Malca Saldaña desplegó actos de interés indebido para favorecer a Terrones Huamán. Por lo que su conducta no constituye un aporte doloso para la configuración del tipo penal de Negociación incompatible; por lo que corresponde absolverlo de la acusación fiscal.

Respecto del elemento subjetivo del tipo

73. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: “*Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia*”³¹⁷.
74. Que, analizada la conducta externa del acusado **Oscar Adolfo Malca Saldaña** y teniendo en cuenta lo señalado en su declaración, respecto a su experiencia como Sub gerente de Logística, esto es que “*ha desempeñado el cargo de Logística en la Municipalidad de Siscap y Marcabal. A la fecha de los hechos, desempeñaba el cargo desde hace cuatro años aproximadamente*”, permite colegir que conocía cual era el procedimiento para realizar las adquisiciones de bienes en una Municipalidad; no obstante, de forma deliberada se ha interesado en la contratación de un tercero para favorecerlo, transgrediendo los principios y deberes que como funcionario público le correspondían cumplir, afectando de esta forma el correcto funcionamiento de la administración pública.

Respecto de los argumentos de defensa.

75. Uno de los principales argumentos de la defensa de Malca Saldaña, ha sido indicar que no hay ningún interés indebido en la compra de los bienes, y si ha existido alguna premura y la falta de la firma del Gerente de Administración y Finanzas, encaja dentro de la figura de regularización administrativa, amparada en la Casación N° 841-2016. **Al respecto.** La figura de la regularización ha sido desarrollada en la aludida Casación; sin embargo, se hace referencia a aquellos procesos de contratación que se dan en una situación de emergencia; no así para la compra de bienes dentro de un contexto ordinario, donde los entes encargados de las contrataciones deben regirse bajo los principios de la imparcialidad, transparencia y concurrencia de postores, aún en aquellas compras directas iguales o menores a las 3 UIT. La misma casación indica que: “*Decimo Sétimo. A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la ley, sin posibilidad de ser regularizado, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma*”. (...) *En caso de contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la*

³¹⁴ REATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. Pág. 77.

³¹⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. Delito de Negociación Incompatible. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. 2015. Lima Perú. Pág. 121.

³¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley, tercera edición. Lima, abril 2014, p. 578

³¹⁷ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato (...)”
318

76. También ha dicho la defensa que fiscalía no ha invocado cual es la norma administrativa que su patrocinado ha infringido, en relación a las cotizaciones supuestamente no realizadas. **Al respecto.** La contratación estatal se rige por los principios de concurrencia de postores, transparencia e imparcialidad en la contratación; si en una contratación no se cumple con estos principios, interesándose indebidamente y direccionado la compra a un determinado postor, se infringe las reglas de la contratación estatal.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

77. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción que el acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA**, no se encuentra en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de una persona que goza de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, y que en mérito a su misma condición de funcionario público, evidentemente conocía la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado del acusado una conducta diferente a la que realizó; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsas de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal del acusado; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

78. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
79. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
80. La motivación de la sentencia deber abordar el procedimiento judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco del abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como confesión sincera, tentativa, concurso, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como los es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la comunidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva³¹⁹.
81. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es**

³¹⁸ Casación N° 841-2015- AYACUCHO- Sala Penal Permanente- Corte Suprema de Justicia de la República.

³¹⁹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

- materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal);** en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
82. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
83. Que, mediante Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2014; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los sujetos agentes, y el desarrollo que se hace en los siguientes considerandos, de imponerle una pena con carácter de suspendida.
84. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.³²⁰ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
85. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
86. Estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de TRES AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de un procesado que no tiene antecedentes penales; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

³²⁰ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

Respecto de la pena de inhabilitación

87. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
88. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”³²¹. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.
322
89. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) no puede ser menor de seis meses ni mayor de diez años; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponerle *la privación de la función, cargo o comisión que ejercían el condenado y la imposibilidad para obtener cargo, empleo o función de carácter público*; por el plazo solicitado por el señor fiscal; de **TRES AÑOS**.

Respecto de la pena de días multa.

90. Los días multa como pena, se encuentra regulado en el artículo 41° del Código Penal, que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijado en días multa. El importe del día- multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas o remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.
91. Si bien fiscalía no ha solicitado la pena de días multa, se trata de una pena principal prevista en el mismo tipo penal, vigente a la fecha de los hechos; por lo que imponerlo no implica un fallo sorpresivo, sino que resulta ineludible su aplicación, al amparo del principio de legalidad penal.
92. El tipo penal de Negociación Incompatible, también contempla como pena principal el pago de los días multa, entre los 180 hasta los 365. Por lo que tomando en consideración que se impuesto una pena dentro del tercio inferior, los días – multa deberá ser fijando también en esa proporción; **es decir en 180 días multa**.
93. Estando a que el acusado en sus generales de ley ha indicado estar desempleado; siendo ello así, los días multa serán fijados tomando como referencia al Remuneración Mínima Vital, a razón del 25% de sus ingresos diarios; se fija la suma de S/. 1 ,395.00 soles por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

94. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación

³²¹ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

³²² Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.

95. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.³²³
96. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.³²⁴
97. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).³²⁵
98. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 10, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Malca Saldaña ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se ha interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa proveedora.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta del acusado.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto el acusado con su accionar, ha realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. El acusado, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, ha mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como funcionario de la Municipalidad Provincial de Chepén.

99. No puede soslayarse, que los bienes fueron entregados a las Municipalidad; por lo que no advierto un daño patrimonial, pero sí un daño extra patrimonial, que tiene que ver con la vulneración al bien jurídico imparcialidad, transparencia y libre competencia de postores. Por lo que al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; **correspondiendo imponerle un pago en la suma de S/.7,000.00 soles (SIETE MIL SOLES), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/. 3, 500.00 soles cada una;** pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
100. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, “*El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión*

³²³ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

³²⁴ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

³²⁵ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”³²⁶

101. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos*. *El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena*”.³²⁷

COSTAS

102. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que el acusado se declaró inocente de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que ha ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerle el pago de las costas procesales

XVIII. PARTE RESOLUTIVA

103. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral 24) literal e), 138° y 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11°, 12°, 23° 57°, 58°, 59°, 92°, 93°, **399° del Código Penal**, así como los artículos 393°, 394°, 395°, 396°, 398° del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

- LL. **CONDENAR** al acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA** como autor del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de TRES AÑOS**; bajo las siguientes reglas de conducta:

104. No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
105. Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
106. No cometer nuevo delito doloso.

³²⁶ EXP. N.° 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

³²⁷ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

107. Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, **en la suma de S/. 7,000.00 soles; a ser cancelados en DOS cuotas mensuales de S/ 3. 500.00 soles cada una**, dentro del mes siguiente de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación y presentado en el despacho fiscal, a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- MM. IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para el acusado **OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA** consistente en **la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el periodo de TRES AÑOS**, de conformidad con lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- NN. IMPONGO la PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija la suma de S/ 1, 395.00; que será pagado dentro de los días diez días siguientes de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- OO. FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **SIETE MIL SOLES (S/ 7,000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada por el acusado, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- PP. NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- QQ. CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.
- RR. ABSOLVER** al acusado **LAZARO CORNEJO DE LA OLIVA** como cómplice primario del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. CONSENTIDA y/o EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE, respecto de éste acusado**, las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHIVASE DEFINITIVAMENTE** el proceso en el modo y forma de ley.
- SS. DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 05050-2015-55-1601-JR-PE-07
ACUSADOS : WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA
FREDDY VARGAS RONCAL
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE

ESPEC. JUDICIAL : ZAIRA ZUMARÁN SÁNCHEZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: SIETE

Trujillo, doce de junio

Año dos mil dieciocho. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido contra el acusado **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA** como **autor**, y contra el acusado **FREDDY VARGAS RONCAL**, en calidad de **cómplice primario** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO**, representado por la **Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

2. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:

- vv) **FISCAL: Dra. IRIS DEL ROCIO BERNAL POLO**, Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Provincial Especializada Anticorrupción de La Libertad, con casilla electrónica 88724.
- ww) **ABOGADO DEL ACTOR CIVIL - PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN: Dra. MARIA ELENA SOLIS MENDOZA**, con registro CALL N° 5405, con domicilio procesal en Calle San Martin de Porres N° 386 - 2 segundo piso Urbanización San Andrés 2 etapa, con casilla electrónica 53298.
- xx) **DEFENSA DEL ACUSADO WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA: Dr. JAIME MANUEL CHENG AMAYA**, CALL 2721, con casilla electrónica N° 8695.
- yy) **DEFENSA DEL ACUSADO FREDDY VARGAS RONCAL: Dr. FRANCISCO MARTIN MORALES GÁLVEZ**, CALL 8232, con casilla electrónica N° 17537; en la epata de oralización y alegatos estuvo representado, a pedido del acusado, por el defensor Cheng Amaya, cuyos datos ya fueron indicados.
- zz) **ACUSADO: WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA**, identificado con DNI N° 17853732, nacido el 15.12.1963, de 54 años de edad, natural de Trujillo, labora en el Hospital Regional, estado civil casado con Rocio Huaccha Cotrina, tiene tres hijos, contador, tiene un ingreso aproximado mensual de S/. 1,650.00, hijo de Francisco y Aurora, no tiene antecedentes penales, domicilio real en Pasaje Atenas N° 338 – Santa Isabel.
- aaa) **ACUSADO: FREDDY VARGAS RONCAL**, identificado con DNI N° 17851756, nacido el 05.04.1961, de 57 años de edad, natural de Trujillo, casado con Malena Ramírez Peláez, tiene un hijo, grado de instrucción superior incompleta – Ingeniería de Sistemas, labora en el Hospital Regional, tiene un ingreso aproximado mensual de S/. 2,200.00, hijo de Carlos y Olga, tiene con domicilio real en Módulo J2-1 Dpto. 401 – Monserrate V Etapa -Trujillo

XIX. PARTE EXPOSITIVA

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

3. La representante del Ministerio Público sostiene que, en octubre de 2010, el acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra, en calidad de Jefe del Área de Adquisición y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, y el acusado Freddy Vargas Roncal, en calidad de Jefe de Logística de la misma institución, adquirieron tres lámparas cialíticas por el importe de S/.16, 200.00 soles; pero fraccionado en dos órdenes de compras, con la guía de internamiento N°1981 y 2009. La primera por el monto de S/. 10,800.00 soles y la segunda por el monto de S/. 5,400.00 soles; a pesar de haber podido realizar una sola compra, como lo establece la Ley de Contrataciones; sin embargo, realizaron la compra de manera directa, sin ningún proceso de contratación, demostrando su interés indebido al contratar con la Empresa Mary Import EIRL, que en esa fecha no contaba con registro de proveedores en el OSCE.
4. Se demostrará la responsabilidad penal de los acusados, mediante las órdenes de compra e internamiento, con el informe del OSCE, que señala que la empresa contratante no se encontraba registrada, y con el MOF del Hospital Regional Docente, donde se establece las funciones de los acusados como funcionarios del aludido nosocomio.
5. Se le imputa al acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra tener la calidad de autor y al acusado Freddy Vargas Roncal, tener la calidad de cómplice primario del delito de Negociación Incompatible.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

6. Los hechos han sido calificados por la representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal, que estipula lo siguiente:

Artículo 399° Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

7. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, la representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA y FREDDY VARGAS RONCAL**, la pena de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD e INHABILITACIÓN para la obtención de mandato, empleo o cargo público POR EL MISMO PERIDO QUE LA PENA PRINCIPAL**.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

8. Durante el juicio se demostrará la responsabilidad civil de los acusados, en la medida que existe un hecho antijurídico, en la adquisición de las lámparas cialíticas, la cual se realizó de forma fraccionada, el mismo día; pues si hubiera existido un solo requerimiento se habría tenido que llevar a cabo un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, para ello el proveedor debía tener registro nacional de proveedores en la OSCE; pero como no lo tenía, los acusados fraccionaron la compra en dos, para efectuar la compra de modo directo, no requiriéndose que la empresa Mary Import EIRL tuviera registro. Con ello se ha ocasionado un daño al correcto funcionamiento de la administración pública, al no haber actuado bajo sus deberes de imparcialidad; advirtiéndose en los acusados un actuar doloso. Solicita una pretensión civil de S/. 20,000.00 soles que deberá ser cancelada de modo solidario por los acusados.

ALEGATOS PRIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUTIÉRREZ SALVATIERRA (Dr. Cheng)

9. Se demostrará que las supuestas conductas punitivas carecen de sustento legal, pues los actos realizados para la contratación de las lámparas cialíticas, no se encontraban prohibidos; por ello no hay antijuricidad. Los Procesos de Adjudicación de Menor Cuantía se realizaban a partir de 3 UIT, en ese caso se han hecho dos compras menores a 3 UIT. Que el art 19° de la Ley de Contrataciones permitía el fraccionamiento. Se demostrará la inocencia de su patrocinado.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO VARGAS RONCAL (Dr. Morales)

10. Solicitará se emita una sentencia absolutoria, toda vez que en éste hecho no existió voluntad para realizar ello, sino que responde a un estado de necesidad por la peste Bubónica y la gripe H1N1. Este actuar está enmarcado dentro de la Ley de contrataciones del Estado.

NUEVA PRUEBA

11. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado:

Del Ministerio Público: No se ofreció.

Por la defensa del Actor Civil. No se ofreció.

Por la defensa del acusado Vargas Roncal: No se ofreció.

Por la defensa del acusado Gutiérrez Salvatierra: Ofrece recortes periodísticos, que acreditan que era latente la peste Bubónica y Gripe H1N1. Asimismo, la Opinión N° 027-2016 de OSCE donde precisa que por compras menores a 3UIT los proveedores no tenían que encontrarse registrados.

Mediante **RESOLUCION N° TRES**, se declara inadmisibile el ofrecimiento de los nuevos medios probatorios por no cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 373° del Código Procesal Penal.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

12. **Declaración del acusado WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA.**

A las preguntas formulada por el fiscal

Es Bachiller en contabilidad. Es empleado público del Hospital Regional desde el año 1990. En octubre de 2010, ocupaba el cargo de Jefe de la Unidad de Adquisiciones, tenía entre sus funciones proveer al Hospital Regional de bienes y servicios necesarios para su normal funcionamiento. Ha participado en las contrataciones de bienes y servicios, aplica la normatividad vigente; en éste caso La Ley de Contrataciones aprobada por Decreto Leg. 1017 y su Reglamento. Ha suscrito la orden de compra- guía de internamiento N° 2009, de fecha 25 de octubre de 2010. El requerimiento fue del Departamento de Emergencia donde solicitaba la adquisición de 15 lámparas cialíticas para atender los consultorios a su cargo y que eran necesarios para afrontar la epidemia de influenza. El requerimiento fue emitido por el Dr. Azabache. El trámite que se sigue es por conductor regular; es el Director quien hace llegar su requerimiento a Logística. Su función fue atender lo solicitado por el Departamento de Emergencia, solo se pudo atender tres lámparas. El requerimiento llegó a la Oficina de Logística y también se acercó el personal para que sustenten el pedido, su sustento fue debido a epidemia desatada en el 2010, pues llegaban al hospital diferentes pacientes y debían estar preparados. Se compró solo tres lámparas porque no había más dinero. Tenían cotizaciones en el área y solicitaron a otros proveedores la cotización. Inicialmente solo se hicieron dos órdenes de compra, una orden por dos lámparas, el área usuaria argumentó que no era suficiente por la cantidad de pacientes, es así que se adquirió una más. Las lámparas fueron adquiridas de la empresa Mary Import porque entregaban en corto tiempo, el precio era de mercado y la marca era reconocida. Se adquirió por la calidad del producto, plazo de entrega y precio. Solicitó cotizaciones a tres proveedores. Ese requerimiento no estaba en el Plan Anual, el cual fue realizado por la gestión anterior, donde no figura la compra de lámparas cialíticas, por eso no podía convocar a un proceso de selección y había urgencia. Anteriormente, no había contratado con la Empresa Mary Import,

verificó de acuerdo a ley vigente que, si cumplía con los requisitos, vio que su RUC estaba habilitado, no estaban prohibidos para contratar con el Estado porque no estaban sancionados por el OSCE. No verificó si se encontraba autorizada para contratar con el Estado porque la compra no le exigía, cuando se trata de procesos de selección si se debía verificar. Pidió cotizaciones a la empresa Bayomed y a la empresa Ricaf.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

Se le pone a la vista las órdenes de compra, donde reconoce su firma. Ambas órdenes de compra fueron emitidas el 25 de octubre de 2010. El área usuaria anteriormente requirió 15 lámparas; primero se pensó comprar solo dos lámparas porque no había más dinero, y ante el reclamo del área usuaria, quienes volvieron a reiterar la compra de las 15 lámparas y lo hacían de manera verbal cuando se acercaban a ver sobre su pedido. La emergencia había terminado el 15 de octubre y enviaron su requerimiento el 18 de octubre, la emergencia no fue prorrogada mediante documento, pero el problema era latente. Para la compra por el monto de S/. 16,200.00, si el proceso hubiera estado en el Plan Anual hubiera correspondido realizar un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía.

A las preguntas formuladas por la defensa del acusado Vargas Roncal

Ninguna pregunta

A las preguntas formuladas por su abogado defensor.

Solicitó tres cotizaciones, pero solo le trajeron dos, de la empresa Mary Import y empresa Bayomed. La primera empresa presentó un precio menor y el plazo de entrega era más rápido, en cambio en la otra empresa el precio era mayor y el plazo de entrega más largo, criterios que se tomaron en cuenta para hacer la orden de compra. No había norma prohibitiva para hacer compras fraccionadas. En el artículo 19 ° de la Ley de contrataciones no estaba prohibido, además teniendo en cuenta la emergencia adquirieron en forma directa. En setiembre de 2012, este artículo fue modificado y se señaló que estaba prohibido modificar el proceso de selección de compras menores a 3UIT.

13. Declaración del acusado FREDDY VARGAS RONCAL.

A las preguntas formuladas por el fiscal

Tiene estudios incompletos en Ingeniería de Sistemas. Labora en el área de informática del Hospital Regional, desde 1986. En octubre de 2010 estaba a cargo de la Oficina de Logística, se encargó de coordinar con la Dirección y ver los bienes y servicios por medio de las áreas técnicas. Suscribió las órdenes de compra 2009 y 1981, las cuales se le pone a la vista. Hubo un requerimiento de 15 lámparas porque había emergencia en el hospital. La unidad de adquisiciones elabora las órdenes y su persona las suscribe después de todo el proceso. La orden de compra 2009 autoriza la compra de dos lámparas y la orden de compra 1981 la compra de una. Puede deberse a que inicialmente hubo para comprar dos, pero luego se coordina para la compra de otra. Señala que ambas son del 25 de octubre de 2010. Había un requerimiento mayor, pero presupuestalmente no se podía comprar. Observaron la Ley de contrataciones vigente. Solo hizo las órdenes y tuvo a la vista el expediente, que contiene cotizaciones y el requerimiento; anteriormente no se verificaba el registro de las empresas con las que se contrataba.

A las preguntas formuladas por la defensa del actor civil

La orden de compra 1981 es por el monto de S/. 5,400.00 soles y la orden de compra es de S/.10,800.00 soles, si se hubiera emitido una sola orden de compra se hubiera realizado un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía. Refiere que hubo una resolución del Gobierno Regional declarando estado de emergencia por la peste bubónica, la cual estuvo vigente hasta el 15 de octubre. Las fechas de las órdenes de compra eran del 25 de octubre, no existió prórroga de dicha resolución, pero la emergencia continuaba y se necesitaba equipar el hospital. La Ley de Contrataciones y su reglamento vigente a la fecha de los hechos señalaba que las adquisiciones mayores a 3UIT debían hacerse mediante un proceso. No recuerda el monto de la UIT, ninguna de las dos órdenes de compra superaba las 3UIT.

A las preguntas formuladas por la defensa de Gutiérrez Salvatierra

Hasta diciembre hubo casos de peste bubónica y gripe H1N1. Fue jefe de logística durante dos años. Las compras en forma separada no le han generado daño al Estado porque han actuado conforme a la normatividad.

A las preguntas formuladas por su abogado defensor

No se encargaba de verificar o seleccionar las cotizaciones; el encargado era el área de adquisiciones. No recuerda cuantas cotizaciones hubo.

A las preguntas formuladas por el Juez

Estas lámparas eran LED y de luz fría, servían para auscultar la garganta del paciente. Quien tuvo la capacidad de decidir la compra las lámparas era el área de Adquisiciones, su función consistía en visar las órdenes de compra después de todo el proceso. Con un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, la adquisición de las lámparas hubiera durado un mes.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

14. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

bbbb) Orden de compra- Guía de Internamiento N°209, a folios 7, de fecha 25 de octubre de 2010, que fue suscrito por el acusado Freddy Vargas Roncal, en calidad de Director de la Oficina de Logística y Wilson Gutiérrez Salvatierra, en su calidad de Jefe del Área de Adquisiciones y Negociaciones, por la adquisición de dos lámparas cialíticas, por la suma de S/. 10,800.00 soles. Acredita el fraccionamiento realizado por los acusados.

cccc) Orden de compra- Guía de Internamiento N°209, a folios 8, de fecha 25 de octubre de 2010, por la adquisición de una lámpara cialítica, por la suma de S/. 5,400.00 soles, firmado por los acusados.

▪ **Observaciones:**

Defensa del actor civil: Señala que las órdenes de compra fueron emitidas a favor del mismo proveedor.

Dr. Cheng Amaya: No acredita la tesis inculpativa del Ministerio Público.

dddd) Manual de organización y Funciones de la Unidad de Logística, donde se establece las funciones de Freddy Vargas Roncal, en calidad de Jefe de Logística.

▪ **Observaciones:**

Defensa del actor civil: También se señala como funciones específicas del señor Vargas Roncal era cumplir y hacer cumplir los reglamentos, manuales del Hospital Regional

Dr. Cheng Amaya: Acredita que los acusados han cumplido sus funciones dentro del marco legal.

eeee) Manual de Organización y Funciones de la Unidad de Adquisiciones y Negociaciones, en el cual se establecen las funciones del acusado Wilson Gutiérrez Salvatierra, dentro de sus funciones específicas tenía la de dirigir y controlar la compra de bienes programadas y no programadas, de acuerdo a las normas vigentes y disponibilidad presupuestal; así como adquirir los bienes y servicios aplicando criterios técnicos de calidad, calidad y precio, entre otras.

▪ **Observaciones:**

Defensa del actor civil: Tenía que cumplir y hacer cumplir los reglamentos, manual de normas

Dr. Cheng Amaya: Sus patrocinados han cumplido sus funciones.

ffff) **Registro del SEACE respecto de la empresa “Mary Import”**, donde se puede advertir respecto a su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores que a la fecha 19 de octubre de 2010, su estado de inscripción era NO APROBADO, siendo aprobada recién el 16 de enero de 2011; es decir, a la fecha de adquisición de las lámparas cialíticas no se encontraba habilitada para contratar con el Estado.

▪ **Observaciones:**

Defensa del actor civil: Reitera que recién a partir del 6 de enero de 2011, se encontraba aprobada su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores.

Dr. Cheng Amaya: La inscripción no es un requisito para las contrataciones directas, no se trata de una inhabilitación pues la misma debe ser declarada.

gggg) **Oficio N°217**, de fecha 18 de octubre de 2010, es el requerimiento del Departamento de Emergencia, donde se acredita que fue por 15 lámparas cialíticas.

hhhh) **Factura emitida por la empresa proveedora “Mary Import”**, por el monto de S/. 10,800.00 soles que corresponde a una de las órdenes de compra.

iiii) **Cotizaciones**, tiene como fecha 2 de diciembre de 2010, fecha distinta a la que se realizó la adquisición.

jjjj) **Cotización de la Empresa “Bayomed Healthc Peru SAC”**, tiene como fecha 16 de octubre de 2010, la misma que es anterior al requerimiento de las lámparas.

▪ **Observaciones:**

Defensa del actor civil:

Oficio N°217, fue recibido el 19 de octubre de 2010.

Cotización presentada por la Empresa “Mary Import”, a folios 22, señala fecha 2 de diciembre de 2010, recibida ese mismo día por la Unidad de Logística.

Cotización, a folios 25, de fecha 25 de octubre de 2010, presentadas por Mary Import por lámparas cialíticas, la cual no cuenta con sello de recepción del área de Logística.

Cotización presentada por la empresa “Bayomed Healthc Peru SAC”, de fecha 16 de octubre de 2010, a pesar de que el pedido del área usuaria es del 18 de octubre de 2010.

Dr. Cheng Amaya:

Cotización de “Bayomed Healthc Peru SAC”, se debe precisar que hubo otros requerimientos. **Cotización** de la empresa Mary Import, de fecha 25 de octubre de 2010, es con la que se hizo la compra con dichos precios.

Cotización, de fecha 2 de diciembre de 2010, se hizo en base otros requerimientos.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

15. Por comunidad de prueba, los mismos que fueron ofrecidos y admitidos al Ministerio Público.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS

16. No ofrecieron medios probatorios.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

17. Sostiene que se ha acreditado que los acusados han incumplido con la normatividad vigente del 2010, para contratar con la Empresa “Mary Import” para la adquisición de tres lámparas cialíticas, en dos compras. El acusado Gutiérrez Salvatierra, como responsable del área de Adquisiciones y Negociaciones, estaba encargado de la adquisición; asimismo, era su responsabilidad dirigir la compra de los bienes. Asimismo, los acusados han indicado que la compra se hizo por un estado de emergencia, si bien el estado de emergencia

autoriza una compra y exonera del procedimiento administrativo, esta compra no encajaba dentro del estado de emergencia, pues señalaron que la resolución fue emitida 14 de agosto de 2010, por lo que a la fecha de la adquisición había vencido; los acusados tenían conocimiento de ello, por eso fraccionaron a efectos de encajarlo en un compra directa, pues el artículo 3° de la Ley de Contrataciones señalaba que la ley no se aplicaba a la compras menores a 3 UIT. La adquisición de las lámparas correspondía a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, por lo que han modificado el tipo de proceso que le correspondía a efectos de realizarlo como una compra directa para beneficiar a la empresa, quien no tenía autorización para contratar con el Estado.

18. Asimismo, el reglamento de la ley de contrataciones establece en el artículo 20° numeral 2, que no se considera fraccionamiento, si con posterioridad a la elaboración del PAC, surge una necesidad imprevisible, adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una sola contratación. Todo ello demuestra que los acusados se interesaron en contratar con la Empresa “Mary Import”, y para ello fraccionaron la adquisición en dos órdenes de compra. En atención a ello solicita se les imponga a los acusados, cuatro años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo periodo.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (PROCURADURÍA PÚBLICA)

19. Se tiene por acreditada la responsabilidad civil de los acusados. Los acusados Gutiérrez Salvatierra, en su calidad de Jefe del Área de Adquisiciones y Negociaciones y el acusado Vargas Roncal, en su calidad de Director de la Oficina de Logística, se interesaron en beneficiar a la empresa “Mary Import” en la compra fraccionada de tres lámparas cialíticas por la suma de S/. 16,200.00 soles. Ello ha quedado acreditado con las órdenes de compra que han sido oralizadas, en la cual se puede apreciar que una de ellas es por el monto de S/10,800.00 soles, es decir el tope de las 3 UIT para poder realizar compras directas.
20. La empresa “Mary Import” no podía haber sido contratada en un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, pues no se encontraba registrada en el Registro Nacional de Proveedores, porque recién se encuentra autorizada desde el 6 de enero de 2011. Se ha acreditado el daño, pues se ha afectado el correcto funcionamiento de la Administración Pública, faltar a los deberes y principios. Se ha acreditado la relación de causalidad, pues se ha contratado con una empresa fraccionando para que esta adquiera la compra de estas lámparas causando perjuicio al Estado. Solicita se imponga a los acusados una reparación civil de S/. 20,000.00 soles que deberá ser cancelada de manera solidaria a favor del Estado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO GUTIERREZ SALVATIERRA Y VARGAS RONCAL

21. La sentencia del TC N° 197-2010-PA, en relación al principio de legalidad, determina que no se puede atribuir a una persona una falta o un delito si previamente no se encuentra establecida en la ley taxativamente, exigiéndose tres condiciones, que la ley lo exprese taxativamente, que el hecho punible sea anterior a la ley prescrita y que se describa la acción incorrecta.
22. Se ha mencionado, que se ha demostrado toda la tesis inculpativa; sin embargo, la fiscalía ha señalado que se realizó un fraccionamiento, se ha demostrado que la ley establece que el fraccionamiento se realiza cuando se quiere modificar el proceso de selección; sin embargo, la ley no establece como proceso de selección compras directas o compras menores a 3UIT. También se ha precisado que se incumplió con lo establecido en el artículo 20° del Reglamento por cuanto si bien no estaba inscrita en el PAC se podía incluir y hacer en una sola compra, este artículo establece en un proceso de selección, además el artículo 20° no ha sido precisado ni mencionado en la acusación ni juicio oral. El artículo 3.3 de la Ley señala que las contrataciones cuyos montos sean menores a 3UIT no están comprendidas en la norma de contrataciones. Si bien ha habido compras separadas al no ser un proceso de selección no existe fraccionamiento, tampoco se puede inferir el mismo haciendo una interpretación extraña.
23. Los acusados han cumplido sus funciones aplicando la Ley de contrataciones, desarrollo humano y eficacia para la ciudadanía y evitar muertes. Si bien no se estaba ante un estado de emergencia, ello no implica que no se realicen acciones de emergencia. No existe perjuicio económico, la casación 237-2017-PUNO, señala que, al ser el delito de Negociación Incompatible, de peligro concreto se requiere la creación de un daño, el cual no ha sido tomado en cuenta en el juicio. Sus patrocinados no se han interesado indebidamente porque

han cumplido sus funciones de acuerdo a su MOF, además solo han tratado de ayudar, no se ha demostrado el interés.

24. Si bien se pueden haber cometido faltas administrativas por el apuro de la situación, no implica que se ha incumplido la norma penal. No existe favorecimiento a ninguna empresa. Por lo que solicita que sus patrocinados sean absueltos de la acusación.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO GUTIERREZ SALVATIERRA

25. Sostiene que actualmente se viene dando la misma situación y se están realizando compras directas para salvar a los pacientes, por montos de S/. 180.000.00 soles. La función de Logística en el Hospital Regional es distinta a otras áreas del Estado, y debe actuar y por eso en dicha oportunidad actuaron.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO VARGAS RONCAL

26. Se considera inocente.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE

27. El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

M. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.³²⁸

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.³²⁹

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”³³⁰

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido los siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de

³²⁸ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

³²⁹ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

³³⁰ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...).³³¹

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.³³²

N. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

z) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.³³³ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.³³⁴ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.³³⁵

aa) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.³³⁶ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr

³³¹ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de Marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

³³² SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574-575.

³³³ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 566-567.

³³⁴ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

³³⁵ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 48.

³³⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

bb) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.³³⁷

cc) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco res relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.³³⁸

dd) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.³³⁹ En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.³⁴⁰

O. Tipicidad Subjetiva.

³³⁷ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 570-571.

³³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 572.

³³⁹ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

³⁴⁰ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 573

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.³⁴¹

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

28. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158º del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
29. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado.* 5. *Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)*”.³⁴²
30. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XX. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Respecto de la imputación concreta

31. Fiscalía imputa a los acusados Gutiérrez Salvatierra, haberse interesado en la contratación de lámparas cialíticas, para cuyo efecto procedieron a fraccionar intencionalmente la compra de tres lámparas, en dos compras directas menores a 3UT, con la finalidad de evitar que se llevara a cabo un Proceso de Adjudicación

³⁴¹ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 577.

³⁴² STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

de Menor Cuantía, y favorecer a la empresa Mary Import EIRL, la cual no se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores. En el caso de Vargas Roncal, haber auxiliado dolosamente para la realización del delito, pues ha firmado las órdenes de compra; conociendo que estaba prohibido el fraccionamiento.

32. Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponde determinar si los acusados **WILSON GUTIERREZ SALVATIERRA**, en calidad de autor y **FREDDY VARGAS RONCAL**, en calidad de cómplice primario, **han realizado cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal**, y si a la luz de la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste a los acusados.

Respecto de la calidad de Funcionario Público y el cargo que los acusados ostentaban en el Hospital Regional Docente de Trujillo

33. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)**”.
34. A efectos de acreditar la calidad de funcionarios públicos y el cargo que los acusados desempeñaban, tenemos la **orden de compra-guía de internamiento N° 2009 y N° 1981**³⁴³, en las cuales se puede apreciar las firmas y sellos de los acusados. En el caso del acusado Wilson Gutiérrez Salvatierra, en calidad de Jefe del Área de Adquisiciones y Negociaciones, y el acusado Freddy Vargas Roncal, en calidad de Director de la Oficina de Logística del Hospital Regional Docente de Trujillo.
35. Asimismo, el acusado Wilson **Santiago Gutiérrez Salvatierra**, ha indicado en su declaración que “(...) *Es empleado público del Hospital Regional desde el año 1990. En octubre de 2010, ocupaba el cargo de Jefe de la Unidad de Adquisiciones, tenía entre sus funciones proveer al Hospital Regional, de bienes y servicios necesarios para su normal funcionamiento (...)*”. Por su parte, el acusado **Freddy Vargas Roncal**, ha indicado que “(...) *Labora en el área de informática del Hospital Regional, donde labora desde 1986. En octubre de 2010 estaba a cargo de la Oficina de Logística, se encargó de coordinar con la Dirección y ver los bienes y servicios por medio de las áreas técnicas (...)*”. Ha quedado probado que los acusados tenían la calidad de funcionarios públicos del Hospital Regional Docente de Trujillo.

Sobre la compra de las lámparas cialíticas

36. No ha sido materia de contradicción la compra de tres lámparas cialíticas, la cual consta en la **Orden de compra-guía de internamiento N° 0002009**, de fecha 25 de octubre de 2010, que tiene por objeto la compra de dos lámparas cialíticas rodables, cada una por el precio de S/. 5,400.00 soles, haciendo un total de S/. 10,800.00 soles; así como en la **Orden de compra-guía de internamiento N° 0001981**, de fecha 25 de octubre de 2010, por la compra de una lámpara cialítica rodable por el precio de S/. 5,400.00 soles. Teniendo como proveedor en ambas compras a la empresa May Import EIRL.
37. Hecho que no ha sido negado por los acusados, pues el acusado Gutiérrez Salvatierra, indicó “*Ha suscrito la orden de compra- guía de internamiento N° 2009 de fecha 25 de octubre de 2010. El requerimiento fue del Departamento de Emergencia donde solicitaba la adquisición de 15 lámparas cialíticas para atender los consultorios a su cargo y que eran necesarios para afrontar la epidemia de influencias. (...) Se compró solo tres lámparas porque no había más dinero. Tenían cotizaciones en el área y solicitaron a otros proveedores la cotización. Inicialmente solo se hicieron dos órdenes de compra, una orden por dos lámparas, el área usuaria argumentó que no era suficiente por la cantidad de pacientes, es así que se adquirió una más. Las lámparas fueron adquiridas de la empresa Mary Import porque entregaban en corto tiempo, el precio era de mercado y la marca era reconocida, se adquirió por la calidad del producto, plazo de entrega y precio*”. De la misma forma el acusado Vargas Roncal, precisó que: “*Suscribió las órdenes de compra 2009 y 1981, las cuales se le pone a la vista. Hubo un requerimiento de 15 lámparas porque había emergencia en el hospital. La Unidad de Adquisiciones elabora las órdenes y su persona las suscribe después de todo el proceso. La orden de compra 2009 autoriza la compra de dos lámparas y la orden de compra 1981 la compra de una*”.

³⁴³ A folios 7 y 8

38. Ha quedado probado la compra de tres lámparas cialíticas, dos de ellas en una sola compra, por el monto de S/. 10,800.00 soles y otra por el monto de S/. 5,400.00 soles, ambas con fecha 25 de octubre de 2010 y teniendo como proveedor a la empresa Mary Import EIRL.

Respecto de la relación funcional del acusado Gutiérrez Salvatierra

39. La **relación funcional** del acusado Wilson Gutiérrez Salvatierra, en calidad de Jefe de Adquisiciones y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, en la contratación de las lámparas cialíticas, se prueba con el Manual de Organización y Funciones, donde se establece que, son funciones específicas del Jefe del Área de Adquisiciones y Negociaciones: *“Efectuar los procesos técnicos de la adquisición de bienes y servicios. Dirigir y controlar la compra de bienes programados y no programados, de acuerdo a las normas vigentes y disponibilidad presupuestal. Adquirir los bienes y servicios aplicando criterios técnicos de calidad, oportunidad, calidad y precio. Supervisar y controlar la oportuna atención y ejecución de las órdenes de compra por parte de los proveedores. Supervisar la adquisición de bienes y servicios de acuerdo a los procedimientos de adquisiciones y contrataciones del Estado”.*

Respecto del interés indebido en la contratación

40. El artículo 3. 3.3 g) y 19° de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017), establecía lo siguiente:

Artículo 3. Ámbito de la ley.

(...)

3.3. La presente norma no es aplicable para:

(...)

h. Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (03) Unidades Impositivas Tributarias³⁴⁴, vigentes al momento de la transacción; salvo que se trate de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenio Marco.

Artículo 19°.- Prohibición de fraccionamiento

Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual. (...)

41. El artículo 20° del reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 184-2008- EF, establece:

Artículo 20° La prohibición de fraccionamiento a que hace referencia el artículo 19 de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo de proceso de contratación.

(...)

No se considera fraccionamiento cuando:

(...)

2. Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una contratación, salvo que respecto de la contratación programada aún no se haya aprobado el expediente de contratación.

42. Está probado que la adquisición de las tres lámparas se realizó de manera fraccionada, pues se emitieron dos órdenes de compra, por el mismo producto, en la misma fecha y a favor del mismo proveedor.
43. Para esta judicatura, se realizó de manera deliberada a efectos de evadir la realización de un proceso de selección y la correspondiente aplicación de la Ley de Contrataciones, pues se realizaron dos compras teniendo en cuenta que los precios no excedan las 3UIT (equivalente a S/.10,800.00 soles a la fecha de los hechos) Asimismo, se debe tener en cuenta que ambas órdenes de compra tienen como fecha, 25 de octubre de 2010; que si bien los acusados han indicado que ante la falta de presupuesto solo adquirieron 2 lámparas,

³⁴⁴ Según el Decreto Supremo N° 311-2009- EF, publicado el 30 de diciembre de 2009, la UIT para el año 2010 era de S/ 3600.00 Soles.

pero ante la reiterada solicitud del área usuaria se adquirió una más, este argumento no tiene asidero si consideramos que el requerimiento inicial fue por un total de 15 lámparas cialíticas y ante el supuesto de que no había dinero, como es que en la misma fecha se adquirió una lámpara más.

44. Se puede inferir que los acusados se interesaron de manera indebida en la adquisición de las lámparas cialíticas, al proceder a fraccionar la compra, a pesar de haberla podido realizar en una sola, y ello con el único objetivo de omitir el proceso de selección correspondiente (Proceso de Menor Cuantía) y adquirir los bienes en forma directa.
45. Al respecto, el Recurso de Nulidad N° 1328-2011, establece como un indicio del delito de Negociación Incompatible, *el infringir lo establecido en el artículo 19° de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N°1017) al permitir el fraccionamiento de un contrato*³⁴⁵.
46. La doctrina ha señalado que el interesarse, desde una perspectiva del delito de Negociación Incompatible, implica una pretensión de parte, que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo, es decir, se avoca a una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son lo de la administración pública.³⁴⁶

Respecto del provecho de tercero

47. Ha sido oralizada la documental donde obra la **información sobre inscripción en el Registro Nacional de Proveedores de la OSCE**, de fecha 6 de abril de 2016 (de folios 16 al 18), donde se aprecia que la empresa Mary Import EIRL, con número de RUC 20124272123, en octubre de 2010, tenía como estado de inscripción NO APROBADO, por lo que no podía contratar con el Estado. Recién fue inscrita en el Registro Nacional de Proveedores el 06 de enero de 2011. Pues el Artículo 9.1° de la Ley de Contrataciones, señala que: *Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado.*
48. Con lo que se acredita que, si se hubiera realizado un proceso de selección, la empresa Mary Import EIRL, se hubiera encontrado en la imposibilidad de ser proveedora del Hospital Regional, pues no se encontraba registrada; por ello, los acusados procedieron a efectuar una adquisición directa, denotándose que el interés indebido se encontraba destinado a favorecer a esta empresa.

Respecto de la participación del acusado Vargas Roncal

49. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario, interesándose o conociendo el interés del otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de sus funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o celebración de los actos jurídicos. (...) ³⁴⁷ El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que este interés, es además indebido. (...) ³⁴⁸
50. La participación del acusado Freddy Vargas Roncal, en calidad de cómplice ha quedado acreditado con las Órdenes de compra- Guía de internamiento N°2009 y 1981, en la cuales obra su firma y sello en calidad de Jefe de Logística del Hospital Regional Docente; de esta forma ha contribuido dolosamente para la realización del hecho delictivo, sin lo cual la compra no se hubiera efectuado. Además, tenía dentro de sus funciones establecidas en el MOF “*Dirigir y supervisar la programación de las necesidades de bienes y servicios de las diferentes unidades orgánicas del Hospital, priorizando su adquisición de acuerdo a políticas institucionales, normas y dispositivos vigentes – Programar y controlar la adquisición de bienes y servicios del Hospital*”.

³⁴⁵ Recurso de Nulidad N° 1328-2011, del 9 de mayo de 2012. Sala Penal Permanente. Citado en Catillo Alva, José Luis. El delito de Negociación Incompatible.

³⁴⁶ Expediente N° 00607-2017-0-1601-JR-PE02- Corte Superior de Justicia de La Libertad. Fundamento 49.

³⁴⁷ REATEGUI SANCHEZ, James. El delito de Negociación Incompatible, Análisis del artículo 399 del Código Penal. Editora LEX & JURIS, Lima – Perú . 2016. Pág. 77-78.

³⁴⁸ REATEGUI SANCHEZ, James. El delito de Negociación Incompatible, Análisis del artículo 399 del Código Penal. Editora LEX & JURIS, Lima – Perú . 2016. Pág. 78.

Respecto del elemento subjetivo del tipo

51. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*³⁴⁹.
52. Que, analizada la conducta externa de los acusados, se aprecia que tenían conocimiento de cual era el procedimiento regular para la adquisición de las lámparas cialíticas, que en razón al monto de S/.16, 200.00 correspondía realizar un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía; es así que a efectos de no superar el monto de las 3UIT procedieron a fraccionarla en dos partes. A pesar de que, según su misma declaración, el área usuaria efectuó el requerimiento en un solo momento, la adquisición de 15 lámparas, solo se adquirieron tres lámparas y en forma separada. Evidenciándose su intención de contratar en forma directa para favorecer a la empresa Mary Import, pues la misma no formaba parte del Registro Nacional de Proveedores.
53. Otro dato importante que nos permite conocer el dolo de los acusados, es la propia información que han brindado en sus declaraciones. Al respecto Gutiérrez Saavedra ha indicado: *“(…) La emergencia había terminado el 15 de octubre y enviaron su requerimiento el 18 de octubre, la emergencia no fue prorrogada mediante documento, pero el problema era latente. Para la compra por el monto de S/. 16,200.00, si el proceso hubiera estado en el Plan Anual hubiera correspondido realizar un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía (...)”*. Por su parte el acusado Vargas Roncal ha dicho *“La orden de compra 1981 es por el monto de S/. 5,400.00 soles y la orden de compra es de S/.10,800.00 soles, si se hubiera emitido una sola orden de compra se hubiera realizado un Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía. Refiere que hubo una resolución del Gobierno Regional declarando estado de emergencia por la peste bubónica, la cual estuvo vigente hasta el 15 de octubre. Las fechas de las órdenes de compra eran del 25 de octubre, no existió prórroga de dicha resolución, pero la emergencia continuaba y se necesitaba equipar el hospital. La Ley de Contrataciones y su reglamento vigente a la fecha de los hechos señalaba que las adquisiciones mayores a 3UIT debían hacerse mediante un proceso (...)”*.

Argumentos de defensa.

54. Los acusados han sostenido que la compra se hizo debido al estado de emergencia por la peste bubónica y la gripe N1N1, con la finalidad de salvaguardar la vida de los pacientes y cumplir con el requerimiento de 15 lámparas cialíticas.
55. Al respecto, si bien el artículo 23° la Ley de Contrataciones del Estado, establecía que en estado de emergencia la Entidad tenía que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y la seguridad nacional, quedando exonerada de la tramitación del expediente administrativo; pudiendo ordenar la compra de lo estrictamente necesario. **Sin embargo**, para el caso, ha quedado probado que la resolución que declaró la situación de emergencia había vencido, según versión de los acusados, el 15 de octubre de 2010; pues a la fecha de la compra – 25 de octubre 2010- la resolución de emergencia había vencido y no había sido ampliada. En ese sentido, el acusado Gutiérrez Salvatierra se encontraba obligado a realizar las compras observando los procedimientos establecidos.
56. Por otro lado, debemos mencionar nuevamente lo establecido en el artículo 20° inciso 2 de Reglamento de la Ley de Contrataciones, donde establece: *“No se considera fraccionamiento cuando:(...) 2. Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una contratación, salvo que respecto de la contratación programada aún no se haya aprobado el expediente de contratación.*

³⁴⁹ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

57. Si bien la norma administrativa le facultaba realizar la compra por razones extraordinarias e imprevisibles, éstas deberían ser atendidas en su integridad en una sola contratación. Sin embargo, se fraccionó la compra en dos órdenes, y ello debido a que la empresa Mary Import EIRL no estaba inscrita en Registro Nacional de Proveedores. Pues para contratar con el estado por montos iguales y superiores a 3UIT era obligatoria su inscripción.
58. La defensa también ha dicho que no se ha probado el interés indebido. Al respecto, (...) *el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo público es un delito de mera actividad o de peligro y, por tanto, se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. Este aspecto convierte en punible la conducta en análisis.*³⁵⁰. Pues, como se ha dicho el interés en la contratación era beneficiar a la empresa, que, pese a no estaba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, se fraccionó la compra para eludir este requisito.
59. También ha dicho la defensa que no se ha probado un perjuicio al Estado. Al respecto, la CASACION N° 231-2017- PUNO ha establecido: *“este ilícito penal (negociación incompatible), deber ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa que regula las contrataciones del Estado (...) que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significa castigar una conducta por la simple apariencia de interés.”*³⁵¹ Sin embargo, para el presente proceso, se ha contratado con una empresa no habilitada en el Registro Nacional de Proveedores para vender al Estado, que implica no solo un simple interés o incumplimiento de normas administrativas, sino un interés indebido en beneficiar a una determinada empresa, hecho que atenta contra el bien jurídico que tutela en presente delito, que es la imparcialidad del funcionario público en la contratación estatal.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

60. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción que los acusados **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA y FREDDY VARGAS RONCAL**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, el primero con grado de bachiller en Contabilidad y el segundo con estudios incompletos de Ingeniería de Sistemas, y que evidentemente conocían la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsas de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

61. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta inculpada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
62. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena

³⁵⁰ Rojas Vargas Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

³⁵¹ Casación N° 231-2017- Puno.

básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.

63. La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva³⁵².
64. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
65. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
66. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **FREDDY VARGAS RONCAL**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración el término inferior; y por tratarse de un cómplice, a criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**.
67. Que, mediante Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en el año 2010; siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las calidades personales de los sujetos agentes, y el desarrollo que se hace en los siguientes considerandos, de imponerle una pena con carácter de suspendida.
68. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su*

³⁵² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y , segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario”.³⁵³ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.

69. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
70. **Para el caso concreto**, estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS y TRES AÑOS Y SEIS meses de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de DOS AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo de DOS AÑOS, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de inhabilitación

71. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
72. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”³⁵⁴. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.³⁵⁵
73. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) no puede ser menor de seis ni mayor de cinco años; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer la *Privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados*, por el plazo de DOS años.

³⁵³ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

³⁵⁴ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

³⁵⁵ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

- a) Para el acusado **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SAAVEDRA**, inhabilitación en el cargo, en el área de Adquisiciones y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, o cualquier otro cargo público que esté ocupando en la aludida entidad.
- b) Para el acusado **FREDY VARGAS RONCAL**, inhabilitación en el cargo, en el área de Logística del Hospital Regional Docente de Trujillo, o cualquier otro cargo público que esté ocupando en la aludida entidad.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

74. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
75. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.³⁵⁶
76. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.³⁵⁷
77. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).³⁵⁸
78. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 20 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que las conductas de los acusados han vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado de forma indebida en la adquisición de bienes, favoreciendo a la empresa Mary Import EIRL.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

³⁵⁶ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

³⁵⁷ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

³⁵⁸ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional como trabajadores del Hospital Regional Docente de Trujillo.

79. Al afectar el delito de Negociación incompatible, afectando la correcta administración pública, la transparencia e imparcialidad en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario en la suma de S/ .6,000.00 soles (SEIS MIL SOLES), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/ .3, 000.00 soles dada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
80. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*³⁵⁹
81. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”*.³⁶⁰

COSTAS

82. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados, se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerles el pago de las costas procesales

XXI. PARTE RESOLUTIVA

83. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2º numeral 24) literal e), 138º y 139º numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11º, 12º, 23º 57º, 58º, 59º, 92º, 93º, **399º del Código Penal**, así como los artículos 393º, 394º, 395º, 396º, 398º del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

³⁵⁹ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

³⁶⁰ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

TT. **CONDENAR** a los acusados **WILSON SANTIAGO GUTIÉRREZ SALVATIERRA**, como autor y a **FREDDY VARGAS RONCAL**, como cómplice del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en la modalidad de **interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero**, delito previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – HOSPITAL REGIONAL DOCENTE DE TRUJILLO**, representado por la **Procuraduría Anticorrupción de La Libertad**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS (para GUTIERREZ SALVATIERRA) y TRES AÑOS Y SEIS MESES (para VARGAS RONCAL)**, **DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **DOS AÑOS**; bajo las siguientes reglas de conducta:

84. No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
85. Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
86. No cometer nuevo delito doloso.
87. Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma solidaria, en la suma de S/. 6,000.00 soles, a ser cancelados en dos cuotas mensuales de S/ 3. 000.00 soles cada una, dentro del mes siguiente de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial y presentado en el despacho fiscal.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- UU. **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados, por el periodo de **DOS AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal, y conforme al considerando 72.
- VV. **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **SEIS MIL SOLES (S/ 6,000.00)**, a favor del Estado representado por la **Procuraduría Anticorrupción de La Libertad**; la misma que se cancelará de forma solidaria por los dos sentenciados, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- WW. **NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- XX. **CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.
- YY. **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal. -

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 06494-2014-20-1601-JR-PE-06
ACUSADOS : CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO
JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA
WALTER FELIPE ESOBEDO GONZÁLES
TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE
HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZUA
MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO- PROCURADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE LA LIBERTAD
JUEZ PENAL : SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE
ESPEC. JUDICIAL : MILTON ALEXI GARCIA VILLACREZ

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: QUINCE

Trujillo, treinta y uno de octubre

Del año dos mil dieciocho. -

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce; en el proceso seguido contra los acusados **CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO, JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLES, TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, quienes concurren con la medida de comparecencia simple, acusados por el Ministerio Público como **autores del delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO - MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**.

SUJETOS PROCESALES

3. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales, conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales:

- bbb) **FISCAL: Dr. LUIS GUILLERMO BRINGAS**, con domicilio procesal en Av. América Oeste MZ. B1 Lt. 01 – Of. 204 – Sector Covicorti, con casilla Electrónica N° 69515.
- ccc) **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Dr. CARLOS VALVERDE VALDERRAMA**, con registro CALL N°5679, con casilla electrónica N° 53298.
- ddd) **DEFENSA PARTICULAR DE LOS ACUSADOS VÁSQUEZ LLAMO, ESCOBEDO GONZÁLEZ, AGUILAR BALLARTE y MINCHOLA MERINO: Dr. MARIO DEZA CASTAÑEDA**, con domicilio procesal en Calle Ecuador 180 – El Recreo, con casilla electrónica N° 80925.
- eee) **DEFENSA PARTICULAR DEL ACUSADO SÁNCHEZ ESPEZUA: Dr. MARCO ALEXANDER LOZANO GUTIERREZ**, con registro CALL 7118, con domicilio procesal en Mz. V Lote 44 – 2do piso-Covicorti, casilla Electrónica N° 15873.
- fff) **DEFENSA PARTICULAR DEL ACUSADO VENTURO CUEVA: Dr. PERCY SANTA CRUZ CARBAJAL**, con registro CALL 1742, con casilla Electrónica N° 56238.
- ggg) **ACUSADO: CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO**, identificado con DNI N° 18034981, nacido el 05.11.1964, de 53 años, estado civil casado, ocupación licenciado en matemáticas puras, Alcalde de Víctor Larco, percibe S/.4, 700.00 soles, hijo de Napoleón y María, con domicilio real en Mariano Melgar N° 151 Urb. Vista Alegre; sin antecedentes penales.
- hhh) **ACUSADA: TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE**, identificada con DNI N° 80388460, nacida el 03.10.1962, de 56 años, estado civil soltera, grado de instrucción quinto de secundaria, ocupación regidora de la Municipalidad de Víctor Larco Herrera, percibe S/. 1, 365.00 soles, hija de Carlos y Juana, con domicilio real en la Mz. B Lt. 18 Los Sauces.
- iii) **ACUSADO: MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, identificado con DNI N° 17820813, nacido el 26.04.1964, de 54 años, natural de Otuzco, estado civil casado, grado de instrucción superior, ocupación médico cirujano en el Ministerio de Educación, percibe S/.8, 500.00 soles, hijo de José y María, con domicilio real en Jr. Sánchez Carrión N° 317- 319, sector Vista Alegre, distrito de Víctor Larco Herrera.
- jjj) **ACUSADO: WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLEZ**, identificado con DNI N° 18040437, nacido el 05.12.1960, de 57 años, natural de Trujillo, estado civil casado, grado de instrucción superior no concluida, de ocupación ebanista, percibe S/. 3,500.00 soles, hijo de Felipe y Teresa, con domicilio real en Jr. España N° 371, Buenos Aires, distrito de Víctor Larco Herrera; sin antecedentes penales.
- kkk) **ACUSADO: HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA**, identificado con DNI N°70668873, nacido el 10-08-1989, de 29 años, natural de Puno, estado civil soltero, grado de instrucción superior, abogado particular, percibe S/. 5,000 soles, hijo de Hugo y Luz, con domicilio real en Mz. X, Lote 23 dpto. 201 San Andrés, 5° Etapa, Tercer Sector distrito de Víctor Larco Herrera, sin antecedentes penales.
- III) **ACUSADO: JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA**, identificado con DNI N°17935626, nacido el 13.07.1956, de 62 años, natural de Chimbote, estado civil soltero, grado de instrucción superior, de profesión economista, no labora desde el año 2015, hijo de Alejandro y Esperanza, con domicilio real en Calle Cocoteros N° 253 F04 – Urb. El Golf – Víctor Larco Herrera

XXII. PARTE EXPOSITIVA

ANTECEDENTES

4. El juicio oral se instaló el día 21 de setiembre de 2018, respecto de los acusados Carlos Enrique Vásquez Llamo, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Milton Colbert Minchola Merino, Walter Felipe Escobedo Gonzáles; declarándose contumaces a los acusados José Amaro Venturo Cueva y Hugo Gary Sánchez Espezuá.
5. Éste último se apersonó luego de iniciada la audiencia y Venturo Cueva en el desarrollo del Juicio Oral, siendo incorporados al juicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 367° inciso 5 del Código Procesal

Penal³⁶¹. Es por ello que, en la exposición fáctica, el fiscal hace una imputación individualizada respecto de los acusados contra quienes se instaló el juicio.

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

Ministerio Público sostiene que en el presente juicio se va a definir la situación jurídica de los acusados Carlos Enrique Vásquez Llamo, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; Walter Felipe Escobedo Gonzales, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte y Milton Colbert Minchola Merino, regidores de la misma entidad edil, a quienes se les imputa el delito de Negociación Incompatible en base a los siguientes hechos:

6. El 14 de enero de 2014, se realizó una sesión de Concejo en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, con la participación de ocho regidores y bajo la dirección del Alcalde Carlos Enrique Vásquez Llamo; donde se acuerda aprobar la iniciativa privada denominada “*Modernización, ampliación y mejoramiento del mercado mayorista pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera-Trujillo-La Libertad*”, el cual fue un proyecto presentado por la Empresa Gerstein S.A.C, proyecto que fue declarado de interés por el Concejo Municipal, mediante Acuerdo N°60-2013, del 11 de setiembre de 2013.
7. En la sesión de Concejo participaron los regidores Rosa María Villareal García, Víctor Daniel Velásquez Padilla, Marisol Córdova de Aguirre, Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas, quienes votaron en contra; y Walter Felipe Escobedo Gonzales, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezuza y Milton Colbert Minchola Merino, votaron a favor del acuerdo. El alcalde usando su voto dirimente, votó a favor de la iniciativa privada.
8. Como consecuencia de dicho acuerdo, se encarga al Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) de la Municipalidad la realización de la negociación, para finalmente arribar a un contrato de concesión, el cual tiene como fecha 13 de marzo de 2014, denominado “*Contrato de concesión para la modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad*”, el cual fue firmado por José Amaro Venturo Cueva y el representante del Grupo Gerstein S.A.C. En la cláusula sexta se establece como monto de la concesión la suma de S/.' 742 042.37 soles; asimismo, un cronograma del proyecto de inversión, en el cual solo se consigna 50% el primer trimestre y 50% el segundo trimestre. El plazo de la concesión es de 25 años, sujeto a renovación a solicitud de la persona beneficiada con la concesión.
9. Se imputa que, en su momento, los miembros del Concejo Municipal, al votar a favor del acuerdo, así como el acusado Vásquez Llamo y el representante del OPIP, se interesaron indebidamente en favorecer a la Empresa Gerstein, pues se le da la concesión del terminal pesquero por 25 años, a pesar de que la empresa no tenía experiencia, sin que exista un proyecto viable de ejecución de gasto. Hubo interés indebido, no solo porque no se cauteló el interés de la Municipalidad, sino también porque antes de la firma del contrato, incluso antes que se declare de interés, la Empresa Gerstein venía realizando actos materiales de posesión y administración del terminal pesquero. El suministro de energía eléctrica, que antes estaba a nombre del Terminal Pesquero, pasa el 22 de julio de 2013 a nombre del señor Roberto Carlos Gerstein Gonzales, lo que demuestra que había actos directos de administración del terminal pesquero, desde antes del acuerdo y contrato de concesión, los cuales solo habrían servido para dar formalidad a algo que ya venía ocurriendo en la realidad.
10. Por otro lado, no había un proyecto viable, pues una vez revisado el proyecto que presenta éste grupo, ya aprobado el acuerdo, firmado el contrato, el Órgano Técnico encargado, Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, encuentra 26 observaciones al expediente técnico que se presentó en su oportunidad, lo que demuestra que estaba plagado de observaciones, y a pesar de ello se votó a favor de darle la concesión.
11. Se imputa al acusado **Carlos Vásquez Llamo**, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, haberse interesado directamente en el otorgamiento de la concesión del Mercado Mayorista Pesquero a favor del Grupo Gerstein, representado por Roberto Carlos Gerstein

³⁶¹ **Artículo 367 inciso 5 del C.P.P.** En caso que el acusado ausente o contumaz se capturado o se presente voluntariamente antes de que se cierre la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento. A continuación, se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, y se actuarán de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio.

Gonzales, pues teniendo la obligación de custodiar los intereses públicos de la Municipalidad, impulsó con su voto la concesión cuestionada por el plazo de 25 años, con renovación a solicitud del beneficiario; sin considerar que dicha empresa no tenía experiencia en el rubro y ni siquiera existía un proyecto real y viable; por ello la Fiscalía considera que es autor del delito de Negociación Incompatible. De la misma forma, los acusados **Walter Felipe Escobedo González, Teresa De Jesús Aguilar Ballarte y Milton Colbert Minchola Merino**, quienes en su calidad de regidores de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco, se habrían interesado indebidamente, de forma directa en la concesión del Mercado Mayorista al Grupo Gerstein, a pesar de tener la obligación de custodiar los intereses públicos, impulsaron desde su cargo y con su voto, la concesión por 25 años a una empresa sin experiencia y sin que haya presentado un proyecto real y viable; por ello tienen la calidad de autores del delito de Negociación Incompatible.

12. Los hechos se subsumen en el tipo penal de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, pues dentro del rubro contrato, establece la doctrina que se incluye una concesión, por razón de su cargo; por lo que solicita se imponga a los acusados cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo, consistente en privación de cargo o función pública e incapacidad para obtenerlo; así como el pago 250 días multa a razón del 25% de su ingreso diario.

➤ **Respecto del acusado Hugo Gary Sánchez Espezuá**

13. Fiscalía le imputa el delito de Negociación Incompatible, pues en su calidad de regidor de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, con fecha 14 de enero de 2014, votó a favor de aprobar la iniciativa privada de Mejoramiento, modernización y ampliación del terminal pesquero de Víctor Larco Herrera; a pesar de que la propuesta presentada por la Empresa Gerstein S.A.C, no era viable, no presentaba un proyecto de inversión real, no tenía ninguna experiencia en mejoramiento de terminales pesqueros; a pesar de ello, se acordó darle en concesión por el plazo de 25 años, por un monto de S/.3'742 042.37 soles, sin detallar la inversión a realizar; y más aún cuando habían elementos que daban cuenta que el Grupo Gerstein venía realizando antes de dicha decisión, actos directos de posesión y administración del terminal pesquero; incluso la empresa hizo que se varíe el nombre del titular del terminal pesquero a favor de su representada. El acusado se interesó indebidamente al votar por una empresa que no reunía las condiciones y requisitos para prestar dicho servicio. Por esa imputación, se considera autor del delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, solicita se le imponga cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo para ejercer cargo o función pública; y 250 días multa a razón del 25% de sus ingresos diarios.

➤ **Respecto del acusado José Amaro Ventura Cueva**

14. El acusado José Amaro Ventura Cueva, tenía la calidad de Jefe de la Oficina de Proyecto de Inversión, conocido como OPIP, de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera.
15. Con fecha 14 de enero de 2014, se aprueba en sesión de Concejo la iniciativa privada denominado Mejoramiento, ampliación del terminal pesquero a favor del Grupo Gerstein y se dispone que el OPIP lleve a cabo los trámites y celebre el convenio respectivo.
16. El acusado, con fecha 13 de marzo de 2014, suscribe el contrato de concesión para la modernización, mejoramiento y ampliación de Mercado Mayorista Pesquero, con el señor Rodolfo Gerstein Gonzales, representante del Grupo Gerstein, a pesar que la propuesta presentada por la Empresa Gerstein S.A.C, no era viable, no presentaba un proyecto de inversión real, no tenía ninguna experiencia en mejoramiento de terminales pesqueros; demostrando interés para favorecerlo, pues como encargado del OPIP tenía la función de velar por los intereses de la entidad;. Además, en la cláusula sexta se establece que el monto del contrato fue de S/.3'742.000 soles, un cronograma tentativo del proyecto

50% en un primer y segundo trimestre y con un plazo de concesión de 25 años a solicitud de la persona a quien se le concesionó; por lo que no se cautelaron los intereses públicos de la entidad.

17. En mérito a dicha conducta, se le imputa la calidad de autor del delito de Negociación Incompatible, solicitando se le imponga cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo consistente en privación de cargo y/o incapacidad para obtenerlo; y 250 días multa a razón del 25% de ingresos diarios del acusado.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y TÍTULO DE IMPUTACIÓN

18. Los hechos han sido calificados por el representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, tipificado en artículo 399° del Código Penal; atribuyendo a los acusados **CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO, JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLEZ, TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA y MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, tener la calidad de **autores**. El tipo penal estipula lo siguiente:

Negociación Incompatible

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

19. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público solicitó se imponga a los acusados **CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO, JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLEZ, TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS y OCHO MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD e INHABILITACION POR EL MISMO PLAZO**, así como **DOSCIENTOS CINCUENTA DIAS MULTA**.

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

20. Sostiene que las consecuencias de un delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, pues también generan una consecuencia pecuniaria o económica por el daño ocasionado al bien jurídico protegido, que es la administración pública. En ese sentido, coadyuvará para que en el juicio se determine la responsabilidad penal de los acusados y por ende su responsabilidad civil; lo que se ha puesto en juego es un contrato de concesión por 25 años, por un valor de más de tres millones de soles, a efectos de beneficiar a la Empresa Gerstein S.A.C; en ese sentido solicita se imponga a los acusados una reparación civil de S/. 100,000.00 soles en forma solidaria.

ALEGATOS PRELIMINARES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS VASQUEZ LLAMO, ESCOBEDO GONZALES, AGUILAR BALLARTE y MINCHOLA MERINO (Dr. Deza Castañeda)

Sostiene que:

21. Todos conocemos las condiciones en que el terminal pesquero opera, sobre el desagüe e inmundicia, desorden y caos; esa necesidad es lo que generó que un grupo de regidores votaran a favor de que la empresa privada inyectara capital privado y fresco, ya que la Municipalidad no tenía para poder reflotar ese terminal.

22. Lo que entrega la Municipalidad no es el terreno, porque la Municipalidad ni siquiera es propietaria del terreno; tampoco entrega algún bien o ganancia, porque la Municipalidad no obtuvo ninguna ganancia con el terminal pesquero, lo que la Municipalidad entregó fue un permiso para poder conducir o poder desarrollar esa actividad; y lo que hicieron sus patrocinados fue cumplir con una función, nadie votó a título personal, sino que encarnaron en su votación la voluntad y deseo de todas las personas de mejorar el terminal pesquero. Si hubo defectos administrativos o técnicos escapa al ámbito de competencia de los regidores y Alcalde, quienes solo votan por el proyecto si éste es bueno o malo desde sus perspectivas. El comportamiento que se ha traído a juicio es jurídicamente intrascendente; por ello se debe absolver a sus patrocinados del delito que se les imputa.

ALEGATOS PRELIMINARES DE DEFENSA DEL ACUSADO HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA
(ejerciendo su propia defensa)

23. Se probará su inocencia con los medios probatorios ofrecidos. No ha tenido participación alguna en el delito de Negociación Incompatible. Solicita su absolución.

ALEGATOS PRELIMINARES DE DEFENSA DEL ACUSADO VENTURO CUEVA (Dr. Santa Cruz)

24. Postula por la inocencia de su patrocinado, debido que el actuar de su patrocinado no reúne los elementos del delito que se le imputa; por lo tanto, se demostrará que su patrocinado no es responsable del delito. Solicita se le absuelva de los cargos imputados.

NUEVA PRUEBA

25. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del Código Procesal Penal, se les preguntó a los sujetos procesales si tenían nuevos medios probatorios que ofrecer, con el siguiente resultado.

Del Ministerio Público: No se ofreció.

Por la defensa del Actor Civil: No se ofreció.

Por la defensa de los acusados: No se ofreció.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

26. DECLARACIÓN DEL ACUSADO CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO.

A las preguntas de la fiscalía

Es alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera desde el año 2007, de manera ininterrumpida. En el año 2013 la Municipalidad decide declarar de interés proyectos de inversión pública, ante la necesidad del terminal pesquero.

En el año 2007, cuando ingresaron al Municipio, el terminal pesquero era un lugar insalubre, inadecuado para la venta del pescado y convivencia de compradores y vendedores; sobre ello ha habido muchos informes y la evidencia de los hechos, hasta el 2010 era imposible atender el servicio.

No conoce al señor Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales, toma conocimiento de su proyecto en la sesión de Concejo.

Dentro de la Ley Orgánica de Municipalidades existe la posibilidad de tener inversión privada y dentro de ello se les pide que busquen alternativas, dado que el presupuesto para hacer un terminal pesquero no bajaba de los 4 a 5 millones de soles, dinero que la Municipalidad no tiene. Se les pide a los funcionarios buscar iniciativas a favor del terminal pesquero y es como nace la concesión. No recuerda, pero posiblemente el Gerente de Desarrollo Económico y Local, el señor Hunter Samamé, estuvo a cargo de búsqueda de iniciativas, área a la cual pertenece el terminal pesquero, quien tiene que haber expresado a la Gerencia Municipal, la necesidad de hacer una inversión.

No tienen ningún tipo de informe o especialización para poder determinar todo el expediente que se va a concesionar, lo reciben después de haber sido administrativamente elaborado por los gerentes respectivos, a

través de los informes que son remitidos al Secretario General. Todo el expediente debe ir al Concejo, por lo que el secretario lo eleva al Concejo días antes de la sesión.

No recuerda que funcionario informó sobre los alcances del proyecto.

Se planificaba cambiar con infraestructura moderna, donde haya congeladoras, desfogue de las aguas, sistema técnico. El plazo fue planteado por la administración, no recuerda si venía establecido. No verificó la experiencia de la empresa, porque ya que viene detallado en los informes.

Hubo oposición en sesión de Concejo, pero nunca sustentaron técnica o justificadamente, no recuerda a que se oponían. La negociación y concretización de la concesión se encargó a la OPIP, a cargo del señor Venturo Cueva.

No se pidió informe técnico legal en sesión de Concejo, para resolver el tema ante la oposición. No le informaron que el señor Gerstein venía realizando actos de posesión del terminal pesquero. Desconoce si el suministro de la energía eléctrica venía siendo pagado por el señor Gerstein y no por la Municipalidad.

A las preguntas de la Procuraduría Pública

Después de la firma de la concesión, no hubo mejoras en el terminal pesquero, porque después de la concesión se tenía que pasar por un procedimiento de cumplimiento, tenía que publicarse en el Diario “El Peruano” el interés del concesionario y si hubiera otro interesado en mejorar esta propuesta aprobada en sesión de Concejo, pero nunca se dio. Después de la concesión se debía cumplir condiciones, las cuales no se cumplieron, es por ellos que se declaró nulo el contrato.

El beneficiado tenía que emitir una garantía, levantar las observaciones del expediente y no acreditó la experiencia.

No se le informaba a detalle el procedimiento, pero el fin de la concesión si le interesaba.

A las preguntas de su abogado defensor

Cuando ingresaron a la Municipalidad en el año 2007 el terminal pesquero era un desastre y pasaron una gestión sin hacer nada, porque presupuestalmente no tenían esa opción. Por tratarse de un negocio de pescados debería tener un ambiente adecuado y se necesita inversión fuerte. En la sesión de Concejo se votó por un servicio que necesitaba la Municipalidad, esto es una iniciativa de concesión. El Concejo no firma ningún contrato.

27. DECLARACION DEL ACUSADO HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZUA.

A las preguntas de fiscalía

Ha sido regidor de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, desde 2011 hasta la fecha, por el partido político de Alianza por el progreso, pero se encuentra de licencia; su postulación se dio con el Alcalde Vásquez Llamo, eran del mismo grupo político.

Antes del 14 de enero de 2014, hubo la presentación de una iniciativa, la idea era buscar inversión privada para el desarrollo de proyectos donde se encontraba la modernización del terminal pesquero. No llegó a conocer al señor Gerstein.

Luego de que se impulsó la ordenanza municipal se publicó en los medios y en setiembre llegó una iniciativa de modernización del terminal pesquero, transcurrió un plazo de tres meses de acuerdo a ley para ver si había otra iniciativa que mejore ese proyecto y solo se presentó el señor Gerstein; lo pasaron al Concejo Municipal. Se pone en agenda, se notifica a los regidores; no recuerda si la documentación se le entregó en el mismo acto o días antes, pero la notificación se realizó un día antes.

No había planos, solo tenían un informe legal que daba la viabilidad de haber cumplido todo el procedimiento, su votación se respaldó en dicho informe; había documentación de lo que se iba a hacer.

Los regidores se opusieron debido a que no tenía capital para realizar el proyecto, y estaban en INFOCORP, solo lo mencionaban, pero no había nada en concreto; no recuerda si algún funcionario fue llamado al Concejo para que informe sobre la conveniencia de la concesión, el asesor legal si se encontraba, técnicamente no recuerda si estaba el Gerente de Desarrollo Económico o Gerente Municipal.

Ante los cuestionamientos, el respaldo era la carta fianza; además, Rodolfo Gerstein como personal natural se encontraba en INFOCORP, más no la persona jurídica. La observación de los regidores era por INFOCORP, más no por experiencia; no verificó si la empresa tenía experiencia.

En sesiones de Consejo siguientes requirió al Alcalde que emitiera informe sobre el terminal pesquero, sobre el contrato, sus términos y ejecución; solicitó que se resuelva el contrato, porque no se estaba cumpliendo con lo que se había ofertado para beneficiar a la comunidad.

A las preguntas de la Procuraduría Pública

No recuerda si los regidores de oposición solicitaron otra sesión de Concejo. Antes de la concesión hizo visitas al terminal pesquero, pero allí no le comunicaron problemas con el señor Gerstein.

A las preguntas del Dr. Deza

A nivel de Concejo aprobaron la iniciativa, anterior a ello se aprueba la ordenanza municipal mediante la cual se declara la necesidad de la inversión privada, ningún regidor observó dicho procedimiento.

En la iniciativa de la modernización del terminal pesquero, se les dio oportunidad a otras personas para que presentaran otra iniciativa, pero no hubo ninguna, no se cuestionó ese estadio; después, al no haber otra propuesta, el Gerente Municipal comunicó que hizo la publicidad y que no había otras propuestas, lo eleva al Alcalde con un informe legal, el cual señala que se había cumplido con otros procedimientos para poder aprobar la iniciativa; en la aprobación no hubo algo irregular, fue una sesión como cualquier otra.

A las preguntas de Dr. Lozano

La intención de aprobar la iniciativa es que se modernice el terminal pesquero, pero al ver que no había inversión pidió un informe al encargado del OPIP sobre el contrato, cuáles fueron los términos y cuándo empezaba.

Se pidió que vaya el Gerente de Desarrollo Económico a dar una exposición, quien señaló que se había suscrito el contrato, pero el Gerente de Obras había presentado observaciones y que estaba para su levantamiento. Después de 2 o 3 meses solicita que se resuelva el contrato porque no se había cumplido, el Gerente se encargó del procedimiento, después de meses le comunicaron que se había resuelto y no había afectación al patrimonio.

En su calidad de regidor, no tenía como función elaborar los términos contractuales, solo aprueban la iniciativa, el área encargada es el OPIP. - Organismo de Proyectos de Inversión Privada.

28. Declaración del acusado JOSÉ AMARO VENTURA CUEVA.

Interrogatorio del Fiscal.

Refiere que es Economista de profesión y se ha desempeñado en diversas Gerencias Municipales en Gobiernos Locales. Ha trabajado en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera en el año 2007 y desde el 1 de agosto de 2011 hasta el 31 de marzo de 2014. En el segundo tramo ocupó el cargo de Gerente Municipal; además recibió el encargo de la Oficina de Programación de Inversiones, mediante Ordenanza Municipal, que crea el Organismo de Promoción de la Inversión Privada y designa que el Gerente Municipal lo conduzca, en ese momento el Gerente Municipal era su persona. Tenía como funciones promover la inversión privada en el distrito. Participó en el Proyecto de Inversión de Mejoramiento el Terminal Pesquero en Víctor Larco Herrera, de acuerdo a lo que le correspondía, pues de acuerdo al Decreto Supremo N°146-2008, Reglamento del Decreto Legislativo 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociación Público- Privada, establece en el 5.1 que la entidad preparará y remitirá al OPIP un Informe de Evaluación; es decir, su oficina recibe un informe económico legal para poder elevarlo al Concejo Municipal. En el expediente consta que ha habido informes previos, el informe del área usuaria, porque en la Municipalidad hay una estructura orgánica. El Mercado Mayorista Pesquero está dentro de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local, la cual

emite un informe técnico de viabilidad, posteriormente, se recibe un informe de asesoría jurídica donde determina las condiciones de hecho y derecho para darle viabilidad a esta iniciativa privada. Luego se propone al Concejo Municipal para que decida su aprobación o denegación.

El Informe técnico es especializado de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local, por lo que en mérito a la confianza debe asumir y trasladar el informe para su aprobación o no. La Gerencia mencionada evaluó la solvencia económica o financiera. Solvencia significa una ratio financiera, lo cual significa medir el activo y pasivo total, lo cual debe ser igual a 1, en el caso el cociente era mayor a 2.

Para aprobar una concesión basta que se cumpla con lo establecido en el Decreto Legislativo 1012, donde no se señala experiencia en el rubro, solo que deberá acreditar experiencia en la ejecución de proyecto de similar envergadura lo que significa amplitud y tamaño del proyecto.

El OPIP no prepara los informes técnicos.

El Concejo Municipal aprueba el proyecto, por Acuerdo de Concejo 05-2014 que aprueba la iniciativa en Adjudicación Directa debido a que no se había presentado otro postor en el plazo legal de 90 días, el Concejo acuerda, que el OPIP haga la negociación del contrato, el cual cumple con los requerimientos de ley.

Verificó que la propuesta reúna los requisitos de ley, para lo cual recurrió al asesor jurídico; no realizó ninguna negociación.

El plazo de 25 años parte de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local; el monto también provenía de dicha gerencia.

En el año 2013, ha visitado pocas veces el terminal pesquero.

Conoció al señor Gerstein a partir de la iniciativa privada, desde el 2013.

En una oportunidad, ante el reporte de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local acudió con el señor Gerstein al terminal, porque hubo una caída de pared, verificó que no estaba y le informaron que era una pared de tercero; no estaba presente el señor Gerstein. No recuerda quien era el administrador del terminal.

El señor Dante Herrera Ocampo acudió a su despacho para informar que el señor Gerstein estaba haciendo cobros, le dijo que había cobros que no correspondían. No recuerda si llegó el señor Ganoza y Gerstein.

Recibió el informe de la Gerencia de Desarrollo Económico Local, respecto a que los recibos de luz salían a nombre del señor Gerstein.

El terreno que concedió la Municipalidad resultó ser de propiedad del señor Gerstein desde el año 2010, por lo que en uso de sus atribuciones pudo cambiar el suministro. Cuando le informaron sobre los cobros fue antes de la aprobación de la concesión.

Interrogatorio del Dr. Deza.

El informe de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local precisa que se ha realizado un análisis de la capacidad técnico y económico de la empresa proponente.

El artículo 15.1 h) sobre la experiencia en ejecución de proyectos de similar envergadura, significa tamaño y amplitud; según el D.S N°127-2014, artículo 25° indica que el proponente deberá acreditar experiencia para la ejecución de proyectos de similar envergadura; el MEF señala que similar envergadura no se refiere al tamaño ni a la tipología del sector del proyecto. La empresa cumplía con el requisito de similar envergadura, más no proyectos del mismo rubro que es distinto y no lo dice la ley.

La ley no exige que los representantes de la empresa tengan igual sanidad financiera. No se enteró que el señor Gerstein no gozaba de capacidad financiera, más aún que se encargaron de verificar garantías con cartas fianza. Son informes especializados de cada área.

La decisión del Concejo se basa en los documentos de la OPIP, el cual opera teniendo en cuenta informes especializados.

Interrogatorio del Dr. Lozano

Las iniciativas privadas podían ser presentadas por cualquiera. Cumplido el plazo de 90 días de publicidad, solo existió la primera iniciativa. Lo que aprueba el Concejo es la iniciativa que tiene que ver con propuesta técnicas, mas no expediente técnico.

Interrogatorio del Dr. Santa Cruz.

La Ordenanza Municipal 17-2012 del 13/12/2012, aprueba declarar de interés la inversión privada, y designa a la Gerencia Municipal como instancia técnica del OPIP. No participó en la emisión de esta ordenanza.

El Acuerdo de Concejo N° 060-2013 aprueba declarar de interés la propuesta del Grupo Gerstein, para ello tuvo el informe técnico, informe de viabilidad de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local e informe de asesoría jurídica. El Concejo acordó encargar al OPIP realizar actos correspondientes a publicidad, publicaron en el Diario El Peruano y de circulación nacional, debían esperar 90 días para que otro proponente presente otra propuesta. La publicación lo realiza la entidad a través de Imagen institucional. Envió la documentación a Asesoría Jurídica para obtener la viabilidad legal, **luego eleva al Concejo Municipal, para que se otorgue la concesión mediante Acuerdo de Concejo N°5-2014**, la norma establece que no habiendo otra propuesta se procederá a la Adjudicación Directa, caso contrario la OPIP habría tenido que formar un Comité para desarrollar el proceso de selección. Posteriormente se hizo la suscripción del contrato porque así lo estipula el acuerdo de Concejo, donde se aprueba la Adjudicación Directa del proyecto de inversión. Para aprobar la concesión se debía cumplir con los requisitos señalados por la ley.

Respecto a las 26 observaciones de la Gerencia de Obras, señala que el expediente técnico se genera a partir de la suscripción del contrato, indicándole al concesionario los documentos que debe contener, las observaciones estuvieron señaladas en el contrato.

Para la aprobación el concesionario presenta propuesta técnica, cuyos requisitos están señalados en el D. Leg 1012.

El contrato de la inversión privada incluía infraestructura y equipamiento, por lo que a partir de la firma del contrato debe presentar su expediente técnico y carta correspondiente, en un plazo de hasta 180 días. Después que se aprueba el expediente técnico debía empezar a ejecutar.

El contrato se suscribió en marzo de 2014, su relación laboral terminó el 31 del mismo mes, mediante resolución de cese. La supervisión de obras se encargó a la Gerencia de Desarrollo Urbano y Obras y en la parte de la presentación de los servicios a la Gerencia de Desarrollo Económico y Local.

En caso de incumplimiento se resolvía o se producía la caducidad del contrato.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

29. Declaración de la testigo ROSA MARÍA VILLARREAL GARCÍA.

A las preguntas de la fiscalía

Ha sido regidora de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera en dos periodos, desde el año 2007. Participó en la sesión del concejo del 14 de enero de 2014, donde se acordó aprobar una iniciativa privada de terminal pesquero, fue una sesión de Concejo ordinaria a la cual acudieron ocho regidores, el tema fue la aprobación de la concesión del terminal pesquero, hubo cuatro votos a favor y cuatro votos en contra; su persona votó en contra.

No les alcanzaron el expediente para que pudieran analizarlo o estudiarlo. Es usual que les entreguen con días de anticipación. En la agenda estaba establecido que se iba a tocar este punto. En sesión de Concejo les alcanzaron el expediente. Para aprobar un acuerdo de Consejo debe ser con mayoría de 2/3, lo cual no sucedió porque votaron a favor solo cuatro regidores, ante lo cual el Alcalde dio su votó dirimente. El proyecto vino del Alcalde, quien señaló que era para la modernización del terminal mayorista pesquero, en el expediente decía un tiempo no muy lejano. En sesiones anteriores no se puso a consideración dicho proyecto, después no se ha discutido la ejecución del proyecto.

No sabe si el señor Gerstein Gonzales es allegado al alcalde o regidores. Según informes del señor Morales, el señor Gerstein cobraba a los minoristas, había destruido las mesas de mercado, incluso hubo un recibo de suministro de luz donde obra el nombre del señor Gerstein Gonzales Rodolfo, por lo que “antes de” ya estaba trabajando en el terminal pesquero. Esta información la obtuvo después de la sesión de Concejo. El señor Morales trabaja en el terminal. Informó a la fiscalía de prevención de delito. En la sesión de Concejo, una regidora dijo que el señor no tenía el rubro para darle la concesión del terminal pesquero, además tenía deudas y no era una empresa capacitada para obtener la concesión.

A las preguntas de Dr. Deza

Ninguna pregunta

A las preguntas de Dr. Sánchez Espezúa

Ninguna pregunta

30. Declaración del testigo VÍCTOR DANIEL VELÁSQUEZ PADILLA.

A las preguntas de la fiscalía

Ha sido regidor de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco, desde el 2010 al 2014. Ha participado en la sesión de Concejo del 14 de enero de 2014. En setiembre de 2013, se presenta la iniciativa privada la cual fue sustentada por el regidor Roberto Portilla, que se aprobó con el voto de seis regidores, hubo tres regidores que votaron en contra, entre quienes se encuentra su persona. En varias oportunidades se discutió sobre la iniciativa privada.

El Grupo Gerstein ya venía trabajando antes del año 2013 en el terminal pesquero y utilizaban sus instalaciones para construir, para que ingrese su personal, maquinaria y logística; después tenían personal que paraban en la administración del terminal pesquero, había un señor Jhon Mera, quien era el administrador, y tenía vinculo de trabajo con el señor Gerstein.

Se demolieron paredes, ingresó maquinaria pesada y demolieron 30 puestos de concreto y el cerco perimétrico que lo hicieron terceras personas, no hubo respuestas del Alcalde.

Ha ido de forma permanente al terminal pesquero. Lo narrado ha ocurrido desde antes, durante y después de la aprobación de la concesión

Presentó cartas a la Municipalidad para que le otorguen información y nunca le entregaban.

En el terminal pesquero hay un sindicato de minoristas y una Asociación de comerciantes mayoristas y de conductores de puestos; el sindicato tiene un espacio, la asociación de comerciantes son los empresarios, quienes le mandaron una carta pidiéndole que intervenga como regidor para que puedan invertir en el terminal pesquero, ya que en muchos años no se hicieron mejoras; ese pedido lo puso en conocimiento en sesiones de Concejo.

El 14 de enero de 2014, se opuso a la concesión y manifestó que había tenido un encuentro físico con los hermanos Gerstein, ya que en la puerta del terminal fue amenazado por ellos, trataron de intimidarlo, por ello buscó información sobre sus antecedentes y el señor Gerstein presentaba varias denuncias, además había sido declarado quebrado en la SUNAT, por lo que en la sesión de Concejo argumentó que eran los empresarios menos indicados para que se hagan cargo del terminal pesquero.

En la sesión de Concejo les alcanzaron el expediente donde obraba su planteamiento y no le parecía muy creíble; sin embargo, los comerciantes mayoristas tenían una iniciativa, pero como los hermanos Gerstein estaban antes y durante en la iniciativa, ya no querían hacer ningún esfuerzo por presentar su proyecto.

Los regidores allegados al alcalde defendieron la posición, como el regidor Portilla.

No tuvieron el expediente antes de la sesión de Concejo, sino el mismo día. No recuerda si fue algún funcionario a informar sobre la viabilidad del proyecto. Desconoce quién fue el encargado de realizar el contrato de concesión. El Grupo Gerstein solo hizo movimiento de tierras con maquinarias y colocaron agregado.

A las preguntas de la Procuraduría Pública

El terminal pesquero tiene una sesión de uso otorgada por la Municipalidad Provincial de Trujillo desde hace 30 años; en la gestión del Alcalde hubo solicitudes de reversión, por lo que la MPT revertió el terreno y al final se hizo, pero luego se otorgó a Víctor Larco porque venía viendo el tema de la concesión. En una sesión de Concejo se tocó ese tema y se nombró una comisión, la cual estuvo integrada por los regidores regidor Gary,

Escobedo y Jesús Ballarte, quienes hicieron inspección del terreno, y tenía que ver el tema del saneamiento técnico legal.

A las preguntas de Dr. Deza Castañeda

Fue regidor en el segundo periodo del alcalde Carlos Vásquez Llamo, que comprende desde el año 2010 al 2014. Ha sido regidor por el Partido Aprista Peruano. El proyecto se presenta en setiembre de 2013, antes no hubo ninguna presentación formal de alguna iniciativa. Sabía que una vez aprobada la iniciativa esta debía ser publicada; además, que después de la publicación se podía presentar una propuesta alternativa por un plazo de tres meses; pero nadie presentó nada. Conoce que hay gente que tiene proyecto, pero formalmente nadie ha presentado.

A las preguntas del Dr. Sánchez Espezúa

Conoce que el regidor Hugo Sánchez Espezúa, posterior a la iniciativa ha solicitado informes sobre el seguimiento de la concesión en algunas oportunidades. No ha sido testigo de algún acercamiento del Sánchez Espezúa con el Grupo Gerstein. No recuerda si ante la falta de información el regidor Sánchez pidió que se resuelva el contrato.

31. Declaración de la testigo MARISOL CÓRDOVA DE AGUIRRE.

A las preguntas de la fiscalía

Desde enero de 2011 hasta diciembre de 2014 ha sido regidora de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera. Ha participado de la sesión de Concejo del 14 de enero de 2014, les entregaron el expediente voluminoso antes de empezar la sesión, no hubo tiempo para revisarlo porque llegaban diez minutos antes. No recuerda quien sustentó la propuesta de aprobar la iniciativa privada en el Consejo municipal, no fue ningún funcionario o técnico legal a informar sobre el proyecto.

Votó en contra de aprobar el proyecto, pues ya escuchaba y al ir al terminal pesquero, escuchaba que la empresa Gerstein ya estaba realizando trabajos de administración con anterioridad a esa sesión, un año anterior; además, la información que llegaba era muy sesgada, investigó a la empresa y venía a menos, tenía muchas deudas, no tenía el capital para asumir la concesión de una obra de gran envergadura y necesidad. No recuerda el monto, pero fue por un plazo de 25 años.

Averiguó que la empresa tenía deudas en INFOCORP. Dicha información puso en conocimiento del Concejo municipal; solicitaron que se suspenda para conocer más y nombrar una comisión para que se investigue, pero no se hizo, se votó y hubo cuatro votos a favor y cuatro votos en contra; sin embargo, para ese tipo de concesiones se necesitaba mayoría calificada.

Desconoce quien llevó a cabo el contrato de concesión, pero el Concejo no lo hizo. El Grupo Gerstein no ejecutó la concesión, pues el terminal está peor. No tiene conocimiento si fue resuelta la concesión. Las personas que laboraban en el terminal le informaron que la empresa ya venía realizando trabajos de administración; pues en diciembre de 2013 trataron de realizar trabajos y para ello tenían que derribar paredes colindantes, los cuales son hechos de carácter administrativos y ante la denuncia de un regidor quedó en nada.

A las preguntas de la Procuraduría Pública

La información que les dieron en la sesión de Concejo no era suficiente, porque en el momento le dieron el expediente; exigieron la presencia de un especialista técnico, siempre piden un informe presupuestal o legal, y más aún en este caso que se trataba de una obra de gran envergadura.

A las preguntas de Dr. Deza Castañeda

Fue regidora desde el año 2011 al 2014 por el Partido Aprista Peruano. Desde el año 2013, había actos de administración de la Empresa Gerstein. En ese momento la empresa no estaba bien, venía a menos. El 14 de enero de 2014, según su información sabía que la empresa estaba mal; no presentaron información contable, pero si hicieron la observación, presentaron el documento del historial crediticio, se presentó en el lapso, en el mes; debe estar en el acervo de la Municipalidad.

A las preguntas de Dr. Sánchez Espezúa

En la sesión de Concejo no percibió una carta fianza, no recuerda si algún funcionario presentó una carta fianza que respalde el proyecto. Desconoce si el regidor Sánchez ha tenido algún acercamiento con los concesionarios.

32. Declaración del testigo JESÚS RAQUEL LETICIA ARÉVALO ARMAS.

Al interrogatorio de la fiscalía

Ha sido regidora de la Municipalidad en periodo de 2011-2014. Participó en la sesión de Concejo del 14 de enero de 2014, en ese momento le entraron un folder, no les dieron plazo para revisar porque la sesión empezaba en cinco minutos. En menos de cinco minutos no se puede revisar un expediente, revisar las leyes y determinar si estaba bien o no.

No recuerda si el Alcalde o consejeros informaron en qué consistía el Proyecto de inversión. No recuerda que haya habido un técnico. Voto en contra porque en ese momento le entregaron el expediente y porque escuchó en el debate las opiniones y no estaba del todo claro, y aparte porque participó en una comisión como secretaria y Gary era el presente, además de otro regidor.

Fue a una inspección al terminal pesquero, escuchó a la gente y se notaban descontentos e irregularidades. La inspección fue antes del acuerdo de Concejo. No recuerda si las personas hacían referencia al Grupo Gerstein. Los demás regidores explicaron sobre la situación de la empresa. Tenía dudas por eso votó en contra.

Al interrogatorio de la Procuraduría Pública

La explicación del proyecto que les dieron en la sesión de concejo del 14 de enero no fue suficiente, por eso votó en contra, dejó constancia en acta.

Al contrainterrogatorio de Dr. Deza

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio de Dr. Sánchez Espezúa

El objeto de la comisión fue determinar el estado en que se encontraba el terminal pesquero, tuvieron que ver sobre un problema del terreno.

No recuerda si se presentó una carta fianza.

Cuando hay una iniciativa podían presentarse más empresas, no conoce que se hayan presentado otras empresas a parte de la empresa Gerstein.

33. Declaración del testigo MÁXIMO MORALES ÁVILA.

Al interrogatorio de la fiscalía

Se dedica a la venta de productos hidrobiológicos desde 1976, adquiere el producto en el mercado mayorista terminal pesquero y lo lleva al Mercado Mayorista de Palermo. El Mercado terminal pesquero se ubica en Buenos Aires. Ha sido fundador del Sindicato de trabajadores minoristas en venta de pescado y mársicos. Conoce al señor Rodolfo Gerstein Gonzales, ya que desde hace seis años se rumoreaba que el señor Alcalde iba a concesionar a un amigo; asimismo, que se iban a incrementar los pagos, lo que generó que recurrieran al Alcalde por medio un escrito, pidiéndole que si va a concesionar el terreno no lo haga con terceros, sino con los comerciantes de productos hidrobiológicos, pero no le hizo caso. El Alcalde era Carlos Vásquez Llamo, y su amigo era Carlos Gerstein Gonzales.

El 30 de enero de 2013, el Alcalde envió a un funcionario de nombre José Ventura Cueva, quien apoyado con una maquinaria frontal entró al Mercado Mayorista Pesquero y destruyeron las mesas de concreto de 30 compañeras que vendían mariscos, mococho y cangrejos, luego cercaron el mercado en un aproximado de 45 metros.

El Alcalde le había permitido al señor Gerstein construir un mercado comercial al lado del mercado oficial; sus compañeros denunciaron. El 30 de enero de 2013 también se encontraba el señor Gerstein. Cuando intervino en la tarde, les dijeron que eran órdenes del Alcalde, después se retiró.

El señor Gerstein obligaba a los comerciantes, a quienes se les había tumbado su mesa, que pasen a su centro de fileteo, pero no le hicieron caso, tenía personal para apoyarlos en la administración del mercado mayorista pesquero.

El 14 de enero de 2014, concesionan el mercado mayorista pesquero al señor Gerstein por un acuerdo de Concejo.

En el año 2013, el cobro de SISA, estacionamiento, derecho de puestos lo hacia la administración del Concejo distrital de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco. El señor Gerstein les cobraba a los que entraban a su centro de comercialización.

El señor Venturo Cueva era el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco. El señor Gerstein antes que se le otorgue la concesión hizo un afirmado de toda la plataforma de 5,000 metros cuadrados, Tenía las facilidades de la administración.

Al interrogatorio de la Procuraduría Pública

Después del 30 de enero de 2013, no los visitaron otros funcionarios de la Municipalidad, tampoco los regidores.

Al conainterrogatorio de Dr. Deza Castañeda

El Alcalde nunca ha ido al terminal pesquero. El señor Ventura es un funcionario que seguía las órdenes del Alcalde, el Alcalde no lo acompañó. El señor Ventura no le mostró algún documento emitido por el acusado Vásquez Llamo.

Le consta que el señor Gerstein es amigo del alcalde, porque el 12 de agosto de 2012, acudió a ver el resultado del documento, pasó a ver al señor Alcalde y lo encontró con el señor Gerstein en su despacho. No denunció ese hecho.

Al conainterrogatorio de Dr. Lozano Gutiérrez

Durante los hechos, no ha participado el señor Gary Sánchez Espezúa. Antes de la concesión le hicieron el pedido al Alcalde, indicándole que se oponían a la concesión, porque no lo conocían y tampoco merecía que entre un tercero cuando ellos eran los sacrificados. Como representante del sindicato no presentó proyectos a la Municipalidad, solo peticiones para que les otorguen la administración del terminal pesquero.

34. Declaración del testigo DANTE HERRERA OCAMPO.

Al interrogatorio de la fiscalía

Es administrador del terminal pesquero de Víctor Larco, la primera vez de 1999 hasta el año 2001, luego regresó en el año 2007, mediante un concurso de la Municipalidad como Sub Gerente de Desarrollo Social y luego lo pasaron al Mercado Mayorista Pesquero en el mismo año hasta el 2012, lo cambian a la Gerencia de Desarrollo Social; después regresó en mayo de 2014 hasta la fecha.

Conoció al señor Gerstein en el año 2014, cuando le dieron su memorándum para regresar al terminal pesquero; fue en aquella fecha que encuentra que contiguamente no se encontraba una pared, extraoficialmente le dijeron que estaban cobrando, se fue a ver y realmente estaban cobrando.

Un señor Ganoza, quien era representante del señor Gerstein, le manifestó que habían hablado con el señor Jhon Mera Díaz, se acercó a hablar con el Gerente Municipal, el señor Venturo y le preguntó si otras personas puedan hacer cobros; este le respondió que desconocía y en ese momento llegó a la oficina el señor Gerstein, a quien le increpó; y desde ese momento se retiraron y dejaron de cobrar; ese hecho sucedió a los dos o tres días que ingresó como administrador.

Antes que se vaya habían puestos de mariscos y cuando regresó ya no había pared ni los puestos, en el terreno había encontrado una nave y estaban cobrando a quienes vendían mariscos.

Tiene trato directo con los mayoristas y minoristas, estos últimos le expresaron su malestar, porque le habían destruido sus puestos de mariscos, indicaron como el autor de los daños al Gerente Municipal, el señor Venturo Cueva.

Estuvo presente cuando fiscalía hizo una visita al terminal terrestre, lo único que encontró que habían nivelado la parte del estacionamiento, porque antes había arena y lo encontró con otro material.

En mayo de 2014, ya estaba hecha la nivelación, el cobro de los puestos le correspondía a la Municipalidad.

El vigilante le señaló que los recibos de luz ya no lo llevaban a la Municipalidad, se percató que en el recibo se encontraba el nombre del señor Gerstein, por lo que se acercó a Hidrandina y le dijeron que el señor era el

propietario del terreno donde funciona el terminal; por ello se acercó y le dijo personalmente al Gerente Municipal, quien le refirió que los recibos no lo pagan la Municipalidad sino los comerciantes.

Al interrogatorio de la Procuraduría Pública

El señor Ventura Cueva le expresó al señor Gerstein su malestar y ésta aceptó indicando que ya no iba a cobrar.

Al conainterrogatorio de Dr. Deza Castañeda

Es Contador Público Colegiado. El terreno contiguo es de los señores Gerstein, el suelo donde funciona el terminal pesquero está en litigio, el señor Marufo Vera figura como propietario.

Conversó con el señor Gerstein en la Gerencia Municipal, no le dijo que tenía permiso de alguna autoridad de la Municipalidad, solo le dijo que tuvieron un acuerdo con el administrador John Vera Díaz. El señor Ganoza y Gerstein no le indicaron que tenían la anuencia del Alcalde.

Al conainterrogatorio de Dr. Lozano Gutiérrez

El lugar donde se cobraba era en la zona contigua al terminal terrestre, de propiedad del señor Gerstein, tenían recibos donde se indica Grupo Gerstein. Durante el 2014, el señor Gary Sánchez siempre iba al terminal pesquero para cumplir su labor de fiscalización.

Redirecto de la fiscalía

Los puestos del marisco estaban en el mercado mayorista pesquero, pagaban al señor Gerstein, porque había una pared contigua que ya no existía y los señores fueron trasladados al terreno contiguo.

Cuando regresó la pared y los puestos ya no existían era como si hubieran ampliado el terminal terrestre a su terreno de él, donde fueron reubicados los minoristas de mercado.

35. Declaración del testigo JUAN SIMÓN RUIDÍAS OJEDA.

Al interrogatorio de la fiscalía

Ha laborado en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera desde el año 2004 al 2014, ha desempeñado el cargo de Gerente de Obras y Desarrollo Urbano desde agosto de 2010 hasta diciembre de 2014. Tuvo conocimiento del Proyecto de mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero de Buenos Aires, porque al área donde trabajaba, le solicitaron la verificación de documentación de ese proyecto. En ese tiempo el Gerente Municipal era el señor Venturo Cueva, no recuerda cuando lo solicitó, respondió que había observaciones en el proyecto.

Para poder hacer la revisión del expediente técnico se agenció del contrato y a partir de ahí pudo hacer la evaluación, la documentación se refería a la edificación que implica la concesión, la infraestructura. Emitió un informe.

Se le pone a la vista el Informe N° 284-2014, donde reconoce su firma y sello, indicando que se trata del contrato de concesión para la modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero, presentado por el señor Rodolfo Gerstein Gonzales, Gerente General de Grupo Gerstein S.A.C, consignó como observaciones que no se había presentado aspectos principales de diseño y operación del conjunto de obras, incluyendo plano de detalles, planilla de metrado, especificaciones técnicas, memoria de cálculos de las instalaciones a proyectar de acuerdo al Reglamento Nacional de Edificaciones; falta los procesos constructivos de detalle de la tecnología constructiva y de la organización de la construcción; no se presentan a nivel de detalle los equipos hidromecánicos e instrumentación por emplear; no presenta calendario de inversión de obras; no presenta calendario de trabajo; no presenta programa de pruebas; no presenta versión preliminar del manual de operación y mantenimiento; los planos de detalle y memoria de cálculo presentadas deben estar firmadas por profesionales especializados, ingeniero estructuralista, ingeniero sanitario, ingeniero mecánico eléctrico; no especifica el cuadro de demanda máxima eléctrica; no existe detalle de plano de tratamiento de aguas residuales en las instalaciones sanitarias, falta detalle de la zona de desinfección, falta detalle de la zona de estacionamiento, falta detalle constructivo de la zona de venta de pescados y mariscos, falta detalle constructiva de la zona de fileteo, falta detalle constructivo de la zona administrativa, falta detalle constructivo de la zona de servicios higiénicos, falta detalle constructivo de la zona de drenaje de desagüe, falta detalle constructivo del sistema de canaleta, falta detalle constructivo del sistema de agua, de lavado de jabas, del

sistema de coberturas y diseño de cálculos, de la zona donde se alojará la cámara de refrigeración, falta detalle de la cámara de refrigeración ; no presenta estudios de suelos, no presenta estudios de impacto vial y no presenta planos topográficos y niveles de piso.

Tiene como profesión ingeniero civil, colegiado desde el año 2007. El proyecto debía cumplir esas características, la fecha del informe es del 6 de mayo de 2014; con el informe se dirige al economista Luis Alberto Vigo Llampén, quien tenía el cargo de Gerente Municipal; se le notificó para que levante las observaciones; pero al parecer no se llegó a cumplir.

Al interrogatorio de la Procuraduría Pública

Ninguna pregunta

Al conainterrogatorio de Dr. Deza

El asunto era la revisión del informe técnico, quien lo pide es el Gerente Municipal, lo pide porque el área a su cargo era la Gerencia de Obras y Desarrollo Urbano y en el contrato de concesión también designaba a obras, para que haga la revisión del expediente; es decir, en el desarrollo del contrato. El señor Gerstein no levantó las observaciones, después no le informaron que acciones administrativas siguieron.

Al conainterrogatorio de Dr. Lozano

El expediente técnico es elaborado por el concesionario. No recibió ninguna presión para que no haga las observaciones. El señor Gary Espezúa no se acercó a preguntar sobre las observaciones.

36. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público, sustentando su valor probatorio:

kkkk) Acta de Verificación fiscal y CD correspondiente a dicha diligencia, a folios 32, de fecha 2 de junio de 2014, en el terminal pesquero de Víctor Larco Herrera, con presencia del fiscal, entrevistándose con el administrador del terminal y bióloga. Respecto a la visualización, se pregunta si alguien del Grupo Gerstein se había encontrado en administración, respondiendo que no; si hubo alguna mejora también señaló que no. Se observa que no había pared solo abierto y locales del Grupo Gerstein y espacio de la Municipalidad que había sido aplanado.

Observaciones:

- **Procurador:** Se visualiza una pared que había sido tumbada por parte del Grupo Gerstein.
- **Lozano:** Se evidencia una pared, pero en el lado de propiedad privada.
- **Dr. Santa Cruz:** El audio del video no es entendible. No se ha determinado si la pared fue de la Municipalidad o propiedad privada. Se advierte las nefastas condiciones del terminal pesquero, no reúne condiciones de salubridad necesarias.

llll) Copia fedateada de la sesión Ordinaria de Concejo, de folios 22 a 27, de fecha 14 de enero de 2014, a las 5:00 p. m, presidido por el Alcalde y los ocho regidores. En el punto 4, se consigna el expediente 948-2013, aprobación de iniciativa privada “Modernización, mejoramiento y ampliación de Mercado Mayorista Pesquero de Víctor Larco, Trujillo, La Libertad”, pasa orden del día, y en la cuarta página, *parte in fine*, se aprecia la participación de los regidores. No se tomaron en cuenta los antecedentes policiales y que el señor se encontraba registrado en INFOCORP; se hace mención a 51 denuncias; que presenta riesgos sobre capacidad financiera y experiencia. Se da cuenta de la advertencia efectuada por los regidores. Luego la intervención del Alcalde, donde señala que no existen cuestiones previas. Solo hubo pronunciamiento del asesor legal sobre formalidad legal y por mayoría se aprueba la iniciativa privada, la adjudicación directa al Grupo Gerstein y encargar al OPIP la contratación de los expedientes. El Alcalde hizo uso de su voto dirimente y votó a favor.

Observaciones:

- **Procurador:** Se verifica la participación de los acusados, quienes votaron a favor a sabiendas de la situación del Grupo Gerstein.

- **Dr. Deza:** No se advierte ningún pedido de algún regidor, a efectos de que se suspenda la sesión para estudiar mejor el proyecto de iniciativa, ni reclamos sobre la falta de información o procedimiento.
- **Dr. Lozano:** Solo se mencionó que el señor Gerstein tenía problemas económicos.
- **Dr. Santa Cruz:** Los argumentos de los regidores no estuvieron sustentados con documentos. Hubo informe del asesor legal sobre el expediente.

mmmm) Acuerdo de Concejo N° 5-2014-MDVLH, de folios 28 a 30, de fecha 15 de enero de 2014, hace referencia a la sesión de Concejo y plasma lo que se acordó, aprobar la iniciativa privada, aprobar la adjudicación directa y encarga al OPIP el tema de la suscripción definitiva del contrato. Firmado por el acusado Carlos Vásquez Llamo, en su calidad de Alcalde.

nnnn) Consulta RUC 20481155194, a folios 31, perteneciente al GRUPO GERSTEIN S. A.C. estado contribuyente activo, habido, sin actividad de comercio; respecto a sus actividades económicas, consigna fabricación y artículos confeccionados, alquiler de maquinaria y equipo agropecuario y actividad administrativa pública en general; sin hacer referencia al que fue objeto de la concesión.

Observaciones:

- **Procurador:** Confirma lo señalado por los regidores en la sesión de Concejo.
- **Dr. Lozano:** Se consigna únicamente un resumen de las actividades de la empresa.
- **Dr. Santa Cruz:** Señala que respecto a actividades de comercio exterior, sin actividad.

Impresión de la SUNAT, a folios 34, donde se señala número de trabajadores, periodo tributario 2012 y 2013, dos trabajadores; 2014 dos trabajadores; se acredita que a la fecha de los hechos contaba con dos trabajadores.

oooo) Copia fedateada del Informe N° 284-2014-GODU/MDVLH. HA sido introducido por el testigo Ruidias Ojeda.

pppp) Copia fedateada del "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA MODERNIZACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VÍCTOR LARCO HERRERA. PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD", de folios 37 a 54, de fecha 13 de marzo de 2014, suscrito por José Venturo Cueva-OPIP Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera y Rodolfo Gerstein Gonzales, Gerente General de Grupo Gerstein S.A.C. Oralliza la cláusula tercera, sexta, octava, décimo segunda, décimo séptima.

qqqq) Copia fedateada de la Ordenanza Municipal N° 17-2012-MDVLH, a folios 55 y 56, de fecha 13 de diciembre de 2012, mediante la cual se declara de interés la promoción de inversión privada en materia de activos, servicios, empresas, proyecto, obras para la implementación y operación de infraestructura pública de prestación de servicios públicos. Se designa a la Gerencia Municipal como instancia técnica del OPIP y se precisa que el Concejo Municipal es el órgano máximo del OPIP.

rrrr) Copia fedateada del Acuerdo de Concejo N° 60-2013-MDVLH, de folios 57 a 59, de fecha 11 de setiembre de 2013, se resuelve declarar de interés el Proyecto de iniciativa privada de modernización, mejoramiento y ampliación de Mercado Mayorista Pesquero, Víctor Larco, Trujillo, La Libertad, de acuerdo al resumen del proyecto contenido en dicha iniciativa privada; y disponer que el OPIP publique la declaración de interés en el Diario Oficial El Peruano y en el diario de mayor circulación y en el Portal Institucional de la entidad. Firmado por Carlos Vásquez Llamo.

ssss) Partida N° 11042722 del Registro de Personas Jurídicas, de folios 63 a 75, acredita que Grupo Gerstein S.AC, se constituye mediante Escritura Pública de fecha 22 de junio de 2005, dentro de sus socios fundadores se encuentra Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales. El objeto de

dicha empresa es alquiler de maquinaria y unidad de móviles, distribución y comercialización de artículos de oficina, compra y venta de insumos de toda índole, limpieza interna y externa de vehículos, compra venta de bienes muebles e inmuebles, mantenimiento de cortinas, etc. y servicio de fumigación. Su capital de S/. 40,000.00 soles. Desde el 20 de abril de 2012, se nombró como Gerente General a Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales, con lo cual se acredita la representación al momento de la suscripción del convenio.

Observaciones

- **Procurador:** El rubro de la empresa es distinto a lo que fue objeto de la concesión. No contaba con la experiencia para realizar dicha actividad.

tttt) Carta GC-4287-2014 y anexos, de folios 76 al 113, remitido por el Gerente de Hidrandina, mediante el cual informa que el titular del suministro N° 47115060 ubicado en Vía Evitamiento 720 - Los Sauces, el señor Gerstein Rodolfo Carlos, en situación de activo; y el suministro N° 59267663 ubicado en Carretera Industrial 730 Balneario Buenos Aires, del señor Gerstein. El primer suministro estaba a nombre del terminal pesquero de Víctor Larco y después mediante una solicitud expresa del señor se cambia el titular del nombre del servicio a nombre de Gerstein Gonzales.

Observaciones:

- **Dr. Lozano:** Hubo cambios, pero no hay documento que haya habido autorización expresa de la Municipalidad, sino del señor Gerstein Gonzales.
- **Dr. Santa Cruz:** No se verifica la autorización del Alcalde o algún funcionario para realizar dicho cambio. Es un acto unilateral.

uuuu) Copia fedateada del Informe N° 1220-2014 SGLYSG/MDVLH, de folios 120 a 127, emitido por Cáceda Semperteguez, Jefe de la Unidad Patrimonial respecto de la titularidad del inmueble donde funciona el Mercado Mayorista Terminal Pesquero, señalando que el titular del inmueble es la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, con un área de 7120 metros cuadrados, perímetro de 442.64 metros lineales y adjunta las fichas registrales y memoria descriptiva del inmueble, que da cuenta que el inmueble figuraba a nombre de la Municipalidad.

vvvv) Oficio 127-2014-GM-MDVLH y anexos, de fecha 20 de noviembre de 2012, de folios 128 a 163, remitido el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, a la Fiscalía Anticorrupción, donde adjunta información respecto al Informe N°334-2014 de las cuatro cartas fianzas presentadas por el Grupo Gerstein, el informe Legal 22-2014, el Proyecto de concesión presentado por Grupo Gerstein y copias del expediente técnico. En el primero, se hace detalle de los tiempos y procedimientos, no hace alusión a temas de fondo; en el proyecto se hace referencia genérica de lo que se iba a realizar sin detalle alguno. Y como requisito adjunta capacidad financiera y experiencia, declaración jurada, ficha de SUNAT y balance, que de su revisión se aprecia que se han valorizado bienes en forma unilateral; no hay documento que acredite la existencia de los bienes, con ello acredita un capital de S/. 233, 000 soles, cuentas diversas por pagar en total S/. 727,000.00 soles. Según su reporte tenía como activos la misma cantidad de lo que debía. No hay documento que acredite su experiencia en obras similares.

wwww) Copia del Proyecto de Concesión a través de la Participación en Asociación para la Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, de folios 164 a 185, señala su proyecto, análisis de la oferta, valores de los movimientos que se dan en el Mercado, da cuenta de lo que propone en cuanto a Proyecto de Inversión.

xxxx) Copia de la Resolución General N° 713-2014-GM-MDVLH, de folios 186 a 187, de fecha 17 de diciembre de 2014, por el cual el Gerente Municipal, resuelve el contrato suscrito el 13 de

marzo de 2014, se determina la caducidad del contrato por la causal de incumplimiento de las obligaciones contractuales. Se resuelve en diciembre, en el marco de una investigación preliminar ampliada seguida en su contra.

Observaciones:

- **Dr. Deza:** No se hace referencia a que se resuelve el contrato en base a una investigación que está desarrollando la fiscalía. El contenido de la resolución es jurídico.

yyyy) **Oficio 0P3-106499-2015 y anexos**, de folios 188 a 192, de fecha 14 de abril de 2015, mediante el cual la empresa de análisis de riesgo EQUIFAX, adjunta un reporte de INFOCORP sobre Grupo Gerstein S.A.C, a la cual se le da clasificación por sector E, es decir clasificación dudosa, deuda vencida, deuda en cobranza judicial. Hay un reporte crediticio por cada mes. Se consigna deudas por periodos, deuda total en setiembre de 2014 de S/.151,628.00 soles, a marzo de 2014 tenía una deuda de S/.976 122.00 soles.

Observaciones:

- **Procurador:** Dicha situación fue puesta en conocimiento en la sesión de Concejo por los regidores; no obstante, se aprobó su propuesta.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

37. No se ofreció medios probatorios.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LA PARTE ACUSADA

38. No ofreció medios probatorios.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

39. Sostiene que se ratifica en el requerimiento acusatorio, por lo cual solicita se condene a los acusados Carlos Enrique Vásquez Llamo, José Amaro Ventura Cueva, Carlos Enrique Vásquez Llamo, José Amaro Ventura Cueva, Walter Felipe Escobedo González, Teresa De Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa, Milton Colbert Minchola Merino.
40. La tesis fiscal consiste en que para la concesión del terminal pesquero de Víctor Larco Herrera de Buenos Aires, se emitieron el acta de sesión de concejo del 14 de enero de 2014, y contrato del 13 de marzo de 2014; pero estos actos sirvieron para regularizar actos que de facto ya venían ocurriendo, esto es que el señor Gerstein Gonzales a través de su empresa realizaban actos de posesión en el terminal pesquero desde el año 2013, pues el recibo de luz se cambió en julio de 2013; pero cuando presentó su Proyecto de inversión es de setiembre de 2013, en diciembre de 2012 recién se aprobó la aceptación de inversión privada; el proyecto es aceptado en setiembre de 2013.
41. Todos los testigos han declarado en la misma línea, Rosa Villareal García, señaló que les alcanzaron el expediente para que pudieran analizarlo en el mismo acto, no días antes como era usual, además ante la concesión el señor Gerstein cobraba a los minoristas, hizo rompimiento de paredes. El testigo Velásquez Padilla, refirió que el Grupo Gerstein venía realizando trabajos antes de la aprobación de la iniciativa privada, tenían personal que paraba en la administración del terminal pesquero, demolieron paredes, pidió información, pero nadie le dio respuesta, lo que acredita que esto se informó en sesión de Concejo, sacó relación de antecedentes, tenía varias denuncias y que estaba quebrado. La testigo Córdova Aguirre, sostuvo que el expediente le entregaron minutos antes y que era bastante voluminoso, no le dieron tiempo para revisarlo, voto en contra porque el Grupo Gerstein ya venía realizando trabajos desde antes, y que la empresa tenía muchas deudas y no tenía capacidad, solicitó que la sesión se suspenda, pero no se hizo. La testigo Arévalo Armas, quien tenía la calidad de abogada, señaló que no podía estudiar el expediente, pues le entregaron minutos

antes, y que participó en una comisión recepcionando la queja de los minoristas. El testigo Máximo Morales Ávila, refirió que el 30 de enero de 2013 llegó a las 2:00 p. m llegó Venturo Cueva con cargador frontal, destruyendo 30 mesas de concreto y pared, al respecto Venturo Cueva señaló que fue porque le avisaron que se cayó una pared, entonces ¿por qué no volvió a levantar? y ¿los 30 puestos de mariscos también se cayeron? Asimismo, que Gerstein estaba con Venturo Cueva, en el año 2013 Gerstein obligaba que los vendedores de mársicos pasen a su terreno y les cobraba SISA; que años atrás ya se rumoreaba que se iba a dar en concesión a un amigo del Alcalde, solicitaron que le concesione a ellos, pero nunca les respondió; se enteraron que el amigo era Gerstein, además que le constaba su amistad porque lo vio en el despacho con el Alcalde. El testigo Herrera Ocampo, quien fue y sigue siendo administrador, señaló que no habían puestos de mariscos y pared que dividía con el señor Gerstein, se enteró que el señor Venturo y Gerstein tumbaron la pared, que cobraba un señor Ganoza de parte del señor Gerstein; que fue a Hidrandina y le dijeron que Gerstein era el propietario, hecho que informó al señor Venturo Cueva. El señor Gerstein no tenía derecho de cobrar antes, porque era un extraño, ni después porque la concesión nunca se llegó a implementar, lo cual comunicó al señor Venturo Cueva. El testigo Ruidias Ojeda, quien señaló 26 observaciones al expediente técnico, las cuales no fueron levantadas, el señor Venturo ha manifestado que son observaciones después de elaborado el contrato, pero si el expediente técnico no era viable menos viable era el proyecto que presentó que era genérico y no decía nada de cómo se debía invertir.

42. Se ha oralizado el Acta de sesión de concejo del 14 de enero de 2014, en la cual consta lo manifestado por Vásquez Padilla, donde señala que no se han tomado en cuenta los antecedentes policiales y judiciales, que el señor estaba reportado en INFOCORP, que se puede suspender la sesión. La señora Villareal García, señaló que le habían alcanzado 51 denuncias acerca del señor por lo que solicita se indague. La señora Marisol Córdova, señala que tenía dos personas trabajando y presenta riesgo sobre la capacidad financiera y experiencia. Velásquez Padilla, insiste en que no se realice la votación. Ante lo cual el Alcalde señala que informe el asesor legal. Había razones para que la sesión se suspenda y se investigue. Votaron a favor los regidores acusados, teniendo voto dirimente el Alcalde.
43. El monto del contrato fue de 3', 742.37 soles; sin embargo, no tenía capacidad económica porque tenía deudas y como activos bienes que el mismo valorizó. Respecto al plazo de 25 años, el señor Venturo señaló que ya venía así; sin embargo, según el Decreto Legislativo 1012 artículo 6.2 señala como responsables del OPIP todo el Concejo Municipal y el señor Venturo, por lo que debían verificar, pues es el 11 de setiembre de 2013, mediante Acuerdo de concejo 60-2013, se declara de interés el Proyecto de Modernización, mejoramiento y ampliación del terminal pesquero presentado por el grupo Gerstein.
44. Según la Escritura Pública de la empresa, su objeto no se relaciona con lo que fue materia de concesión.
45. El 17 de diciembre de 2014, mediante Resolución Gerencial, el señor Vigo Llampén, resuelven el contrato por incumplimiento con las obligaciones, entre ellos el expediente técnico, señalando que no se presentaron documentos idóneos dada la magnitud del proyecto.
46. Según el reporte de SUNAT, en los años 2012 y 2013 tenía 2 trabajadores, y según documento EQUIFAX tenía una deuda vencida a diciembre de 2013 de S/.1' 123,000.00, a la fecha de la concesión tenía una deuda de S/. 976,000.00 soles.
47. Por lo que se ha corroborado la imputación formulada, Vásquez Llamo, en su calidad de alcalde, Walter Felipe Escobedo González, Teresa De Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa, Milton Colbert Minchola Merino, regidores e integrantes de la sesión de Concejo; así como José Amaro Ventura Cueva, Gerente Municipal y representante de OPIP, cada uno en el ámbito de su función se interesaron en la concesión del Grupo Gerstein. El Concejo municipal, se interesó en aprobar un proyecto de inversión privada, y el representante del OPIP propuso en sesión de Concejo al Grupo Gerstein. Por lo que se les atribuye la calidad de autores del delito de Negociación Incompatible, solicitando se les imponga cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo consistente en la privación de cargo o función pública e imposibilidad para obtenerlo. Así como la imposición de doscientos cincuenta días multa equivalente al 25% de sus ingresos diarios.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública)

48. Sostiene que los elementos de la responsabilidad civil, el hecho antijurídico se ha probado, se han dado en el contexto de actos preparatorios al proyecto de inversión privada, luego en la celebración del contrato. Los testigos han señalado que minutos antes de la sesión de Concejo les entregaron el expediente. El Alcalde

señaló que por necesidad aprobaron el proyecto; sin embargo, el señor Máximo Morales dijo que el Alcalde nunca ha ido al terminal pesquero. Todos los actos mencionados por los acusados, conllevan a determinar la existencia del interés de los acusados cada uno en su ámbito de función, para que se apruebe un proyecto en beneficio de la empresa Gerstein, a pesar de la oposición de los regidores por la situación económica de la empresa. Existe un daño extrapatrimonial, causado a los intereses de la administración pública. Asimismo, se ha probado la relación de causalidad y que los acusados han actuado de modo doloso. Por lo que solicita se les imponga una reparación civil de S/.100,000.00 soles a ser cancelado de manera solidaria a favor del Estado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS VASQUEZ LLAMO, ESCOBEDO GONZALES AGUILAR BALLARTE y MINCHOLA MERINO (Dr. Mario Deza)

49. Sostiene que no se ha analizado la trascendencia objetiva, el significado social del comportamiento de cada uno de los acusados, solo ha analizado el carácter doloso.
50. El fiscal señala que todo ha sido dirigido y el contrato es simbólico porque antes de la suscripción del contrato había actos posesorios por el recibo de luz y derrumbe de pared; pero estos acontecimientos aparecen después de la sesión de Concejo de fecha 14 de enero de 2013; además, en el acta no aparecen estos actos.
51. En los delitos de infracción de deber la responsabilidad penal no se fija en función de una organización defectuosa, sino de una infracción a un específico deber de cuidado; lo que se debe afirmar para entender si un comportamiento es o no delictivo es verificar que desde el punto de vista objetivo el comportamiento si denota un significado comunicativo delincuencia. Es decir, si desde el punto de vista objetivo el comportamiento tiene sentido delincuencia; en los delitos de organización ese sentido comunicativo delincuencia se hace conforme a parámetros o esquemas sociales, son más extensos. En los delitos de infracción el análisis del sentido objetivo delincuencia no queda librado a parámetros amplios, sino a parámetros específicos, esto en razón a los deberes que debe cumplir cada funcionario público.
52. Con fecha 11 de diciembre de 2012 la Municipalidad proclama de interés que se acepte la inversión privada, y en ese acto designa a la Gerencia Municipal como Organismo Técnico para promover las iniciativas privadas; luego con fecha 16 de enero de 2013, el Grupo Gerstein, introduce iniciativa privada para mejorar, ampliar y modernizar el terminal pesquero. Una vez que esta iniciativa ingresa a Gerencia, lo pasa por los filtros correspondientes y exige que se emitan dos informes, de la Oficina Económica de Desarrollo y de la Gerencia de Asesoría Legal; después lo eleva al Concejo para que apruebe la iniciativa. Con fecha 11 de setiembre de 2013, el Concejo aprobó la iniciativa de Grupo Gerstein; luego la Gerencia publicó dicha iniciativa para que se formulen observaciones o hubiere otras empresas que ofrezcan dicho servicio, por el plazo de tres meses. El 14 de enero de 2014 se aprueba otorgar la concesión. Los comportamientos de los intervinientes se han circunscrito dentro de su ámbito de competencia.
53. El 14 de enero de 2014, se realizó una votación política, no técnica, porque el proyecto desde el año 2012, pasó por diferentes áreas que han consentido la legalidad del mismo. Se había cumplido con otorgar las cartas fianzas. Sobre lo señalado por los regidores en esta sesión, no se presentó documentación en cada una de las áreas para que se desestimara dicho proyecto. Todas las alegaciones de la sesión pudieron ser tomadas como alegaciones políticas, partidarias o subjetivas, los demás votaron en razón del principio de confianza, entendiendo que técnicamente el proyecto era legal.
54. No advirtiéndose significado objetivo delincuencia en sus patrocinados, no se debe analizar el elemento subjetivo. El comportamiento de sus patrocinados es neutro amparado en el principio de confianza. No se ha advertido que hayan incumplido un deber dentro de la sesión de concejo del 14 de enero de 2014, ni mucho menos que haya realizado actos más allá de su ámbito de competencia. Por lo que su comportamiento es atípico, solicitando que en su momento sean absueltos.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO SÁNCHEZ ESPEZÚA (Dr. Lozano)

55. Refiere que, analizando el tipo objetivo, fiscalía debía analizar de qué manera se ha quebrantado su deber de imparcialidad. El delito de negociación incompatible es de corrupción de funcionarios, fiscalía debió establecer cuál es el mecanismo para quebrantar el deber del funcionario, lo cual no ha sido probado. El proceso de concesión en el año 2012, se declara de interés local diversos proyectos, en

- el 2013 se declara de interés el Proyecto de modernización del terminal pesquero, con lo cual se generaba que cualquier persona interesada en promover algún proyecto de inversión pueda presentarse, tal es así que fue publicada durante 90 días, tiempo en que nadie se presentó.
56. En enero de 2014, se aprueba la iniciativa, donde se indicó que el señor Gerstein tenía problemas en INFOCORP, pero no se consigna en el acta que se presentó alguna documental. Dichas alegaciones fueron tomadas como opiniones políticas. Si estaba quebrado como se explica la existencia de las cartas fianza.
 57. Se ha dicho que antes de la aprobación de la iniciativa existían actos de posesión del Grupo Gerstein, por el hecho de que existía el recibo de luz a nombre del señor, la explicación es que se cambió por una decisión de Hidrandina, porque era el propietario; no hubo intervención de su patrocinado para ello se produzca; respecto a los cobros se hacían en la parte que le correspondía al señor Gerstein. El señor Máximo Morales Ávila, como representante del sindicato tenía interés en el proyecto y fue a decirle al Alcalde que le otorgue el proyecto, pero no presentó propuesta formalmente; este testigo nunca le comunicó a su patrocinado sobre los cobros que se realizaban.
 58. La concesión como proyecto cumplía con lo señalado en el artículo 15° del Decreto Legislativo 1012, donde se señalan requisitos mínimos, sobre lo cual fiscalía no ha referido cuales se incumplieron. El calendario y como se debían ejecutar las obras eran parte del expediente técnico, pero con posterioridad a la aprobación de la iniciativa.
 59. Su patrocinado no tiene responsabilidad en ese ámbito, se ha tomado simplemente una decisión política, basado en el principio de confianza porque existían tres informes que amparaban su decisión; en tal sentido, no existen elementos que acrediten el tipo objetivo del artículo 399° del Código Penal. La acusación señala de manera genérica que se ha quebrantado el interés público pero no señala cuál es ese deber especial positivado en una norma que obligaba a su patrocinado decidir por no votar a favor de dicha iniciativa. No se ha podido establecer que su patrocinado se haya interesado por la decisión que tomó en la sesión de Concejo. No se ha indicado si es en provecho propio o de tercero, por lo que el hecho resulta ser atípico.
 60. El Procurador Público no ha sido específico, solo ha señalado que se interesaron, no ha detallado la conducta de cada uno de los acusados. No hay un hecho antijurídico, por lo que tampoco hay un daño causado. Por los argumentos esgrimidos solicita se absuelva a su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACUSADO VENTURO CUEVA (Dr. Santa Cruz)

61. La Corte Suprema en la casación 231-2017-Puno, señala que siempre el interés se materializa dentro del ámbito funcional y por ende el rol del sujeto activo; en el fundamento trigésimo, establece que la conducta de los procesados no es típica.
62. Fiscalía ha sostenido que el Grupo Gerstein ha realizado actos de posesión y administración previo a la suscripción del contrato, ha manifestado que cobraba, que se cambió el suministro eléctrico, se tumbó una pared, actos unilaterales de un tercero que no tienen que ver con el rol del funcionario público.
63. Para la actuación de su patrocinado, había normatividades desde la ordenanza en que se declaró de interés la inversión privada, luego el acuerdo de Concejo en el cual se da iniciativa privada, la publicación por 90 días, y al final el acuerdo de Concejo del 14 de enero de 2014, donde se resuelve encargar al OPIP la realización de acciones a seguir de acuerdo a la normatividad, otorgándole 30 días con la ampliación de 15 días.
64. En el contrato se establece los términos del expediente técnico, que posteriormente se observaron, los cuales se tenían que hacer dentro de los 3 meses siguientes a la suscripción del contrato.
65. No puede sancionarse cualquier conducta que implique el incumplimiento de una norma, sino aquellas conductas que por su magnitud impliquen un daño inminente para la administración. No se ha señalado cual es el daño concreto ocasionado a la administración pública. El procurador público señaló que no se ha configurado un daño real y concreto por lo que no se configura el delito.

66. Respecto al contrato, en la cláusula octava se establece que el plazo de 25 años puede prorrogarse, pero por un plazo no menor al retraso, previa aceptación del concedente. El contrato ha sido suscrito con los informes y vistos de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Administración y Finanzas, entes especializados determinados dentro del organigrama de una institución y en virtud al principio de confianza. Al respecto, la Casación N°23-2016 establece que el Principio de confianza como filtro de la imputación objetiva en las estructuras orgánicas en la Administración Pública se conduce a una conducta atípica. Por lo que, al no haberse acreditado el daño, y que se ha firmado un contrato en virtud al principio de confianza; solicita se absuelva a su patrocinado.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO VENTURO CUEVA

67. Fiscalía señala que el cronograma no detalla las obras, lo cual tiene sentido pues solo se debía cumplir con los requisitos para otorgar la concesión, con la firma del contrato y cuando se realiza el expediente técnico se tiene el detalle de las obras a realizar. El plazo obedece a una evaluación económica financiera que le permite a la Gerencia de Desarrollo Económico y Local determinar en qué tiempo el inversionista va a recuperar su inversión. En el contrato se señala las especificaciones técnicas que debe contener el expediente técnico, las observaciones se dan en otra fase. Cuando suscribió el contrato lo hizo después de obtener los informes de las diversas gerencias que señalaban la viabilidad.

DEFENSA MATERIAL DE LOS OTROS ACUSADOS

68. De conformidad con lo establecido en el artículo 359 inciso 4 del Código Procesal Penal, fueron representado por sus abogados defensores.

MARCO DOGMÁTICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

69. El delito de Negociación Incompatible desarrollado por la doctrina, tiene los siguientes aspectos dogmáticos:

A. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. (...)”.³⁶²

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio

³⁶² SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustré por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.³⁶³

(...) El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”³⁶⁴

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido lo siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...)”.³⁶⁵

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. (...)”.³⁶⁶

B. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

ee) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.³⁶⁷ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.³⁶⁸ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.³⁶⁹

ff) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados

³⁶³ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

³⁶⁴ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

³⁶⁵ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de Marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

³⁶⁶ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574-575.

³⁶⁷ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 566-567.

³⁶⁸ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

³⁶⁹ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 48.

que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.³⁷⁰ Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugestiona o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

gg) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.³⁷¹

hh) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco res relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.³⁷²

ii) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

³⁷⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

³⁷¹ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 570-571.

³⁷² ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 572.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.³⁷³ En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.³⁷⁴

C. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.³⁷⁵

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

70. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
71. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. 5. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)”.³⁷⁶
72. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2°, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del

³⁷³ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Juris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

³⁷⁴ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 573

³⁷⁵ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 577.

³⁷⁶ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pág. 527.

Ciudadano, el Artículo 14° inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8° inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XXIII. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

- 73.** El representante del Ministerio Público atribuye un interés indebido de los acusados en el “Contrato de concesión para la modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo - La Libertad”, a favor del Grupo Gerstein S.A.C representado por Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales, en mérito a lo siguiente:
- a. Se le otorgó la concesión del terminal pesquero a la empresa Gerstein S.A.C por el lapso de 25 años, a pesar de que la empresa no tenía experiencia en obras de similar envergadura.
 - b. El Grupo Gerstein S.A.C no contaba con capital para ejecutar la obra materia de concesión.
 - c. La empresa Gerstein S.A.C venía realizando actos materiales de posesión y administración del terminal pesquero antes de otorgársele la concesión, el 14 de enero de 2014, y de celebrarse el contrato de concesión.
 - d. No existía un proyecto viable, pues el Órgano Técnico a cargo de la Gerencia de Obras y Desarrollo Urbano identificó veintiséis observaciones al expediente técnico presentado por la Empresa Gerstein S.A.C.
 - e. En el contrato no se detallan las obras a realizar, solo que el 50% se ejecutaría en el primer trimestre y el otro 50% en el segundo trimestre.
 - f. La concesión fue resuelta debido a que el concesionario no cumplió con subsanar las observaciones del órgano técnico.
- 74.** Estando a la imputación realizada por el Ministerio Público, corresponderá determinar si los acusados han realizado los elementos objetivos y elemento subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal, y si con la actividad probatoria desarrollada en juicio, se ha enervado la presunción de inocencia que les asiste. En estricta aplicación del principio acusatorio, corresponderá determinar si se ha probado la responsabilidad penal y civil que se les atribuye.

Respecto de la calidad de Funcionarios Públicos

- 75.** El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 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 (...)**”.
- 76.** La calidad de funcionarios públicos de los acusados no ha sido negada por la defensa, lo cual ha sido corroborado con las documentales oralizadas. Así tenemos que mediante acta de sesión ordinaria de concejo³⁷⁷ del 14 de enero de 2014, se da cuenta de la reunión del Concejo en la Municipalidad de la comuna de Víctor Larco Herrera, presidido por el Alcalde Carlos Vásquez Llamo; asimismo, con la Ordenanza Municipal N°17-2012-MDVLH³⁷⁸, Acuerdo de Concejo N°60-2013-MDVLH³⁷⁹, Acuerdo de Concejo N°5-2014-MDVLH³⁸⁰,

³⁷⁷ Folio 22 del expediente.

³⁷⁸ Folio 55 del expediente.

³⁷⁹ Folio 57 del expediente.

³⁸⁰ Folio 60 del expediente.

documentos suscritos por el acusado **Carlos Enrique Vásquez Llamo**, acreditan su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera. En su declaración, el acusado Vásquez Llamo ha indicado que *“Es alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera desde el año 2007, de manera ininterrumpida”*.

- 77.** Respecto de los acusados **Walter Felipe Escobedo Gonzales, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa, Milton Colbert Minchola Merino**; tenían el cargo de regidores de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, a la fecha de los hechos, lo cual se encuentra acreditado con el Acta de sesión ordinaria de Concejo del 14 de enero de 2014, donde se aprecia que votaron a favor de la concesión al Grupo Gerstein SAC, Además, en el caso del acusado Sánchez Espezúa indicó que: *“Ha sido regidor de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, desde 2011 hasta la fecha, pero se encuentra de licencia (...)”*. Los demás acusados (regidores) no han declarado, no obstante el cargo de regidor si se encuentra acreditado.
- 78.** Respecto del acusado **José Amaro Venturo Cueva**, su condición de Funcionario Público se encuentra acreditado con el contrato de concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad, de fecha 13 de marzo de 2014, el cual suscribió como representante del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), facultado mediante Acuerdo del Concejo Distrital de la Municipalidad de Víctor Larco Herrera N°060-2013-MDVLH. Además, a la fecha de los hechos, tenía el cargo de Gerente Municipal.

Respecto de la aprobación de la iniciativa privada y contrato de concesión otorgado a favor del Grupo Gerstein S.A.C.

- 79.** Tratándose de una concesión, cabe señalar que Fidel Rojas Vargas, sostiene que *“(…)con el término “contrato” la norma penal quiere aludir a todo acuerdo en la que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los procesos de selección de postores o con sus fases ejecutivas, pero también abre el espectro de aplicaciones a objetos jurídicos que se salen de la Ley de Contrataciones del Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a la normativa internacional, o los usos y costumbres del comercio internacional*³⁸¹.
- 80.** Siendo así, se tiene que mediante Acuerdo N°60-2013-MDVLH³⁸² de fecha 11 de setiembre de 2013, el Concejo Municipal acordó declarar de interés el Proyecto de Iniciativa Privada “Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, deponiendo que el OPIP notifique a la empresa Grupo Gerstein S.A.C y que se realicen las publicaciones correspondientes.
- 81.** Mediante sesión ordinaria de Concejo del 14 de enero de 2014- Acta N°2-2014, se aprobó la iniciativa privada denominada “Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad” presentada por Grupo Gerstein S.A.C, la misma que fue declarada de interés mediante Acuerdo de Concejo N°60-2013-MDVLH de fecha 11 de setiembre de 2013. En la aludida acta se indica: *“Aprobar la Adjudicación Directa del Proyecto de Inversión Público privado denominado “Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad” al proponente Grupo Gerstein S.A.C; y encargar al Órgano de Promoción de la Inversión Privada (OPIP) de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera la realización de las acciones a seguir conforme a la normatividad aplicable. El presente encargo alcanza a la negociación de la versión definitiva del contrato de participación de la inversión privada a suscribirse (...)”*. La iniciativa privada se concretó mediante Acuerdo de Concejo N°5-2014³⁸³, del 15 de enero de 2014.
- 82.** Con fecha 13 de marzo de 2014, la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera (concedente), a través del Organismo de Promoción de la Inversión Privada representado por el acusado José Amaro Venturo Cueva y el Grupo Gerstein S.A.C (concesionario), celebran el “Contrato de Concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, el cual tuvo como finalidad establecer el desarrollo y la gestión de la infraestructura y administración del Terminal Pesquero de Víctor Larco Herrera, con el fin de contribuir a mejorar la calidad de vida de la población, otorgando adecuadas condiciones de higiene y salubridad para la venta de especies

³⁸¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Nomos & Thesis. Segunda Edición. Lima, junio 2017, p. 407

³⁸² Folio 57 del expediente.

³⁸³ Folio 28-30 del expediente.

marinas con fines de consumo humano y mejorar el medio ambiente, que permitirá un mejor ornato del distrito de Víctor Larco Herrera.

83. Siendo así, ha quedado acreditado la aprobación de la iniciativa privada y la concesión del terminal pesquero otorgada por la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera a favor del Grupo Gerstein S.A.C, representado por Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales.

Respecto de la relación funcional especial de los acusados, por razón del cargo, en el contrato de concesión para la modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad.

84. El acusado Carlos Enrique Vásquez Llamo, en su calidad de Alcalde tenía entre sus atribuciones, según el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco, artículo 20° g) *Dirigir la formulación y someter a la aprobación del Concejo el plan integral de desarrollo sostenible local y el programa de inversiones concertado con la sociedad civil*”. Siendo el representante legal de la municipalidad y la máxima autoridad administrativa.
85. La relación funcional especial de los acusados **Walter Felipe Escobedo Gonzales, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa, Milton Colbert Minchola Merino**, se encuentra acreditado, pues según lo establecido en el inciso 18 del artículo 9° de la Ley Orgánica de Municipalidades, son atribuciones del Concejo Municipal, *Aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al sector privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley, conforme a los artículos 32° y 35° de la presente ley.*
86. Asimismo, según el artículo 33° de la Ley Orgánica de Municipalidades, respecto del otorgamiento de concesión establece que: “(...) **las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptados por acuerdo municipal en sesión de Concejo y se definen por mayoría simple (...)**”.
87. El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1012, en su artículo 6.2, respecto de los Organismos Promotores de la Inversión Privada, establece que: “En **el caso de las entidades públicas correspondientes a los niveles de Gobierno Regional y Local, las facultades del Organismo Promotor de la Inversión Privada se ejercen en forma directa a través del órgano de Gobierno Regional o Local designado a tales efectos. El órgano máximo de estos Organismos Promotores de la Inversión Privada es el respectivo Consejo Regional o Consejo Municipal**” (la negrita y subrayado es nuestro).
88. Los acusados Escobedo Gonzales, Aguilar Ballarte, Sánchez Espezúa y Minchola Merino (regidores) y Vásquez Llamo (Alcalde) participaron de la sesión de Concejo del 14 de enero de 2014, y votaron a favor de la iniciativa privada denominada “Modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, la cual fue aprobada por mayoría; además el artículo 11° de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que: “Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la Ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, al menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas”; de ello se deriva su relación funcional especial con la concesión del terminal pesquero.
89. Respecto del acusado **José Amaro Venturo Cueva**, representante del Organismo Promotor de la Inversión Privada, facultado mediante Acuerdo de Concejo Distrital de la Municipalidad de Víctor Larco Herrera N°060-2013-MDVLH, suscribió el contrato de concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad.
90. Se encuentra acreditada la relación funcional de los acusados, en calidad de Alcalde y Regidores en la aprobación de la iniciativa privada; y posteriormente la actuación de Venturo Cueva en el contrato de concesión del terminal al Grupo Gerstein S.A.C, representado por Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales.

Respecto del interés indebido en el contrato de concesión, en provecho de tercero

91. Para destruir la presunción de inocencia de todo ciudadano, se requiere suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con todas las garantías de ley, tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal; y en ese mismo sentido el artículo 2° inciso 24. “e” de la Constitución Política del

Estado, establece que la presunción de inocencia es un verdadero derecho subjetivo, de ser considerado como tal, mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción.

92. “La valoración o apreciación de la prueba es una potestad exclusiva del juez, a través de cuyo ejercicio, realiza un análisis crítico de toda actividad probatoria y de los elementos y medios que la conforman”³⁸⁴. En consecuencia, es del caso advertir que este Juzgado, **sólo puede valorar** la prueba actuada en juicio; este límite a la valoración probatoria no es una decisión dejada al arbitrio del juez, sino más bien, que se encuentra normada en el artículo 393° del Código Procesal Penal, que establece: “(...) **1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio**”.
93. Conforme a la complejidad del caso, ante la carencia de pruebas directas concretas que permitan llegar a la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, el sistema de la libre valoración de la prueba permite al juzgador utilizar la prueba indirecta o indiciaria, a fin de deducir la existencia de cualquiera de los elementos del tipo penal que se discute. Para la aplicación de la prueba indiciaria es necesario cumplir con los presupuestos exigidos en el inciso 3 del artículo 158° del Código Procesal Penal, que han sido desarrollados en el Precedente Vinculante de la Corte Suprema N° 1912-2005³⁸⁵, que en su cuarto fundamento jurídico ha introducido ciertas condiciones para validar la prueba indiciaria, así tenemos: **El hecho base** ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley- pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. A) **Deben ser plurales** o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa. B) **Deben ser concomitantes al hecho que se pretende probar**, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son. C) **Deben estar interrelacionados**, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – por lo que no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí. D) Que, en lo tendiente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable. Que no se presenten contra indicios consistentes.
94. Tanto la prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional³⁸⁶.
95. De la actividad probatoria desarrollada en juicio se ha podido identificar los siguientes indicios probados; precisando que el análisis de la prueba se hace en función a la actividad probatoria desarrollada en juicio, y tomando en consideración lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento Decreto Supremo N° 146-2008-EF, que regulan el marco de las asociaciones público privadas para la generación de empleo productivo en el ámbito de la inversión privada.

Primer hecho indiciario: Se le otorgó la concesión del terminal pesquero a la empresa Gerstein S.A.C por el lapso de 25 años, a pesar de que la empresa no tenía experiencia en el rubro para el cual presentó su proyecto de inversión

96. En la cláusula octava del “Contrato de Concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, se establece que la concesión se otorga por un plazo de veinticinco años contados desde la fecha de la suscripción del contrato, prorrogable a solicitud del concesionario previa aceptación del concedente. Lo que se cuestiona es que se otorgó al Grupo Gerstein S.A.C la concesión del Terminal Pesquero Mayorista, por el mencionado plazo; no obstante, que esta empresa no reunía la experiencia necesaria para llevar a cabo el objeto del contrato de concesión.
97. **Al respecto**, tenemos que según consulta RUC 20481155194-Grupo Gerstein S.A.C³⁸⁷, esta empresa tuvo como fecha de inicio de actividades el 04 de agosto de 2005, y entre sus actividades económicas figuran como principal: la fabricación de artículos confeccionados, y como secundarias: el alquiler de máquina y equipo agropecuarios y actividades administrativas pública en general. A folios 34, sobre el número de trabajadores, para el periodo tributario 2013 y 2014 tenía 2 trabajadores.

³⁸⁴ Arsenio Oré Guardia. Manual de Derecho Procesal penal. Editorial. Alternativas, segunda edición. Lima, 199, pág. 445.

³⁸⁵ Ejecutoria Suprema Vinculante Nro. 1912-2005, de fecha 13 de octubre del 2005.

³⁸⁶ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editorial Grijley. Segunda Edición, Lima – Perú 2003, pág. 853

³⁸⁷ Folio 31 del expediente.

98. Según la Partida N°11042722³⁸⁸ de la Zona Registral N°V Sede Trujillo, donde obra la Inscripción de Sociedades Anónimas Grupo Gerstein S.A.C, se advierte como objeto de la empresa: *“Alquiler de maquinaria y unidades móviles; distribución y comercialización de artículos de oficina de toda índole; compra y venta de insumos para limpieza de toda índole; limpieza externa e interna de vehículos; compra venta de bienes muebles e inmuebles; confección, lavado, mantenimiento de cortinas, alfombras, pisones, persianas y muebles y servicio de limpieza y fumigación”*.
99. Dichas actividades económicas no se encuentran relacionadas con el objeto del contrato, dentro del cual se establecieron como principales actividades o prestaciones asumidas por el Grupo Gerstein S.A.C; **diseñar, financiar, construir, encargarse de la operación y mantenimiento de las obras del Mercado Mayorista Pesquero; prestación del servicio a los usuarios; y remodelar en su totalidad el mercado Mayorista Pesquero, para la mejora de sus servicios.**
100. El artículo 15° del Decreto Supremo N° 146-2008- EF, respecto de los requisitos para la presentación de iniciativa privada en proyectos de inversión, ha establecido que: “El contenido mínimo exigido para la presentación es el que se detalla a continuación: (...) h) (...) **y experiencia para la ejecución de proyectos de similar envergadura**”. (la negrita y subrayado es nuestro).
101. Sin embargo, de la documentación que el Grupo Gerstein S.A.C, adjunta a su escrito de concesión de proyecto (folios 139 a 185 del expediente) y del objeto social de su empresa, no se aprecia que haya cumplido con acreditar experiencia en ejecución de proyecto de similar envergadura.

Segundo hecho indiciario: El Grupo Gerstein S.A.C no contaba con capital económico para ejecutar la obra materia de concesión

102. El Grupo Gerstein S.A.C, según su Escritura Pública de Constitución, contó con un capital social de S/.40,000.00 soles, el cual fue aumentado a S/.200,000.00 soles, en octubre de 2010; monto que no resultaba adecuado o suficiente respecto de la suma por el cual se le otorgó la concesión, esto es de S/. 3' 742 042. 37 soles, monto referencial de las obras objeto del contrato.
103. Que si bien se presentaron dos cartas fianzas, la N°0011-0246-9800019171-62 por el monto de S/.400,000.00 soles y la carta fianza N°000601504810 por la suma de S/. 74,840.00 soles, a favor de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, ambos montos sumaban S/.474, 840.00 soles; el cual no justificaba el costo de la inversión.
104. Según el reporte de SUNAT, en los años 2012 y 2013 el Grupo Gerstein SAC tenía 2 trabajadores, y según documento EQUIFAX tenía una deuda vencida a diciembre de 2013 de S/.1' 123,000.00, a la fecha de la concesión tenía una deuda de S/. 976,000.00 soles. Este hecho fue puesto de conocimiento en la Sesión de Consejo por los regidores Víctor Daniel Velásquez Padilla y Marisol Córdova de Aguirre; cuestión previa que no fue tomada en cuenta por el alcalde y regidores acusados.
105. El artículo 15° del Decreto Supremo N° 146-2008- EF, respecto de los requisitos para la presentación de iniciativa privada en proyectos de inversión, ha establecido que: “El contenido mínimo exigido para la presentación es el que se detalla a continuación: (...) h) (...) **Capacidad financiera del solicitante (...)**”. (la negrita y subrayado es nuestro).
106. El artículo 16 del Decreto Supremo N° 146-2008- EF, que reglamenta el Decreto Legislativo N° 1012, vigente a la fecha de la concesión establece que: “Para los efectos de la evaluación de la iniciativa privada, el OPIP tomará en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: a) La capacidad financiera y solvencia del proponente para desarrollar proyectos de magnitud similar al propuesto. B) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable. (...).
107. Sin embargo, del objeto social y de la Propuesta Técnica del Grupo Gerstein SAC, no se advierte que haya acreditado solvencia técnica y financiera para desarrollar proyectos de similar magnitud.

³⁸⁸ Folio 63 del expediente.

Tercer hecho indiciario: La empresa Gerstein S.A.C venía realizando actos materiales de posesión y administración del terminal pesquero antes de aprobarse la iniciativa privada, el 14 de enero de 2014, y de celebrarse el contrato de concesión (13 de marzo 2014).

108. Otro indicio que revela el interés indebido de los acusados, es el hecho de que el Grupo Gerstein S.A.C, antes del 14 de enero de Enero (fecha de la aprobación) y 13 de marzo del 2014 (fecha del contrato de concesión), se encontraba ejerciendo actos de administración respecto al inmueble del terminal pesquero, pues según información remitida mediante documento GC-4287-2014³⁸⁹ de fecha 13 de junio de 2014, por el ingeniero César Chuyes Gutiérrez, Gerente General de Hidrandina; según constancia de reconexión³⁹⁰ de fecha 14 de diciembre de 2012, se aprecia que el suministro 47115060 tiene como titular al Terminal Pesquero con dirección en la Carretera Industrial s/n Buenos Aires Norte. Lo mismo se aprecia de las documentales que obran de folios 99 a 102 y de folios 105 a 113. Siendo un hecho probado que el suministro N° 47115060, corresponde al Terminal Pesquero de Víctor Larco.
109. Sin embargo, según boleta de atención-solicitud N°50101041955 de fecha 22 de julio de 2013, se solicitó el cambio de datos del suministro 47115060, que hasta dicha fecha figuraba como titular el Terminal Pesquero Avenida Larco, con dirección en Carretera Industrial N°S/N Balneario Buenos Aires Norte; asimismo, en el contrato de suministro de energía eléctrica³⁹¹ celebrado entre la Empresa Hidrandina S.A. y Gerstein Gonzales Rodolfo Carlos, se señala como dirección del suministro la Av. de Evitamiento N°720 Urb. Los Sauces, a efectos de que suministre energía eléctrica al cliente, cuya vigencia del contrato fue del 22 de julio de 2013 al 21 de julio de 2014, figurando a partir de dicha fecha como titular del suministro en referencia Gerstein Gonzales, tanto de la Vía de Evitamiento N°720 y Carretera Industrial S/N (conforme se aprecia de las documentales de folios 80-83).
110. Posteriormente, con fecha 12 de agosto de 2013, según documental de Intervención del suministro eléctrico 016- N°0077290-13³⁹² nuevamente aparece como titular del suministro N° 47115060, con dirección en la carretera Industrial s/n, el Terminal Pesquero; y según el documento del suministro eléctrico 016 –N°0085724-13³⁹³ de fecha 24 de agosto de 2013, con dirección Vía de Evitamiento 720, el señor Gerstein Gonzales.
111. El testigo Dante Herrera Ocampo, ha manifestado en juicio que: *“Es administrador del terminal pesquero de Víctor Larco, la primera vez de 1999 hasta el año 2001, luego regresó en el año 2007, mediante un concurso de la Municipalidad como Sub Gerente de Desarrollo Social y luego lo pasaron al Mercado Mayorista Pesquero en el mismo año hasta el 2012, cuando lo cambian a la Gerencia de Desarrollo Social; después regresó en mayo de 2014 hasta la fecha. Conoció al señor Gerstein en el año 2014. Cuando le dieron su memorándum para regresar al terminal pesquero, encuentra que contiguamente no se encontraba una pared, extraoficialmente le dijeron que estaban cobrando, se fue a ver y realmente estaban cobrando. (...)El vigilante le señaló que los recibos de luz ya no lo llevaban a la Municipalidad, se percató que en el recibo se encontraba el nombre del señor Gerstein, por lo que se acercó a Hidrandina y le dijeron que el señor era el propietario del terreno donde funciona el terminal; le dijo personalmente al Gerente Municipal, quien le refirió que los recibos no lo paga la Municipalidad sino los comerciantes (...)”.*
112. Con la actividad probatoria de cargo ha quedado acreditado **que antes de la suscripción del “Contrato de Concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, y antes de que se llevara a cabo la sesión de Concejo e incluso antes de que se declarara de interés el Proyecto de iniciativa privada presentada por el Grupo Gerstein S.A.C, mediante Acuerdo de Concejo N°60-2013-MDVLH³⁹⁴ de fecha 11 de setiembre de 2013, su representante**

³⁸⁹ Folio 76 del expediente (en adelante el folio se refiere a expediente judicial).

³⁹⁰ Folio 79

³⁹¹ Folio 85

³⁹² Folio 78

³⁹³ Folio 77

³⁹⁴ Folio 57

Gerstein Gonzales, venía realizando gestiones, como solicitar la titularidad del suministro N° 47115060, el cual correspondía al terminal pesquero con dirección en Carretera Industrial s/n Buenos Aires Norte.

113. Pero no solo cambió el número de suministro a su nombre; sino que además, los testigos Rosa María Villareal García, Víctor Daniel Velásquez Padilla, Marisol Córdova de Aguirre, regidores de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, han referido que el señor Gerstein Gonzales, que desde el 2013, venía realizando trabajos de administración en el terminal pesquero, pues demolieron puestos, de un cerco perimétrico, y cobraba a los minoristas. Asimismo, el testigo Máximo Morales Ávila, ha indicado que **“(…) El 30 de enero de 2013, el alcalde envió a un funcionario de nombre José Ventura Cueva, quien apoyado con una maquinaria frontal entraron al Mercado Mayorista Pesquero y destruyeron las mesas de concreto de 30 compañeras que vendían mariscos, mococho y cangrejos, luego el cercado del mercado en un aproximado de 45 metros. El alcalde le había permitido al señor Gerstein construir un mercado comercial al lado del mercado; sus compañeros denunciaron. El 30 de enero también se encontraba el señor Gerstein”**.
114. Han quedado acreditados los actos de posesión que Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales ha realizado en forma previa a la aprobación y contrato de concesión; hecho que fue avalado por el Gerente Municipal Ventura Cueva; quien además, como representante de OPIP firmó el contrato con el representante del Grupo Gerstein SAC.

Cuarto hecho indiciario. La celeridad en la aprobación de la iniciativa privada

115. Según la declaración de los regidores que votaron en contra, los expedientes técnicos les entregaron antes de empezar la sesión, por lo que no tuvieron tiempo para revisarlo; situación que guarda relación con la información de que el expediente se encontraba incompleto, según los regidores denunciados, a efectos de que no pudieran ser cuestionados.
116. Esta celeridad se hace más evidente, del tenor de la propia acta de Consejo, donde se advierte que el regidor VICTOR VELASQUEZ PADILLA, deja constancia que: **“ Una cuestión previa, es cierto que el 10 de setiembre hemos aprobado esta iniciativa privada y ya se ha iniciado la aprobación de la concesión y no se ha tomado en cuenta los antecedentes policiales y judiciales, este señor está reportado a INFOCORP y Usted puede pedir que se suspenda este proceso para que se pida al Ministerio Público, Poder Judicial, INFOCORP, una persona en estas condiciones no podría firmar con el Estado y para no exponernos queremos alertar para que esa concesión no se lleve a votación”**. La regidora ROSA MARIA VILLARREAL GARCIA, expresó: **“Más que todo es por la parte social y se me han alcanzado 51 denuncias, yo voy a votar en contra acerca de esto”** La regidora MARISOL CORDOVA DE AGUIRRE, indicó: **“Como manifiesta el regidor no es una cuestión de mero trámite y según EQUIFAX tiene dos personas trabajando y presenta deudas con la SUNAT, y presenta riesgo y sobre la capacidad financiera y la experiencia”**. Luego el regidor VICTOR DANIEL VELASQUEZ PADILLA, replica: **“No me ha dado respuesta a mi cuestión previa que conste en actas que no se me ha dado el derecho como corresponde y no se ha pronunciado el asesor jurídico del consejo y debo insistir ya que no se va a llevar a cabo la votación de la cuestión previa y veo que no tiene intención de transparentar las cosas”**.
117. Siendo el Consejo Municipal el órgano máximo promotor de la inversión privada, debió haber solicitado información adicional, pues haciendo una interpretación analógica del artículo 17.2 del Reglamento. D. S. 146-2008- EF, **“El OPIP, podrá requerir información adicional al titular de la iniciativa pudiendo condicionar la continuación de la evaluación a la entrega de la información requerida (...)**. Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento D. S. 146-2008- EF, no establece que, cumplidos los 90 días de la publicación de la iniciativa privada, se tendría que necesariamente aprobar la iniciativa de concesión.

118. El artículo 33° de la Ley Orgánica de Municipalidades, respecto del otorgamiento de concesión establece que “(...) **las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptados por acuerdo municipal en sesión de Concejo y se definen por mayoría simple (...)**”. El artículo 15° de la aludida Ley, establece que: “**Desde el día de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la sesión deben estar a disposición de los regidores en las oficinas de la municipalidad o en el lugar de celebración de la sesión, durante el horario de oficina. Los regidores pueden solicitar con anterioridad a la sesión, o durante el curso de ella los informes o aclaraciones que estimen necesarias acerca de los asuntos sometidos en la convocatoria. El alcalde, o quien lo convoque está obligado a proporcionarlos, en el término perentorio de 5 (cinco días) bajo responsabilidad (...)**”.
119. Se puede advertir un interés particular, a efectos de que en dicha fecha se apruebe la iniciativa de concesión; que si bien, según el acta de fecha 14 de enero de 2014, se indica que el Asesor Legal hizo el uso de la palabra, fue para indicar que toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia; alegación que no correspondía al cuestionamiento de los regidores, puesto que no se le estaba imputando un delito; sino que obedecía a información respecto de la calidad personal, económica y financiera de aquella persona a quien se le otorgaría la concesión de una obra de gran importancia para el distrito.

Quinto hecho indiciario: *No existía un proyecto viable, pues el Órgano Técnico encargado, Gerente de Obras y Desarrollo Urbano presentó veintiséis observaciones al expediente técnico presentado por la Empresa Gerstein S.A.C.*

120. Según Informe N°284-2014-GODU/MDVLH³⁹⁵ de fecha 6 de mayo de 2014, emitido por Juan Simón Ruidias Ojeda, Gerente de Obras y Desarrollo Urbano de la misma Municipalidad, señala respecto del Expediente Técnico del proyecto “Contrato de concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo-La Libertad”, presentado por el Sr. Rodolfo Gerstein Gonzales, Gerente General del Grupo Gerstein S.A.C; (...) *que no se ha presentado aspectos principales de diseño y operación del conjunto de obras, incluyendo planos de detalles, planilla de metrados, especificaciones técnicas, memoria de cálculos de las instalaciones a proyectar de acuerdo al reglamento nacional de edificaciones; falta los procesos constructivos con detalle de la tecnología constructiva y de la organización de la construcción; no presentan a nivel de detalle los equipos hidromecánicos e instrumentación por emplear; no presenta calendario de inversión por obras; no presenta calendario de trabajo, no presenta programa de pruebas, no presenta versión preliminar del manual de operación y mantenimiento, los planos de detalle y las memorias de cálculo a presentar deben estar firmados por profesionales especializados: ingeniero estructuralista, ingeniero sanitario, ingeniero mecánico electricista; el expediente técnico no especifica el cuadro de demanda máxima eléctrica; no existe detalles de planos de tratamiento de aguas residuales en las instalaciones sanitarias; falta detalles de la zona de desinfección, falta detalle de la zona de estacionamiento, falta detalle constructivo de la zona de venta de pescados y mariscos, falta detalle constructivo de la zona de fileteo, falta detalle constructivo de la zona administrativa, falta detalle constructivo de los servicios higiénicos, falta detalle constructivo del sistema de drenaje de desagüe, falta detalle constructivo del sistema de canaletas, falta detalle constructivo del sistema de agua, falta detalle constructivo de la zona de lavado de jabas, falta detalle constructivo del sistema de estructuras y coberturas, diseño y cálculos, falta detalle constructivo de la zona donde se alojara la cámara e refrigeración, falta detalle de la cámara de refrigeración, no presenta estudio de suelos, no presenta estudio de impacto vial, no presenta planos topográficos y niveles de pisos (...)*.
121. Ratificando dichas observaciones en su declaración brindada en juicio; asimismo, afirmó que “El asunto era la revisión del informe técnico, quien lo pide es el Gerente Municipal, lo pide porque el área a su cargo era la Gerencia de Obras y Desarrollo Urbano y en el contrato de concesión también designaba a obras para que haga la revisión del expediente; es decir, en el desarrollo del contrato. El señor Gerstein no levantó las observaciones, después no le informaron que acciones administrativas siguieron”.

³⁹⁵ Folio 35

122. Si bien, conforme al Decreto Legislativo N° 1012, lo que se presenta como requisitos para la iniciativa privada, no es el expediente de contratación, sino la propuesta técnica de proyectos de inversión; hay exigencias mínimas que por lo menos debe acreditar el solicitante y que están detallados en el artículo 15° del D. S. 046-2008 –EF, y en el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012, donde se establece que: **“La declaración de interés deberá contener la siguiente información: a) Un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada que contemple: i) Objeto y alcance del proyecto de inversión, ii) bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrolla el proyecto, iii) modalidad contractual, plazo de contratación, iv) monto referencial de la inversión, v) Cronograma tentativo del proyecto de inversión”**.
123. Si tomamos en consideración que el 14 de enero se aprueba la iniciativa privada, y el 13 de marzo se firma el contrato de concesión, a la fecha de elaboración del informe N° 284-2014-GODU/MDVLH³⁹⁶ de fecha 6 de mayo de 2014, el Expediente de Contratación del Grupo Gerstein tenía 26 observaciones, que por no ser subsanadas acarreó que se resuelva el contrato de concesión.

Sexto hecho indiciario: El contrato de concesión se resolvió debido a que no fueron subsanadas las observaciones.

124. Mediante Resolución Gerencial N° 713-2014-GM-MDVLH, de fecha 17 de diciembre de 2014, la autoridad municipal resuelve el contrato de concesión con el Grupo Gerstein SAC, por incumplimiento de las obligaciones contractuales del concesionario.
125. Este hecho probado, no hace más que corroborar que la iniciativa privada del Grupo Gerstein era inviable tanto técnica como financieramente; no obstante, se aprobó y otorgó la concesión; sin dejar de mencionar que a pesar de que la cláusula trigésima segunda del contrato, indica que ante el incumplimiento de las obligaciones del concesionario se exigiera las penalidades que correspondan; no se advierte que éstas hayan sido exigidas por la Municipalidad.

RAZONAMIENTO INDICIARIO

126. El TC ha expresado sobre la prueba indiciaria: *“Si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, como se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios” (...)* Para el Tribunal Constitucional la prueba indiciaria. (...) lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe ser plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indicado, lo que se trata de probar (delito); y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además deber responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos³⁹⁷

127. Premisa Mayor (Regla de la Experiencia)

Primera: “SI SE APRUEBA LA INICIATIVA PRIVADA Y LA POSTERIOR CONCESIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES A FAVOR DE UNA EMPRESA QUE YA VENIA REALIZANDO ACTOS DE ADMINISTRACIÓN EN EL PREDIO A CONCESIONAR, SIN TENER UN PROYECTO TÉCNICO Y FINANCIERO VIABLE PARA LA CONSTRUCCIÓN, PERMITE COLEGIR LA EXISTENCIA DE UN INTERES INDEBIDO DEL CONCEDENTE.

³⁹⁶ Folio 35

³⁹⁷ CACERES JULCA, Roberto. La Prueba Indiciaria en el Proceso Penal. Primera Edición, Editorial Instituto Pacifica. Lima –Perú. 2017. Pág. 159.

Segunda: LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA RELEVANTE Y DE GRAN ENVARGADURA PARA UN DISTRITO, ÚNICA EN SU CLASE, NO SE ENTREGA A CUALQUIER CONCESIONARIO POR EL SOLO MÉRITO DE HABER CUMPLIDO CON LA FORMALIDAD ESTABLECIDA EN LA LEY, SI ES QUE PREVIAMENTE NO SE CONOCE MINIMAMENTE ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA EMPRESA, PARA UNA MEJOR TOMA DE DECISIÓN.

128. Premisa Menor. Indicios o hechos probados:

- **Se otorgó la concesión del Mercado Mayorista Terminal Pesquero a la empresa Grupo Gerstein S.A.C por el lapso de veinticinco años, la cual no tenía experiencia en el rubro,** según se ha acreditado con la ficha de consulta RUC y con la Escritura Pública de constitución de la empresa.
- **El grupo Gerstein S.A.C no contaba con capital para ejecutar la obra materia de concesión,** pues su capital era insuficiente y las cartas fianzas tenían vigencia solamente hasta el año 2014.
- **El señor Gerstein Gonzales Rodolfo Carlos, venía realizando actos materiales de posesión y administración del terminal pesquero,** lo cual se ha acreditado con información remitida por la empresa Hidrandina S.A.
- **Celeridad en el Consejo Municipal para aprobar la iniciativa privada.**
- **La inexistencia de un proyecto viable;** lo cual se ha acreditado con el Informe N° N°284-2014-GODU/MDVLH y con la declaración del testigo Juan Simón Ruidias Ojeda.
- **El contrato de concesión se resolvió debido a que el concesionario no subsanó las observaciones al expediente técnico.**

RAZONAMIENTO INDICIARIO.

Del itinerario del proceso

129. Según la partida registral N° 11083655 (folios 91 del expediente), **el 08 de setiembre de 2011,** Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales, representante del Grupo Gerstein SAC, adquiere por compra venta el inmueble ubicado en la Avenida Dos de Mayo (Vía de Evitamiento Norte) N° 720, con un área de 2,846.40 metros cuadrados. Terreno contiguo al terreno del terminal terrestre pesquero de Víctor Larco Herrera, que se ubica en la carretera industrial s/n- Buenos Aires.
130. El 11 de diciembre de 2012, mediante Ordenanza Municipal N° 17-2012-MDVLH, el Consejo Municipal acordó declarar de interés distrital la promoción de la inversión privada del Distrito (...) en materia de obras para la implementación y operaciones de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos designando a la Gerencia Municipal como instancia técnica del Organismo Promotor de la Inversión Privada de la Municipalidad.
131. Coincidentemente, el 16 de enero de 2013, la empresa Grupo Gerstein S.A.C, presenta la iniciativa privada “Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo, La Libertad”; admitiéndose a trámite mediante Resolución de Gerencial N° 068-2013- GM- MDVLH, del 20 de febrero de 2013.
132. Luego del trámite respectivo y publicaciones efectuadas, el 14 de enero de 2014, en sesión ordinaria de Consejo N° 05-2014- MODVLH, se aprobó la iniciativa privada a favor de la Empresa Grupo Gerstein S.A.C. Luego se firma el contrato de concesión con fecha 13 de marzo de 2014.

Respecto del interés indebido del Alcalde Vásquez Llamo

133. Esta judicatura considera que la aprobación de la iniciativa privada, ocurrida el día 14 de enero de 2014, no obedece a un interés público del alcalde por mejorar las condiciones de salubridad y bienestar de la población de Víctor Larco; puedo advertir una pretensión de parte, que excede lo estrictamente funcional, propio del

cumplimiento objetivo de los deberes del cargo; es decir, el acusado se avocó a una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son de la administración pública; pues como integrante del Concejo Municipal y **máximo representante de los Organismos Promotores de la Inversión Privada**; tenía entre sus funciones, como alcalde, conforme al inciso 1 del artículo 20 de la Ley N° 27972, la defensa de los derechos e intereses de la Municipalidad y los vecinos del distrito.

134. Sin embargo, según la información que ha ingresado al juicio, el testigo Máximo Morales Ávila ha indicado que: **“Conoce al señor Rodolfo Gerstein Gonzales, ya que desde hace seis años se rumoreaba que el señor Alcalde iba a concesionar el terminal a un amigo; asimismo, que se iban a incrementar los pagos, lo que generó que recurrieran al Alcalde por medio un escrito, pidiéndole que si va a concesionar el terreno no lo haga con terceros, sino con los comerciantes de productos hidrobiológicos, pero no le hizo caso. (...) El Alcalde era Carlos Vásquez Llamo, y su amigo era Carlos Gerstein Gonzales. El 30 de enero de 2013, el Alcalde envió a un funcionario de nombre José Ventura Cueva, quien apoyado con una maquinaria frontal entró al Mercado Mayorista Pesquero y destruyeron las mesas de concreto de 30 compañeras que vendían mariscos, mococho y cangrejos, luego cercaron el mercado en un aproximado de 45 metros. (...) (...)El Alcalde le había permitido al señor Gerstein construir un mercado comercial al lado del mercado oficial; sus compañeros denunciaron. El 30 de enero de 2013 también se encontraba el señor Gerstein. Cuando intervino en la tarde, les dijeron que eran órdenes del Alcalde, después se retiró. (...) Le consta que el señor Gerstein es amigo del alcalde, porque el 12 de agosto de 2012, acudió a ver el resultado del documento, pasó a ver al señor Alcalde y lo encontró con el señor Gerstein en su despacho. (...)”**
135. Por otro lado, la forma como se realizó la sesión de consejo del 14 de enero de 2014, fecha en que a los regidores opositores se les hace entrega de las copias de la propuesta técnica, minutos antes de la sesión; además, que no se admitió la cuestión previa de suspensión de la sesión, planteada por el regidor Velásquez Padilla, haciendo caso omiso a los serios cuestionamientos financieros y técnicos que presentaba el Grupo Gerstein S.A.C; lo cual revela que el Alcalde Vásquez Llamo mostró un interés de parte, en la votación de la iniciativa privada.

Respecto del interés indebido de los regidores Escobedo Gonzales, Aguilar Ballarte, Sánchez Espezúa y Minchola Merino.

136. Que, si bien fue el alcalde Vásquez Llamo, quien propició la aprobación de la iniciativa privada y según el testigo Máximo Morales Ávila, habría sido el principal interesado en otorgarle la concesión a al Grupo Gerstein, representado por Rodolfo Carlos Gerstein Gonzales; ello no exime de responsabilidad a los regidores Walter Felipe Escobedo Gonzales, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa y Milton Colbert Minchola Merino; quienes con su voto avalaron la iniciativa privada a favor del Grupo Gerstein; pues, según el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1012, en el 6.2 establece, respecto de los Organismos Promotores de la Inversión Privada, que: **“(...) El órgano máximo de estos Organismos Promotores de la Inversión Privada es el respectivo Consejo Regional o Consejo Municipal³⁹⁸”,** siendo sus integrantes el alcalde y sus regidores; de tal forma que sin el voto favorable de los aludidos regidores, el interés indebido no se hubiera manifestado.
137. Por otro lado, el artículo 11° de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que: **“Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la Ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, al menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas”.**
138. Además, en el caso del acusado Sánchez Espezúa, según versión de la ex regidora, Jesús Arévalo Armas, antes de la sesión de Consejo refiere que **“participó en una comisión como secretaria y Gary era el presidente, además de otro regidor. Fue a una inspección al terminal pesquero, escuchó a la gente y se notaban descontentos por irregularidades. La inspección fue antes del acuerdo de Concejo”.** El testigo Víctor Vásquez Padilla ha indicado que: **“(...) En una sesión de Concejo se tocó ese tema y se nombró una comisión, la cual estuvo integrada por los regidores Gary, Escobedo y Jesús, quienes hicieron inspección del terreno, y tenía que ver el tema del saneamiento técnico legal (...)”.**
139. Dicha información me permite colegir que Sánchez Espezúa, Escobedo Gonzales y Jesús Aguilar Ballarte, conocían la verdadera situación del terminal y que Gerstein venía realizando actos de posesión e incluso cobrando a los comerciantes minoristas; no obstante, avalaron con su voto la iniciativa privada a favor del Grupo Gerstein SAC.

³⁹⁸ Artículo 5 de la Ley 29792- Ley Orgánica de Municipalidades. “ El consejo Municipal, provincial y distrital, está conformado por el alcalde y el número de regidores que establece el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a Ley de Elecciones Municipales.

Respecto del interés indebido de Ventura Cueva.

140. En el caso del acusado José Amaro Ventura Cueva, representante de la Municipalidad ante el OPIP; si bien no es el que aprueba la iniciativa privada, pero sí quien firma el contrato de concesión de fecha 13 de marzo de 2014; quien en representación del OPIP, al amparo del artículo 17°. 2 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, tenía como facultades “ (...) requerir información adicional al titular de la iniciativa pudiendo condicionar la continuación de la evaluación a la entrega de la información requerida dentro de un plazo prudencial (...) De no producirse ésta, se procederá a rechazar la iniciativa”. Nótese que el acusado Ventura Cueva, dentro del proceso de concesión tenía prerrogativas amplias; quien pudo desde su inicio, conforme al artículo 17.4 (...) proponer la introducción de las ampliaciones y/o modificaciones que juzgue conveniente y/o necesarias al contenido y diseño de la iniciativa privada presentada, contando previamente con la opinión del sector”, si ello es así, pudo haber solicitado al Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, el informe técnico respectivo, respecto de la propuesta técnica presentada; ello hubiera evitado que luego de entregada la concesión al Grupo Gerstein, se detecte las 26 inconsistencias en el expediente técnico, que luego, al no poder ser levantadas, motivaron que el contrato sea resuelto.
141. Además, según el testigo **Máximo Morales Ávila**, quien desde el año 1976 trabaja en el terminal pesquero; ha indicado que “(...) El 30 de enero de 2013, el Alcalde envió a un funcionario de nombre José Venturo Cueva, quien apoyado con una maquinaria frontal entró al Mercado Mayorista Pesquero y destruyeron las mesas de concreto de 30 compañeras que vendían mariscos, mococho y cangrejos, luego cercaron el mercado en un aproximado de 45 metros. (...) El Alcalde le había permitido al señor Gerstein construir un mercado comercial al lado del mercado oficial; sus compañeros denunciaron. El 30 de enero de 2013 también se encontraba el señor Gerstein. Cuando intervino en la tarde, les dijeron que eran órdenes del Alcalde, después se retiró. (...) El señor Gerstein obligaba a los comerciantes, a quienes se les había tumbado su mesa, que pasen a su centro de fileteo, pero no le hicieron caso, tenía personal para apoyarlos en la administración del mercado mayorista pesquero. (...) El señor Venturo Cueva era el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco. El señor Gerstein antes que se le otorgue la concesión hizo un afirmado de toda la plataforma de 5,000 metros cuadrados, Tenía las facilidades de la administración (...)”.
142. El testigo **Dante Herrera Ocampo**, Administrador del Terminal Pesquero y trabajador de la Municipalidad, ha indicado que: “(...) Conoció al señor Gerstein en el año 2014, cuando le dieron su memorándum para regresar al terminal pesquero; fue en aquella fecha que encuentra que contiguamente ya no se encontraba una pared, extraoficialmente le dijeron que estaban cobrando; se fue a ver y realmente estaban cobrando. (...) Un señor Ganoza, quien era representante del señor Gerstein, le manifestó que habían hablado con el señor Jhon Mera Díaz, se acercó a hablar con el Gerente Municipal, el señor Venturo, y le preguntó si otras personas puedan hacer cobros; éste le respondió que desconocía y en ese momento llegó a la oficina el señor Gerstein, a quien le increpó; y desde ese momento se retiraron y dejaron de cobrar; ese hecho sucedió a los dos o tres días que ingresó como administrador. (...) Tiene trato directo con los mayoristas y minoristas, estos últimos le expresaron su malestar, porque le habían destruido sus puestos de mariscos, indicaron como el autor de los daños al Gerente Municipal, el señor Venturo Cueva. (...) Estuvo presente cuando fiscalía hizo una visita al terminal terrestre, lo único que encontró que habían nivelado la parte del estacionamiento, porque antes había arena y lo encontró con otro material. (...) El vigilante le señaló que los recibos de luz ya no lo llevaban a la Municipalidad, se percató que en el recibo se encontraba el nombre del señor Gerstein, por lo que se acercó a Hidrandina y le dijeron que el señor era el propietario del terreno donde funciona el terminal; por ello se acercó y le dijo personalmente al Gerente Municipal, quien le refirió que los recibos no lo paga la Municipalidad sino los comerciantes (...) El señor Ventura Cueva le expresó al señor Gerstein su malestar y ésta aceptó indicando que ya no iba a cobrar”.
143. Esta información no ha sido negada por Ventura Cueva, quien ha dicho que: “(...) En una oportunidad, ante el reporte de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local acudió con el señor Gerstein al terminal, porque hubo una caída de pared, verificó que no estaba y le informaron que era una pared de tercero; (...) El señor Dante Herrera Ocampo acudió a su despacho para informar que el señor Gerstein estaba haciendo cobros, le dijo que había cobros que no correspondían. No recuerda si llegó el señor Ganoza y Gerstein. (...) Recibió el informe de la Gerencia de Desarrollo Económico Local, respecto a que los recibos de luz salían a nombre del señor Gerstein. (...) Cuando le informaron sobre los cobros fue antes de la aprobación de la concesión (...)”.

144. Ventura Cueva, no podría negar haber conocido que el representante del Grupo Gerstein SAC, desde enero del año 2013, venía realizando actos posesorios del terminal pesquero; no obstante, ello, también mostró un interés de parte en el proceso de contratación, como representante del OPIP.

Argumentos de la defensa.

145. La defensa cuestiona e indica ¿cuál habría sido el beneficio o interés de los Regidores, Alcalde y Gerente Municipal, si conocían que la ejecución del proyecto no era inviable y que el Grupo Gerstein no tenía disponibilidad técnica y financiera?; la pregunta es entonces ¿por qué se le otorgó la concesión? La respuesta es la siguiente: Es un hecho probado que Rodolfo Carlos Gerstein compró un lote de terreno de 2, 845.40 metros cuadrados (en el año 2011), el mismo que está contiguo al terreno del terminal pesquero; que necesitaba contar con el terreno en concesión, pues la administración del terminal, según la declaración que Herrera Ocampo ha dado en la diligencia de entrevista fiscal, el 02 de junio de 2014, ha indicado que el terminal, sin que se haya hecho alguna inversión, reporta un ingreso de S/ 300. 00 a S/ 350.00 diarios; sumado a que, según el testigo Morales Ávila, el señor Gerstein, derribó la pared que da a su predio en un aproximado de 30 puestos de venta. Además que el testigo Velásquez Padilla ha indicado que: “(...) El Grupo Gerstein ya venía trabajando antes del año 2013 en el terminal pesquero y utilizaban sus instalaciones para construir, para que ingrese su personal, maquinaria y logística; después tenían personal que paraban en la administración del terminal pesquero, había un señor Jhon Mera, quien era el administrador, y tenía vínculo de trabajo con el señor Gerstein.”
146. Todo ello me la convicción judicial que los acusados mostraron un interés particular para favorecer a tercero (Grupo Gerstein SAC), permitiendo que el concesionario amplíe el espacio de su terreno contiguo al terminal pesquero y siga cobrando a los comerciantes minoristas por el expendio de productos hidrobiológicos.

Respecto del perjuicio al Estado.

147. La defensa también ha cuestionado que no ha existido perjuicio para la Municipalidad, puesto que no se entregó dinero, tampoco se vendió o transfirió, solo se autorizó la concesión para construir. **Sin embargo**, el delito de negociación incompatible, como es sabido, no persigue la protección del bien jurídico patrimonio, éste delito protege la imparcialidad en las contrataciones del Estado, como bien jurídico específico, y la correcta administración pública, desde su vertiente general.
148. Los fines de protección del bien jurídico, guardan relación con la consumación del delito, que según la jurisprudencia nacional, lo ha entendido así: “ (...) *En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumir el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto del contrato u operación en que ha intervenido por razón de su cargo*”³⁹⁹: “*El contenido extra patrimonial de la conducta típica se corrobora aún más con la determinación de la consumación en dicho ilícito y que se configura con el solo hecho de interesarse indebidamente, siendo el provecho propio de tercero un elemento colateral*”⁴⁰⁰ “*Por lo tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada*”.⁴⁰¹

³⁹⁹ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

⁴⁰⁰ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

⁴⁰¹ Recurso de Nulidad N° 677-2016- LIMA, de 17 de mayo de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Republica. Fundamento Jurídico 6.7. Folios 51.

*“Para la consumación del delito en hermenéutica jurídica, no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventajas patrimoniales para el Estado.”*⁴⁰² Esta judicatura asume la postura desarrollada por la Corte Suprema.

Respecto del principio de confianza y el argumento de defensa de que el acto de votación es una decisión política.

149. También nos ha dicho la defensa que los acusados han actuado bajo el principio de confianza, en el entendido que la iniciativa había superado las áreas técnicas respectivas. **Al respecto** *“El principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se presenta como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento de acuerdo a la Constitución, la ley y los reglamentos particulares de cada caso; ante tal situación se puede decir que, el ordenamiento jurídico “me autorizó o permitió” confiar en que así como yo cumplía con los parámetros de mi rol, los demás también los hacen”*.⁴⁰³
150. El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho de ellos. Requiere de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae.⁴⁰⁴ El principio de confianza se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales: a. En el tráfico automotor, b. En la realización de trabajo en equipo; c. En la solución de aquellos casos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero y d. En los problemas de la realización de riesgos. Este principio no es absoluto, la doctrina plantea su rechazo en los siguientes supuestos: (...) Cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero. Es decir, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba⁴⁰⁵.
151. El argumento sobre el principio de confianza planteado por la defensa se enerva, si tomamos en consideración que los acusados integraban el órgano máximo de OPIP (Órgano de Promoción e Inversión Privada); siendo facultad del Consejo Municipal su aprobación o no. El principio de confianza no es de recibo para el caso en concreto, pues fueron alertados antes de su votación sobre los riesgos y consecuencias de contratar con una persona que tiene denuncias, problemas financieros reportados en INFOCORP, no obstante, con su voto propiciaron la aprobación de la iniciativa privada para favorecer al Grupo Gerstein SAC.
152. En el recurso de Nulidad N° 300-2014, del 21 de mayo de 2014, se ha dicho que: *“No se aplica el principio de confianza cuando, por ejemplo, un gerente municipal avala un contrato irregular, en vez de cuestionar la legalidad del mismo, dado que fueron realizados sin previo proceso de selección, conducta que quebranta su deber funcional y permite que se establezca pagos al funcionario contratado (...) que no se ajustan a los montos previstos en el expediente técnico o a base legal alguna (...)”*. En el caso de altos cargos de la entidad estatal, como el Alcalde, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido que este principio no resulta aplicable cuando se acredita que, en su versión horizontal, el Alcalde es la máxima autoridad en la municipalidad y en su vertiente vertical incide en la aprobación o celebración del contrato. Para el caso, el Alcalde era la máxima autoridad y fue él quien propició y aprobó la iniciativa privada.
153. Respecto de que la votación de los regidores es una decisión política, ello no es del todo cierto, puesto que, según el artículo 11° de la Ley Orgánica de Municipalidades *“Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la Ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, al menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas”*. Siendo que, para el caso en concreto, no se estaba decidiendo sobre una obra cualquiera dentro del distrito, sino que se trataba de una obra emblemática para Víctor Larco, que como ha referido Vásquez Llamo, fue una de sus prioridades o temas de urgencia desde que ingreso en el 2007 en calidad de alcalde.
154. No podrían alegar el principio de confianza, si se ha acreditado que los acusados conocían de la situación del terminal y sobre los actos posesorios que ejercía el señor Gerstein en el terminal pesquero.

⁴⁰² SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima Perú. 2014- Pág. 578.

⁴⁰³ PELÁEZ JEJIA, José María. “CONFIGURACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO NEGATIVO DE TIPICIDAD OBJETIVA”. Revista Prolegómenos- Derechos y Valores. Pág. 31.

⁴⁰⁴ GARCIA CAVERO, Percy.....419

⁴⁰⁵ PAREDES VARGAS, Cesar Augusto. Fundamento de la Imputacion Objetiva. Editores del Centro. Lima, 2017. P. 209-2010

155. La defensa ha dicho también que se cumplió con el procedimiento de concesión, conforme a lo que establece el Decreto Legislativo 1012 y su Reglamento 146-2008-EF; además, de haberse hecho las publicaciones correspondientes, y solo se presentó un postor a quien se adjudicó la concesión. **Claro**, si bien se advierte que se ha cumplido con la formalidad, ello no enerva la responsabilidad del Concejo Municipal, si advierte que en el otorgamiento de la buena pro se ha puesto de manifiesto un interés indebido, para favorecer a un postor que previa a la aprobación y firma del contrato ya se encontraba de facto conduciendo y administrando el terreno materia de concesión. Ello me permite válidamente razonar que, cuando el Concejo Municipal acordó declarar de interés distrital la promoción de la inversión privada del distrito (diciembre de 2012), y a la fecha de la presentación de la iniciativa, en enero de 2013, ya se conocía y se direccionó la concesión para que el Grupo Gerstein S.A.C sea la empresa ganadora de la concesión.

Respecto del elemento subjetivo del tipo

156. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y han quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*⁴⁰⁶.
157. Que, analizada la conducta externa de los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA Y MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, el primero en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, y los demás en su calidad de regidores de la referida entidad edil, tenían pleno conocimiento que la aprobación de la iniciativa privada debía otorgarse a favor de la empresa que tuviera entre sus posibilidades económicas llevar a cabo la ejecución de los trabajos en el Mercado Mayorista Terminal Pesquero; asimismo, que haya cumplido con la presentación de una propuesta viable, teniendo en cuenta la importancia del proyecto para el distrito. Los acusados participaron de la sesión de Concejo, conocieron las observaciones expuestas por los regidores que votaron en contra, respecto a que el señor Gerstein Gonzales presentaba antecedentes policiales y judiciales, que se encontraba reportado en INFOCORP y que existe riesgo sobre su capacidad financiera; no obstante; pudiendo optar por suspender dicha sesión con la finalidad de que se corrobore lo denunciado; los acusados optaron por aprobar la concesión, teniendo el acusado Vásquez Llamo en su calidad de alcalde de la Municipalidad voto dirimente, propiciando que el acuerdo se apruebe por mayoría. Así, los acusados han vulnerando los principios de legalidad y transparencia, no actuando en representación de los intereses del Estado; desplegando actos contrarios a sus deberes funcionales.
158. De la conducta del acusado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, en calidad de representante del Organismo de Promoción de la Inversión Privada - OPIP, a quien se le encargó la realización de las acciones a seguir conforme a la normatividad aplicable, quien finalmente firmó el “Contrato de concesión para la Modernización, mejoramiento y ampliación del mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad”, conocía que la Empresa Gerstein S.A.C ya venía realizando actos posesorios en el terreno sujeto a concesión, sin que antes se haya aprobado la iniciativa y mucho menos firmado el contrato.

Conclusión final

159. Lo sostenido por el fiscal, en el sentido que se aprobó la iniciativa privada a favor del Grupo Gerstein S.A.C, otorgándole el terreno en concesión, para regularizar una situación que de facto venía sucediendo en el terminal, puesto que su representante ya venía ejerciendo actos posesorios, es un hecho que sí ha quedado acreditado.

⁴⁰⁶ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

160. **LOS INDICIOS PROBADOS SON PLURALES, CONVERGENTES, CONCOMITANTES E INTERRELACIONADOS ENTRE SÍ, LO CUAL ME PERMITE ARRIBAR A LA CONVICCIÓN JUDICIAL DE QUE LOS ACUSADOS CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO, JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLEZ, TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, SE HAN INTERESADO DE FORMA INDEBIDA EN OTORGAR LA CONCESIÓN A FAVOR DE LA EMPRESA GRUPO GERSTEIN S.A.C.**
161. No he podido advertir la presencia de contra indicios consistentes, que enerven la fuerza acreditativa de los indicios probados; habiéndose acreditado, mediante prueba indiciaria, los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal de Negociación Incompatible.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

162. Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción judicial que los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO Y JOSE AMARO VENTURO CUEVA** , no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previstos en el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, con grado de instrucción secundaria completa y superior, y que evidentemente por su misma condición de alcalde, regidores y representante del OPIP, conocían la prohibición de actuar como lo han hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsa de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, merecen ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

163. Que, habiendo lesionado el bien jurídico ya indicado, corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
164. La Individualización o determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
165. La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento

explicito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva⁴⁰⁷.

166. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399° del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
167. En el caso concreto, se tiene que para los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO Y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal, es decir “solamente atenuantes – la carencia de antecedentes penales”, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir, la pena deberá tener como mínimo cuatro años y como máximo cuatro años con ocho meses de pena privativa de la libertad**; en ese sentido, la pena concreta final para los acusados, tomando en consideración que les asiste similar intensidad de reproche, por haber realizado conductas semejantes, orientadas a favor del concesionario, la pena se impondrá tomando en consideración el tercio inferior; por lo que a criterio de esta judicatura le corresponde, a cada acusado, una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.
168. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “ (...) *se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en el establecimiento penitenciario*”.⁴⁰⁸ Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “*Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado*”.
169. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “*El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*”
170. Que, mediante Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, que modifica el artículo 57° del Código Penal, establece en la parte infine, que “(...) *La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código*”. Sin embargo, se trata de una norma penal material, que no podría aplicarse retroactivamente para el presente hecho ocurrido en enero a marzo del año 2014, siendo del criterio, en el caso concreto, dada la forma y circunstancias de los hechos, las

⁴⁰⁷ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

⁴⁰⁸ PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

calidades personales del sujeto agentes, y el desarrollo que se hace en los anteriores considerandos, imponer una pena con carácter de suspendida.

171. Estando a la graduación la sanción hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de DOS AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de procesados que no tienen antecedentes; no son reincidentes o habituales al delito; hay un diagnóstico favorable de conducta a futuro; siendo así, este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de inhabilitación

172. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
173. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”⁴⁰⁹. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.
- 410
174. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que según el artículo 38° del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) establecía que la inhabilitación va desde los seis meses hasta los diez años; que para el caso concreto, apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO Y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, la inhabilitación consistente en: **Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, y la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de CUATRO AÑOS.**
175. Para el caso del acusado Carlos Enrique Vásquez Llamo, se precisa, además, que corresponde la inhabilitación en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera- Provincia de Trujillo- Departamento de la Libertad; pena que en cuanto quede consentida o ejecutoriada, se ponga en conocimiento del Jurado Nacional de Elecciones.
176. Respecto de los acusados **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, además, se precisa que corresponde la inhabilitación en el cargo de regidores de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera- Provincia de Trujillo- Departamento de la Libertad; pena que en cuanto quede consentida o ejecutoriada, se ponga en conocimiento del Jurado Nacional de Elecciones.

⁴⁰⁹ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

⁴¹⁰ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

Respecto de la pena de multa

177. Los días multa como pena, se encuentra regulado en el artículo 41° del Código Penal, que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijado en días multa. El importe del día- multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas o remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.
178. El tipo penal de Tráfico de Influencias, también contempla como pena principal el pago de los días multa, entre los 180 hasta los 365. Por lo que tomando en consideración que se impuso una pena dentro del tercio inferior, los días – multa deberá ser fijando también en esa proporción; **es decir en 180 días multa.**
179. Para el acusado **Carlos Enrique Vásquez Llamo**, quien en sus generales de ley ha indicado percibir S/.4,700.00 soles, se calcularán los días multa tomando como referencia el 25%; por lo que se fija la suma de S/.7,049.70, por días multa; que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
180. Para la acusada **Teresa de Jesús Aguilar Ballarte**, quien en sus generales de ley ha indicado percibir S/.1,365.00 soles, se calcularán los días multa tomando como referencia el 25%; por lo que se fija la suma de S/.2,047.50 soles, por días multa; que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
181. Para el acusado **Milton Colbert Minchola Merino**, quien en sus generales de ley ha indicado percibir S/.8,500.00 soles, se calcularán los días multa tomando como referencia el 25%; por lo que se fija la suma de S/.12,749.40, por días multa; que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
182. Para el acusado **Walter Felipe Escobedo Gonzales**, quien en sus generales de ley ha indicado percibir S/.3,500.00 soles, se calcularán los días multa tomando como referencia el 25%; por lo que se fija la suma de S/.5,249.70, por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
183. Para el acusado **Hugo Gary Sánchez Espezuá**, quien en sus generales de ley ha indicado percibir S/.5,000.00 soles; se calcularán los días multa tomando como referencia el 25%; por lo que se fija la suma de S/.7,500.00, por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
184. Para el acusado **José Amaro Venturo Cueva**, quien en sus generales de ley ha indicado no percibir ingresos; se calcularán los días multa tomando como referencia el 25% de una remuneración mínima vital; por lo que se fija la suma de S/.1,395.00, por días multa, que será pagado dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.

DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

185. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
186. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.⁴¹¹

⁴¹¹ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

187. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.⁴¹²
188. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).⁴¹³
189. La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 100, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarla desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se ha interesado de forma indebida en otorgarle la concesión del Mercado Mayorista Terminal Pesquero al Grupo Gerstein S.A.C.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñidos a los deberes del cargo como funcionarios públicos, han mostrado un interés indebido, ajeno a su condición de alcalde, regidores y representante del OPIP, extralimitándose en el desarrollo de las facultades que les fueron otorgadas.

190. Si bien en los delitos de peligro, como la negociación incompatible, no se evidencia un daño económico directo al Estado; sin embargo, ello no es óbice para que, con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tomando en consideración que se ha lesionado los intereses del estado orientados a la imparcialidad en las contrataciones que realiza el Estado, el correcto funcionamiento de administración pública y el deber de lealtad y fidelidad que tiene todo funcionario para con la Administración Pública; además, que con la aprobación de la iniciativa privada a favor de la empresa Gerstein S.A.C, se ha evitado que otras empresas inviertan en el terminal pesquero con la finalidad de mejorar su situación; frustrando las expectativas de los ciudadanos de Víctor Larco, de poder contar con un terminal pesquero moderno.
191. El monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponerles un pago solidario de S/. 60, 000.00 soles (SESENTA MIL SOLES), que será pagado en SEIS cuotas mensuales de S/. 10,000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
192. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, “*El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detras*

⁴¹²Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

⁴¹³Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”⁴¹⁴

193. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.*⁴¹⁵

COSTAS

194. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados, se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que han ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerles el pago de las costas procesales

XXIV. PARTE RESOLUTIVA

195. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral 24) literal e), 138° y 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11°, 12°, 23° 57°, 58°, 59°, 92°, 93°, **399° del Código Penal**, así como los artículos 393°, 394°, 395°, 396°, 398° del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

- ZZ. CONDENAR** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA Y JOSÉ AMARO VENTURO CUEVA**, como **autores** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE - interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero**; delito previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO- MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA**, representado por la **Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **DOS AÑOS**, bajo las siguientes reglas de conducta:

196. No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.

197. Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.

198. No cometer nuevo delito doloso.

⁴¹⁴ EXP. N.° 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

⁴¹⁵ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

199. Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma solidaria por todos los sentenciados, en la suma de SESENTA MIL SOLES (S/. 60, 000.00 soles), a ser cancelados en SEIS cuotas mensuales de S/. 10, 000.00 soles cada una, dentro del mes siguiente de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito en el Banco de la Nación, a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios y presentado en el despacho fiscal.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- AAA. IMPONGO** al sentenciado **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO**, la **PENA DE INHABILITACIÓN**, consistente en la **privación de del cargo como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera- Provincia de Trujillo- La Libertad; asimismo, la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público**, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. Consentida o ejecutoriada, que sea la presente sanción, se ponga en conocimiento del Jurado Nacional de Elecciones y de las entidades que correspondan.
- BBB. IMPONGO** a los sentenciados **TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES y HUGO GARY SANCHEZ ESPEZÚA**, la **PENA DE INHABILITACIÓN**, consistente en la **privación del cargo de Regidores de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo- La Libertad; asimismo la incapacidad o impedimento para obtener cargo o comisión de carácter público**, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. Consentida o ejecutoriada, que sea la presente sanción, se ponga en conocimiento del Jurado Nacional de Elecciones y de las entidades que correspondan.
- CCC. IMPONGO** al sentenciado, **JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, la **PENA DE INHABILITACIÓN**, consistente en la **la incapacidad o impedimento para obtener cargo o comisión de carácter público**, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. Consentida o ejecutoriada, que sea la presente sanción, se ponga en conocimiento de SERVIR.
- DDD. FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **SESENTA MIL SOLES (S/ 60, 000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que se cancelará de forma solidaria por los acusados, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.
- EEE. IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, que será pagado por el acusado **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO**, que se ha determinado en la suma de S/ 7, 049.70 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- FFF. IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para la acusada **TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE**, que se ha determinado en la suma de S/ 2, 047.50 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- GGG. IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO**, que se ha determinado en la suma de S/.12, 749.40 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- HHH. IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES**, que se ha determinado en la suma de S/.5, 249.70 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- III. IMPONGO** la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **HUGO GARY SÁNCHEZ ESPEZÚA**, que se ha determinado en la suma de S/ 7, 500.00 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.

- JJJ. IMPONGO la pena de CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, para el acusado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, que se ha determinado en la suma de S/ 1, 395.00 soles, que será pagado mediante certificado de depósito judicial, a favor del Estado, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Penal.
- KKK. NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
- LLL. CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGISTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.
- MMM. DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD**

Sede en la Av. América Oeste sin número sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXP. N° : 06692-2015-14-1601-JR-PE-08
ACUSADOS : OFRONIO WILDREDO QUESQUEN TERRONES
LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ
JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ
SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA
MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN

DELITO : **COLUSIÓN**
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
FALSEDAD IDEOLÓGICA
FALSEDAD GENERICA

AGRAVIADO : **ESTADO- MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN**
PROCUARADURÍA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

JUEZ PENAL : **SANTOS TEÓFILO CRUZ PONCE**

ESPECIALISTA JUDICIAL : **ZAIRA ZUMARÁN SÁNCHEZ**

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: NOVENTA Y UNO

Trujillo, once de julio
Del año dos mil dieciocho.

VISTOS Y OIDOS, los actuados en juicio oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delito de Corrupción de Funcionario de La Libertad, a cargo del Juez Santos Teófilo Cruz Ponce, en el proceso seguido contra los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, quienes concurren con la medida de comparecencia con restricciones, acusados por el Ministerio Público como **autores**, y **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ como cómplice** del delito de **COLUSIÓN**, alternativamente del delito de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (con el mismo título de imputación); y como autores del delito CONTRA LA FE PUBLICA, en la modalidad de FALSEDAD IDEOLÓGICA**, delitos previstos en el artículo 384°, 399° y 428° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHEPÉN, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad**. Contra **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN, como autor del delito CONTRA LA FE PUBLICA, en la modalidad de FALSEDAD GENERICA**, previsto en el artículo 438° del Código Penal, en agravio del Estado.

SUJETOS PROCESALES

2. Durante el desarrollo del Juicio Oral, verificada la concurrencia de los sujetos procesales conforme a lo establecido por el artículo 359° inciso 1 y artículo 369° del Código Procesal Penal; el presente juicio oral se realizó con los siguientes sujetos procesales.

mmm) FISCAL: Dr. VICTOR BAZAN ALAGON, Fiscal Provincial Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. Casilla Electrónica N° 59502.

nnn) ABOGADO DEL ACTOR CIVIL PROCURADORIA PÚBLICA ANTICORRUPCION LA LIBERTAD: Dr. CARLOS FERNANDO VALVERDE VALDERRAMA, identificado con Reg. Call.5679, con domicilio procesal en calle San Martín de Porras N° 386, 2° piso, Urb. San Andrés, correo electrónico carlos.valverde@minjus.gob.pe, celular 954943387 casilla electrónica 53298.

ooo) ABOGADO DE LOS ACUSADOS OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES Y JAIME CARLOS GUANILO DIAZ: Dr. PACO EDGAR BURGOS VEJARANO, con CALL: 1763, con domicilio procesal en la Casilla 39 del CALL, Casilla Electrónica: 54065, celular: 991470495.

ppp) DEFENSA PÚBLICA DEL ACUSADO SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA: Dr. RUBEN POMA SANCHEZ, defensor público, con registro CALL N° 501, con domicilio procesal en Av. Antenor Orrego 828, casilla electrónica: 88137.

qqq) ABOGADO DE LA ACUSADA LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ: Dr. MANUEL ALEJANDRO MONTOYA HERNANDEZ, identificado con Reg. CALL. 07 y con domicilio procesal en JR. Gamarra N° 344. Casilla Electrónica 54303, celular: 949348141

- rrr) **ABOGADO DEL ACUSADO MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN: Dr. JORGE IVAN LINARES MELENDEZ**, con registro CALL: 9106 y con domicilio procesal en la MZ. R", Lote 26, Urb. Covicorti, Natasha Alta-Trujillo, casilla electrónica: 54050, celular: 948947675.
- sss) **ACUSADO: REO EN CARCEL (por otro proceso): OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, identificado con DNI N° 19208297, nacido el 31 de julio del año 1958, en Chepén, edad 58 años, ocupación abogado, ingreso mensual S/ 3,500 nuevos soles, estado civil casado, tiene dos hijos, hijos de Carlos y de Aurora, tiene otros procesos penales en trámite, domicilio real en calle San Pedro N° 639 – Chepén, celular: 990615121.
- ttt) **ACUSADO: JAIME CARLOS GUANILO DIAZ**, identificado con DNI 19330983, nacido el 28 de setiembre del año 1950, edad 68 años, nacido en Chepén, estado civil casado, instrucción superior ocupación profesor cesante, ingreso mensual S/ 1,400, hijo de Augusto y de Victoria, tiene otros procesos penales en trámite domicilio real en Jr. Triunfo 598- Chepén, celular: 939526944.
- uuu) **ACUSADO: SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, identificando con DNI N° 19320799, nacido el 1 de agosto de 1966, en San Gregorio –San Miguel –Cajamarca, edad 58 años ocupación empleado de la Municipalidad Provincial de Chepén, ingreso mensual de S/ 1900 soles, grado de instrucción superior, estado civil casado tiene un hijo, hijo de Francisco y de Irma tiene otros procesos penales en trámite, domicilio real en calle La Rivera 253 - Chepén, celular: 949402667.
- vvv) **ACUSADA: LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, identificada con DNI 07398260, nacida el 11 de octubre de 1939 en Chepén, edad 79 años, ocupación ama de casa, no tiene ingresos económicos, estado civil soltera, instrucción superior, hija de Teodoro y de María, no tiene otros procesos penales, domicilio real en calle Lima 148 - Chepén, celular: 948842812.
- www) **ACUSADO: MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, identificado con DNI 19191454, nacido el 09 de octubre de 1965, edad 50 años, en Chiclayo, ocupación ingeniero civil, ingreso mensual S/ 6, 000 soles, estado civil casado, instrucción superior, hijo de Segundo y de Nícida, tiene otros procesos penales en trámite domicilio real en Jr. Manco Cápac 2012- Chepén, celular: 947657945.

XXV. PARTE EXPOSITIVA

ANTECEDENTES

3. Según la acusación escrita y el auto de enjuiciamiento expedido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Chepén, inicialmente, los actuados fueron remitidos al Juzgado Unipersonal, a efectos de realizar el juzgamiento de los siguientes procesados:
- a) **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, en calidad de autor y **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, cómplice del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384° del Código Penal. Alternativamente autor y cómplice, respectivamente, del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal. Además, como coautores del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal. (hecho 1)
 - b) **CESAR YSAAC TORRES GONZÁLES**, en calidad de autor del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal (hecho 1).
 - c) **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, JORGE EDUARDO CASTAÑEDA RISCO y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de cómplices primarios del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384° del Código Penal. Alternativamente como cómplices primarios del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal (hecho 2).
 - d) **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, en calidad de autora del delito de FALSEDAD GENERICA, previsto en el artículo 438° del Código Penal, en concurso real con el delito de FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, previsto en el artículo 411° del Código Penal (hecho 3).
 - e) **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, la calidad de autor del delito de FALSEDAD GENERICA, previsto en el artículo 438° del Código Penal (hecho 4).

- f) **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, JORGE EDUARDO CASTAÑEDA RISCO y SEGUNDO MARCIAL PORTILLAS VILCA**, la calidad de coautores, y **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRIGUEZ**, en calidad de cómplice primario del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384 ° del Código Penal (hecho 5).
 - g) **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, JORGE EDUARDO CASTAÑEDA RISCO y SEGUNDO MARCIAL PORTILLAS VILCA**, la calidad de coautores del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal (hecho 6).
 - h) **HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA**, en calidad de cómplice primario del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384 ° del Código Penal (hecho 6).
 - i) **HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA y ROGER EDUARDO CASTAÑEDA RISCO**, en calidad de autores del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal (hecho 7).
 - j) **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de autor del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal. (Hecho 8).
 - k) **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, en calidad de coautores, y **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, cómplice primario del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384° del Código Penal (Hecho 9, primera parte).
 - l) **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, JORGE EDUARDO CASTAÑEDA RISCO y SEGUNDO MARCIAL PORTILLAS VILCA**, la calidad de coautores y **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, cómplice primario del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal (hecho 9 – segunda parte).
 - m) **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, tener la calidad de autora del delito de FALSEDAD GENERICA, previsto en el artículo 438° del Código Penal (hecho 10).
4. El veinticinco de junio de dos mil catorce, el Juzgado Penal Unipersonal de Ascope, expide la sentencia de conformidad⁴¹⁶, resolviendo: aprobar el acuerdo de conclusión anticipada arribado entre las partes. Condena al procesado **ROGER EDUARDO CASTAÑEDA RISCO**, por el delito de COLUSIÓN, NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE y FALSEDAD IDEOLÓGICA, en agravio del Estado, imponiéndolo SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.
5. Mediante resolución, de fecha diez de noviembre de dos mil catorce, el Juzgado Penal Unipersonal de Ascope, expide la sentencia⁴¹⁷, resolviendo:
- a) Condenar al acusado **WILFREDO OFRONIO QUESQUEN TERRONES**, por el delito de COLUSION y FALSEDAD IDEOLÓGICA.
 - b) Condenar a **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, por el delito de COLUSIÓN y FALSEDAD IDEOLÓGICA.
 - c) Absolver a **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, por el delito de Falsedad Genérica y Falsa Declaración en procedimiento administrativo.
 - d) Condenar a **JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, por el delito de COLUSIÓN y FALSEDAD IDEOLÓGICA.
 - e) Condenar a **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, por el delito de FALSEDAD GENERICA.
 - f) Condenar a **HIGINIO MORARES VALENCIA**, por el delito de COLUSIÓN y FALSEDAD IDEOLÓGICA.
 - g) Declarar FUNDADO el retiro de acusación en el extremo del acusado **CESAR ISAAC TORRES GONZALES**, respecto del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA.
6. La sentencia de primera instancia fue impugnada, en el extremo condenatorio, por los acusados **HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA, WILFREDO OFRONIO QUESQUEN TERRONES, LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y MICHAEL FRANK BALAREZO BAZAN**. En audiencia de apelación, de fecha 02 de junio de 2015, se resuelve declarar

⁴¹⁶ Folios 684-701 del cuaderno de debates.

⁴¹⁷ Folios 769 a 858 del cuaderno de debates.

INADMISIBLE el recurso de apelación del acusado HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA.⁴¹⁸ La sentencia de Segunda Instancia⁴¹⁹ resuelve declarar NULA la sentencia de vista y nulo el juzgamiento en el extremo que CONDENA a JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA, como autores del delito de COLUSIÓN y FALSEDAD IDEOLÓGICA y a MICHAEL FRANK BALAREZO BAZAN como autor del delito de FALSEDAD GENERICA, en agravio del ESTADO- MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN Y SUNARP. Dispone se realice un nuevo juzgamiento.

7. Mediante resolución N° CUARENTA Y SIETE, de fecha siete de octubre de dos mil dieciséis⁴²⁰, se resuelve, en el considerando cuarto, declarar consentida la conclusión anticipada del acusado ROGER EDUARDO CASTAÑEDA RISCO; el retiro de acusación sobre CÉSAR ISAAC TORRES GONZÉLES; y la sentencia condenatoria impuesta a HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA. Queda firme también lo resuelto respecto de LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ, por los delitos de FALSEDAD GENERICA y FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
8. **Por lo antes expuesto**, correspondería a este Juzgado conocer el juzgamiento de los acusados JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN, respecto de las siguientes imputaciones:
 - a) **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, en calidad de autor y a **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, cómplice del delito de COLUSION, previsto en el artículo 384° del Código Penal. Alternativamente autor y cómplice, respectivamente, del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal. Además, como coautores del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal (hecho 1).
 - b) **JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ, y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de cómplices primarios del delito de COLUSION, previsto en el artículo 384 ° del Código Penal. Alternativamente como cómplices primarios del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal (hecho 2).
 - c) **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, en calidad de autor del delito de FALSEDAD GENERICA, previsto en el artículo 438° del Código Penal (hecho 4).
 - d) **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de coautores, y a **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, en calidad de cómplice primario del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384 ° del Código Penal (hecho 5).
 - e) **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de coautores del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal (hecho 6).
 - f) **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, en calidad de autor del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA, previsto en el artículo 428° del Código Penal. (Hecho 8).
 - g) **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, en calidad de coautores, y **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, cómplice primario del delito de COLUSIÓN, previsto en el artículo 384° del Código Penal (Hecho 9 primera parte).
 - h) **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, la calidad de coautores y **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, cómplice primario del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, previsto en el artículo 399° del Código Penal (hecho 9 – segunda parte).

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN

9. El representante del Ministerio Público sostiene que los acusados: Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, quien a la fecha de los hechos era Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chepén, Jaime Carlos Guanilo Díaz,

⁴¹⁸ Folios 1199 del cuaderno de debates.

⁴¹⁹ Folios 1207 a 1273 del cuaderno de debates.

⁴²⁰ Folios 1380 a 1382 del cuaderno de debates.

Gerente Municipal, y Segundo Marcial Portilla Vilca, Gerente de Abastecimiento, dolosamente realizaron gestiones con la finalidad de favorecerse, en detrimento de los intereses de la Municipalidad Provincial, y que conjuntamente con la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, se concertaron (alternativamente mostraron interés indebido) para realizar la compra direccionada y sobrevalorada de un lote de terreno, supuestamente de propiedad de Ríos Rodríguez, terreno que iba servir para la posterior construcción de un terminal terrestre en la provincia de Chepén; con dicha finalidad insertaron en diferentes momentos información y datos falsos en diverso instrumentos. Además, en otro momento de la compra del terreno, se verifica la participación del acusado Michael Frank Balarezo Bazán, quien alteró la verdad en un instrumento privado.

10. La fiscalía se compromete a probar la conducta de concertación, y alternativamente de interés indebido, para la compra del terreno, el cual tenía características desfavorables para la administración de la Municipalidad Provincial de Chepén. La teoría del Ministerio Público se encuentra basada en varios hechos, siendo los siguientes:

Primer Hecho:

11. Con fecha 1 de julio de 2010, se otorga la Escritura Pública N° 297, ante el Notario Público de la localidad de Pacasmayo, señor Cesar Ysaac Torres Gonzáles, relacionado con la compra venta del lote terreno denominado “Finca Urbana” ubicada en el lote “A”- Terreno “Santa Lucía” del distrito y provincia de Chepén, con un área de 4 hectáreas, inscrita en la Partida Electrónica N° 11005790, del Registro de Predio de la Oficina Registral de Chepén, acto realizado entre los acusados Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones y Luisa Augusta Ríos Rodríguez. La compra venta resultaría un acto irregular, al haberse advertido las siguientes situaciones: Que la acusada Luisa Ríos Rodríguez se presenta como la persona que tenía las facultades plenas para disponer del terreno antes referido, en virtud del poder otorgado por sus hermanos Teodoro Augusto, Irma Luz, Ricardo Teodoro y Luz Ríos Rodríguez, poder inscrito en la Partida Electrónica N° 03003094 de la Oficina Registral de Chepén; sin embargo, de la lectura de este poder se observó que dichas facultades de disposición sobre el referido terreno no existían, esto en razón de que verificándose el poder, se autorizaba a Luisa Ríos Rodríguez tan solo para vender casas, debiendo tenerse en cuenta el Principio de literalidad del Derecho Registral; además que, para aquella fecha, uno de los hermanos de la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, el señor Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, habría fallecido; por lo que en estas condiciones existe un cuestionamiento legal al poder otorgado a la acusada.
12. Se ha verificado también que el precio del inmueble, por S/.1, 466,667.00 soles, fue sobrevalorado notoriamente; tenía napa freática alta, lo cual complicaba la ejecución de la obra, debido a los altos costos de su construcción. Se practicó una pericia oficial donde se concluye que el valor real de dicho inmueble no era el antes referido, sino de S/. 845 786.16 soles, apreciándose una sobrevaloración. No obstante, se llevó a cabo la compra venta del inmueble, operación sobre la cual existen importantes razones para sostener que había un direccionamiento.
13. Desde marzo de 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén ya había elaborado un estudio de las condiciones del inmueble, lo cual se evidencia del “Estudio de Pre inversión a nivel, para la construcción de un terminal terrestre”; es decir, antes de que la acusada Ríos Rodríguez aparezca como vendedora, sin haberse instaurado el Proceso de Selección para adquirir el inmueble, la Municipalidad Provincial de Chepén había dispuesto realizar un estudio sobre el inmueble, con lo cual se acredita el direccionamiento para la adquisición del bien.
14. Fiscalía imputa al acusado **Quesquén Terrones** ser autor del delito de Colusión y alternativamente ser autor del delito de Negociación Incompatible; a la acusada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, se le imputa ser cómplice del delito de colusión y alternativamente cómplice del delito de Negociación Incompatible.
15. Respecto de la inserción de declaraciones falsas en los poderes que supuestamente justificaban las facultades para vender, que no tenía, elaborar la Escritura Pública, haciendo insertar declaraciones falsas; se imputa a ambos acusados ser coautores del delito de Falsedad Ideológica.

Segundo hecho:

16. Como hecho antecedente al contrato y otorgamiento de la Escritura Pública de fecha 1 de julio de 2010, se tiene el Proceso de Exoneración N° 001-2010. Con fecha 26 de marzo de 2010, el Comité Especial designado para este proceso, estuvo integrado por los acusados Jaime Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla

Vilca y Roger Eduardo Castañeda Risco (sentenciado); quienes otorgaron la Buena Pro a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez; no obstante, dicho otorgamiento se efectuó conociendo que el referido bien se encontraba sobrevaluado y que la persona de Luisa Augusta Ríos Rodríguez no tenía facultades para vender el referido inmueble, debido a que era copropietaria, más no única propietaria. Ello se verificará, debido a que los integrantes del Comité tuvieron a la vista los documentos que formaba parte del expediente; sin embargo, le otorgaron la Buena Pro. Se imputa a los acusados Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca el delito de Colusión, alternativamente de Negociación Incompatible, en grado de complicidad primaria.

Cuarto hecho:

17. El 4 de noviembre de 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén convocó al Proceso de Licitación Pública N° 002-2009, para la adquisición de un terreno, donde se construiría el terminal terrestre; sin embargo, con fecha 5 de noviembre de 2009, el acusado Michael Frank Balarezo Bazán presentó ante la Municipalidad Provincial de Chepén un documento elaborado por su persona, denominado “Informe de Valuación de un inmueble urbano” ubicado en la Unidad Catastral N° 1965, distrito y provincia de Chepén, departamento de La Libertad, en cuyo apartado 1.3 del citado documento opinó que el área de terreno era de 45,000 metros cuadrados, además que se encontraba a nombre de la acusada Luisa Ríos Rodríguez, siendo que dichos datos no se ajustaban a la verdad. Este informe falso generó la anulación del Proceso de Selección N° 002-2009, y se dio paso a un Proceso de Exoneración. Este informe fue requerido por la Municipalidad Provincial de Chepén, cuando ni siquiera la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez había comprado las bases de la Convocatoria de la Licitación Pública N°002-2009, en la medida que la convocatoria data de fecha 4 de noviembre de 2009. Fiscalía atribuye al acusado Michael Frank Balarezo Bazán, ser autor del delito de Falsedad Genérica.

Quinto Hecho: Se imputa el omitir el cobro de las penalidades en el Proceso de Exoneración.

18. Una vez otorgada la buena pro, en el Proceso de Exoneración N° 001-2010, se comunicó dicho otorgamiento, a la ganadora, con fecha 29 de marzo de 2010. Con fecha 31 de marzo se suscribe el contrato, se establece que la ejecución del contrato se efectuara dentro de las 24 horas; sin embargo, la ejecución del contrato, con la suscripción de la minuta recién se dio el 1 de junio de 2010; es decir, había transcurrido un poco más de dos meses, situación que contravino las normas de contratación y las bases de dicho Proceso de Exoneración, que establecía que la persona o postor, una vez otorgada la buena pro, tiene un plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días para presentar la documentación y firmar el contrato.
19. La Ley de contrataciones establece una serie de consecuencias, por la no presentación de documentación, referida a la imposición de penalidades, que no se aplicó por la demora que tuvo la postora Luisa Augusta Ríos Rodríguez, en presentar la documentación para la firma del contrato; debiendo haber tenido que pagar el 10% del precio de venta; siendo el monto del contrato de S/. 1, 466,667.00 soles, no se le cobró la suma de **S/. 146, 666.70 soles**.
20. Por este hecho, se imputa en calidad de coautores del delito de colusión, a los acusados Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca, en la medida que no intervinieron para que cobre la penalidad establecida en las Bases de Contrataciones; asimismo, el acusado Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, omitió exigir el pago de dicha penalidad a pesar de que en su calidad de Alcalde se encontraba obligado de hacerlo, no obstante, suscribió el contrato; y como cómplice a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez.

Sexto Hecho: Se imputa la consignación de datos falsos en el acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el proceso exonerado, de fecha 26 de marzo de 2010.

21. El Comité Especial integrado por los acusados Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Portilla Vilca, manifestaron que el expediente, presentado por la acusada Luisa Ríos Rodríguez, tenía todos los documentos señalados en las bases; sin embargo, se ha verificado que eso no es cierto; de tal manera que, al haberse consignado datos falsos en un documento público, se imputa a los acusados ser coautores del delito de Falsedad Ideológica.

Octavo hecho: Informe de Posibilidades de Mercado que contendría datos falsos.

22. En el marco del proceso de exoneración N°001-2010, el acusado Segundo Marcial Portilla Vilca, en su calidad de Sub Gerente del Área de Abastecimiento y Logística, emitió, con fecha 17 de marzo de 2010, el Informe N° 051-2010, en donde consignó haber realizado un estudio de posibilidades que ofrece el mercado con la finalidad de adquirir el terreno para la construcción del terminal terrestre, señalando que el inmueble de la acusada Luisa Ríos Rodríguez reunía las condiciones; sin embargo, dicha afirmación es falsa, pues el acusado no realizó el informe, que fue hecho por el sentenciado Roger Eduardo Castañeda Risco y le hizo firmar a Portilla Vilca. Se le imputa al acusado Segundo Marcial Portilla Vilca ser autor del delito de Falsedad Ideológica.

Noveno hecho: Omisión del cobro de penalidades en la Licitación Pública N° 002-2009,

23. En dicha licitación pública, también se otorgó la Buena Pro a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez; sin embargo, hubo una demora en el plazo para la firma del contrato. No obstante que dicho proceso fue declarado nulo por haberse ingresado documentación e información falsa, tampoco se cobró las penalidades señaladas en las Bases de Contratación; siendo el monto de S/. 165,000.00 soles que se dejó de cobrar.
24. Se imputa a Segundo Marcial Portilla Vilca y Wilfredo Quesquén Terrones, el delito de colusión, a título de coautores, y a Luisa Augusta Ríos Rodríguez en calidad de cómplice. Se imputa a los acusados Segundo Marcial Portilla Vilca y Jaime Carlos Guanilo Díaz el delito de Negociación Incompatible, en calidad de autores, y a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez cómplice.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

25. Los hechos han sido calificados por el representante del Ministerio Público, en el tipo penal genérico **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, en su modalidad de **COLUSIÓN** y **alternativamente como NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**; así como en los delitos de **FALSEDADE IDEOLÓGICA** y **FALSEDADE GENERICA**, tipificados en los artículos 384°, 399°, 428° y 438° respectivamente del Código Penal, que a la fecha de los hechos estipulaba lo siguiente:

Artículo 384°. Colusión.

“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 la libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

Artículo 499.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la 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”.

Artículo 428°. Falsedad Ideológica.

“El 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, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días- multa”.

Artículo 438° - Falsedad Genérica.

“El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponda, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

26. De la teoría del caso expuesta por el representante del Ministerio Público, se advierte los siguientes títulos de imputación:
- a) **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones: Primer hecho**, autor del delito de Colusión y alternativamente ser autor del delito de negociación incompatible. Coautor del delito de Falsedad Ideológica. **Quinto hecho**, autor del delito de Colusión. **Noveno hecho**, coautor del delito de Colusión.
 - b) **Luisa Augusta Ríos Rodríguez: Primer hecho**, cómplice del delito de Colusión y alternativamente del delito de negociación incompatible. Coautor del delito de Falsedad Ideológica. **Quinto hecho**, cómplice primario del delito de Colusión. **Noveno hecho**, cómplice del delito de Colusión. Cómplice de negociación incompatible.
 - c) **Jaime Carlos Guanilo Díaz. Segundo hecho**, negociación Incompatible, alternativamente el delito de Colusión en grado de complicidad primaria. **Quinto hecho**, autor del delito de Colusión. **Sexto hecho**, coautor del delito de falsedad ideológica. **Noveno hecho**, autor de negociación incompatible.
 - d) **Segundo Marcial Portilla Vilca: Segundo hecho**, Negociación Incompatible, alternativamente del delito de Colusión en grado de complicidad primaria. **Quinto hecho**, autor del delito de Colusión. **Sexto hecho**, Coautor del delito de falsedad ideológica **Octavo hecho**, autor de falsedad ideológica. **Noveno hecho**, coautor de colusión. Coautor de negociación incompatible.
 - e) **Michael Frank Balarezo Bazán: Cuarto Hecho**, autor del delito de Falsedad Genérica.

PRETENSIONES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

27. En relación a los hechos descritos y conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 371° del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público solicitó:

Respecto del acusado OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES

- a) **Por el primer hecho**, se le imponga doce años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación, alternativamente por el delito de Negociación Incompatible, seis años de pena privativa de la libertad y cinco años de inhabilitación. Por el delito de Falsedad Ideológica, solicita se le imponga cuatro años de pena privativa de la libertad y doscientos cincuenta días multa.
- b) **Por el quinto hecho**, solicita se le imponga nueve años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación.
- c) **Por el noveno hecho**, solicita nueve años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación.

Respecto de la acusada LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ

- a) Por el **primer hecho**, solicita se le imponga doce años de pena privativa de la libertad (delito de colusión) y alternativamente, por el delito de Negociación incompatible, seis años de pena privativa de la libertad, y cuatro años de pena privativa de la libertad y doscientos cincuenta días multa por el delito de falsedad ideológica.
- b) Por el **quinto hecho**, nueve años de pena privativa de la libertad por el delito de colusión.
- c) Por el **noveno hecho**, nueve años de pena privativa de la libertad (colusión), y seis años por el delito de negociación incompatible.

Respecto del acusado JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ

- a) **Por el segundo hecho**, (delito de colusión) solicita se le imponga doce años de pena privativa de la libertad y 3 años de inhabilitación, y alternativamente por el delito de Negociación incompatible se le imponga 6 años de pena privativa de la libertad y 5 años de inhabilitación.
- b) Por el **quinto hecho**, por el delito de colusión, solicita se le imponga nueve años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación.
- c) Por el **sexto hecho** (delito de falsedad ideológica), cuatro años de pena privativa de la libertad, trescientos días multa e inhabilitación accesoria por 5 años.
- d) Por el **noveno hecho**, solicita nueve años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación por el delito de colusión y de forma alternativa por el delito de Negociación Incompatible, seis años de pena privativa de la libertad y cinco años de inhabilitación.

Respecto del acusado SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA

- a) Por el **segundo hecho**, solicita se le imponga seis años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación (delito de colusión) y de manera alternativa por el delito de Negociación Incompatible, seis años de pena privativa de la libertad y cinco años de inhabilitación.
- b) Por el **quinto hecho**, cuatro años de pena privativa de la libertad y 3 años de inhabilitación (delito de colusión).
- c) Por el **sexto hecho**, cuatro años de pena privativa de la libertad, 300 días multa e inhabilitación accesoria por el lapso de cinco años (delito de Falsedad ideológica).
- d) Por el **octavo hecho**, un año de pena privativa de la libertad y un año de inhabilitación (delito de Falsedad Ideológica).
- e) Por el **noveno hecho**, cuatro años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación (delito de colusión) y cuatro años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación (delito de Negociación incompatible).

Respecto del acusado MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN

- a) **Por el cuarto hecho**, se le imponga cuatro años de pena privativa de la libertad (delito de Falsedad Genérica).

PRETENSIÓN DEL ACTOR CIVIL

28. Refiere que coadyuvará con el Ministerio Público para demostrar el perjuicio causado a la Municipalidad Provincial de Chepén. Los nueve hechos tuvieron como finalidad la compra del terreno, que estaba sobrevalorado, tal como se acredita con la Pericia que concluye que el terreno valía S/. 845, 786.16 soles; es decir, estaba sobrevalorado en S/. 620, 880.24 soles. Sucedieron hechos irregulares antes de esa compra, desde el año 2009, como el Estudio de Pre inversión de dicho terreno, con el no pago de penalidades. En ese sentido, solicita por concepto de reparación civil, la suma de S/. 900,000.00 soles, el mismo que incluye la suma sobrevalorada de S/. 620,880.84 soles.
29. Por el delito de falsedad ideológica solicita se les imponga la suma de S/. 80,000.00 y S/. 20,000.00 soles por el delito de falsedad genérica. Haciendo un total de un millón de soles (S/. 1 000 000.00 soles).

ALEGATOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS QUESQUEN TERRONES Y GUANILO DÍAZ (Dr. Burgos Bejarano)

30. Se imputa a su patrocinado, Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, haber participado en la compra venta de un predio perteneciente a la acusada Luisa Ríos Rodríguez, quien afirmó tener la representación de los herederos y tener poder para vender casas y no terrenos; señalando la fiscalía que tal poder no era suficiente; sin embargo, la pericia practicada no es valorativa sino respecto a la calidad del terreno.

31. Se le imputa que se ha concertado con los demás acusados para no cobrar las penalidades. Además, se le imputa el delito de falsedad ideológica por el hecho de haber confeccionado la Escritura Pública, con un poder que no tenía la señora Ríos, haciendo insertar declaraciones falsas; sin embargo, no ha indicado cuales son estas declaraciones falsas.
32. En cuanto a su patrocinado Guanilo Díaz, la imputación estriba en haber colaborado con el señor Quesquén Terrones, para otorgar la Buena Pro a la acusada Luisa Ríos Rodríguez, sin cumplir con los requisitos, y haber concertado con la vendedora para no cobrar las penalidades. Las pruebas que sustentará fiscalía no serán suficientes para acreditar la concertación, que es el punto medular para acreditar el delito de colusión y el delito de falsedad ideológica; en tal sentido, dichas pruebas no serán suficientes para justificar una sentencia condenatoria, por lo que solicitará en su oportunidad la absolución de sus patrocinados.

ALEGATOS DE DEFENSA DE LA ACUSADA LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ (Dr. Manuel Montoya)

33. Se compromete a demostrar la inocencia de su patrocinada, en mérito a que no existe prueba objetiva que demuestre alguna conversación con el señor Quesquén Terrones, por lo tanto, no se configura el delito de colusión. En cuanto al delito de falsedad ideológica, se demostrará que su patrocinada tenía facultades para la venta de terrenos; además, en el terreno había casas. Sobre la supuesta complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, la misma no se configura porque no tiene la calidad de funcionaria, y la fiscalía no precisa si es “intraneus” o “extraneus”, por lo que se demostrará en juicio la plena inocencia de su patrocinada. Además, fiscalía tampoco precisa si se trata de hechos independientes o hechos que configuran un delito continuado.

ALEGATOS DE LA DEFENSA DEL ACUSADO PORTILLA VILCA (Dra. Chepe Huamán)

34. Su patrocinado no ha cometido los delitos que se le imputan. Respecto al delito de Falsedad ideológica, se demostrará que su patrocinado, pese a tener la condición de miembro del Comité Especial que otorga la Buena Pro, no ha cometido ningún acto ilícito, pues fue un proceso de selección que se dio en varias etapas y su patrocinado no fue el único encargado de ver las documentales. Sobre los delitos de negociación incompatible y colusión, la defensa considera que los medios de prueba no son suficientes para acreditar que actuó de manera dolosa o concertada con los demás acusados. Es errónea la imputación especificada en el octavo hecho, respecto al Informe N°51-2010, porque la fiscalía le imputa haber firmado un documento que elaboró el sentenciado Roger Eduardo Castañeda. Postula por la absolución de su patrocinado.

ALEGATOS DE LA DEFENSA DEL ACUSADO BALAREZO BAZÁN (Dr. Linares)

35. Postula por una tesis absolutoria, promete demostrar la inocencia de su patrocinado de todos los cargos imputados. La acusación fiscal se basa en que su patrocinado habría realizado un informe valorativo, el cual fue utilizado en la adquisición de un terreno; sin embargo, el informe fue elaborado en el contexto de un servicio particular a la señora Luisa Augusta Ríos Rodríguez. Se verificará que el documento no tuvo ninguna incidencia en ninguna de las fases del proceso que fue declarado nulo y ni siquiera ha sido ingresado por su patrocinado, lo que significa que jamás brindó un servicio a la Municipalidad. No hay conexión entre su patrocinado y la Municipalidad. Su actuar se ha limitado al ejercicio pleno de su profesión, en el contexto de un servicio particular; por lo que su participación resulta inocua. Solicitará la absolución de su patrocinado de todos los cargos imputados.

NUEVA PRUEBA

36. De conformidad con lo establecido en el artículo 373° del CPP, se preguntó a los abogados de los a acusados, si tenían nuevas pruebas que ofrecer:

Por Ministerio Público: Se admitió la declaración del testigo impropio Roger Eduardo Castañeda Risco.

Por la defensa del Actor Civil. Procuraduría. No ofreció.

Por la defensa de los acusados QUESQUEN TERRONES y GUANILO DÍAZ. No fueron admitidos.

Por la defensa de PORTILLA VILCA. No se ofrecieron.

Por la defensa de la acusada RÍOS RODRÍGUEZ. Se admitió Escritura Pública- Poder General del 26 de noviembre de 1993 y el Poder de fecha 13 de julio de 1985, a folios 1185 y 1189 (cuaderno de debates).

Por la defensa del acusado BALAREZO BAZÁN. No se ofreció.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS

37. Declaración del acusado OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES.

A las preguntas formulada por el señor Fiscal

Se desempeñó como Alcalde en la Municipalidad Provincial de Chepén, desde el año 2003 al 2012, año en que fue suspendido. En los periodos de 2003- 2006, 2007- 2010, 2011-2014. En el periodo 2007 – 2010, existió la necesidad de construir un terminal terrestre, ya que no existía un terminal terrestre público. Primero se verificó la posibilidad de ingresar el expediente en un presupuesto participativo, ya que no se podía ingresar en un presupuesto regional. En el año 2009 se comenzó a presupuestar el terreno. Su participación en el proceso para la construcción del terminal terrestre fue nombrar al Comité Especial de adjudicaciones, luego que se obtuvo el código SNIP, con un presupuesto de dos millones cinco mil nuevos soles. En el año 2009 se convoca a proceso, en la cual se presentaron tres personas que vendían un terreno; la señora Arroyo pretendía vender un terreno, ubicado en la parte baja de Chepén, no recuerda la fecha en se presentaron las personas con la intención de vender terrenos. Se le comunicó sobre un proceso que había quedado desierto por no cumplir con requisitos. No participó el proceso que se declaró desierto, ya que el encargado era el Comité de adjudicación. Se le pone a la vista la resolución de alcaldía 059-2010, en la cual reconoce su firma, resolución emitida el 15 de enero del año 2010, la resolución es comunicada a SEACE y a Contraloría. Se declaró la nulidad el proceso del 2009, se dispone que se retrotraiga a la etapa correspondiente y se realice nueva convocatoria. Se realizó la nueva convocatoria poniendo de conocimiento a Contraloría y SEACE. Como resultado del nuevo proceso recibe documentación en donde le informan a quien se le otorgó el nuevo proceso. Se le dio la buena pro a la señora Luisa Ríos. El contrato con la señora Luisa Ríos, fue firmada por él. Los términos del contrato se encuentran en el SEACE. Firmó el contrato, no revisó el contenido del contrato. Tenía conocimiento que el segundo proceso era un proceso exonerado. Se decidió la exoneración, de acuerdo al informe emitido por Asesoría Legal e informe de Desarrollo Urbano. El Consejo es quién decide si el informe es aprobado o no.

A las preguntas formuladas por la defensa del Actor Civil

Conoció a la señora Luisa Ríos. No conoció el terreno que fue materia de compra, conoció a la señora Luisa Ríos antes de la compra del terreno. Al transcurrir dos meses de la compra fue a visitar el terreno. Antes de la compra del terreno no ha visitado el terreno, pero si tenía conociendo donde quedaba. Desconocía que la señora Luisa Ríos tenía hermanos y que estos fueran dueños del terreno.

A las preguntas formuladas por la defesa de Ríos Rodríguez. (Dr. Montoya)

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por la defensa de Portilla Vilca. (Dr. Poma)

Al observar el terreno conocía que al frente se encontraban dos grifos y un hotel, al fondo el hospital de Essalud, hospital del MINSA, edificios y las urbanizaciones el “Refugio” y “Palma Bella”.

El Notario no le indicó sobre la falta de algún documento.

La Contraloría no realizó ninguna observación por la compra del terreno.

El presupuesto para la compra del terreno era de dos millones veinticinco mil soles, conoce que se gastó 420,000 en la compra del terreno.

A las preguntas formuladas por la defensa de Balarezo Bazán. (Dr. Linares)

Desconoce si la Municipalidad requirió los servicios de Balarezo Bazán, no se ha requerido ninguna pericia.

A las preguntas formuladas la defensa de Quesquén Terrones y Guanilo Díaz. (Dr. Burgos B.)

Se realizó tres pagos, los dos primeros pagos se realizaron porque ya existía presupuesto y el tercer pago indica que se encontraba dentro del presupuesto del canon minero. No se cumplió con el pago porque el

presupuesto que otorga el canon minero puede ser entregado en enero o en diciembre. Se cumplió con todo el pago. En el primer proceso no cobró penalidades por que no existía contrato firmado. En el segundo proceso no cobró penalidades por ser un retraso de la Entidad y no de la vendedora.

Preguntas de este despacho

Reconoce la minuta de fecha 30 marzo del 2010. No recuerda la fecha en que se realizó la escritura pública. Refiere que en la celebración del contrato no hubo ningún contratiempo.

38. Declaración del acusado JAIME CARLOS GUANILO DIAZ.

A las preguntas formulada por el señor Fiscal

Trabajó para la Municipalidad provincial de Chepén, desde el 05 de enero del 2009 al 30 de septiembre del 2012. Ocupó el cargo de Gerente Municipal, por autorización del señor Quesquén Terrones. No ha trabajado en otras entidades municipales, ha trabajado anteriormente como Director de la Unidad de Servicio de Educación, Director de Educación y Cultura, Director Subregional de Educación y como Administrador de la UGEL de Chepén. En el sector público ha realizado trabajo por 33 años. En calidad de Gerente Municipal, indica haber sido integrante del Comité Especial, encargado de los procesos de selección. Su designación como integrante del comité se realizó a través de resolución emitida por el Alcalde, quien determinó que forme parte del Comité. La designación se realizaba por año. Fue parte del Comité Especial en los años 2009, 2010 y el año 2011. No recuerda si para la designación como miembro del comité se renovaba cada año o no. En el interior del Comité Especial era titular, en calidad de Presidente. Los integrantes del comité fueron el señor Portilla Vilca y Roger Eduardo Castañeda Risco. Como Gerente Municipal, tenía como función de organizar, planificar y programar sobre las áreas que se encontraban instaladas, dentro de ellas las gerencias de servicios públicos, de administración, planificación, rentas, desarrollo urbano, desarrollo urbano dependían de él. En los años que desempeñó como Gerente Municipal de la comuna de Chepén convocó a un proceso para adquisición de terreno para la construcción de un terminal terrestre, en noviembre del año 2009, proceso clásico. El tipo de proceso que se realizó fue por licitación pública. El encargado de elaborar los bases del proceso de selección fue el área de desarrollo urbano, a cargo del señor Roger Castañeda, los otros miembros del Comité también participan en la elaboración de las bases. En las bases se exigía un área de 45,000 metros cuadrados, no recuerda el valor referencial, existía un presupuesto de 2'000.00025. La convocatoria se realiza en noviembre, y en diciembre se otorga la buena pro, luego se determinó que no existía el área solicitada por la municipalidad de Chepén, pues la participante Luisa Ríos presentó un documento de 48, 000 metros cuadrados. Se revisó los documentos que se exigían, de ellos se encontraba el área de 45,000 metros cuadrados. No fue responsable de verificar si el poder presentado por Luisa Ríos estaba conforme, ya que los responsables de hacer tal verificación eran las áreas de Desarrollo Urbano y Logística. En enero del 2010 se declaró nulo de oficio el proceso.

Previo al proceso de selección se dictó la certificación presupuestal, por parte de la oficina de presupuestos. El procedimiento para que la gerencia de presupuesto otorgue la certificación presupuestal pasa por el Consejo para otorgar el dinero y realizar compra de un bien o adquirir un servicio. El Gerente de Desarrollo Urbano solicita al Gerente de Presupuesto el otorgamiento de la certificación presupuestal. Su oficina no tuvo ninguna intervención con la solicitud. En diciembre del año 2009 se presentó un problema con la cantidad del metrado del terreno. Desconoce qué fue lo que pasó con el presupuesto asignado para el proceso de selección, el cual fue declarado nulo. El procedimiento regular de la declaratoria de nulidad, del proceso de selección, se realiza con una resolución la alcaldía que resuelve la nulidad de oficio. Luego de haberse declarado la nulidad el proceso de selección regresa a sus orígenes. Con la resolución 059-2010, se ordenaba la nulidad del proceso para nuevamente determinar otro dentro del marco de la ley. En marzo, después de dos meses de haberse declarado el proceso nulo, el Gerente de Desarrollo Urbano determinó que existía la manera de trabajar con proveedor único por exclusividad. Luego de la resolución de la nulidad, se convoca a un proceso de exoneración; en el proceso de exoneración como miembro del Comité Especial participó en el proceso. En el proceso de exoneración se le otorgó la Buena Pro a la señora Luisa Ríos. Después de la Buena Pro intervino en la elaboración de informes de acuerdo al trámite. Se le pone a la vista el memorándum 444-2010, folio 470, reconoce su firma, el documento estaba dirigido al señor Portilla Vilca, del área de Subgerencia de Logística y Bienes Patrimoniales, el motivo del memorándum fue que el terreno ya se encontraba en nombre de la municipalidad, con fecha 02 de junio y emitió el memorándum el 4 de junio del 2010.

Sí conoce el significado de una orden de compra, e indica que es emitido por logística. Se consiga el monto S/. 966 766. Respecto al memorándum 458- 2010, de fecha 8 de junio del 2010, el cual se le puso a la vista en audiencia, en el memorándum se ordena que se elabora la orden de compra por S/. 1'466 000. Refiere no haberse salido del marco presupuestal de la compra. Desconoce si la Sra. Luisa Ríos presentó la documentación dentro del plazo. Refiere que al tratarse de un procedimiento inmediato se saltó el orden jerárquico de administración para enviar el memorándum a logística. No recuerda si administración le comunicó sobre irregularidades en el proceso. Se le pone a la vista el informe 151-2010, reconoce haber tenido conocimiento, refiere que los informes técnicos legales deben elaborarse antes de la aprobación del contrato. Respecto a las inconsistencias que se le hizo ver por el Subgerente de Logística, no recuerda si la Gerencia de Administración le hizo ver las mismas inconsistencias, pero supone que fueron las mismas inconsistencias. En un proceso exonerado se realiza la etapa de recepción y de buena pro. En el proceso exonerado no existe la etapa de selección. Se le pone a la vista las bases estándar para la contratación (folio 304- 348), el cual indica ser las bases que se elaboró para el proceso de selección, aparece tres firmas. Respecto a los requisitos técnicos mínimos presentados por la señora Luisa Ríos Rodríguez, indica haber presentado declaración jurada, expediente del título y escrituras, copia literal, partida registral, croquis con la indicación del terreno, plano, declaración jurada del terreno, declaración jurada de ser la apoderada legal para disponer del bien, fotografías, constancia de estar libre de grava manen, constancia de áreas perimétricas. Como miembro del Comité no es el encargado de verificar que se haya cumplió con la presentación de los requisitos, los indicados para hacer la respectiva verificación son el área de logística y el área usuaria.

A las preguntas formuladas por la defensa del Actor Civil

Refiere no haber conocido a la señora Luisa Ríos antes de haberse otorgado la buena pro.

A las preguntas formuladas por la defensa de Ríos Rodríguez. (Dr. Montoya)

Refiere que la señora Luisa Ríos no se acercaba mucho a administración para que apresuren el trámite. En la segunda convocatoria la señora Luisa Ríos fue invitada. No tenía conocimientos que la señora Luisa Ríos conversaba con el Alcalde.

A las preguntas formuladas por la defensa de Portilla Vilca. (Dra. Poma)

Refiere que, al enviar los documentos al Notario para ser elevados a escritura pública, no verificó si alguno de los documentos faltaba o era irregular.

A las preguntas formuladas por la defensa de Balarezo Bazán. (Dr. Linares)

No recuerda haber autorizado ningún tipo de pago a favor Balarezo Bazán.

A las preguntas formuladas la defensa de Quesquén Terrones y Guanilo Díaz. (Dr. Burgos B.)

Refiere que no se cobró penalidad en la primera convocatoria ya que existía resolución que declaraba nulo el proceso, por lo que no existía razón ni documento que sustente una penalidad. En el proceso de exoneración no se cobró penalidad indicando que la Gerencia Municipal no cobra penalidades, existen áreas para ver si es correcta o no la aplicación de la penalidad. El informe 263 determinaba que la penalidad no era procedente. Refiere que no se apersonó en la notaria, no participó en la elaboración de la escritura pública. No ha conversado con el señor Quesquén respecto al proceso de exoneración.

A las preguntas aclaratorias hechas por este despacho

Refiere que el segundo proceso se realizó de manera muy rápida. El pago se realizó en tres cuotas por no haber dinero, pero si existía presupuesto. En el primer proceso si había dinero por tratarse de un proceso ordinario. Los pagos se realizaron los días 31 de marzo del 2010, 15 de junio y 30 de junio del 2010. Recuerda que la minuta de compraventa estaba registrada con fecha 02 de junio. Respecto de las penalidades referidas por el Dr. Burgos, el encargado de verificar si se han cumplido con los plazos es el área usuaria. El área de administración le comunicó sobre la existencia de penalidades, por lo que dentro de sus funciones estaba elevar al área legal para que de una opinión si es correcto o no la aplicación de penalidades. El área de Administración y Finanzas le puso en conocimiento sobre el cobro de penalidades, luego canalizó el documento al área legal, retornando con la opinión de no ser procedente.

39. Declaración del acusado SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA.

A las preguntas formulada por el señor Fiscal

Refiere haber trabajado en la Municipalidad Provincial de Chepén por 20 años, en apoyo del área de Tesorería, en el área de Logística en el cargo de Subgerente de Logística, en el periodo de 2004-2012. El área de logística depende de administración (Gerente y el Alcalde). La función como subgerente de logística era la realización de compras de bienes y servicios, coordinar los bienes para obras. El área de logística es el encargado de las contrataciones. Integré el Comité Especial permanente de adquisiciones de la municipalidad, tenía la condición de miembro titular. El Comité estaba integrado por el presidente, Gerente Municipal, Carlos Guanilo Díaz, Ingeniero de Desarrollo Urbano, Roger Castañeda. Tomó conocimiento del interés de la municipalidad de comprar un terreno, por haberlo consignado dentro de la elaboración del presupuesto del año 2009, para la construcción de terminal terrestre. El área de desarrollo urbano elabora el requerimiento para la adquisición, indicando que el requerimiento de desarrollo urbano pasa a Gerencia Municipal; siendo esta última quien determina si procede o no, con el monto, luego se procede a una licitación pública mediante el Comité. El monto de valor referencial es fijado por el área de adquisiciones (área de contrataciones- logística) en coordinación con el área usuaria. En el año 2009 el área de Desarrollo Urbano realiza un estudio, en donde muestra como postores, según el informe del año 2009, al señor Peralta, Luisa Ríos y otro; de acuerdo a las propuestas se establece el valor referencial. El área usuaria en coordinación con logística realiza el estudio de posibilidades de mercado, estableciendo en el informe un monto escogido para convocar al proceso de selección. Se emite informe con las tres propuestas de los postores. No salió a la ciudad de Chepén a buscar si existían otro terreno u otros vendedores. Considera que el informe emitido por el área usuaria era suficiente para determinar el valor referencial. El metrado de terreno que la municipalidad quería comprar era aproximadamente cuatro hectáreas. Los tres postores presentados no tenían la extensión de terreno solicitado. La señora Luisa Ríos cumplía el metrado de hectáreas que buscaba la municipalidad. No exigió que los otros postores tengan la misma área de la señora Luisa Ríos, no le consta que no existían más postores que pudieran cumplir con el área requerida. No conoce sobre la etapa de ejecución del gasto, refiere que la gerencia realiza la etapa del compromiso. El compromiso consiste en comprometer en el sistema SIAF lo que se pretende comprar, era el encargado en el sistema de compromiso. Para comprometer el gasto se necesita el contrato. Tiene conocimiento que en el proceso del 2009 se presentó una persona llamada Luisa Ríos. Las bases del proceso en el año 2009 fueron elaboradas por el Comité en coordinación con el área de desarrollo urbano. En el proceso se exigió la presentación de documentos: la inscripción el SEACE, que sea propietaria del terreno.

En el primer proceso se le dio la Buena Pro a la señora Luisa Ríos. El primer proceso fue anulado, por no cumplir con la cantidad de área requerida por la municipalidad. El área de desarrollo urbano fue quién determina que no cumplía con el área de terreno requerido. Como miembro del Comité se le puso de conocimiento sobre la anulación del proceso a través de una resolución de alcaldía, comunicándose a la contraloría y al OSCI de la municipalidad. Se anuló el proceso, la municipalidad seguía con el interés de comprar el terreno. Supone que se comunicó a la señora Luisa Ríos sobre la resolución que declaró nulo el proceso. La señora Luisa Ríos no acudió el Comité para averiguar qué es lo que había sucedido con el proceso. Desconoce que ocurrió con el presupuesto asignado en el primer proceso. Desconoce si en diciembre el Alcalde Quesquén dispuso la devolución al tesorero público del dinero que se encontraba separado con certificación presupuestal. En diciembre del año 2009 no se realizó la fase de compromiso. Respecto a la orden de compra, indica que es un documento utilizado para hacer las compras de bienes, servicios para la Municipalidad. La orden de compra fue emitida por el subgerente de logística. La orden de compra es emitida antes que se compre y sirve para comprometer un gasto. La orden de compra es emitida antes de que la municipalidad recepcione el bien. El área de desarrollo urbano emite requerimiento, en el cual indica la necesidad de adquirir un terreno. El Comité determinó que existía un terreno que había cumplido con las extensiones. Al no presentarse más postores, en la creencia de que el terreno de la señora Luisa Ríos era el único que cumplía. Luego realizó el estudio de posibilidades de mercado, para verificar si existía la posibilidad de otros terrenos y ver si existía el interés en la compra. Luego se procede a la elaboración del informe por el área de desarrollo urbano y el área de asesoría legal para ver si es aprobado por el Consejo. Es aprobado con resolución, luego se procede a elaborar las bases de exoneración. Se realizó bases en el segundo proceso. Las bases para el proceso de exoneración fueron elaboradas por el Comité. Los requisitos requeridos en el proceso de exoneración fueron los mismos requerido en el primer proceso. Para la firma del contrato en las bases se estable el plazo para la presentación de documentos. Con la entrega de la buena pro se da por terminado la función del Comité. Luego de contar con todo el expediente de contratación lo deriva al Gerente Municipal y Logística para ser pasado a asesoría legal y se proceda a la elaboración del contrato. No recuerda sobre los plazos establecidos para la presentación

de documentos. La señora Luisa Ríos presentó los documentos dentro del plazo. En el proceso de exoneración, como jefe de logística, elaboró las órdenes de compra, después de haber firmado el contrato, en el proceso de exoneración. En el proceso de exoneración no realizó el registro del compromiso en el SIAF, cree que fue registrado por administración, debió de haber comprometido. En el proceso de exoneración, el Gerente Municipal le requirió elaborar las órdenes de compra. Puso en conocimiento al Gerente Municipal que existían observaciones de presupuesto y de administración, las cuales consisten en el cobro de penalidades y el vencimiento del contrato, obteniendo como respuesta un memorándum para elaborar la orden de comprar. Ordenó la orden de compra para dar trámite al proceso, con un memorándum dejando a salvo su responsabilidad por las observaciones antes referidas. No es normal que la Gerencia le solicite que emita las órdenes de compra. La elaboración de las órdenes de compra debe ser requerida por la Gerencia de Administración. Asesoría Legal elaboró el contrato en el proceso de exoneración. Cuando en el SIAF se hace el llenado de la fase del compromiso se ingresa el número de contrato, el nombre de quien está en el contrato (la persona que aparece como vendedora en el contrato), el monto. Se le pone a la vista informe 151-2010, reconociéndolo en audiencia, el informe se encuentra relacionado con los informes elaborados con presupuesto y administración, mediante el cual le hace conocer a Gerencia que si se debería cobrar penalidades. Se le pone a la vista el informe 155-2010, el cual reconoce en audiencia, informe dirigido a Gerencia Municipal - Guanilo Díaz, fecha 10 de junio, en el cual se deja a salvo la responsabilidad. No verificó en el sistema SIAF con qué fecha se realizó el compromiso. El responsable de los devengados en el área de contabilidad. Al no contar con contador, le correspondía a administración hacer el devengado. Desconoce que documentos se necesita para realizar la fase de devengado.

A las preguntas formuladas por la defensa del Actor Civil

Es común que el área usuaria en coordinación con la Gerencia realice el estudio de posibilidades de mercado, se encuentra establecido por la ley. Dentro de sus funciones estaba la realización del estudio de posibilidades de mercado.

A las preguntas formuladas la defensa de Quesquén Terrones y Guanilo Díaz. (Dr. Burgos B.)

Ninguna pregunta.

A las preguntas formuladas por la defesa de Ríos Rodríguez. (Dr. Montoya)

El informe 155-2010, tiene fecha 10 de junio, no recuerda la fecha de la minuta. Refiere que la señora Luisa Ríos nunca ha ido a su oficina, recién la conoció en juicio.

A las preguntas formuladas por la defensa de Balarezo Bazán. (Dr. Linares)

No recuerda haber realizado ningún trámite de pago por compra o servicio a favor del señor Balarezo Bazán.

A las preguntas formuladas por la defensa de Portilla Vilca. (Dra. Poma)

Por los hechos materia del proceso no ha sido sancionado en vía administrativa. El SIAF nunca hizo conocer sobre algún incumplimiento de contrato.

40. **Declaración de la acusada LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ.** Luego de hacerle conocer sus derechos y conferenciar con su abogado defensor dijo que se abstenía de declarar.
41. **Declaración del acusado MICHEL FRANK BALAREZO BAZÁN.** Luego de hacerle conocer sus derechos y conferenciar con su abogado defensor dijo que se abstenía de declarar.

ACTUACIÓN PROBATORIA Y VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA

MEDIOS PROBATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

42. **Declaración de la testigo LUIS MIGUEL LUPERDI BRITO.**
Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que es agricultor, realiza esta actividad desde hace 40 años en el fundo “Santa Rosa de los Sótanos”, el cual es de su propiedad y se encuentra ubicada en la provincia de Chepén. No tiene antecedentes penales. No tiene vínculo de amistad con los acusados, pero si los conoce. Nunca ha tenido algún pleito con ellos. Conoce de vista a la señora Luisa Ríos Rodríguez. Como ciudadano y por los medios de comunicación se enteró de la venta de un terreno para la Municipalidad de Chepén y que la compra estaba mal hecha porque el terreno era de cuatro hermanos y se vendió con el poder notarial de uno de los hermanos fallecidos, el poder

notarial lo tenía la señora Luisa Ríos Rodríguez. Conoce que un poder caduca cuando el poderdante fallece. Investigó que uno de los dueños había fallecido, una persona sacó la partida de defunción y le entregó. No recuerda el nombre a quien pertenecía la partida de defunción, pero era hermano de Luisa Ríos. Presentó la denuncia ante la fiscalía de Chepén. En la denuncia colocó que se había comprado un terreno con documentos que no estaban vigentes en ese momento. Se le pone a la vista la denuncia (obrante en el cuaderno 29) en la cual reconoce su firma; asimismo, se le pone a la vista el acta de defunción. Conoce donde está ubicado el terreno en mención, a menos de un kilómetro llegando a Chepén, al margen derecho de la carretera Panamericana, el cual tiene aproximadamente cuatro hectáreas. Además de su persona tomaron conocimiento del hecho las personas de Alfredo Becerra Flores, Jesús Rubio Vargas y Juan Carlos Mendoza.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

El terreno se adquirió para la construcción de un terminal terrestre, el cual no se produjo. Presentaba características desfavorables para la construcción porque en la parte central había un humedal, era un ojo de agua que discurría permanentemente, el cual se tapó, pero a la actualidad la humedad sigue subiendo a las casas colindantes.

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

No tiene enemistad con los acusados. Lo que le motivó a efectuar la denuncia fue que es dinero público, dinero de los ciudadanos de Chepén. En esa fecha era época de elecciones y su persona estaba candidateando, lo cual no fue motivo para que realizara la denuncia.

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya

Fue candidato por la lista independiente llamada “Todos por Chepén”. Todos los días pasa por el terreno, el humedal estaba a 300 o 400 metros de la carretera. Nunca se ha entrevistado con la señora Luisa Ríos. Nunca ha hablado con el señor Quesquén sobre el terreno.

Al conainterrogatorio del Dr. Saona.

Refiere que el ex alcalde Quesquén también era candidato para la alcaldía de Chepén. No formaba parte de su campaña cuestionar la adquisición del terreno. No realizó algún tipo de asesoramiento para confirmar sus sospechas sobre el terreno.

Al conainterrogatorio del Dr. Linares.

Ninguna pregunta.

43. Declaración de la testigo JULIA ISABEL CERNA RODRÍGUEZ.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Sostiene que es Notario Público desde 1989 en Chepén. Su notaría se ubica en Jr. Grau 384- Chepén, a una cuadra y media de la Municipalidad Provincial de Chepén. Sus funciones son múltiples. Conoce de vista a la señora Luisa Ríos Rodríguez. Ha brindado declaración ante la Fiscalía Anticorrupción sobre este proceso. Se le pone a la vista su declaración previa en la cual reconoce su firma, dándose lectura a la pregunta seis “respecto a que refiere conocer a la acusada Luisa Ríos, y a la pregunta siete, señala que la señora le dijo que uno de sus hermanos le había dado poder para vender sus bienes, pero éste había fallecido y quería saber si todavía podía vender los bienes de esta persona, y la última pregunta, le contesta que no era posible porque el poderdante había fallecido y con esto se había extinguido el poder. Refiere, solo vino a consultarme sobre la posibilidad de venta, en ningún momento le pidió que participe en algún contrato de compra venta”. Se ratifica en las respuestas que dio lectura el fiscal. La señora Luisa Ríos concurrió a la Notaria. Respondió sobre la imposibilidad de vender el terreno base legal.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

La señora Luisa Ríos llevó un poder. Fue la única vez que le consultó.

Los otros sujetos procesales no formulan preguntas.

44. Declaración de VÍCTOR RODOLFO MERINO CASTILLO.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que es Notario Público desde hace 22 años. Sus funciones consisten en dar fe de actos que se celebran ante su persona. Reside en Chepén desde 1975. Conoce a la señora Luisa Ríos Rodríguez porque ha sido

profesora. Refiere que le pidió copias de una Escritura Pública que celebró con la Municipalidad Provincial de Chepén y también le solicitó sus servicios para una sucesión intestada, su persona no culminó el trámite. No recuerda si le indicó porque realizaba dicho trámite. La señora llegó con su abogado para el trámite de la sucesión. Sostiene que ha declarado varias veces ante la Fiscalía Anticorrupción sobre diversas denuncias que realizó en su calidad de regidor de Chepén. Se le pone a la vista su declaración previa, en la cual reconoce su firma. Dando lectura el fiscal a la pregunta y respuesta N°03, siendo la siguiente “¿precise si la señora Luisa Augusta Ríos Rodríguez ha realizado alguna transacción en la notaría a su cargo, de ser así precise que acto jurídico se realizó y en qué fecha? Dijo. Me parece sobre la compra venta, pero no en relación al terreno materia de investigación, pero hago presente que también la señora ha tenido propiedades, además del terreno materia de investigación. Debo agregar que ella fue en primera instancia a vender ante mí o a preguntar como hacía la venta del terreno investigado, pero cuando vio los poderes le dijo que eran poderes muy antiguos y le expresó que sus poderdantes deberían renovar sus mandatos, por estar dichos poderes basados en normas derogadas y la duda que tuve porque son más de 25 años de antigüedad, a lo que Luisa Ríos le manifestó que uno de sus hermanos había fallecido, recién al enterarme de este hecho le hice ver que estos poderes estaban extinguidos y adolecían de nulidad, por lo que debería hacer la sucesión respectiva, sucesión que inició y dejó inconclusa en su despacho”. Refiere que se ratifica en su declaración previa. Pudo ver los documentos.

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

La señora Luisa Ríos le manifestó que quería vender su terreno, no recuerda si le dijo a quién. No le dijo si había conversado con el alcalde de Chepén

Los demás sujetos procesales no formularon preguntas.

45. Declaración del testigo JESUS VICENTE RUBIO VARGAS.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público.

Sostiene que no tiene antecedentes penales ni judiciales. Es biólogo, domicilia en Chepén desde hace 28 años. Conoce al señor Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, porque ha sido dos veces Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chepén. Al señor Jaime Carlos Guanilo Díaz también lo conoce porque ha sido funcionario de la mencionada Municipalidad. Al señor Marcial Portilla Vilca lo conoce porque ha sido servidor de la Municipalidad. Su persona es regidor de la Municipalidad Provincial de Chepén, durante el periodo de alcaldía del acusado Quesquén Terrones (durante los años 2003 y 2006).

Un regidor cumple la función de fiscalización y hacer propuestas de Ordenanzas Municipales y Acuerdos de Consejo, apoya en actos de representación. En el primer semestre del año 2010, tomó conocimiento que la Municipalidad Provincial de Chepén compró un terreno en el ingreso de la ciudad, para la construcción de un terminal terrestre; además, que hubieron ciertas irregularidades en la compra venta; por ejemplo, se hizo el acto de compra venta en una localidad de Pacasmayo, lo que les llamó la atención porque en la Municipalidad de Chepén hay dos notarios; además que la propietaria del terreno había vendido al parecer con poderes que se encontraban caducados por la antigüedad y que uno de los poderdantes había fallecido; hubieron denuncias del primer regidor del periodo 2007 al 2010, quien manifestaba que el pago que ascendía a más de un millón de soles se había hecho de manera irregular; el regidor Cáceres manifestaba que no se había hecho de esa forma, sino que había sido fraccionado con un adelanto de S/.500,000.00 soles, por lo que pusieron de conocimiento al Ministerio Público. La propiedad del terreno pertenecía a la familia de la señora Luisa Ríos. Fueron a Registros Públicos y sacaron la partida registral y estaba a nombre de cuatro o cinco hermanos, entre ellos la señora Luisa Ríos, además que uno o dos propietarios ya habían fallecido.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

Los notarios de Chepén son la Dra. Julia Isabel Cerna Rodríguez y el Dr. Víctor Rodolfo Merino Castillo, cuyas notarias se encontraban vigentes cuando se celebró la compra venta en la localidad de Pacasmayo. Conocía el terreno, el cual tenía filtraciones en la parte del área total y es más costoso construir en dicho terreno que en un terreno sólido.

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Los interesados fueron su persona y dos ciudadanos más, el señor Alfredo Becerra y Juan Carlos Mendoza, poniendo de conocimiento al Ministerio Público.

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

Actualmente el terreno está dentro de dos urbanizaciones colindantes. Una se llama El Refugio y Palma Bella. De la pista al terreno hay 10 metros. Actualmente entrando a Chepén hay centros comerciales, pero en esa época no había. Nunca ha hablado con la señora Luisa Ríos, tampoco habló con el señor Quesquén Terrones.

Al conainterrogatorio del Dr. Saona.

La primera vez fue regidor en el periodo 2003 a 2006, y actualmente es regidor desde 2015-2018. La labor de fiscalización tiene que ver con el hecho de cómo se maneja el dinero municipal. Como regidor no ha constatado las irregularidades porque ya se encuentra judicializado. No tuvo necesidad de buscar opinión técnica para concluir que el terreno no era adecuado para la construcción, porque era evidente y además porque es biólogo y técnico de construcciones.

Al conainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

En la actualidad el terreno está abandonado, no hay construcciones, se ha utilizado para hacer bailes y ferias. La Municipalidad no tiene dinero para construir, porque es más costoso.

46. **Declaración del testigo ALFREDO SALVADOR BECERRA FLORES.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

No tiene antecedentes penales. Vive en Chepén. Conoce a la señora Luisa Ríos Rodríguez, con quien no ha tenido algún pleito o rencilla. No tiene conocimiento a que se dedica, tampoco sabe dónde vive. Conoce que han sido una familia numerosa pero que la mayoría están fuera de Chepén. Su persona es agricultor de arroz y maíz, además comerciante. Es arrendatario de terrenos. Su yerno estaba interesado en comprar un terreno cerca a la Panamericana, lo cual no se materializó, consultó a la señora Ríos por una hectárea y el precio era de S/. 80,000.00 soles, ante lo cual consultó con el señor Merino sobre los poderes y le dijo que la señora tenía poderes vencidos desde hace más de 25 años y que le había dicho a la señora que haga renovación de poderes o sucesión intestada. El terreno estaba frente a los Grifos de Chepén. Después de 15 días se enteró por los medios de comunicación que la Municipalidad de Chepén adquirió el terreno a un millón y medio de soles. Conversó con su amigo Rubio y el Dr. Juan Carlos Mendoza e interpusieron la denuncia. La Municipalidad dio de adelanto cerca de un millón de soles sin documentación previa, se le exoneró de todos los impuestos a la vendedora. A su denuncia adjuntó los poderes, certificado de defunción, constancia de la Municipalidad sobre la entrega del dinero y los arbitrios que fueron condonados por la Municipalidad.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

El precio del terreno le fue señalado por la señora.

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Conocía el terreno porque trabaja por ese lugar, el cual era de cultivo de arroz, en la parte céntrica tiene un humedal donde crece “hinea”, en un área de 2,000 metros cuadrados.

Los demás abogados no formularon preguntas.

47. **Declaración del testigo LEOVIGILDO ESPINOZA MENDOZA.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que es Contador. Actualmente labora en la Municipalidad de Chepén, en la Sub Gerencia de Recaudación Tributaria. Ha laborado en la Municipalidad Provincial de Chepén desde 1990 hasta la actualidad. Ha tenido capacitaciones en sistema SIAF. Desde el año 2004 al 2014 ha laborado en la Sub gerencia de Tesorería como subgerente, dicha área depende de la Gerencia de Administración y Finanzas. A esta área también pertenecía personal de Logística y Contabilidad. La Sub Gerencia de Tesorería se dedica a la gestión de pagos, giro de cheques, que, de acuerdo al sistema esté comprometida y devengada. La fase del girado quiere decir que los superiores, es decir la Sub Gerencia de Administración y Finanzas autoriza mediante el contador el compromiso en el sistema SIAF, una vez que esta devengado pasa al Área de Tesorería para la fase del girado y su área se encarga de girar el cheque. Devengado es la autorización para la ejecución del gasto, cuando ya está revisado por Logística, Administración, Gerencia Municipal y el contador. La autorización del pago es dispuesta por la Gerencia de Administración. SIAF significa Sistema Integrado de la Administración Financiera, en el cual se realizan los registros contables. El devengado y girado se registran en el SIAF, el girado lo registra su persona. Cada área tiene acceso al SIAF. El tesorero solo cumple con girar el cheque, emitir el comprobante de pago, firma el administrador y su persona, y se procede a pagar al proveedor. Se le

pone a la vista el Comprobante de pago N°1531, a folios 526, el cual señala haberlo emitido, donde también reconoce la firma de la proveedora Luisa Ríos Rodríguez, lo que significa que dicha persona ha cobrado el cheque. El comprobante de pago fue emitido el 31 de marzo a las 10:35 a.m., el girado se hace una hora antes y es aprobado por el MEF, luego se elabora el comprobante de pago. Refiere que el término “concepto” viene desde la fase del devengado, donde se hace referencia al Memorando N°286-2010-MPCH Gerencia Municipal, de fecha 30 de marzo de 2010, y al pago parcial del contrato suscrito con fecha 30 de marzo de 2010, y en cumplimiento de la Resolución de Alcaldía N°1797-2009-MPCH, para la adquisición del terreno para la construcción del terminal terrestre. Se afectó al rubro Recursos ordinarios por un monto S/. 459, 384.00 soles. En la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009-MCH, se señala que está comprometido y devengado en el sistema en el Exp. 4334. Se le pone a la vista el Memorado N°286-2010, a folios 528, al cual da lectura, el cual fue enviado por el Gerente Municipal y le indica el pago; el Gerente Municipal puede asumir las funciones del Gerente de Administración. Para girar el cheque les remiten toda la documentación, por lo que tuvo a la vista el contrato. El contrato era para la adquisición de un terreno, posteriormente, hubo otros pagos. No recuerda la fecha de la realización de los demás pagos. Se le pone a la vista el Informe N°046-2011, a folios 156, en el cual reconoce su firma, a través del cual el Gerente Municipal solicita se le alcance todo lo que se ha girado a nombre de Luisa Augusta Ríos Rodríguez por la compra del terreno, refiere que el primer pago se hizo el 31 de marzo de 2010 mediante el comprobante de pago N° 1531 por el monto de S/. 459, 384.00 soles, luego el 15 de junio de 2010 por el monto de S/. 960 756, y el 30 de junio por el monto de S/ 40 527, haciendo un total de S/ 1' 467 667.00. Certificó el pago al proveedor es cuando firma el comprobante de pago. Si los recursos ordinarios no se devengan hasta el 31 de diciembre se pierde y se revierte el dinero al tesoro público, sobre el girado hay plazo hasta el 31 de marzo del siguiente año.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

La Gerente de Administración y Finanzas era Sandra Vásquez Romero. Para girar los cheques tiene a la vista todo el expediente que proviene de la Gerencia de Administración. El memorando también lo enviaron a la administradora y luego lo derivaron a tesorería. No corresponde a sus funciones observar algún documento porque estaría usurpando funciones.

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya

La señora Luisa Ríos no ha conversado con su persona para que le entregue en forma inmediata el cheque. El señor Alcalde no le ha dicho que tiene interés para que gire rápido el cheque.

Al conainterrogatorio de la defensa de Portilla Vilca

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

Ninguna pregunta.

48. **Declaración del testigo PEDRO ENRIQUE CACERES ALVARADO.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que es profesional técnico en Contabilidad. No tiene antecedentes penales. En el periodo de 2007-2010 se desempeñó en el cargo de regidor en la Municipalidad Provincial de Chepén, cuya función era fiscalizar y normar. En dicho periodo la municipalidad tenía la necesidad de comprar un terreno para construir el terminal terrestre. El Alcalde convocó a una sesión extraordinaria, donde el punto de agenda fue la compra del terreno, no recuerda en qué fecha. Era el último punto de agenda y fue el primero en tratarse. Se enteró a través del ingeniero Roger Castañeda, Jefe de Desarrollo urbano, sobre dicha necesidad, recuerda que votó en contra porque no estuvo de acuerdo. Se aprobó por mayoría la compra del terreno. Se aprobó el terreno de la señora Luisa Ríos porque no había más propuestas. No recuerda si la Municipalidad hizo alguna convocatoria para la compra del terreno. El ingeniero explicó los beneficios y bajo costo del terreno. Las funciones del Concejo Municipal son fiscalizadoras y normativas, no tiene funciones administrativas. Visitó el terreno antes de la compra y por exigencia de periodistas, hubo polémica porque el terreno tenía una laguna y no era apropiado.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

El alcalde no habló con su persona para que le ayude en la comprar el terreno.

Al contrainterrogatorio de la defensa de Portilla Vilca

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

Ninguna pregunta.

Redirecto de la Fiscalía

La señora Luisa Ríos le dijo que su terreno estaba en venta.

49. **Declaración del testigo PEDRO JOSÉ RAMIREZ RÍOS.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que no tiene antecedentes penales. Fue regidor de la Municipalidad Provincial de Chepén, durante el periodo 2007-2010, tenía las funciones de fiscalización y gestión de las necesidades del pueblo, pero no funciones administrativas. Recuerda que se tenía la necesidad de contar con un terminal terrestre. Hubo acuerdo de Concejo donde se hicieron los planteamientos para comprar un área que cumpla con los requisitos, no recuerda la fecha; se acordó la aprobación de generarse la obtención del terreno. La compra del terreno estuvo como punto agenda de la sesión, dispuesto por el alcalde. La exposición lo realizó la Gerencia Municipal y el Área de Desarrollo Urbano, refiriéndose a la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano. Su persona no se opuso. Hubo participación de la población de Chepén porque las sesiones son públicas, no recuerda el número y no tuvieron el derecho a hacer uso de la palabra. No sabe si se produjo un incidente ese día. No recuerda si conocía el terreno que se iba a comprar. Después de la sesión de Concejo se inició el proceso. Se dio una nulidad de un proceso porque no era coincidente el área, no recuerda quien fue el postor. No recuerda si después se realizó alguna acción para la compra del terreno. Después de todo el nuevo proceso visitó el terreno para ver la ubicación. No sabe qué pasó con el proceso que se declaró nulo, no sabe si en el segundo proceso el terreno cumplía con los requisitos. Realizó la visita del terreno con el regidor Ángel Alayo. No recorrió todo el terreno.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

Refiere que hubo oposición de algunos regidores para la compra del terreno, no sabía a quién pertenecía el terreno antes y después de la compra.

Al contrainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

No recuerda si hubo otros puntos de agenda en la sesión extraordinaria. La señora Luisa Rodríguez y el señor Quesquén no le dijeron que le ayudara en la compra del terreno.

Al contrainterrogatorio de la defensa de Portilla Vilca.

Ninguna pregunta.

Al contrainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

Ninguna pregunta.

Preguntas del juez

Se logró comprar el terreno. No se concretizó la construcción del terminal terrestre.

50. **Declaración del testigo JUAN CARLOS AGUILAR JAIME.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

No tiene antecedentes penales. Ha sido regidor de la MPCH durante el periodo 2007-2010, cumplía las funciones de fiscalización y normativizar; las funciones del Concejo Municipal son las mismas, aprueba

proyectos de interés, pero no participa en Procesos de Licitación. Según la ley Orgánica, el Concejo Municipal tiene la potestad de suprimir o exonerar. En el periodo 2007-2010 se exoneró del proceso, pero en segunda instancia, porque hubo un proceso anterior. Le convocaron a una sesión extraordinaria donde se optó por hacer una exoneración, porque solo había un postor a pesar de que se había publicitado la necesidad de tener un terreno nadie se presentó. El proceso de exoneración estuvo en agenda, se presentó toda la documentación y por mayoría se aprobó, su voto fue a favor por la necesidad de la población. El Gerente de Desarrollo Urbano expuso, señaló que se hizo una convocatoria y nadie efectuó su propuesta la segunda vez. Desconoce porque se cayó el primer proceso. Un señor, de manera informal, presentó su documentación, pero solo tenía dos hectáreas, y no tenía vías de acceso y el Concejo necesitaba mínimo cuatro hectáreas; refiere que fue la mejor elección porque cada metro cuadrado costaba S/.36.00 soles. Después de la compra acudió a visitar el terreno. No recuerda si el asesor legal fue a explicar en la sesión. En el informe debió haberse señalado si el terreno estaba saneado física y legalmente.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

Visitó el terreno antes y después de la compra, era un terreno libre y apto para la construcción de un terminal y un mercado.

Los demás abogados no formulan preguntas.

51. **Declaración del testigo NEYSER JOSELITO MENDOZA LEÓN.**

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que no tiene antecedentes penales. No tiene enemistad con los acusados. Es Ingeniero Civil, realiza trabajos de consultoría, ejecución de obra, supervisiones, residencia de obras. Las consultorías son proyectos de inversión pública, supervisiones. Los estudios de pre inversión son estudios técnicos, son la primera etapa y sirven para evaluar si un proyecto es sostenible, si es rentable social y económicamente, si el costo beneficio es rentable para la institución de acuerdo a las tablas del SNIP, por lo que se hace estudios de mercado. En caso de perfiles hay parámetros donde se enmarca si un proyecto es posible de ejecutar, es decir, da luz verde para realizar el expediente técnico y ejecución de obra, pero si no es factible la institución puede dejarlo sin efecto. Ha realizado este tipo de trabajos para la Municipalidad Provincial de Chepén. Recuerda haber realizado un estudio sobre la construcción de un terminal terrestre; se le pone a la vista el Estudio de Pre inversión a nivel de perfil, de folios 356 a 802, en el cual reconoce su firma, indica que dicho estudio de pre inversión se realizó en un proceso de selección, publicado en el SEACE, por lo que tienen la facultad de participar o no en dicho proyecto; salió ganador. Puede tener la certeza que en marzo de 2009 se elaboró el expediente, para realizarlo se hace un estudio de todos los componentes, como cantidad de vehículos, paraderos, posibles terminales, se hace un estudio de mercados y se evalúa la capacidad de movimiento y acogida, lo que está reflejado en los cuadros, se tiene que definir el área a proyectar. Se le pone a la vista la carta de compromiso, folio 397, señala que es un documento emitido por la Municipalidad para continuar con el trabajo antes de elaborar el perfil, desde que se publica en el SEACE asume que el terreno le pertenece a la Municipalidad, la carta de compromiso lo suscribe la señora Augusta Ríos Rodríguez, la cual es de fecha febrero de 2009. Acudió al terreno a fin de verificar y plasmar el proyecto de pre inversión, se necesitaron estudios de suelo, los cuales fueron elaborados por su persona y concluyó que era factible la construcción del terminal, el estudio que hizo es una radiografía genérica para ver un aproximado de cuanto puede costar un proyecto, en el expediente técnico se profundiza. Desde que la Municipalidad solicita el estudio de pre inversión, es porque tenía la necesidad de la construcción de un terminal terrestre.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

El terreno tenía presencia de humedales, presencia de agua, sembríos de arroz, “ineas”, lo cual se plasmó en el Informe de estudio de suelos.

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

No ha conversado sobre el terreno con Wilfredo Quesquén Terrones

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

No llegó a conocer a los dueños del terreno.

Al conainterrogatorio del Dr. Rodríguez.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

El único documento que necesitaba era la carta de compromiso emitido por la Municipalidad.

52. Declaración de la testigo MANUELA DEL SOCORRO VARGAS SILVA.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

No tiene antecedentes penales. Ha trabajado en Programas alimentarios de la Municipalidad Provincial de Chepén, también como secretaria del área de Asesoría legal hace 8 años por el lapso de un año y seis meses. El jefe de dicha área era el señor Higinio Morales. Su función era recepcionar documentos, los informes los hacía el asesor, desconoce si tenían formatos; logística le entregaba el papel, supone que utilizaba papel membretado para cosas puntuales; cuando faltaba papel hacían requerimiento para que les proporcionen. El procurador también laboraba en dicha área.

Los demás abogados ninguna pregunta.

53. Declaración del testigo JAVIER DAMACIO JULCA VARÁSTEGUI.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

No tiene antecedentes penales. Ha laborado para la Municipalidad Provincial de Chepén durante el periodo 1998-2012, ha sido Gerente de Planeamiento y Presupuesto durante el periodo del Alcalde Wilfredo Quesquén. Se le pone a la vista los informes emitidos por la Gerencia de planeamiento y presupuesto. Sus funciones eran emitir certificación de crédito presupuestario, opiniones sobre afectaciones presupuestarias, elaborar proyectos de gestión. Se le pone a la vista el Informe N° 160-2009, a folios 160, el cual reconoce como una certificación de crédito presupuestario y se dirigió a Marcial Portilla, Jefe de Logística, está basado en la certificación y disponibilidad de crédito presupuestario para la construcción de la obra terminal terrestre, lo que no implica una autorización de pago, sino que el presupuesto es de un monto de S/. 1' 716 140.00, se afectaron los recursos ordinarios, fon común y canon, los cuales son recursos públicos. Se le pone a la vista el informe N° 039-2010, a folios 144, donde se señala que no se podía hacer modificación de asignar recursos ordinarios a otras obras porque ya tenían compromiso y devengado, solo faltaba la fase del girado, no recuerda porque se solicitó. Es una norma de tesorería, que todo recurso ordinario que sea devengado al 31 de diciembre del año anterior, el plazo máximo para el giro es hasta el 31 de marzo, sino se revierte. Se le pone a la vista el informe N° 040-2010, a folios 142, dirigido a Marcial Portilla, donde se le indica que ya se había otorgado certificación de crédito presupuestario a través del Informe N° 160-2009.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

No recuerda sobre los giros

Al conainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

Ninguna pregunta

Al conainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

No recuerda los ingresos de la municipalidad, emitió sus informes en base al presupuesto. El acusado Quesquén

no le habló sobre la adquisición del terreno. Conoce el terreno. Emitió los informes de acuerdo a su función.

Al conainterrogatorio del Dr. Rodríguez.

Ninguna pregunta.

Al conainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

No ha recibido ningún pago para emitir informe a favor de Frank Balarezo Bazán.

54. Declaración del testigo (impropio) ROGER EDUARDO CASTAÑEDA RISCO.

Al interrogatorio del representante del Ministerio Público

Refiere que es agrónomo, Licenciado en educación, post grado en gerencia pública, gerencia social, desarrollo económico y turismo. Los estudios antes referidos los he materializado en diferentes entidades públicas y privadas: en la Municipalidad Distrital de Nueva Arica, Pacanga, Chepén y en el Proyecto Especial Hidroenergetico en el Alto Piura. En la Municipalidad de Chepén estuve en el periodo de marzo del 2008 hasta el periodo de octubre del 2012. En las fechas antes indicadas me desempeñé como gerente de infraestructura y desarrollo urbano. Primero trabajé en la Municipalidad Distrital de Pacanga, distrito que pertenece a Chepén,

por lo que el Alcalde al ver su desempeño lo convoca para trabajar en la Municipalidad de Chepén. El alcalde que lo convocó fue Wilfredo Quesquén Terrones. En la Municipalidad se hace trámites respecto de presupuesto participativo y el reclamo de transferencias que le corresponde al gobierno local, distrital respecto a la partida del gobierno provincial, circunstancia que motivo que siempre frecuente con el Alcalde en los asuntos de la gestión. Mi función como Gerente de Desarrollo Urbano consistía en aspectos de planificación, organización, coordinación de cuatro subgerencias: transporte, catastro urbano, subgerencia de defensa civil y la subgerencia de proyectos y obras públicas y ejecución de los planes de todo el inicio del año. Además, tenía la función de realizar gestiones en busca del financiamiento de obra a nivel regional y nacional en los diferentes organismos descentralizados o sectoriales. En el periodo de desempeño de mi función la Municipalidad de Chepén, era necesario que se ordene la construcción de un terminal terrestre. Luego se dieron dos acuerdos de Consejo, en donde se declaraba la necesidad que se debía de considerar la construcción de un terminal terrestre dentro del presupuesto. La primera ordenanza municipal fue el año 2005 y los acuerdos de consejo entre los años 2008- 2009. Las instituciones públicas se rigen por planes y presupuestos, un plan era el desarrollo concertado de la Municipalidad de Chepén, dentro del plan de desarrollo concertado se consideran una serie de proyectos prioritarios, el terminal terrestre se encontraba dentro de los proyectos prioritarios. En el desempeño de mi cargo tenía que dar cumplimiento a lo que ya estaba planificado, por lo que se incluyó el presupuesto del terminal terrestre. Para la construcción del terminal terrestre se tenía primero que comprar el terreno. Para la compra del terreno se contaba con un documento técnico referencial llamado perfil técnico, el cual fue presentado al Ministerio de Transportes, Ministerio de la Presidencia y al Gobierno Regional. El perfil técnico se realizó a inicios del 2009, fue realizado por Neiser Mendoza. No recuerdo si el proceso se realizó por selección o contratación directa, pero si se cumplió con las normas. Si fue por contratación directa tuvo que ser el valor menor de 3 UIT y si supera con proceso de selección. Con el perfil técnico se puede inscribir en el banco de proyectos del sistema nacional de inversión pública y obtener el código SNIP, con este código se puede considerar financiamiento para que el proyecto esté dentro del presupuesto, este perfil debe de contar con tres características fundamentales: viabilidad económica, técnica y social. El perfil es aprobado por la oficina de inversión. El perfil se encontraba aprobado, por lo que se podía considerar el financiamiento. La Oficina de Proyecto de Inversión (OPI) aprueba el perfil técnico elaborado por Neiser Mendoza. Desconozco si para el perfil técnico se necesitaba de estudio de terreno determinado. Se debe dar a conocer el tipo de suelo que existe en el ámbito local, el que por las dimensiones tendría que ser un terreno agrícola que haya sido cambiado de uso a urbano, terreno que debía estar considerado dentro del catastro como urbano. Es potestad del que elabora el perfil técnico identificar algún bien inmueble e identificar algún terreno. En la fecha en que se realizó el perfil en Chepén no existía un terminal terrestre. Después de obtener el código SNIP, los primeros días de enero de cada año, a todas las obras consideradas dentro del presupuesto participativo, donde se da con la intervención de todas y se discute cuáles serían las obras que se ejecutarían el siguiente año, priorizándose las obras y dentro de estas obras priorizadas se encuentra el terminal terrestre, asignándose un financiamiento con las fuentes de cuenta la Municipalidad. Una de las fuentes de financiamiento fue la cuenta cero, la cual fue producto de una premiación obtenida por la municipalidad por haber cumplido con metas presupuestales. En el año 2009 ya estaba presupuestada la compra de un terreno para construir. No recuerdo el monto que se designó para la compra del terreno. El perfil técnico no se realizó un año antes, ya que la norma establece un periodo de validez, un periodo de seis meses. Todos los proyectos que se encuentran programadas, se tiene que tener la seguridad de que los fondos ya se encuentran en la municipalidad, ya que el Ministerio de Economía y Finanzas hace las transferencias. Cuando se tiene el dinero destinado las fuentes de financiamiento para la inversión se procede al proceso de selección, para esto la Municipalidad designa el Comité de contrataciones del Estado. Los que integran por ley el comité es el representante del Alcalde (Gerente Municipal) área usuaria (Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano) y el área de Logística (encargado de las contrataciones). El Gerente Municipal fue Jaime Carlos Guanilo Díaz, Gerente de Obras Eduardo Castañeda Risco y el de Logística Marcial Portilla. El área de Logística inicia el proceso de selección, es quien prepara el expediente de contratación, elabora las bases, las bases son estandarizadas. El estudio de posibilidades de mercado significa fijar el precio en función de las últimas compras dentro del posible ámbito donde habría personas o posibles proveedores que podrían vender los terrenos. El jefe de logística tuvo que ir a ver referentes históricos, otros procesos y verificar en la zona el valor para especificar el valor referencial del inmueble que se iba a comprar. En el expediente se fijó el valor por metro de 12.5 dólares por metro cuadrado. Las bases del proceso de selección son elaboradas por el subgerente de del área de Logística. No recuerdo el número de proceso de selección para la compra del terreno. El proceso de selección era una licitación pública, el tiempo para que se presenten los postulantes fue de 30 días. Solo existía un postor, para ser postor

se requería tener un RUC y estar inscrito dentro de los proveedores el OSCE. La señora Ríos Rodríguez hacía las consultas al Comité y postula con todos los requisitos de ley. El área usuaria es la que está relacionada con el bien, el servicio o con la obra materia de selección. El área usuaria era la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano. El área usuaria consigna las características del terreno a adquirir, dentro de las características se encontraba que se requería 4.5 hectáreas. Al proceso solo se presentó la señora Ríos Rodríguez. En el proceso se exigió el título de propiedad, si era propietario único o si era representante los poderes, autoevaluados, registro de proveedor, DNI, RUC plano catastral y el plano perimétrico, se le exigió que acredite ser propietario del inmueble, se verificaban que el predio esté inscrito en los bienes de propiedad inmueble. La señora Ríos Rodríguez acreditó ser representante, ya que el predio era de varios hermanos, presentando poderes actualizados, otorgada por registros público con fecha cercana, 15 días antes del proceso. La compra se realizó en dos procesos: el primer proceso se declaró nulo, ya que en el título de propiedad del registro público decía 4.875 hectáreas superando el área requerida, luego al realizar la dimensión del terreno se encontró que no había las hectáreas, por lo que informó a la Gerencia Municipal y la Alcaldía para que de oficio se declare nulo. Se dejó constancia en documentos que no era el área. Se elaboró el informe a instancia superior. Luego se realiza un segundo proceso, realizado bajo la modalidad de exoneración, ya que la ley faculta al sector público a hacer compra por exoneración bajo ciertas modalidades como es el desabastecimiento inminente y **por proveedor único**. Se determina que era proveedor único, por haberse presentado en la primera licitación solo un postor. Para el segundo proceso se volvió a hacer estudio de mercado, es un nuevo expediente de contratación, dejando constancia de que existía un proveedor único. No se consignó como proveedor único en la primera licitación ya que se desconocía cuantos se presentarían para el proceso. La exoneración del proceso la decide el colegiado, debe contar con dos documentos: informe técnico y el informe legal. Como área usuaria correspondía hacer informe para el proceso por exoneración. Emití el informe 01149-2009, folio 257- 259, de fecha 30 de septiembre del 2009, tenía como justificación la adjudicación del terreno del terminal terrestre, dirigido al Alcalde, tenía como motivo el inicio del proceso de la adquisición del terreno, se señala tres propuestas: Luisa Augusta por 45 mil metros cuadrados, Luis Peralta Cueva 11 mil metros cuadrados. Reconoce haber emitido el Informe 256-2010, folio 137-141, dirigido al alcalde Quesquén Terrones, con motivo de cumplir con los señalado por la ley de contrataciones, para iniciar el proceso de contratación era necesario contar con el informe técnico y el informe legal; informes que pasan a reunión de Consejo, luego informó a Contraloría. Reconoce el Informe 316-2010, dirigido al gerente municipal, el mismo que se elevó a Contraloría, en el cual se refería el motivo por el cual se realizó el proceso de selección, se aludió al membrete que aparece en el informe legal y que se encontraba consignado en el membrete de la subgerencia. Al contar las instituciones con el intranet, el asesor legal, como los documentos aún estaban en trámites, me señaló por intranet que subiera mi informe en el sistema.

Tengo conocimiento que se llegó a firmar contrato y se elevó a escritura pública, la misma que se registró a favor de la Municipalidad, en los Registros Públicos.

Al interrogatorio de la defensa del Actor Civil

Ninguna pregunta

Al contrainterrogatorio del Dr. Burgos Bejarano

En el último proceso de selección no ha recibido ninguna directiva, ni he verificado algún interés del acusado Wilfredo Quesquén Terrones.

Al contrainterrogatorio del Dr. Manuel Montoya.

No he conversado con la señora Luisa Ruiz, no he sido influenciado por ella para la compra del terreno.

Al contrainterrogatorio del Dr. Poma

No recuerdo si sobró dinero después de comprar el terreno, conozco el terreno en conflicto, cerca del terreno hay dos urbanizaciones (15 años) y el Ministerio de Salud (20 años). Los informes fueron emitidos a la Contraloría quien nunca cuestionó el proceso declarado nulo ni por el proceso de exoneración. Al ser declarado nulo el proceso se pone de conocimiento a la Gerencia Municipal y este pone de conocimiento al alcalde; quien emite resolución de alcaldía, informándose al SEACE, que se declaró nulo de oficio.

Al contrainterrogatorio del Dr. Linares Meléndez.

Ninguna pregunta.

55. Mediante resolución N° 75 expedida en audiencia de fecha 13 de abril de 2018 se resolvió prescindir de la declaración de los testigos **JUAN MANUEL PALACIOS MALTESE y JUAN CARLOS MENDOZA MENDOZA**. Y Mediante resolución N° 77 expedida en audiencia de fecha 02 de mayo de 2018 se resolvió prescindir de la declaración de la testigo **SANDRA VASQUEZ ROMERO**.
56. **Oralización de documentos:** Se oralizaron medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio Público (Fiscal sustenta el significado probatorio de los documentos oralizados).
- a) **Denuncia de fecha 8 de julio del año 2010** (auto de enjuiciamiento figura 8 de julio del 2008), a folios 1-4, denuncia presentada por Luis Miguel Luperdi Brito, con la cual se originó el proceso.
- b) **Acta de defunción de Teodoro Augusto Rodríguez**, a folio 05, expedido por la Municipalidad de San Isidro, Provincia de Lima, con ella se verifica que el 19 de junio del año 1986 dicho ciudadano ya habría fallecido. Acredita el poder utilizado por Luisa Augusta Ríos Rodríguez (hermana) para vender el terreno, no teniendo efectos legales por el fallecimiento de uno de los poderdantes, siendo que el poder se volvió ineficaz.
Dr. Montoya. El año de fallecimiento fue 1986.
Dr. Burgos. Sin observaciones.
Dr. Linares. Sin observaciones.
- c) **Certificado de inscripción N° 0000464-2010**, emitido por RENIEC, de fecha 19 de julio del año 2010, corroborara la documental anterior, se aprecia “cancelado” por fallecimiento, tiene como titular a Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, de fecha 18 de junio de 1986.
- d) **Inscripción de poder ficha N° 370, partida N°03003094 SUNAT**, a folio 07, en la cual aparece como mandantes Teodoro Augusto Ríos Rodríguez y sus hermanos y como mandatario figura Luisa Augusta Ríos Rodríguez, se describe el poder que se le expidió a la acusada por parte de los mandantes; en mérito de escritura pública de fecha 13 de junio 1985, ante notario Dr. González; verificándose que la inscripción en registros Públicos se realizó el 02 de septiembre del año 1996; fecha en que Teodoro Augusto Ríos Rodríguez ya habría fallecido. Se le otorgó solo facultad para vender las casas de los mandantes; los cuales fueron adquiridos por herencia. Acredita que a la acusada no se le otorgó poder para que venda inmuebles de otra naturaleza como son los terrenos.
Dr. Montoya. Las casas estaban construidas dentro del terreno de mayor extensión. No se acredita que el poder haya sido inscrito el dos de septiembre del año 1996.
Dr. Burgos. Refiere que la construcción se hace sobre los terrenos.
Dr. Poma. Refiere que su defendido, quien era miembro del comité no es abogado y al llegarle la inscripción de un poder merecer fe pública, actuó conforme le merecía la fe pública.
Dr. Linares. Ninguna observación.
- e) **Inscripción de mandatos**, ficha 13, correspondiente a la partida 03002739, a folio 8, registro del poder otorgado por César Ríos Bobadilla a la causada, mediante escritura pública de fecha 26 de noviembre de 1993. Poder otorgado para disponer de algunos bienes del mandante, hace mención a la venta de inmuebles de manera general, los poderes deben de regirse por el principio de literalidad.
Dr. Montoya Refiere que el señor Bobadilla es uno de los hijos de Teodoro Ríos Rodríguez, el poder fue inscrito en 1993, el Notario que inscribió el favor de la venta de la municipalidad provincial de chepén Dr. Cesar Torres, fue separado del proceso.
Los demás abogados sin ninguna observación.
- f) **Rectificación del poder de ficha N° 670**, partida 03003024-SUNARP, se otorgó poder a la acusada Luisa Ríos Rodríguez por parte de la poderdante Luisa Ríos Bobadilla, hija del fallecido.
Dr. Montoya Refiere que Luisa Ríos Bobadilla, es la hija de Teodoro Ríos Rodríguez.
Los demás abogados sin ninguna observación.
- g) **Inscripción de la propiedad inmueble de la finca urbana Lote “A” terreno Santa Lucia – Chepén**, a folios 10-11; partida N° 11005790, corresponde a una partida primera de independización, se verifica que el 13 de abril del 2010 se procede a independizar la finca urbana santa lucia, dividiéndose en tres lotes a, b y c, dividido con una extensión de 40 mil metros cuadrados, área que se requirió en el proceso exonerado.

Acredita que el terreno en la presentación de los dos procesos no se encontraba saneado y la municipalidad conocía de tal situación por ello procedió a hacer la subdivisión del terreno.

Dr. Montoya. Refiere que la finca no era urbana, ya que se encontraba en una zona de expansión urbana, se independizó el lote a, b, c. el saneamiento lo realiza la Municipalidad ya que era la autoridad, de acuerdo con el D. L N° 17716 se realiza cambios de uso, por tal motivo a la Municipalidad Provincial no le quedó otra opción de independizar y sanear. La Ley orgánica 27972 de Municipalidades faculta a la entidad a independizar y sanear. Posteriormente la facultad se le otorgó a SUNARP, sin quitarle competencia a la Municipalidad. El 13 de abril del año 2010 ya se había realizado la independizarían.

Dr. Burgos. Refiere que los procesos de saneamiento e individualización son competencia exclusiva de la municipalidad de acuerdo a la ley orgánica.

Dr. Poma. La documental se refiere a finca urbana, de lo contrario se precisaría con el termino rustico.

Dr. Linares. Sin ninguna observación.

- h) **Oficio 049-2011 SUNAT, de fecha 15 de febrero del 2011**, a folios 12-20, emitido por registros públicos, se adjunta la partida electrónica 03002739 y 03003099. Figura el escrito dirigida a la Oficina Registral Nacional de La Libertad, de fecha 02 de septiembre del 1996, mediante la cual Luisa Augusta Ríos Rodríguez solicita se proceda a inscribir en registros públicos el poder especial otorgado por parte de sus hermanos. Se verifica además la copia certificada del poder especial otorgado a Luisa Augusta Ríos Rodríguez con fecha 14 de junio del año 1985. Se verifica de manera textual y expresa que se le otorgó poder para vender **casas** ubicado en la Provincia de Chepén.

Dr. Montoya. Sostiene que en un inmueble existe dominio útil y dominio directo, que cualquiera del dominio puede pertenecerle a cualquier persona, en el caso, indica que el dominio útil está levantado sobre los terrenos. No considera que se trate de indicios de delito.

Los demás abogados sin ninguna observación.

- i) **Oficio 033- 2011, de fecha 21 de febrero del 2011**, a folios 21-155, oficio cursado por el gerente municipal Carlos Guanilo Díaz, remite al Ministerio Público copia certificada de los actuados completos que integren el proceso de exoneración 01-2010, para la compra del terreno para la construcción del terminal terrestre. Se verifica el acta de exoneración del proceso de fecha 26 de marzo del 2010, en la que se señala los miembros del comité especial del proceso, acusados y en el acta de otorgamiento de la buena pro se menciona a que el otorgamiento de la buena pro se debió a que Luisa Augusta Ríos Rodríguez cumplió con presentar la documentación requerida, se verifica la existencia de bases en el proceso exonerado.

• **Declaración jurada presentada por Luisa Ríos Rodríguez, de fecha 26 de marzo del 2010**, donde declara bajo juramento ser la representante y se compromete a entregar los bienes objeto del proceso, en el plazo de 10 días calendario; plazo que sería contado a partir de haberse emitido la buena pro. Al transcurrir los diez días, aproximadamente 15 de abril no entregó el bien.

• **Declaración jurada suscrita por Luisa Augusta Ríos Rodríguez, de fecha 25 de marzo del 2010**, en la que declara ser propietaria del terreno urbano en el proceso exonerado e indicó no tener impedimentos administrativos, judiciales para disponer del bien ofertado; sin embargo, se verifica que no era propietaria única del terreno, tenía impedimentos legales en la especificación del terreno.

• **Ficha registral de partida 03000122**, folio 56, relacionada con el tema de la subdivisión, rectificación de área por error de cálculo, de marzo del año 2010, se verifica la intervención de Roger Castañeda, en su calidad de gerente de desarrollo urbano de la municipalidad Provincial de Chepén, dejando en evidencia el conocimiento del problema de tipo físico del inmueble.

• **Copia certificada de la Resolución de Alcaldía 271-2010, folios 86**, de fecha 23 de marzo del 2010, en la que el acusado Quesquén Terrones aprueba las bases del proceso de exoneración 01-2010.

• **Bases del proceso de exoneración 001-2010**, folios 90 a 123, dentro de las bases se señala la forma del contrato, forma de pago, garantías del contrato, penalidades que debe de consignarse en el contrato y las facultades para elevar a escritura pública el contrato. Se verificar que el contrato no se ciñó a lo establecido con las bases. Se presentó la declaración jurada de

ser propietaria del terreno, copia literal del dominio, constancia de no adeudos, plano perimétrico, memoria descriptiva. En el punto 3.1 se estableció que, para la suscripción del contrato, deberá de citar dos días antes del otorgamiento de la buena pro al postor ganador.

Dr. Montoya. Respecto a la declaración de fecha 26 de marzo del 2010, en la que se compromete la acusada Luisa Ríos Rodríguez a entregar en el plazo de diez días toda la documentación y la buena pro en el proceso de exoneración entrega el 5 de abril, la compra se realizó el 30 de marzo del 2010, dentro del plazo. Dentro del Decreto Legislativo 1017 señala el plazo para la compra. La subdivisión se realizó en febrero del 2010, no resultando incompatible con el otorgamiento de la buena pro otorgada el 30 de marzo del 2010. Hace mención que se establece penalidades por la demora del pago, acreditado que la municipalidad no pago en la fecha pactada debieron pagar intereses a la señora Luisa Ríos Rodríguez. No existen indicios de que se hayan violado las bases.

Dr. Burgos. De la verificación del otorgamiento de la buena pro, de fecha 26 de marzo del año 2010, y la entrega del terreno se realiza el 05 de abril del año 2010, se encuentra dentro del plazo.

Dr. Poma. Refiere que el presente proceso es por la inexistencia del cobro de penalidades, no se cumplió dentro del plazo la entrega del terreno por tratarse de un bien inmueble, debiendo de tenerse en cuenta que se trata de un inmueble de cuatro hectáreas, no siendo obligatorio realizar la escritura pública ya que con la minuta ya se trasladó el dominio del vendedor al comprador.

Dr. Linares. Respecto al cuestionamiento de si las bases fueron las mismas en el primer proceso y el segundo, refiere que al ser procesos diferentes se requería de otra documentación para proceder a la compra del terreno.

- j) **Informe 046-2011- SGT- MPCH**, folios 156, emitido por la subgerencia de tesorería de la municipalidad Provincial de Chepén, remitido al gerente municipal, para luego remitirlo a fiscalía, se detalla el pago de 1'466 667 soles, en tres pagos: el primero el 31 de marzo del 2010, a través del cheque, en donde aparece el número de comprobante, la cuenta corriente por la suma de S/. 459, 384.00, pago que se realizó en la fecha que se suscribió el contrato, se realizó el pago sin la existencia de minuta, fue el último día que tenía la municipalidad para realizar el pago. El pago de fecha 15 de julio del 2010 por el monto de S/. 967,756.00, el pago del dinero restante el 30 de junio del 2010 S/. 40,427.00, la forma como se realizó el pago infringió el contrato, haciendo notar irregularidades.

Dr. Montoya. Refiere que no existe ningún perjuicio que se pague un día después. Refiere que los pagos a cuenta están permitidos, no existiendo irregularidades, en todo caso considera que la perjudicada fue la señora Luisa Ríos Rodríguez, ya que la municipalidad no contaba con el dinero, realizando el pago en tres cuotas.

Dr. Burgos. De las declaraciones del señor Guanilo se deja claro por qué se realizó el pago en tres cuotas. Los demás abogados sin otras observaciones.

- k) **Informe 051- 2010- MPCH- SGLBP**, folios 156, de fecha 17 de marzo del 2010, expedido por el subgerente de logística Portilla Vilca al alcalde de la Municipalidad Provincial Chepén, Quesquén Terrones, informa que al haberse realizado el estudio de posibilidades de mercado, determino que el terreno de la Luisa Ríos Rodríguez contaba con las hectáreas requeridas, existiendo el documento de recepción de la misma fecha, acredita la forma como se realizaba el proceso de selección y el conocimiento por parte del señor Quesquén Terrones. Existiendo una contradicción con lo declarado por Portilla Vilca; quien indicó no haber realizado ningún estudio de posibilidades de mercado, además refirió que el señor Castañeda Risco realizó el estudio de posibilidades de mercado. Considera que tal documento no tiene sustento ya que se tiene que indicar como es que se llega a determinar la existencia del bien que cumplía con las exigencias de la Municipalidad Provincial de Chepén.

Actor civil. El documento acredita que, si se realizó el estudio de mercado y en la declaración indicó no haberse realizado, considerando que existe una información incompleta.

Dr. Montoya. Refiere que otras personas realizaron la oferta, pero de 11,000 metros y se quedó demostrado que la oferta presentado por Luisa Ríos Rodríguez fue de 4 hectáreas. El primer proceso se anuló porque que existía un área más de lo necesitado por la MPC.

Dr. Poma. Refiere que el medio probatorio solo deberá ser valorado como documental, al no poder contrastado con el dicho de su defendido. Y de lo dicho por su defendido en el examen realizado por fiscalía

en donde indicó que realizó el valor referencia e indica que el terreno de la señora Luisa Ríos Rodríguez reúne los requisitos que exigía la entidad usuaria.

Los demás abogados sin otras observaciones.

- l) **Bases de la licitación pública 02- 2009**, oficio 077-2009 de fecha 10 diciembre del 2009, a través de la cual se hace conocer por parte del gerente municipal Guanilo Díaz a Luisa Augusta Ríos Rodríguez el plazo no menor de cinco días no mayor de diez para firmar el contrato, luego de haberse otorgado la buena pro en el proceso de licitación 02-2009. En el proceso de licitación pública el valor referencial fue de S/. 1'650 000.00, el área del terreno requerido era de 45 mil metros cuadrados. **Valorización de predios rústicos** emitido por la gerencia de administración tributaria de la MPC de fecha 4 de diciembre del 2009, se señala el valor del terreno S/. 44,840.00, se consiga los nombres de los contribuyentes, impuesto predial por S/. 198,505.18. declaración jurada expedida por Luisa Augusta Ríos Rodríguez, en la que se compromete en el proceso de licitación pública 02- 2009 dentro del plazo de 15 días de otorgada la buena pro a otorgar el predio. Declaración jurada en donde en la cual Luisa Ríos Rodríguez indica haber cumplido con los requisitos técnicos exigidos. Recibo de caja de ingresos a la Municipalidad Provincial Chepén, por la suma de S/. 150.00 soles, área de tesorería de fecha 23 de noviembre del año 2009, con la cual se acredita la compra de las bases por parte de Luisa Ríos Rodríguez, habiendo sido el proceso convocado el 04 de noviembre del 2009, evidenciando una clara irregularidad. Dentro de la especificación técnica y requerimiento técnico mínimos se exigía la declaración jurada de ser propietario del terreno, copia simple del título de escritura pública inscrita en Registros Públicos, copia literal, ficha o partida registral del terreno, fotocopia simple de última declaración jurada de auto evaluó, croquis de ubicación del terreno, fotografías actuales del terreno, declaración jurada de no tener impedimento legal para disponer del bien, fotografía plana, estar libre de gravamen, memoria descriptiva. Sostiene que desde el primer proceso de selección se verificaba la intención de la MPC de realizar la compra del terreno de Luisa Ríos Rodríguez. Se exigía fotografías de un terreno plano cuando a la fecha de los hechos no era un terreno plano, corroborado con lo sostenido por el perito al manifestar que el terreno tenía napa freática, huecos. Figura la memoria descriptiva realizada por la Municipalidad, por Walter Santisteban, de noviembre del 2009, proyecto denominado independización del lote del terminal terrestre, se señala como propietaria a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, cuando ésta no era la única propietaria, se señala el área del terreno la cual excedía del área requerida, acredita que desde noviembre del año 2009 la Municipalidad estaba buscando hacer independizaciones en el terreno para obtener el área que requería.

- m) **Informe N° 1149-2009-MPCH-GIDU, de fecha 13 de septiembre del 2009**, emitido por Roger Castañeda risco gerente de infraestructura y desarrollo urbano, dirigido a Quesquén Terrones; acredita el conocimiento del alcalde del proceso. En el informe se hace un análisis sobre la necesidad y utilidad de la compra del terreno, establece la justificación técnica y legal para la ejecución de la compra del terreno. En el análisis técnico administrativo se menciona la adquisición de un terreno por valor referencial de 2' 025 000.00. Se consiga las propuestas para la compra del terreno. Cuestión que en septiembre del año 2009 la Municipalidad conocía que solo calzaba el terreno de la señora Luisa Ríos Rodríguez como propietaria del terreno con el área requerida, al ya conocer no tenía por qué convocar a un proceso de exoneración. Acredita el interés de la Municipalidad de adquirir el terreno ofertado por Luisa Augusta Ríos Rodríguez.

Dr. Montoya. Refiere que la primera convocatoria del 04 de noviembre del año 2009, ha sido anulada por el titular de la entidad, establecido en el D.L N° 1017 y su reglamento, el titular tenía que estar informado, si no incurriría en el delito de omisión de funciones. Cuando le entregan la buena pro a la Luisa Ríos, se le entrega aproximadamente 1' 456 000, no hay direccionamiento.

Dr. Burgos. Refiere que se trata de confundir respecto al precio, fue el tope que se estableció en el código S/ 2'025 000.00 soles

Los demás abogados no tienen otras observaciones.

- n) **Oficio 559-2011- MPCH- A**, a folio 260- 355, remitido ante requerimiento de fiscalía anticorrupción, fecha 23 de agosto del 2011, remitido por Wilfredo Quesquén Terrones, a través del cual se remite copia certificada del expediente de licitación pública N° 02 – 2009, cuanta con 103 folios. Anexa el expediente de contratación de la licitación pública N° 02-2009, se anexan documentos oralizados anteriormente por fiscalía. Informe N° 01149-2009, fecha 30 de septiembre del 2009 emitido por Roger Eduardo Castañeda Risco.

Dr. Montoya. Refiere que se trata de documentación de la licitación que fue anulado y contiene las bases de la licitación que originó la nulidad.

Dr. Burgos. Sin observaciones

Dr. Poma. Sin observaciones

- o) **Estudio de pre inversión a nivel de perfil**, a folios 356, realizado por Ing. Mendoza León, elaborado en marzo del 2009, se trata de un estudio de perfil para la construcción del terminal terrestre, se verifica que el estudio del perfil se realizó sobre único terreno, de Luisa Ríos Rodríguez. Se contempló como alternativas de solución la construcción del terminal terrestre y el mejoramiento del terminal terrestre; según estudio del perfil existía terminal terrestre privado. En el perfil se optó por la construcción del terminal terrestre, por un ahorro de costos. En el punto 1.1.3, tercer párrafo referido a la participación de las entidades y beneficiarios se señala el interés de la ejecución del proyecto por parte de la Municipalidad Provincial de Chepén, reflejado en la documentación anexada al perfil. Se anexó carta de compromiso denominado de plazo de venta, suscrita por Luisa Ríos Rodríguez, de fecha febrero del 2009, certificada en julio del 2009, fue dirigida al alcalde Quesquén Terrones, en donde Luisa Ríos Rodríguez hizo conocer que era propietaria única del terreno rustico en expansión urbana Santa Luisa, 45,551 metros cuadrados, comprometiéndose a conceder los derechos de la propiedad a la Municipalidad, tratándose de información errada al no ser la única propietaria y no corresponder el área del terreno. **Informe Geotécnico N° 02-02-09** anexado como parte del perfil, fecha de elaboración 03 de febrero del 2009, verificándose la toma de cuatro muestras de la extensión del terreno, se trata de un estudio de mecánica de suelos con los fines de segmentación. La Municipalidad en febrero del 2009 solicitó a la empresa CERINGTEC SRL realizar el estudio geotécnico, realizado en terreno de Luisa Ríos Rodríguez, acredita el gasto realizado en el terreno cuando no se tenía la certeza de compra del terreno, se señala que la superficie del área de terreno presentaba una fotografía plana, con el antecedente de ser un terreno agrícola (sembríos de arroz), según el informe el terreno iba a ser utilizado para un campo ferial. En el punto 17.2 de conclusiones y recomendaciones del informe geotécnico se hace referencia a la ejecución de obra, se determinó un nivel freático alto en el terreno. En la parte correspondiente a presupuestos general se establece como precio de compra S/. 2' 025 000, no existiendo datos que acrediten el precio del terreno, por lo que fiscalía asume que fue el precio facilitado por la Luisa Ríos Rodríguez, quien indicaba ser propietaria del terreno. El estudio del perfil determina el área del terreno para la construcción del terminal terrestre, el costo; debiendo de haberse realizado un estudio de mercado. Oficio de registro de banco del proyecto, aparece el registro en el SNIP N° 03, a folios 452-454, aparece el registro el 12 de abril del 2009, se verifica el cronograma de inversión, el segundo registro el 16 de junio del 2009. Se cuestionó la construcción de un terreno y de una feria.

Procurador público. Sostiene que con la documental se deja constancia del interés de la Municipalidad de Chepén para adquirir el terreno. Con la documental se corrobora como se encontraba el terreno, con vegetación.

Dr. Montoya. Del estudio de pre inversión se señaló la construcción del terminal, y la recomendación de la existencia de un terminal privado; el cual no reunía los requisitos, se recomienda mejorar el terminal privado; beneficiando a privados; por ello opta la Municipalidad Provincial de Chepén por la construcción del terminal terrestre. No encuentra irregularidades en la previsión del estudio del sistema especializado a fin de evitar la napa freática. El estudio de pre inversión paso por el SNIP en febrero del 2009 y fue aprobado por éste el 12 de abril del 2009. El terreno ha sido vendido por S/. 1'476 000, la señora Luisa Ríos se presentó porque contaba con poder para poder realizar la venta. Para la defensa no existe concertación para defraudar al estado.

Dr. Burgos. Refiere que si existían tres propuestas, las cuales fueron descartadas por no cumplir con lo requerido, por ello el estudio se realizó en base al terreno de Luisa Ríos, por ser el más viable y estar junto a la panamericana.

Dr. Poma. Refiere que existe un interés de los alcaldes para que el Ministerio de Economía y Fianzas apruebe los proyectos de obra, no encuentra problema en que se haya realizado estudio de suelo antes del concurso. Refiere que es normal que antes de la compra del terreno en la pre inversión se realice los estudios de los terrenos que se piensa comprar

Dr. Linares. Refiere que los estudios realizados responden a la conclusión del profesional especialista en el tema; quienes concluyen que era el terreno más adecuado por su ubicación, su fácil accesibilidad, no constituyendo un direccionamiento.

p) Informe pericial elaborado por el perito Núñez Tejada, (fue oralizado por el autor).

q) Informe 155- 2010- MPCH- BP, a folio 467, emitido por jefe de logística Portilla Vilca, dirigido al Gerente Municipal, Jaime Guanilo Díaz, como asunto: elaboración de orden de compra. Al haber solicitado el gerente municipal al jefe de logística Portilla Vilca la elaboración de órdenes de compra. En el documento la gerencia del desarrollo urbano autoriza la elaboración de orden de compra N° 538, por lo que se indica se procede a su ejecución con la finalidad de no truncar el trámite administrativo, visa la orden de compra dejando a salvo su responsabilidad. Lo relevante del documento según fiscalía es que el jefe de logística deja a salvo su responsabilidad, procediendo a realizar la orden de compra a requerimiento del Gerente Municipal, refiere que no se tuvo en cuenta el contenido del informe N°151-2010, emitido por el jefe de logística.

Procurador Público. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Deja constancia de que el coacusado Portilla Vilca ha declarado y fiscalía tuvo la oportunidad de confrontar su declaración con la documental oralizada.

Dr. Burgos. Considera que la prueba es irrelevante al haberse realizado la compra y se requería del pago correspondiente.

Dr. Poma. Sin observación

Dr. Linares. Sin observación

r) Memorándum 458- 2010 –MPCH- GM, enviado por el Gerente Municipal al jefe de Logística, se dispone la orden de compra por S/.1'466 667 soles, de fecha 8 de junio del 2010, la orden de compra se emite dentro del trámite regular antes de la firma del contrato. El proceso exonerado se realizó el 30 de marzo, por lo que no resulta lógica la emisión de la orden de compra de julio del 2010, indicando que se estaba regularizando ante SIAF el trámite, por ello el jefe de Logística deja a salvo su responsabilidad y se procede a emitir el orden de compra. Refiere que la orden de compra se genera por la obligación de una eventual compra.

Procurador Público. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Precisa que la realización del contrato fue el 31 de marzo del año 2010, fecha en la que se le pago una parte y luego el 10 y el 15 se terminaron de pagar; siendo perjudicada Luisa Ríos Rodríguez ya que el contrato se estaba finalizando y existía la permisión de la norma que establecía los adelantos.

Dr. Burgos. Sin observación.

Dr. Poma. Indica que aquellos que se encuentra en la defensa libre como proveedores conocen del tiempo que se demoran en pagar, se puede contar con la orden de compra, pero le cheque mucho después, no encuentra inconveniente en la demora del pago en la adquisición de inmuebles

Dr. Linares. Sin observación

s) Informe 151-2010- MPCH- BP, de fecha 8 de junio -2010, emitido por el subgerente de Logística Portilla Vilca, dirigido al Gerente Municipal Guanilo Díaz, hace conocer que la Gerencia de Administración en el informe 118-2010, había sugerido la aplicación de penalidades al no haberse cumplido el contrato. El jefe de presupuesto público a través del informe 076-2010 menciona a una serie de inconsistencias técnicas ilegales relacionadas con la adquisición del bien. Se deja constancia que el contrato de fecha 30 de marzo del 2010 se encontraba vencido por lo que no era necesaria la elaboración de la orden de compra.

Procurador público. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Refiere que el contrato se realizó el 30 de marzo del 2010, el pago se realizó en armadas, que el Gerente indica al subgerente que ya no era necesario, era en vano por que el contrato ya se encontraba consumado.

Dr. Burgos. Sin observaciones

Dr. Poma. En el informe no encuentra acto ilícito, refiere que existe una confusión, el que paga es el Municipio, nadie es culpable del dolo ajeno.

Dr. Linares. Sin observaciones

- t) **Memorándum 444-2010- MPCH- GM**, con fecha 4 de junio del 2010, emitido por Guanilio Díaz al jefe de Logística, en el cual requiere que se elabora la orden de compra por el monto de S/. **966, 756**, por concepto de pago a cuenta del contrato. Sostiene que el subgerente de logística se negaba a emitir la orden de compra al no cumplirse con los términos del contrato. El terreno no se encontraba saneado. El gerente de logística elabora la orden de compra por obligación,
Procurador público. Sin observación.
Dr. Montoya. Sostiene que la documental tiene fecha 04 de junio del 2010 y el contrato se realizó el 30 de marzo del 2010.
Dr. Burgos. Sin observación.
Dr. Poma. Sin observación.
Dr. Linares. Sin observación.
- u) **Informe 76-2010- MPCH-GPP**, emitido por el gerente de planeamiento y presupuesto de la municipalidad provincial de Chepén, fecha 04 de julio del 2010, como respuesta a memorándum emitido por Gerente Municipal, a través del cual se hace conocer al Gerente Municipal que el gerente de presupuestos en su oportunidad, el 27 de octubre del 2009, otorgó la certificación de crédito presupuestario para los gastos de compra S/. 1 716 140. Además, se hace conocer los rubros (recursos ordinarios, común, canon sobre canon y regalías). En el informe se menciona sobre inconsistencias técnicas y legales en la adquisición del bien. Se hace conocer que el recurso de fon común se dejó de lado por no haberse utilizado el 31 de diciembre del año 2009. Se hace conocer que la gerencia de desarrollo urbano a través de informe 1485-2009, se reduce el monto de S/. 40, 000.00, habilitado para el costo de la elaboración del perfil del expediente técnico. Se deja constancia que no se tuvo en cuenta el informe N° 043-2010.
Procurador público. Precisa que en la documental se hace referencias a inconsistencias técnicas y legales en la adquisición del bien.
Dr. Montoya. No se indica las inconsistencias legales, refiere que el fon común retorna el 31 de marzo del siguiente año y no el 31 de diciembre.
Dr. Burgos. Respecto al pago refiere que es porque no se realizó en un único pago, si no en tres pagos.
Dr. Poma. Precisa que las inconsistencias técnicas y legales es por el retraso en el pago del saldo.
Dr. Linares. Respecto a las inconsistencias refiere que están basadas en la demora del pago, el cual afecta a la vendedora. No genera perjuicio a la entidad, ni irregularidades
- v) **Informe N° 118-2010- MPCH/GAF**, (folios 472) emitido por la Gerente de Administración y Finanzas Sandra Vásquez Romero, dirigida al Gerente Municipal Guanilo Díaz, hace conocer a través del informe no se había cancelado el saldo de la adquisición, evidenciándose el incumplimiento de la cláusula cuarta del contrato suscrito el 30 de marzo del 2010; acredita que el monto por el cual no se pagaba era porque el terreno no cumplía con el debido saneamiento. Se precisa el plazo de entrega del terreno adquirido, diez días después de realizado el contrato, para la cual se debe de contar con la declaración jurada del plazo de entrega, en el documento se deja constancia que no se ha cumplido con tal declaración jurada. Se precisa que el plazo de la ejecución de contratación se efectuara dentro de las 24 horas después de la suscripción del contrato, lo cual no se ha cumplido. Hace referencia al artículo 165° del reglamento de la ley de contrataciones del estado se determina la penalidad a imponer al contratista.
Procurador público. Sin observaciones.
Dr. Montoya. Sostiene que no se podía entregar el terreno, ya que la Municipalidad Provincial de Chepén no realizaba el pago. Respecto de la declaración jurada indica que la señora Luisa Ríos Rodríguez entregó las respectivas declaraciones juradas.
Dr. Burgos. Sostiene que se trata de tema administrativo, al no haberse informado a la Gerente de Finanzas.
Dr. Poma. Sin observaciones.
Dr. Linares. Sin observaciones.
- w) **Informe 515-2010-MPCH- GIDU**, folios 473, de fecha 08 de junio de 2010, emitido por Castañeda Risco al Gerente Municipal, que el 05 de abril se procedió a la recepción de terreno para la construcción del terminal terrestre, se hace mención a la copia del acta supuestamente adjuntada, la cual no se encuentra, no existe el acta. Refiere que se hizo para justificar los pagos del terreno ya que este a la fecha del 05 de abril del

2010 presentaba deficiencias respecto al tema de saneamiento. Sostiene que, en segundo párrafo del informe, el 3 de junio del 2010 ha concluido con el saneamiento legal, por lo que considera que no puedo recibir el 07 de abril el terreno, si el saneamiento se concluyó el 07 de junio del 2010.

Procurador público. Sin observación.

Dr. Montoya. Respecto a la inconsistencia del acta de entrega del terreno del terminal terrestre, indica que tiene en su poder con acta de entrega. Indica la presencia de mala fe por parte de fiscalía, al pretender sostener en juicio la inexistencia del acta.

Dr. Burgo. Sin observación.

Dr. Poma. Sin observación.

Dr. Linares. Sin observación.

- x) **Oficio N° 01-2010- GM- MPCH**, fecha 29 de marzo del 2010, emitido por Jaime Guanilo Díaz como presidente del Comité especial permanente de contrataciones del Estado, dirigido a Luisa Ríos Rodríguez, hace conocer que el otorgamiento de buena pro en el proceso; se le hace conocer que la buena pro ha quedado consentida para la firma del contrato. La documental presenta una rúbrica, fiscalía asume que se trata de la firma de Luisa ríos Rodríguez, indica que es a partir del oficio que se cuenta los diez días para la firma del contrato.

Procurador público. Sin observación.

Dr. Montoya. Sostiene que fiscalía tras cada Oralización de una documental hace un comentario subjetivo y personal. Indica que no existe delito en que el Gerente Municipal comunique a la ganadora de la buena pro del proceso exonerado.

Dr. Burgos. No considera pertinente la documental.

Dr. Poma. Sin observación.

Dr. Linares. Sin observación.

- y) **Acta de proceso de exoneración** (folios 474), del 26 de marzo del 2010, del proceso de selección 01-2010, a través de las cuales el comité especial del proceso, deciden entregar la buena pro a Luisa Ríos Rodríguez, en la que se indica que de la revisión del expediente la señora Luisa Ríos Rodríguez ha presentado todos los documentos requerido, y según teoría de fiscalía considera que no se cumplió con todo lo requerido. Con tal documental no pretende acreditar el delito, pretende resaltar información relevante.

Sin observaciones de las partes.

- z) **Declaración jurada del 25 de marzo del 2010 (folios 475)**, presentada por Luisa Ríos Rodríguez, declaró ser propietaria del terreno urbano, no tener ningún impedimento legal, a lo que fiscalía sostiene que no era propietario si no copropietaria y existía impedimento legal.

Procurador público Sostiene que el documento indica uno de los poderdantes había fallecido, por lo que tenía impedimentos legales.

Dr. Montoya Sostiene que la declaración jurada responde a un poder especial y general recepcionado por los familiares de Luisa, al tratarse de un terreno indiviso y al tener los poderes se encontraba legitimada para vender.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Dr. Linares. Sin observaciones.

- aa) **Informe 131-2010-MPCH- AJ, (folios 476)** emitido por el área de asesoría jurídica, con el cual el Consejo Municipal justificó la exoneración del proceso de selección. En la cual el asesor legal señala que los fondos deberán de ser invertidos antes del 31 de marzo o de lo contrario serán revertidos al Estado. Realizando el proceso de exoneración para que no devolver el dinero al Estado, se realizó a través del proceso de exoneración, con proveedor único. Menciona sobre el informe 051-2010, emitido por el subgerente de logística y bienes patrimoniales, en el cual se señala que se ha producido el estudio de mercado y de deja constancia la inexistencia de otro bien inmueble con las características mínimas técnicas exigidas por la Municipalidad, de lo señalado por Portilla Vilca, quien indicó que no se realizó estudio de posibilidades de mercado, considera que no debe ser dado por cierta la información de asesoría legal. Refiere que la opinión

legal ha sido inducida, el informe legal documentalmente existe, pero no se realizó, según lo referido por el jefe de logística.

Procurador público. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Sostiene que no se ha demostrado que su patrocinada Luisa Ríos haya conversado con el asesor legal Dr. Morales, considera que si para fiscalía el informe era sospechoso debió de denunciar.

Dr. Burgos. Refiere que ya ha sido oralizado el informe en la prueba N° 12 (informe de logística), no siendo correcto lo afirmado por fiscalía.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Dr. Linares. Sin observaciones.

bb) Informe N° 256-2010- MPCH-GIDU (folios 480), emitido a la Gerencia de Desarrollo Urbano dirigido a al alcalde Provincial de Chepén Wilfredo Quesquén Terrones, se trata del informe técnico, realizado por Roger Eduardo Castañeda Risco, como antecedente para la sustentación el informe técnico el señor Castañeda Risco hace un recuento de cómo surge la necesidad de adquirir un terreno para la construcción del terminal terrestre, posteriormente se convocó a un proceso de selección N°02- 2009, para buscar adquirir un terreno de 45 mil metros cuadrados, se realizó el direccionamiento, aprobó la buena pro, declarándose la nulidad al no cumplir con las medidas mínimas requeridas. En el punto 2.5 se menciona sobre dos situaciones que obligan a proceder a la adquisición inmediata de un terreno, informe N° 062-2010 de la Gerencia de Administración y Finanzas, en donde se estableció que los recursos ordinarios solo podían ser usados hasta el 31 de marzo del 2010, y también se estableció que el terreno que cumplía con los requisitos estaba por transferirse a terceros. Se tuvo en cuenta que en el proceso de selección solo se presentó como postora Luisa Augusta Luisa Rodríguez, concluyendo que solo existirá un terreno, sustentado en el informe N° 051-2010 de la gerencia de logística relacionado con el estudio de posibilidades de mercado, sin embargo, de la declaración del gerente de logística en su declaración señalo que no había realizado el estudio de posibilidad de mercado, indicó que lo realizó el gerente de desarrollo urbano, indicando que se trataba de un bien único, por lo que se consideró que se encontraba dentro de las características para el proceso exonerado.

Procurador público. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Precisa que el terreno ofertado tenía los 45 mil metros cuadrados y el consejo requería 42 mil metros cuadrados, motivo por el cual se declaró nulo el proceso.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Dr. Linares. Sin observaciones.

cc) Informe N° 40-2010- MPCH-GPP (folios 485), de fecha 17 de marzo de 2010, emitido por el gerente de planeamiento y presupuesto, emitido la subgerente de logística y bienes patrimoniales, hace referencia al informe N° 050- 2010, a través del cual el subgerente de logística requiere al jefe de presupuesto la fuente de financiamiento para el proyecto del 2010, el subgerente de logística hace conocer que el 27 de octubre del año anterior se otorgó certificación presupuestal hasta por el monto de S/. 1' 716 140 para la compra del terreno, le indica que en atención al informe técnico de la Gerencia de Desarrollo Urbano N° 226-2010, de fecha 12 de marzo del 2010, precisando que el monto de recursos ordinarios se encontraba registrado en el expediente SIAF N° 4344 en la fecha 28 de diciembre del 2009, en sus dos fases compromiso y devengado, se hace conocer al subgerente de logística que el 28 de diciembre del 2009 el monto de S/. 459, 384.00 se encontraba en la fase de devengado, hace mención que la fase de compromiso se da cuando se hace la orden de compra o se firma el contrato, la fase de devengado se da cuando existe una conformidad de la recepción del bien del área usuaria, en el SIAF se registra el contrato, número de contrato, fecha; es decir a diciembre del 2009 en SIAF ya se conocía que el bien se encontraba vendido, debiendo de haber existido un contrato. El registro fue realizado en aplicación de la Resolución de Alcaldía N°1797-2009, en el cual el alcalde el 29 de diciembre autorizó para que una parte del dinero para el terreno se comprometiera y se devengue, se le indica que ante el pedido de certificación presupuestal en el sistema figuraba como plan de ejecución, le indica sobre el inicio de un proceso de selección, en el cual el solicitante era participe como parte del comité especial.

Procurador público. Refiere que a la fecha de diciembre del 2009 ya se había comprometido y devengado el monto de S/. 459, 384.00 y el contrato se firmó el 30 de marzo del año 2010.

Dr. Montoya. Precisa la existencia de dos etapas N° 002-2009, que fue anulada al advertirse que el terreno no reunía el metraje, la cual fue ganada por Luisa Ríos Rodríguez, existiendo un saldo a favor de la antes mencionada; por ello es que en SIAF aparece el registro de S/. 459, 384.00 era respecto del año 2009, la cual fue anulada, en base al DL 1017 y su reglamento señalan que el único que puede anular es el alcalde.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Poma. Se encuentra registrado en SIAF al ser un proceso del 2009, no se debe de confundir la inscripción, Luisa Ríos Rodríguez postulo en el 2009 y en el 2010, ganando en el 2010.

Dr. Linares. Sin observación.

Fiscalía. Refiere que se anula antes de la firma del contrato, con el otorgamiento de la buena pro, no firmándose contrato, el compromiso se genera con el contrato y el devengado con la conformidad.

dd) Informe 160-2009 –MPCH-GPP, folio 486, emitido por Gerencia de planeamiento y presupuesto, dirigido al sub gerente de logística de bienes patrimoniales, de fecha 27 de octubre del 2009, en referencia del informe 272-2009, a través del cual requiere a la gerencia de presupuesto la respectiva certificación presupuestal para la compra del terreno. El sub gerente de presupuesto otorga el requerimiento de la respectiva certificación presupuestal, ascendente a S/.1' 716 140 soles, dividido en tres rubros, recursos ordinarios, fon común y canon sobre cano.

Sin observaciones de las partes.

ee) Informe 039-2010- MPCH- GPP, folio 488, emitido por la gerencia de planeamiento y presupuesto de Municipalidad, fecha 12 de marzo del 2010, se trata de una respuesta al informa técnico 226-2010 GIDU, emitido por Gerencia de Desarrollo Urbano, a través de la cual se solicita el cambio de asignación presupuestal de los recursos asignado para la construcción del terminal terrestres, es decir, que el dinero destinado para la construcción del terminal terrestre se destine a otros 14 proyectos de inversión para el año 2010, la respuesta fue negativa, en base a que se le hace conocer que el dinero tenía como origen recurso ordinarios, e indica que el monto se encuentra registrado en el expediente de SIAF 4334, de fecha 28 de diciembre del 2009, acredita que el dinero se encontraba registrado en la fase de compromiso y devengado, agrega que el registro fue realizado en aplicación de la resolución de alcaldía 1797-2009, indicando que no se puede realizar el cambio presupuestal, indica que no existía recurso para la modificación presupuestaria, solo quedaba por ejecutar la última fase del gasto, el girado, debiendo realizarse hasta el 31 de marzo del 2010.

Procurador público. Refiere que con el documento oralizado por fiscalía se acredita el cambio de designación presupuestal para la ejecución del proyecto del terminal terrestre.

Dr. Burgos. Sostiene que la información es reiterada a la del informe N° 40-2010, evaluado en sesión anterior. Refiere que el trámite se puso haber realizado porque en el primer proceso había un ganador, y después de claro la nulidad.

Dr. Montoya. Sostiene que los cambios presupuestales no afectan la pretensión de su patrocinada en su deseo de vender el terreno.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Refiere que el informe mencionado es de fecha 12 de marzo del 2010, no existiendo problemas.

ff) Informe 062-2010 –MPCH- GAF, folio 489, emitido por Gerencia de Administración y Finanzas, de fecha 10 de marzo, recepción 20 de marzo del 2010, a través de la cual se hace conocer al acusado Guanilo Díaz, tiene como asunto devengados, al 31 de marzo del 2010, hace referencia la resolución de alcaldía 1797-2009 de fecha 28 de diciembre del 2009, a través de la cual se indica comprometer y devengar en el SIAF con el rubro de recursos ordinarios. Hace conocer que existen varios proyectos que se encuentran en la fase de devengados, resaltando el proyecto de la construcción del terminal terrestre, se hace ver que solo faltaría con cumplir la fase de girado, y que de los montos comprometidos y devengados a la fecha existen saldos pendientes de pago, debiendo ser atendidos hasta el 31 de marzo del 2010, y de no ser así el dinero será revertido a la dirección nacional del tesoro público. A la fecha del 10 de marzo del 2009 no se podía decir que el proceso se encontraba comprometido y devengado, por no existir el proceso de exoneración.

Procurador público. Sin observaciones.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Montoya. Refiere la existencia de dos licitaciones 002- 2009, la cual fue anulada y la 001-2010, la que está en discusión, resalta la voluntad de la municipalidad de adquirir el terreno, no considera que genera dudas, el oficio solo hace referencia a pagos pendientes.

Dr. Linares

Dr. Poma. Al indicar pago pendiente se encontraba comprometido, el hecho de que estaba comprometido no quiere decir que está destinado a la comisión de un hecho delictivo, al no poder utilizar el dinero en el 2009 se garantizó tal dinero para utilizarlo en el 2010.

gg) Informe de valoración de inmueble urbano, folio 490 -495, acredita que quien solicito al ingeniero para realizar la pericia fue la Municipalidad, en noviembre del 2009, se indica que el ingeniero se apersono el 01 de noviembre del 2009 al terreno y realiza la inspección ocular, en tales fechas no se había convocado al primer proceso que fue declarado nulo, no habiéndose realizado aun la convocatoria. Como objeto de la evaluación, indica que se recibió intrusiones de la Municipalidad para evaluar el inmueble de Luisa Ríos Rodríguez e indica que se contó con autorización para la inspección y la información mínima necesaria; es decir, el expediente técnico y legal, la cual se encuentra en custodia de la Municipalidad, lo cual acredita que antes de que se convoque la información ya estaba en poder de la Municipalidad, se señala que el terreno tenía el área de 45 mil metros cuadrados, determinándose después que no tenía tal área. De acuerdo a la información en registro público no tenía tal área, y fue el motivo de declararse la nulidad del primer proceso el que no tenía el área exigida en el primer proceso. Se señaló que la propietaria era Luisa Augusta Ríos Rodríguez, cuando a la fecha no era propietaria.

Procurador público. Refiere que denota el interés de los funcionarios mucho antes de la firma del contrato.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Montoya. El informe se realizó en el año 2009, la Municipalidad requería 40 mil metros cuadrados, no existiendo mala fe ya que los documentos quedan en custodia, existía la intención de su patrocinada de vender, quien no era propietaria total, pero si propietaria y tenía poder para disponer de los bienes.

Dr. Poma. Ninguna pregunta.

Dr. Linares. El informe fue emitido un día 5 de 11 del 2009 un día después de la publicación de la licitación, porque no existe ninguna clase de contubernio, el informe fue dado dentro de un contrato privado entre Luisa y Valarezo Bazán. No cuenta con ningún sello, lo que quiere decir que no fue utilizado como documento oficial.

hh) Informe N° 043-2010 MPCHE-GPP, a folio 496 - 497, de fecha de emisión y recepción el 25 de marzo del año 2010, por le Gerencia Municipal, emitido por el Gerente de Planeamiento y Presupuesto encargado de Oficina de Programación e Inversiones de la OPI de la Municipalidad Provincial de Chepén, dirigido a Guanilo Díaz, a través del cual se hace conocer los lineamiento técnicos para ser tomado en cuenta en el marco de la adquisición en del terreno y la posterior construcción del terminal terrestre. Los lineamientos técnicos se sustentan en el acuerdo del consejo N° 021-2010. Se hace conocer como requisito indispensable, que el bien debe estar inscrito en registros públicos conforme la normatividad legal vigente, contar con el saneamiento físico legal. En el acuerdo de consejo se establece un estudio de posibilidades de estudio de mercado; a través del cual se decide exonerar el proceso, se hace mención a la falta del estudio de posibilidades en físico, al valor elevado del terreno. Cuestiona el hecho de que el terreno ha sido tazado debidamente por un perito, no mencionando al perito que realizo tal valor, no se acredita que se trate de un bien urbano. Refiere que al indicar que la obra está al alcance del presupuesto aprobado, el área técnica ha adaptado el monto respecto del bien que se pretende comprar.

Se hace mención al informe 39-2010, se hace conocer s la existencia de un proceso de selección el cual fue declarado nulo mediante resolución de alcaldía N° 59-2010, en la que se establece retrotraer a la etapa del proceso de selección, transcurriendo aproximadamente dos meses, no cumpliéndose con el proceso, desconociendo las razones técnicas y legales, se le hace conocer al gerente municipal, para que en cumplimiento al artículo 27° de la ley N° 27972, en la que se establece que la obligación le corresponde a la Gerencia Municipal, quien a pesar de lo advertido no realizó nada al respecto.

Procurador público. Sin observaciones

Dr. Montoya. Refiere que en el informe se señala la reserva por S/. 1'700.000.00 para la buena pro, señala que no fue el valor del terreno que su patrocinada vendió a la Municipalidad Provincial de Chepén. Considerando que se trata de un asunto interno de la Municipalidad, la cual considera ser ajena a la vendedora.

Dr. Burgos. Sin observaciones

Dr. Linares. Sin observaciones

- ii) **Informe N° 082-2010- MPCH/GAF**, a folios 498- 499, de fecha 05 de abril del 2010, emitido por la gerencia de administración y finanzas, dirigido al Gerente Municipal, tiene como referencia el memorándum N° 288-2010; en el cual hace referencia del pago a cuenta de la construcción del terreno. Cuestiona el hecho de que se establece un plazo para realizar el pago de diez días luego un plazo de 24 horas existiendo contradicción. Se deja constancia de que no por el hecho de tratarse de un proceso exonerado se pagara en el plazo de 24 horas. Se explica cómo se llegó al proceso exonerado. Menciona la existencia de un acta en la que Luisa Augusta Ríos Rodríguez se compromete a vender el terreno a un precio mucho mayor. Resalta el desconocimiento por parte de la suscrita de cómo es que el informe llegó a la Municipalidad.

Procurador público. Sin observaciones

Dr. Montoya. Respecto que el informe N° 25-2010, de fecha 15 de enero, indica que se trata de establecer si el terreno es de 42,000 metros o 45,000 metros. Refiere que solo se trata de situaciones subjetivas, pero no existe un hecho concreto para defraudar, por lo que no alcanza a una responsabilidad por parte del municipio ni para su patrocinada.

Dr. Burgos. Sostiene que se trata de observaciones por parte de la gerencia de administración, las cuales son subsanables al interno de la entidad, al tratarse de actuaciones meramente administrativas.

Dr. Linares. Respecto a la Gerente de administración y finanzas sugiere que el informe valorativo realizado por su patrocinado, el cual desconoce, refiere que tal desconocimiento es al haberse realizado dentro de un contexto privado.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Fiscalía. Aclara que el informe oralizado, la Gerente de administración le hace conocer al gerente municipal que la fase de girado esta anotado, existe un memorándum 286-2010, emitido por el Gerente Municipal. La fase de girado es la fase de pago y esta es autorizada por el tesorero y registra en el SIAF, se resalta que, en la fase de girado, no fue emitido por la gerente de administración, siendo la gerente de administración quien le correspondía autorizar el pago por ser jerárquicamente superior al tesorero.

- jj) **Memorándum N° 288-2010-MPCH- GM (folios 500)** a través del cual se hace conocer el **informe N° 023-2010**, emitido por la subgerencia de tesorería en el cual, aparece como sustento de la fase de girado - pago, se indica que el expediente N° 4334 con fecha 28 de diciembre del 2009 se encuentra registrado las dos fases compromiso y devengado. Figura la resolución de alcaldía N°1797-2009, con la cual se especifica que en base a tal resolución aparecía en SIAF a nivel de compromiso y devengado y que solo faltaría la fase del pago (girado). Indica que lo que se buscó fue materializar el pago a la fecha del 31 de marzo del 2009, contraviniendo la Directiva, ya que el dinero se encontraba a la fecha del año 2009 comprometido y devengado.

Procurador público. Sin observaciones

Dr. Montoya. Sin observaciones

Dr. Burgos. Refiere que existen dos formas de comprometer y devengar, cuando hay contrato y cuando hay resolución de alcaldía, en el caso se contaba con resolución de alcaldía. Refiere que todo se encuentra normado, a fin de que no se pierda el compromiso y devengado el pago se realiza al año siguiente.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones

- kk) **Informe N° 50-2010- MPCH-SGL-GP**, a través de la cual se requiere el financiamiento, dejando constancia que respecto al tema del financiamiento ya se había emitido la respectiva certificación presupuestal, respecto del primer proceso.

Sin observaciones de los sujetos procesales.

ll) **Acta de entendimiento (folios 503)**, con fecha de suscripción 01 de marzo del 2010, a folio 503, acredita que el alcalde estaba al tanto de toda la documentación de la compra del terreno, suscrito por el alcalde y Luisa Augusta Ríos Rodríguez. El documento acredita que desde el 01 de marzo se tenía conocimiento que Luisa Augusta Ríos Rodríguez no era la única propietaria, existiendo copropietarios del predio, acredita el interés de vender.

Procurador público. Resalta que uno de los copropietarios del terreno ya había fallecido.

Dr. Montoya. Sostiene que solo se trata de un compromiso para viabilizar la venta, es obvio el interés de la Municipalidad, el municipio tenía conocimiento que se tenía que pagar antes del 31 de marzo, a pesar de haberse comprometido en pagar dentro del plazo de 8 días, considera que la única perjudicada ha sido su patrocinada por la demora.

Dr. Burgos. Sostiene que el acta fue un requisito para realizar el proyecto de inversión privada, no encuentra problema en que en el segundo proceso aparezca el acta ya que Luisa Ríos Rodríguez era la persona que vendería el terreno.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones

mm) **Contrato de compraventa**, folio 504-506, de fecha 30 de marzo del 2010, acredita la intervención del alcalde y la no verificación de los poderes. Se elaboró de manera contradictoria y no se respetó las bases del proceso de exoneración ni el formato de las bases. Indica que en contrato se suprimió cláusulas como: las garantías, responsabilidades por vicios ocultos, penalidades, se suprimió la facultad de elevar a escritura pública, acredita la falta del saneamiento del terreno, en la cláusula referida a la forma de pago en la cual se estableció que el pago se haría dentro del plazo de los 10 días de recibido el pago, y se adiciona el plazo de 24 horas.

Procurador público. Sin observaciones

Dr. Montoya. Refiere que se trata de un primer pago realizado, y que la única perjudicada fue su patrocinada.

Dr. Burgos. Sostiene que el encargado de los pliegos es quien firma los contratos.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

nn) **Resolución de alcaldía N° 59 - 2010**, folio 507, de fecha 15 de enero del 2010, a través de la cual se resuelve declarar la nulidad del proceso de selección 02-2009, acredita que el primer proceso llegó hasta el acta de adjudicación de la buena pro, y para que se dé el compromiso y el devengado tubo que existir necesariamente un contrato, el compromiso y devengado elaborado en diciembre del 2009 no era legal.

Procurador público. Sin observación

Dr. Montoya. Sostiene que no se debe de confundir el primer proceso con el proceso de exoneración, se declaró la nulidad hasta el acta. Para la defensa no existe la mala fe.

Dr. Burgos. Existen dos formas de comprometer y devengar al amparado en el artículo de la Ley N° 28411, la cual establece respecto al dinero que no se ha hecho uso en el año fiscal.

Dr. Linares. Sin observaciones.

oo) **Proyecto de independización de lote – terminal terrestre Chépén (folios 508)**, fecha noviembre del 2009, en la que figura como propietaria Luisa Ríos Rodríguez, a la fecha recién se estaba en el proceso de selección N° 02-2009, acredita que antes de que de otorgue la buena pro, en noviembre aparece un documento especial por el Gerente de obras para que se independice el terreno, evidenciándose un direccionamiento.

Procurador público. Sin observaciones

Dr. Montoya. Refiere que se hace referencia a 4 hectáreas y cinco mil metros cuadrados. Es de la idea que se realice inspección ocular.

Dr. Burgos. Respecto al cuestionamiento realizado por fiscalía sobre el logo, indica que el trámite se realiza a través de las municipalidades.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

- pp)Memorándum N° 59-2010-MPCH/GAF**, a folio 518, emitido por la gerente de administración y finanzas, a través del cual se dispone el segundo pago, la gerente de administración ordena al tesorero que realice el segundo pago, pese a haber hecho conocer al Gerente Municipal que debió de haberse pagado penalidades. Se deja constancia la orden del pago del Gerente Municipal y la disconformidad de la gerente de administración respecto al pago.
Procurador público. Sin observaciones
Dr. Montoya. Sostiene que al haberse otorgado el primer pago a su patrocinada le correspondía un segundo pago, respecto a las penalidades referidas por fiscalía indica que la municipalidad no iba a aplicar penalidades.
Dr. Burgos. Sin observaciones.
Dr. Linares. Sin observaciones
Dr. Poma. Sin observaciones.
- qq)Memorándum N° 471-2010-MPCH-GM**, a folios 519, a través del cual se exige a la gerente de administración y finanzas, siendo esta quien le corresponde autorizar el segundo pago, obviándose el informe en el cual se establecía que no era conveniente que se pague ya que la municipalidad tendría que cobrar penalidades.
Procurador público. Sin observaciones
Dr. Montoya. Cuestiona que el memorándum no establece el verbo exige, pide que se dé lectura al documento.
Dr. Burgos. Sin observaciones.
Dr. Linares. Sin observaciones
Dr. Poma. Sin observaciones.
- rr) Informe 263-2010-MPCH-AM, a folios 520**, acredita una interpretación errónea del contrato, respecto de los hechos conocidos por el asesor legal.
Sin observaciones de los sujetos procesales.
- ss) Informe N° 118-2010-MPCH- GAF**, a folio 522, de fecha 04 de julio del 2010, acredita que por la demora se debió haber aplicado penalidades diarias, por el monto de 10 % del valor de la contratación haciendo un total de S/. 146,760.00 soles,
Sin observaciones de los sujetos procesales.
- tt) Informe N°100-2010- MPCH/GAF**, a folio 523, de fecha 28 de marzo del 2010, acredita la penalidad y la falta de tasación del terreno, al tratarse de un terreno urbano debió de haber sido tazado.
Sin observaciones de los sujetos procesales.
- uu)Informe N° 316-2010- MPCH-GIDU**, a folio 524, es el informe observado por la gerente de administración y finanzas.
Sin observaciones de los sujetos procesales.
- vv) Comprobante de pago N° 1531**, a folio 526, de fecha 31 de marzo del 2010, emitido en el área de tesorería, fase de girado, autorizado por el Gerente Municipal en el primer proceso, cuestiona el hecho de que el primer pago debió ser autorizado por la gerente de administración y finanzas.
Procurador público. Sin observaciones
Dr. Montoya. Sostiene que ya existía un compromiso de pago.
Dr. Burgos. Sin observaciones.
Dr. Linares. Sin observaciones
Dr. Poma. Sin observaciones
- ww) Recepción del comprobante de pago de cheque**, a folio 527, de fecha 31 de marzo del 2010, se deja constancia de la recepción del cheque, cuestiona el hecho de que existen dos documentos en los que Luisa Ríos Rodríguez recepcionan el cheque, el documento cuenta con el logo de la gerencia municipal, considerando que fue este último quien lo emitió.
Procurador público. Sin observaciones

- Dr. Montoya.** Sostiene que sería ilícito si se hubiera realizado un doble pago.
- Dr. Burgos.** Sin observaciones.
- Dr. Linares.** Sin observaciones.
- Dr. Poma.** Sin observaciones.
- xx) Memorándum 286-2010- MPCH-GM,** de fecha 30 de marzo del 2010, a través del cual el Gerente Municipal requiere al tesorero que haga el pago, a pesar de no ser función de tesorería.
- Procurador público.** Sin observaciones.
- Dr. Montoya** Sostiene que se encuentra establecido en la ley orgánica de municipalidades que después del alcalde la segunda autoridad es el gerente municipal, se realizó a fin de evitar que el dinero no sea devuelto al Estado.
- Los demás abogados sin observaciones.
- yy) Memorándum N° 440-2010- MPCH- GM,** folio 529, cuestiona que en el primer pago se requiere al tesorero y en el segundo pago se requiere a la gerente de administración para realizar el pago.
- Procurador público.** Sin observaciones.
- Dr. Montoya.** Sostiene que no se encontraba prohibido el gerente de gestionar el pago.
- Los demás abogados sin observaciones.
- zz) Descripción de propiedad inmueble – finca urbana,** a folios 530 – 534, consiste en la independización del terreno, acredita que la independización se realizó para calzar con la medida del terreno, inscrita el 13 de abril del 2010, por lo que a la fecha del contrato el terreno no estaba saneado.
- Sin observaciones de los sujetos procesales.
- aaa) Oficio N° 247 -2011- MPCH-GM (folios 535),** se hace conocer que mediante el requerimiento fiscal se solicitó las actas de la licitación pública 02-2009, indicando que se encuentra en la Notaria Cerna.
- Sin observaciones de las partes.
- bbb) Acta de calificación y evaluación de propuesta licitación 02- 2009,** a folio 536, deja constancia que al primer proceso de selección se presentó como única postora Luisa Ríos.
- Sin observaciones de las partes.
- ccc) Memorándum N° 142-2010- MPCH,** a folio 537, con fecha 10 de diciembre del 2009, suscrito por Guanilo Díaz como Gerente Municipal, dirigido al área de logística, a través de la cual se hace conocer que al término del proceso de selección 02-2009, se otorga la buena pro a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, se le hace conocer para proceder a la formulación del contrato correspondiente, debiendo de tener en cuenta los plazos a establecidos en la Ley.
- Procurador público.** Sin observaciones.
- Dr. Montoya.** Refiere que se trata de un documento dirigido por Guanilo Díaz a Portilla Vilca, para que se tenga en cuenta que la buena pro había sido ganada por su patrocinada, dejando constancia que se trata de una buena pro que ha sido anulada.
- Los demás abogados sin observaciones.**
- ddd) Oficio N°077-2009- MPCH,** a folio 538, de fecha 10 de diciembre del 2009, dirigido por el Gerente Municipal, a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, a través de la cual se le hace conocer el otorgamiento de la buena pro, en el proceso de licitación N° 02-2009, y que empezaba a correr un plazo no menor de cinco ni mayor de diez días para la firma del contrato, de conformidad con el artículo 148° de la Ley de Contrataciones vigente a la fecha de los hechos, cuestiona el hecho de que el indicado para cursar oficio a la acusada, le correspondía al área de logística.
- Procurador público.** Conforme con la opinión de fiscalía.
- Dr. Montoya.** Refiere que de acuerdo con la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, el Gerente Municipal es el representante legal en ausencia del alcalde, no existiendo ninguna norma que prohíba al Gerente Municipal que comunique al ganador de la buena pro, respecto de la licitación.
- Dr. Burgos.** Sostiene que al tener el Gerente un mayor rango, estaba facultado para ciertas actividades.
- Dr. Linares.** Sin observaciones.
- Dr. Poma.** Sostiene que el Gerente Municipal suple al alcalde en las funciones administrativas.

- eee) Comprobante de salida**, a folio 539, consistente en la pecosa de fecha 25 de febrero del 2010, a través de la cual se hace entrega de bienes, dentro de ellos papel boom, en la cantidad de dos millares, acredita que el área de Asesoría Legal en la fecha de los hechos jamás tuvo problemas con el papel boom, contradiciendo la versión de que asesoría legal carecía de papel.
Procurador público. Sin observaciones.
Dr. Montoya. Sostiene que se trata de un documento impertinente, no útil para la materia que es motivo de juicio.
Dr. Burgos. No considera pertinente el documento, ya que el asesor legal ha sido objeto de condena.
Dr. Linares. Sin observaciones.
Dr. Poma. Sin observaciones.
- fff) Factura N° 003- 0000165**, de fecha 20 de enero del 2010, se encuentra relacionado con la documentación anterior.
Sin observaciones de las partes.
- ggg) Requerimiento N° 1- 2010- MPCH- AJ**, a folios 542, de fecha 5 de enero del 2010, emitida por asesoría legal, dirigido al Gerente Municipal para que se asignen diversos materiales dentro de ellos el papel boom, se relaciona con los dos documentos oralizados anteriormente.
Sin observaciones de las partes.
- hhh) Orden de compra- Guía de Internamiento**, a folio 543, de fecha 09 de febrero del año 2010, a través del cual se adquiere materiales solicitados por asesoría legal, se relaciona con los anteriores documentales oralizados.
Sin observaciones de las partes.
- iii) Orden de exhibición de la evidencia**, a folios 544 – 556, de fecha 16 de enero del 2012, emitida por el fiscal anticorrupción, a través de la cual se decide realizar una diligencia de verificación en la Municipalidad Provincial de Chepén, ordenando que se exhiba la documentación de las utilidades.
Procurador público. Sin observaciones.
Dr. Montoya. Refleja la buena diligencia de la Municipalidad Provincial de Chepén; quien al conocer de tal disposición puso inmediatamente la documentación en manos de fiscalía.
Los demás abogados sin observaciones.
- jjj) Inscripción de propiedad inmueble**, a folio 548 – 556, se relaciona con la partida de independización, a favor de Luisa Augusta Rodríguez, verificándose que el trámite se había resuelto el 13 abril del 2010, cuando ya se había realizado un primer pago cuando no se había saneado el proceso.
Sin observaciones de las partes.
- kkk) Oficio N° 108-2012- MPCH- GM (folios 566)**, dirigido por la Municipalidad Provincial de Chepén, a través del cual se hace conocer al fiscal del caso, de fecha 02 de mayo del 2012, remitiendo el reglamento, MOF, se hace conocer que no se realizó ningún trámite para el saneado del terreno
Procurador público. Sin observaciones.
Dr. Montoya. Sostiene que con la documental oralizada por fiscalía se deja constancia que se trataba de un terreno urbano y no rural como lo sostuvo fiscalía.
Los demás abogados, sin observaciones.
- III) Oficio N° 91-2--012, (folios 567)** de fecha 25 de abril de 2012, **cursado** por el Notario Público de Chepén, Dr. Castillo, a través de la cual se da respuesta a un trámite de sucesión intestada iniciada, acredita que no se concluyó con el proceso de sucesión intestada, la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez hace conocer al Notario sobre el fallecimiento de su hermano.
Procurador público. Sostiene que de la documental se aprecia que a la fecha la señora Luisa Augusta Ríos Rodríguez ya conocía sobre el fallecimiento de su hermano, quien era copropietario del inmueble.
Dr. Montoya. Refiere que la exoneración de la compra sucedió el 30 de marzo del 2010, y el hermano de su patrocinada falleció el 25 de abril del 1986.
Dr. Burgos. Sin observaciones

Dr. Poma. Refiere que la información del fallecimiento es posterior al concurso, al presentarse a la licitación Luisa Ríos Rodríguez presenta su documentación, su patrocinado no tiene responsabilidad, ya que a él solo le presentaron un documento de registros públicos en la cual indicaba que Luisa Ríos Rodríguez tenía el poder otorgado por todos los copropietarios.

Dr. Linares. Sin observaciones.

mmm) Oficio N° 4046-2012, a folio 576, emitido por migraciones, 14 de mayo 2012, a través de la cual hace conocer el movimiento migratorio de los investigados, se verifica que el día 5 de enero del 2010, Quesquén y Castañeda Risco, salieron al Ecuador regresando el día 07 de enero del año 2010, acredita la cercanía entre los funcionarios, verificándose una estrecha relación.

Dr. Montoya. Sostiene que la posición de fiscalía es subjetiva, ya que solo indica que se realizó un viaje al Ecuador, no indica si el viaje se realizó con motivo de algún evento o no. En toda gestión se trabaja con personal de confianza

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Dr. Linares. Sostiene que su patrocinado no participó en ningún viaje.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

57. Declaración del perito judicial CÉSAR AUGUSTO NUÑEZ TEJADA. Al interrogatorio del Actor Civil

Refiere que ejerce la labor de Ingeniero desde hace más de 26 años. No ha sido sancionado por algún delito. En el año 2011, ha laborado como perito judicial, y de la Fiscalía. En dicho año realizó una pericia para la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción, se trató de un terreno comprado por la Municipalidad para ejecutar un terminal terrestre. Se le pone a la vista el documento de folios 523 a 540, el cual reconoce haberlo suscrito. Refiere que se determinó si el lote “A” del terreno de Santa Luisa del distrito de Chepén cumplía con las condiciones óptimas para que se construya un terminal terrestre, debiendo precisar si la “napa freática” dificultaba su construcción o la hacía más costosa. El informe recayó sobre un terreno agrícola ubicado en el fundo Santa Luisa del distrito de Chepén. Sus conclusiones fueron que era un terreno pantanoso con un nivel freático alto, por lo cual se le pidió que haga un peritaje, sobre el estado del terreno, cuanto valía y cuanto costaba el tratamiento; se encontró que la mayor parte estaba con desmonte de construcción, ladrillo y tierra y no se podía apreciar el nivel freático, pero si había indicios de zonas verdosas, con algas verdes y plantones que pese al excesivo calor continuaban verdes. El área medía 40,507 metros cuadrados, el entorno contaba con obras de infraestructura incompletas en el lado lateral, pistas y veredas, en el resto del terreno había terrenos agrícolas cercado y al fondo había inmuebles. Se apersonó al terreno una vez, llevó instrumentos de medición, la cual se realizó en forma independiente con la ayuda un muchacho. Se notaba que era un terreno que no había sido utilizado desde hace mucho tiempo porque tenía árboles, pastos húmedos, y de acuerdo a las fotografías era un terreno con nivel freático alto y que requería infraestructuras adecuadas. Su informe contiene las medidas y linderos del terreno, el valor en caso de remate, un estimativo de cuanto invirtió la Municipalidad colocando el desmonte y cuánto costaría un sistema de drenaje. El nivel freático es un nivel de agua que ha colado a determinada altura, donde el afloramiento del agua es permanente y requiere tratamiento de drenaje. Cuando visitó el terreno no se apreciaba el nivel freático. El tipo de suelo es “limo”, “arcilloso” “húmedo”, limo es una tierra sólida y la arcilla es pegajosa. El terreno no estaba tal como las fotografías, sino que contenía desmonte y demolición de construcción, solo quedaba pequeñas áreas verdes y árboles. Un terreno con nivel freático se tiene que rellenar con material de afirmado seleccionado y compactado por capas; cuando se rellena de golpe no se elimina el nivel freático. En todo terreno se puede construir, pero requiere otro tipo de infraestructura y es más costoso; si se hubiera hecho una construcción requería otro tipo de infraestructura, si se hubiera hecho trabajos adicionales como el drenaje y compactado el material adecuadamente, se hubiera podido realizar cualquier tipo de infraestructura incluso a menor costo en la parte superior. Sostiene que se realizó una valorización del terreno, de un valor comercial, se obtuvo que, en el año 2011, los terrenos agrícolas no costaban más de \$. 10,000.00 a \$.15, 000.00 dólares y los terrenos en zonas de proyección urbana costaban \$. 50,000.00 dólares. Se hizo un cálculo de \$. 8.00 dólares el metro cuadrado, haciendo un costo total de \$ 324, 056.00 dólares, equivalente S/.907, 356.80 soles, siendo este el costo del terreno sin el relleno y con el relleno de \$. 486, 064 dólares, equivalente a S/. 1'360, 035.20 soles. Para el

terreno no se aplicaba el precio de realización o de remate porque en un proceso de licitación el vendedor señala el precio que quiere vender. En el año 2011, el terreno no estaba habilitado para ser urbano, pues un terreno habilitado cuenta con la delimitación oficial, tiene pistas y veredas, parques; además solo se utiliza el 60% y el 40% son para aéreas públicas como pistas y veredas. Se debe calcular el valor de un terreno, para determinar porque es más costoso y que va a requerir; por ejemplo, para alquilar un terreno se debe valorizar el terreno, sino no se podría calcular el valor del alquiler.

Al interrogatorio del Ministerio Público

El precio de un terreno tiende a subir. Cuando se presentan terrenos que son sobre valorizados se debe realizar un análisis en la zona para determinar cuánto cuesta el metro cuadrado del entorno habilitado, es ese entonces se vendían bloques de terreno habilitados entre \$. 20 y \$. 30 dólares. Si es un terreno habilitado hay infraestructura lo que hace que el metro cuadrado suba; pero en este caso, como el terreno no estaba habilitado se sacó el 50%, que sería \$.8.00 dólares y \$.2, 00 dólares por su valor comercial; se halló un precio real. El método de tasación directa consiste en averiguar en la zona para obtener un costo real.

Al conainterrogatorio de la defensa de Quesquén Terrones y Guanilo Díaz (Dr. Burgos)

Es perito desde el 2001, se ha ceñido a lo solicitado. Desde el momento que señala que el terreno requiere de trabajos adicionales, significa que el terreno no es óptimo. Cuando un terreno no ha sido tratado no se dan las condiciones óptimas, pues no se ha realizado un trabajo real de infraestructura. Si se podía construir un terminal terrestre, pero aumentaba el costo. La mayor parte del terreno no requería infraestructura, pero si requiere de un tratamiento porque lo primero que se ve es la resistencia del suelo y si este suelo no es tratado y tiene nivel freático alto va a requerir de tratamiento. El trabajo de campo se realizó en un día; hizo el cálculo porque le pidieron señalar si el terreno era más costoso. Se trató de un terreno sobrevalorado porque si el valor del terreno se divide en metro cuadrado, se calcula cuanto es su precio y cuando se compra como habilitado cuando en realidad no lo está, significa que esta sobre valorizado. Cuando hizo la pericia sabía el precio de la compra del terreno porque estaba en la carpeta fiscal.

Al conainterrogatorio de la defensa de Ríos Rodríguez (Dr. Montoya)

Cuando fue al terreno le dijeron los nombres de las Urbanizaciones, los cuales no consignó en la pericia. El método de tasación directa consiste en hacer una averiguación del entorno del terreno, se promedia costos. No recuerda a que familias consultó sobre el precio de sus terrenos, tampoco lo consignó en su pericia. El terreno estaba con relleno y era imposible calcular el nivel freático. Utilizó la Resolución Ministerial N° 370-85-VC, no tomó en cuenta la Resolución Ministerial N° 126 del año 2007 porque no le alcanzaba al caso.

Al conainterrogatorio de la defensa de Portilla Vilca (Dr. Poma)

Refiere que para hacer la pericia llevó una “wincha”, llegó al lugar a las 10:45 a. m y terminó 12:30 p.m. No pudo calcular el nivel de la humedad y nivel freático. El terreno medía 45,000 metros, no sabe qué parte compró la Municipalidad. Cerca al terreno había urbanizaciones, había una al lado izquierdo y el otro era un terreno agrícola cercado con ladrillo; el terreno que fue a ver estaba al lado de la Panamericana. Los terminales terrestres dependen de un diseño, puede contar o no con infraestructura. El terminal de Chimbote tiene más infraestructura que el terminal de Trujillo.

Al conainterrogatorio de la defensa de Balarezo Bazán (Dr. Linares)

Refiere que tuvo el apoyo de un muchacho, no tuvo el apoyo de la Municipalidad. Los criterios tomados en cuenta para determinar que el terreno estaba sobrevalorado, fue el precio del metro cuadrado de los terrenos colindantes, y no se consideró el nivel freático. Una tasación es lo mismo que una valorización.

Redirecto de la Procuraduría pública

En ese tiempo los peritajes se realizaban con la Resolución N°370-85-VC porque era aplicable, no hubo ninguna modificación. Tuvo a la vista documentos que le remitió la fiscalía.

Redirecto del fiscal

Sostiene que las viviendas colindantes con el terreno estaban habitadas.

Re contra interrogatorio del Dr. Montoya

Cerca del terreno no había hospitales.

58. La defensa del actor civil también ofreció como órganos de prueba a los JUNA CARLOS AGUILAR JAIME, PEDRO JOSÉ RAMIREZ RIOS, NEYSER JOSELITO MENDOZA LEÓN, MANUELA DEL SOCORRO

VARGAS SILVA Y LEOVIGILDO ESPINOZA MENDOZA, quienes fueron examinados como órganos de prueba del Ministerio Público.

59. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los documentos por el Actor Civil, no actuados en la audiencia consistentes en:
- Informe Pericial Caso N° 2306034500 del 05 de diciembre de 2011, que fue actuada con el examen del perito judicial CESAR AUGUSTO NUÑEZ TEJADA.

MEDIOS PROBATORIOS DE DEFENSA DE LOS ACUSADOS QUESQUEN TERRONES Y GUANILO DÍAZ.

60. Por comunidad de pruebas hizo uso de su derecho a concontrainterrogar a los órganos de prueba y oralizar las documentales ofrecidos por el Ministerio Público y Actor Civil.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DEL ACUSADO PORTILLA VILCA

61. Por comunidad de pruebas hizo uso de su derecho a concontrainterrogar a los órganos de prueba y oralizar las documentales ofrecidos por el Ministerio Público y Actor Civil.

MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEFENSA DE LA ACUSADA RÍOS RODRIGUEZ

62. Mediante resolución N° 77 expedida en audiencia de fecha 02 de mayo de 2018 se resolvió prescindir de la declaración de los testigos RICARDO RIOS RODRIGUEZ e IRMA LUZ RIOS RODRIGUEZ.
63. **Oralización de documentos:** Se oralizaron los documentos por el Actor Civil, no actuados en la audiencia consistentes en:
- a) **Documental de folio 586**, acredita que su patrocinada por su derecho propio y en representación de sus hermanos vende, con fecha 18 de diciembre del 2008, al Instituto Cultural Peruano Norteamericano, un área de 3,043 metros cuadrados, acredita que su defendida siempre ha sido apoderada de sus hermanos y tenía un poder pleno para disponer de terreno mediante escritura pública.
 - b) **Documental de folio 579**, a través de la cual deja constancia de la venta realizada por Luisa Ríos, de fecha 24 de marzo del año 1996, de un lote de terreno de 550 metros cuadrados del mismo terreno de mayor extensión, contenía en escritura pública, e inscrita en registros públicos, acredita que su patrocinada estaba habilitada para poder disponer del terreno.
 - c) **Documental de 1185 – 1189 (cuaderno de debates)**, deja constancia de los poderes inscritos a favor de su patrocinada, se trata de un poder amplio, contiene el testimonio de escritura pública otorgado por Teodoro Augusta Ríos Rodríguez a favor de su patrocinada, de fecha 13 de julio de 1985, ante la Notaria Publica en Lima, con la cual corrobora que el Notario Público elevó la venta realizada al Consejo, acredita que se realizó una venta lícita, legítima y que no existe ninguna conducta de mala fe.

Dr. Burgos. Sin observaciones.

Dr. Linares. Sin observaciones.

Dr. Poma. Sin observaciones.

Fiscalía. Respecto a los dos primeros documentos oralizados por la defensa de Luisa Ríos Rodríguez, refiere que se trata de dos minutas de compraventa de terrenos, refiere que lo único que se puede verificar que se utilizó el poder que fue otorgado en el año 1985, falleciendo el señor Teodoro en 1986, por lo que el poder al año siguiente era ineficaz. Insiste en que se trata de poderes irregulares al encontrarse fallecido una de las personas que le dio el poder a Luisa Augusta Ríos Rodríguez. En la compra venta de diciembre del 2008 se hace mención a la venta de terreno de un área 2,433 metros cuadrados, por el valor de \$ 110,000.00, aproximadamente S/. 400,000.00 soles, de lo que se aprecia la valorización excesiva. Respecto al testimonio refiere que no puede ser cuestionado porque se dio en el año 1985.

Dr. Montoya. Aclara que no se trata de minutas sino de escrituras públicas

Procurador público. Resalta el hecho de uno de los poderdantes falleció justo un año después de que otorgue el poder, según normas a de registros públicos caduca el poder en 1986 por el fallecimiento del poderdante. Sostiene que Luisa Ríos sabía de tal situación y a pesar de ello continuó vendiendo

Dr. Montoya. Refiere que en el año 2008 no era el valor indicado por fiscalía.

MEDIOS PROBATORIOS DEL ACUSADO BALAREZO BAZÁN.

64. Por comunidad de pruebas hizo uso de su derecho a contrainterrogar a los órganos de prueba y oralizar las documentales ofrecidos por el Ministerio Público y Actor Civil.

MEDIOS PROBATORIOS DE OFICIO (Artículo 385° del CPP)

65. La defensa de Quesquén Terrones y Guanilo Díaz y el señor Fiscal ofrecieron, con fines del mejor esclarecimiento de los hechos, la copia certificada de la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009- MPCH, de fecha 28 de diciembre de 2009; pedido que fue declarado fundado por este Juzgado, sustentando los sujetos procesales el significado probatorio.

Fiscalía

Refiere que la resolución de Alcaldía aparece suscrita por el Alcalde, visada por Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, Roger Castañeda; comprometió la suma de S/ 459.384.00, en la fecha 29 de diciembre del 2009, a pesar de que no se había firmado un contrato en el proceso iniciado, verificándose con la resolución de alcaldía que declara nula. Para comprometer se necesitaba contrato. La resolución de alcaldía trasgrede la Ley de presupuesto.

Burgos. La Resolución de alcaldía N° 1797-2009, acredita que se puede comprometer el dinero mediante con contrato o resolución de Alcaldía. Existen dos formas de comprometer por contrato y por resolución de alcaldía.

ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA

66. El señor Fiscal, presentó su escrito de acusación complementaria, indicando que durante el debate ha surgido una nueva circunstancia, la cual no modifica la calificación legal; pero si resulta relevante, la circunstancia nueva de que el acusado Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, con fecha 28 de diciembre de 2009 emitió la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009, comprometiendo dinero de la Municipalidad, sin que exista contrato sobre la compra del terreno.
67. En aplicación de lo establecido en el artículo 374° inciso 3, se corrió traslado a los sujetos procesales; quienes solicitaron que se suspenda la audiencia, la cual fue reiniciada, sin que los acusados amplíen su declaración o presenten nuevos medios de prueba al respecto.

DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL

68. “El principio de correlación entre acusación y sentencia, exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal (...) el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. (...) el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá *sobrepasar* - aunque sí, degradar- el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria”.⁴²¹

⁴²¹ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; octavo fundamento jurídico; precedente vinculante

69. “Como se sabe, el *objeto del proceso penal* –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorios –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción –referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el *objeto del debate*-. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate”.⁴²²
70. **Facultades del Tribunal de Juzgamiento:** el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato siempre que no impliquen un cambio de tipificación- “El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven –de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal –conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. ⁴²³
71. En atención a ello, en aplicación del artículo 374° primer párrafo, respecto de los acusados Quesquén Terrones, Guanilo Díaz, Portilla Vilca y Ríos Rodríguez; ésta judicatura, advirtiendo que los hechos postulados por el Ministerio Público, están relacionados, con la compra del terreno para la construcción del terminal terrestre de la Provincia de Chepén, para lo cual se convocó a dos procesos de contratación: la Licitación Pública N° 002-2009 y el proceso de Exoneración N° 001-2010; donde se advierte una sola finalidad criminal, la de interesarse indebidamente para favorecer a tercero o alternativamente, concertase con el tercero para defraudar al Estado. Este juzgado advirtiendo que fiscalía ha tipificado varios actos, dentro del proceso de contratación, como hechos independientes (solicitando pena por cada uno de ellos); es por ello que indicó a las partes que los supuestos hechos de falsedad ideológica atribuidos a los acusados, y los supuestos actos de colusión o negociación, se subsumen dentro de un hecho único, ya sea colusión o negociación incompatible (según la acusación alternativa).
72. Sobre ello, se concedió la oportunidad a las partes, a efectos de que se pronuncien al respecto. No obstante, considero que es una obligación pronunciarme respecto de cada hecho imputado, aclaración que los abordaré al realizar el análisis del caso.

ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

73. Refiere que se ha podido verificar que se sometió a juicio oral a cuatro acusados, siendo que a Michael Frank Balarezo Bazán se le imputó el delito de falsedad genérica, delito previsto en el artículo 438° del Código Penal, quien habría elaborado un informe de evaluación de un terreno, donde habría insertado datos falsos, como que Luisa Augusta Ríos Rodríguez, sería la propietaria y además que el terreno de esta persona que vendió a la Municipalidad Provincial de Chepén sería de 45,000 metro cuadrados, cuando posteriormente se determinó que el terreno tenía una extensión de 42, 000 metros cuadrados. En mérito a sus facultades, procede a retirar la acusación en este extremo, pues es un tipo penal residual, además de resultado, exige un perjuicio. En el juzgamiento no se ha podido determinar que este informe haya generado algún perjuicio.
74. Asimismo, en el juicio se ha llegado a determinar la responsabilidad de los demás acusados en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que exige para su configuración

⁴²² Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; noveno fundamento jurídico; precedente vinculante.

⁴²³ Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007; primera parte del décimo fundamento jurídico; precedente vinculante.

elementos objetivos y subjetivo, es un delito de infracción de deber, por lo que se plasma en mérito a que los autores son funcionarios o servidores públicos. Se ha acreditado la calidad de funcionarios públicos de los acusados. Wilfredo Ofronio Quesquén Terrones ostentaba la calidad de Alcalde, ello se acredita con las documentales que dan cuenta de su intervención, como resoluciones de alcaldía y el contrato. Jaime Carlos Guanilo Díaz, tenía la calidad de Gerente Municipal y Segundo Marcial Portilla Vilca, tenía la calidad de Sub Gerente de Logística. Respecto a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, no tiene la calidad de autora por no tener la calidad de funcionario público, pero sí de cómplice por su aporte al delito, y quien habría sido beneficiada con el comportamiento de los demás acusados.

También exige el tipo penal que el comportamiento se dé en el marco de contratación u operación, en este caso se dio una contratación, hay elementos que corroboran que dio en el marco de comprar un terreno para la construcción de un terminal terrestre. Asimismo, un interés indebido, pues se exige que antepongan el velar por los intereses de la administración pública y no intereses personales, como en el presente caso. Ese interés debe estar orientado a la búsqueda de un provecho propio o de tercero, en este caso a Luisa Augusta Ríos Rodríguez.

Se ha determinado que desde un inicio, es decir desde que surgió la necesidad de adquirir un terreno, estuvo orientado a que la persona que compre el terreno fuera la señora Ríos Rodríguez, lo cual se verifica el señor Neyser Joselito Mendoza, ingeniero que realizó el estudio de pre inversión a nivel de perfil, señaló que la realización del estudio se hizo en el mes de marzo de 2009, además que para realizar dicho estudio, la Municipalidad Provincial de Chepén, le alcanzó documentación y carta de compromiso de venta suscrita por Luisa Ríos Rodríguez, dirigida al Alcalde, donde se compromete a vender el terreno y señala ser la propietaria, es decir, el estudio de perfil se limitó a estudiar si ese terreno reunía las condiciones para construir un terminal, opinando que si era adecuado; frente a la problemática de construcción del terminal terrestre, el ingeniero se planteó dos alternativas, una el mejoramiento de un terreno privado que existía y como segunda alternativa la construcción de un terminal terreno; sin embargo, el Alcalde señaló que no había un terminal terrestre, no obstante el testigo indicó que había un terminal terrestre privado.

La Ley de contrataciones señala que, al responsable de la elaboración del perfil, solo se le debe comunicar la necesidad, en este caso, construir un terminal terrestre, quien deberá realizar un estudio de mercado y referir un precio, por lo que el ingeniero Neyser era el llamado para determinar el terreno donde se podía construir el terminal terrestre y el precio. Verificándose un direccionamiento para comprar dicho terreno.

Posteriormente, se convoca al Proceso de Licitación Pública N° 02-2009, se establecieron las bases que contuvieron una serie de exigencias declaraciones jurada que la persona que se presente sea la propietaria, copia simple del título o Escritura Pública, declaración jurada que el inmueble no tenga impedimento legal o judicial, que se trate de un terreno plano, presentándose la acusada, señalando ser la propietaria y que el terreno no tenía impedimentos legales, lo cual no era así, porque el terreno tuvo que sanearse posteriormente. En este proceso se determinó que en efecto se otorgó la buena pro a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, pero no se firmó el contrato, este proceso se convocó en noviembre de 2009 y hasta la quincena de diciembre se otorgó la buena pro, pues tenía un plazo de 10 días para la presentación de documentos para la firma del contrato, lo que no ocurrió pues las áreas técnicas determinaron que el terreno no tenía la extensión de 45,000 metros cuadrados, motivo por el cual se declaró la nulidad de este proceso (15 de enero de 2010), incluso hay una resolución firmada por el Alcalde.

El alcalde emitió una resolución con fecha 29 de diciembre de 2009, en la cual, en mérito a un supuesto sustento técnico emitido por Roger Castañeda Risco, resuelve comprometer y devengar parte del presupuesto público que se había destinado para comprar este terreno por la suma aproximada de S/. 454,000.00 soles. El tema presupuestal destinado por el monto de S/. 1' 716, 000.00 soles, se dividieron en tres rubros, Fon común, canon y sobre canon y recursos ordinarios; violando de esta forma la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto-28411, Ley Nacional de tesorería 28693 y la directiva de tesorería N° 001-2007, en el artículo 34 y 35 de la primera norma se explica el compromiso, devengado, giro o pago, que son las fases de la ejecución del gasto, señalando que para comprometer el gasto se debe contar con documentación sustentatoria, se necesita un contrato, orden de servicio o de compra; sin embargo, hasta ese momento no había ningún documento que sustente la realización del acto de comprometer; asimismo, se devengó, que según la ley requiere que haya conformidad o recepción de la entidad. En el artículo 65° se señala que el incumplimiento acarrea responsabilidades civiles, administrativas y penales. La ley de Tesorería, en sus artículos 29° y 30° se señala cuando se debe realizar un compromiso y devengado. En dicha Resolución de Alcaldía se menciona el artículo 37°, 37° inciso 1 y 2 de la Ley Nacional de Presupuesto, sin embargo, dichos artículos señalan que el

gasto cuando está comprometido y no devengado, la ley permite que el gasto se pague con el presupuesto del año siguiente y cuando se ha comprometido y devengado, pero no pagado, se tiene hasta el 31 de marzo del año siguiente para pagar; respectivamente, lo que no sucedió en el presente caso.

La compra del terreno no se encontraba en el Plan Anual de Contrataciones del año 2009, siendo que mediante el Informe 1249-2009, el Gerente de Desarrollo Urbano, Roger Castañeda, le hace ver al Alcalde la necesidad de comprar un terreno y que resultaba necesario que se modifique el PAC para que se comprenda la compra del terreno, lo cual se realizó.

En enero de 2010, se resuelve la nulidad del proceso y aun cuando el Alcalde señala que se retrotraiga hasta la nulidad y que se continúe con el proceso, lo cual no se hizo, y recién en el mes de marzo el Gerente de Desarrollo Urbano, genera la necesidad de comprar el terreno, realizándose a través de un Proceso Exonerado, el cual no se sujetaba a la Ley de Contrataciones, basado en la causal de proveedor único, en mérito al Informe N° 151-2010 emitido por la Sub Gerencia de Logística, Segundo Marcial Portilla Vilca, acusado que en su declaración indicó que no hizo estudio de posibilidad de mercado. El informe técnico lo hizo Roger Castañeda Risco, Gerente de Desarrollo Urbano y el informe legal fue emitido por el asesor legal, quien dio su opinión favorable, pero fue consecuencia de un error, pues se basó en dicho estudio de mercado. Este estudio tiene fecha posterior a un acta de entendimiento, donde la señora Luisa Ríos Rodríguez se comprometía a vender el terreno.

A los acusados Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Marcial Portilla Vilca, se les atribuye el título de autores del delito de Negociación Incompatible. Además, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca intervinieron como miembros del Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Chepén.

Respecto al Alcalde Quesquén Terrones, emitió la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009, donde comprometió y devengó la ejecución del gasto a pesar de que hasta ese momento no había contrato ni recepción del bien. Además existe un acta de entendimiento, firmada por el acusado y la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, en el mes de marzo de 2009, mucho antes de que se realice el Estudio de posibilidades de mercado, lo que corrobora que existió un direccionamiento para la obtención del terreno; asimismo, el contrato que firmó con Luisa Augusta recién con fecha 30 de marzo de 2010, a pesar de que ya había comprometido y devengado; la carta de compromiso del mes de febrero de 2009 que forma parte del estudio de pre inversión, la cual está dirigida a su persona. Con la emisión de a la resolución que anuló el proceso en enero de 2010, el Estudio de posibilidades de mercado N°051-2010 también fue dirigido a su persona. Informe 1149-2009 emitido por el Gerente de Desarrollo Urbano, del 30 de setiembre de 2009, se hace mención a dos propuestas de venta, una de Luisa Augusta Ríos Rodríguez y de otra persona, quien ofertaba un terreno de extensión menor a 45,000 metros cuadrados, además a través de dicho informe se le solicita la modificación del PAC, lo cual se dio en octubre de 2009. El acusado Quesquén Terrones además recibió el Informe N° 039-2010, emitido por la Gerencia de Presupuesto Público, con fecha 12 de marzo de 2010, donde se le hace conocer al Alcalde que no es procedente el cambio de asignación presupuestal porque lo relacionado al terreno ya estaba en fase de compromiso y devengado y solo faltaba la fase de girado y que el 31 de marzo de 2010 vencía la fase del girado.

El acusado Jaime Carlos Guanilo Díaz, Gerente Municipal, también intervino como integrante del Comité Especial, participó en el otorgamiento de la Buena pro a Luisa Ríos Rodríguez, en el proceso que fue declarado nulo, a pesar de que esta persona no era la única propietaria, por lo que el acusado tuvo conocimiento de ello. Ocurriendo lo mismo en el Proceso de exoneración. Asimismo, como integrante de Comité elaboró las bases administrativas del Proceso de Exoneración, las cuales fueron distintas a las bases del primer proceso. Emitió el memorándum 444-2010, dirigido al Jefe de Logística, Segundo Portilla Vilca, para que emita la orden de compra, a pesar de que, en calidad de Gerente Municipal, no era el llamado para hacerlo, correspondiendo enviarla a la Gerente de Administración, pero no lo hizo porque esta persona hizo ver al Alcalde que había irregularidades en la compra del terreno. Además, recibió el Informe N°076-2010 del 4 de junio de 2010, donde el Gerente de presupuesto le hacía ver las inconsistencias técnicas y legales, a pesar de ello no hizo nada, el Informe N° 118-2010 de la misma fecha, de la Gerente de Administración, donde le hace conocer que no correspondía que se le pague el saldo y que se debía realizar el cobro de las penalidades. Recibió el Informe N°062-2012, el 10 de marzo donde se le hacía conocer la Resolución de Alcaldía N°062-2010, Informe N° 043-2010, el 25 de marzo de 2010, donde se le hace conocer los lineamientos técnicos a tener en cuenta en la adquisición del terreno, Informe N°082-2010 donde la Gerente de Administración, donde se le hace conocer las irregularidades, Informe N°023-2010 del Sub Gerente de Tesorería, el señor Leovigildo, testigo que señaló que este informe lo emitió porque le había llegado de parte del Gerente Municipal, el memorándum N°444-

2010, procediendo a registrar en el SIAF 4334 y procede a girar el cheque por el monto de S/.459, 384.00 soles a favor de Luisa Augusta Ríos Rodríguez y le hace conocer que ya emitió el cheque y que el SIAF ya estaba en fase compromiso y devengado, no haciendo nada al respecto. Emitió el memorándum N°286-2010 dirigido al tesorero para que pague el monto ya indicado y el Memorándum N° 440-2010, AL Gerente de administración para que pague el saldo.

El acusado Segundo Marcial Portilla Vilca, Gerente de Logística, emitió 050-2010 solicitando la fuente de financiamiento el 17 de marzo de 2010, así como la fuente de financiamiento del primero proceso. Fue miembro del comité especial, recibió el informe 040-2010, donde se le hace conocer que estaba en fase de compromiso y devengado. Infringió el artículo 12 ° de la Ley de Contrataciones del Estado, pues no le correspondía realizar el estudio de posibilidades de mercado. Elaboró el contrato, el cual no comprendía las cláusulas establecidas en las bases, como las penalidades, garantías y plazo de entrega.

Los acusados han infringido el Manual de Organización y Funciones vigente para esa fecha Ordenanza Municipal N°05-2004 de fecha 30 de marzo de 2004; el Alcalde ha infringido el numeral 1 del artículo 21° sobre las obligaciones del alcalde y artículo 23° que le corresponde la firma del contrato. Respecto al Gerente Municipal ha infringido el artículo 41° literal n) y el Jefe de Logística ha infringido el artículo 81°.

El testigo Alfredo Becerra Flores, señaló que previo a tomar conocimiento de la venta del terreno, la señora Luisa le ofreció una hectárea por S/.80,000.00 soles, además los notarios Julia Isabel Cerna Rodríguez y Víctor Merino Castillo, quienes, le dijeron a la acusada acudió a la notaria para consultar si era posible la venta del terreno con la documentación que tenía, y le dijeron que no, proceso de sucesión. El testigo Julca Verástegui, ha señalado que hubo una serie de irregularidades en el tema de la compra del terreno. Leovigildo Mendoza, tesorero, ha indicado que emitió la orden de pago porque así le requirió el Gerente Municipal. Luis Miguel Luperre Brito, ciudadano que presentó la denuncia, adjuntando documentos como la partida de defunción del hermano de Ríos Rodríguez.

La acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, tenía conocimiento que iba a ser beneficiada, pues emitió una carta señalando que era propietaria del terreno, sin embargo, el mismo era parte de una sucesión, hecho que no lo hizo conocer. Participó en la primera licitación, presentando declaraciones juradas señalando que era propietaria. Firmó el contrato. En el proceso exonerado no cumplió con entregar el bien saneado, a pesar de tener conocimiento de las bases. Refiere que se ha actuado una pericia realizada por Cesar Núñez Tejada, donde se determinó que el inmueble tenía un costo real de S/. 845, 786.16 soles; se ha cuestionado que en esa pericia que no se solicitó que estimara el costo, sin embargo, señaló que se le solicitó que determinara si el terreno tenía las condiciones óptimas para se construya un terreno y además si la napa freática dificultaba la utilización del terreno o si la hacía más costosa, para lo cual tuvo que determinar el costo real del terreno; además refirió que el terreno tenía suelo arcilloso, húmedo, agrícola y que para que se rellene se debía gastar la suma de S/.324, 400.00 y para el sistema de drenaje la suma de S/.165,000, lo que generaba un perjuicio para la Municipalidad Provincial de Chepén. Este informe da cuenta del provecho, pues se compró un terreno sobrevaluado, es decir valía menos de lo que se pagó.

Todos estos hechos demuestran la comisión del delito de Negociación Incompatible y la responsabilidad de los acusados. Solicita se les imponga a los acusados Ofronio Wildredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Marcial Portilla Vilca, en calidad de autores, cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo plazo y a la acusada Augusta Ríos Rodríguez, dada su calidad de cómplice, cuatro años de pena privativa de libertad.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL

75. Refiere que el delito de negociación incompatible sanciona un interés indebido en beneficiarse el mismo o a tercero, puede llevarse mediante actos propios. Estos hechos se iniciaron con el Estudio de pre inversión a nivel de perfil, en marzo de 2009, se verifica que se utilizó un membrete de la Municipalidad Provincial de Chepén, lo cual se dio como consecuencia de la carta de compromiso remitida por la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, en febrero de 2009, presentado siete meses antes del primer proceso, el cual se realizó en noviembre de 2009, donde no solo se presentó la acusada. Los testigos, notarios de la MPCH, indicaron que la acusada les consultó y que le dijeron que los poderes eran antiguos y que debían renovarse o hacerse una sucesión intestada; sin embargo, vendió a la MPCH.

El perito Cesar Núñez Tejada, determinó el valor económico de S/. 845780.00 soles, en base a que se le solicitó que determinara si la napa freática hacía más costoso el terreno. Existe un Acta de entendimiento, de fecha 1 de marzo de 2010, suscrito entre Quesquén Terrones y Ríos Rodríguez, en el que señalan respetar la compra y venta del terreno, es decir se había comprometido a transferir la propiedad a pesar de que el poder era irregular, más aún que el acusado ha señalado que si conocía a la acusada Luisa Ríos Rodríguez porque era profesora.

Con todas las documentales se comprueba la voluntad dolosa de los acusados y su interés en comprar el terreno a Luisa Augusta Ríos Rodríguez. Han quebrantado sus funciones, realizando conductas desleales para comprar el bien por la suma de S/. 1'400,000.00, generando un perjuicio a la entidad. Solicita se les imponga a los acusados una reparación civil en la suma de S/. 980,000.00 soles en forma solidaria.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE QUESQUEN TERRONES Y GUANILO DIAZ (Dr. Burgos Bejarano)

76. Refiere que el interés debe ser indebido y lo que se ha percibido en juicio es el interés público de construir un terminal terrestre que data desde los acuerdos N° 154 del 26 de julio de 2007 y el Acuerdo N°88 del 8 de julio de 2008. El delito de negociación incompatible no ha sido probado, no hay prueba directa que acredite que su patrocinado haya tenido un interés indebido para favorecer a un tercero; lo que ha mencionado el fiscal son indicios, pues ha mencionado un proceso de selección anulado, el cual no surte efectos legales, para llegar a un Proceso Exonerado, además señala como la Resolución N°1797 del 29 de diciembre con el cual se compromete y devenga el gasto público; sin embargo, se debió a que el gasto ya estaba destinado para la adquisición del terreno porque ya hubo el concurso público y estaba en los días para firmar el contrato y debía comprometerse el dinero, pues el dinero debía gastarse hasta el 31 de marzo del siguiente año.

El fiscal señala que se han vulnerado normas de presupuesto y tesorería, lo cual no puede constituir delito. El acuerdo de consejo 021, donde se establece que se deje sin efecto 154 y 88, y se aprueba conforme al inciso b) del artículo 20 y 21 de la Ley de Contrataciones. Su patrocinado solo ha cumplido con el artículo 20 ° de la Ley Orgánica de Municipalidades, ha ejecutado el acuerdo de consejo. La ley de contrataciones señala que cuando se declara un proceso exonerado no se debe formar Comité, sino que se contrata directamente a través de la Gerencia de Logística y Desarrollo Urbano, por lo que los actos del Comité son ineficaces. El fiscal hace mención a actos de administración, que son internos, por lo que no puede dar lugar a responsabilidad penal.

La Casación N° 231-2017, considerando décimo cuarto y décimo quinto hace referencia a una afectación real del bien jurídico. La pericia valorativa es cuestionable, además el perito no pudo determinar el objeto de la misma; el trámite no fue realizado, no se corrió traslado a las partes por el plazo de 5 días; además no se le encargó al perito valorizar el bien; por lo que no es una pericia idónea.

Respecto a Guanilo Díaz, no era necesario formar un Comité Especial, por lo que los actos realizados no tienen incidencia administrativa ni penal. Como Gerente General, realizó cuestiones funcionales que se puede subsanar, los cuales fueron realizados cuando ya se había vendido el terreno, por lo que estaba en la obligación de hacer cumplir el contrato.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE PORTILLA VILCA (Dr. Poma)

77. Este hecho comienza cuando se interesa la comunidad en hacer el terminal terrestre, para cuyo efecto se realiza un perfil, para ver la posibilidad de adquisición del terreno, después se tiene que ver si hay dinero, para lo cual se modifica el presupuesto, lo cual es permitido por ley; luego se convoca a la Licitación N°02-2009, la cual es declarada nulo y lo retrotraen para realizar uno nuevo, y en el trayecto sale el informe legal que dice que es posible realizar un Proceso de exoneración, para lo cual se contó con el Informe de Asesoría Legal y de Desarrollo Urbano. Realizándose el Proceso de Exoneración N°01-2010, donde gana la única postora porque el terreno cubría la necesidad de construir un terminal terrestre porque no es posible realizarla dentro de la ciudad, sino en las afueras, pero en pistas accesibles.

Los dos procesos se informaron al SEACE y CONSUCODE, y ninguna de las entidades ha objetado, todo se originó por una denuncia de parte, lo cual es permitido, pero si las entidades encargadas de velar por el presupuesto no cuestionaron, donde está el delito.

La ficha registral donde está inscrito el inmueble a nombre de la Municipalidad y la Escritura Pública que otorgó el notario Torres Gonzales, donde se señala que ha participado la acusada en representación de sus hermanos, dichas fichas registrales merecen fe pública. Por lo que la declaración de los testigos (notarios) es cuestionable.

Al perito Núñez, no se le indicó que realice una pericia valorativa, se le encargó determinar si el terreno tenía las condiciones físicas para la construcción del terminal terrestre y si la napa freática la hacía más costoso, precisando que llevó el metro y después indicó que lo acompañó otra persona.

El perfil que hizo el señor Mendoza, se realizó conforme al artículo 12° de la Ley de Contrataciones. Además, indica que el terreno estaba bien, pero no que no haya realizado sobre otros terrenos.

Se cuestiona a su patrocinado hacer realizado el Informe N°51-2010, donde menciona que se realizó el estudio de posibilidades, no dice que él lo haya hecho, por lo que no hay responsabilidad en el ilícito penal.

Según el Reglamento de Organización y Funciones, no dice que su patrocinado era el encargado de cobrar las penalidades, además es una irregularidad administrativa. Su patrocinado no infringió las normas presupuestales.

No existe ningún indicio que cumpla con la formalidad el artículo 158° inciso 3 del CPP, ni los requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia, lo cual también está previsto en el Recurso 1912-2005-Piura y hay que evaluar que no haya contra indicios que pongan en peligro las supuestas pruebas indiciarias.

El artículo 949° del Código Civil establece que los bienes inmuebles se enajenan con la sola obligación de hacer al acreedor propietario de él, es decir, el solo intercambio de voluntades. La formalidad de hizo con retraso, pero no es una prueba para el delito de Negociación Incompatible. Solicita la absolución de la acusación de su patrocinado.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE RIOS RODRÍGUEZ (Dr. Manuel Montoya)

78. Haciendo referencia al artículo 25° del Código Penal, señala que no se ha probado el dolo en el actuar de su patrocinada. Según el artículo VII del Título Preliminar del CPP, queda proscrita toda responsabilidad objetiva, es decir la necesidad y la exigencia de la norma para dictar una sentencia condenatoria se necesitan dos presupuestos, la parte objetiva y subjetiva, que es el dolo, lo cual no se ha probado.

Se debe partir según la Casación 841-2015-Ayacucho, que señala que el autor sea funcionario público, que haya un interés indebido el cual debe ser en provecho propio o de tercero. No es improvisación del Consejo Provincial de Chepén de la exigencia de contar con un terminal terrestre propio, que si bien había uno era privado, decisión que se toma mediante el Acuerdo Municipal 021-2010 del 22 de marzo de 2010, donde se señala que no solo se aprueba la exoneración, sino que se mejore las veredas de la MPCH, que se cumpla con los acuerdos 2007 y 2008 para la adquisición del terreno para un terminal terrestre.

En el proceso de licitación se exigía un estudio de posibilidades, se exige un valor referencial, pluralidad de postores, pero solo se presentó su patrocinada y se realizaron otros aspectos necesarios en la eficiencia de la contratación. No hay indicio de aprovechamiento de un tercero.

Refiere que cualquier anomalía en un proceso se puede corregir. Como es que, si la contratación estaba mal, se elevó a Escritura Pública por el notario Torres Gonzales y se inscribió en Registros Públicos.

Respecto al artículo 20° inciso 3 de la Ley de contrataciones, señala que se hizo un Proceso de exoneración porque su patrocinada era la única postora. Actualmente el terreno de su patrocinada vale 8 millones de dólares. Una parte de su terreno, su patrocinada vendió al Instituto Nacional de Cultura, donde funciona un local, hay urbanizaciones, hay un hospital, el Estado se ha beneficiado y se ha perjudicado a su patrocinada, pues en el caso que no se pague oportunamente el vendedor tiene el derecho a gozar de pagos de intereses, los cuales no han sido cancelados.

El Consejo antes que se devuelva el dinero, compró el terreno de su patrocinada. El perito no ha medido el terreno, indicando que estaba relleno y que por siguiente si era posible levantar un terminal terrestre. Por lo que no se probado que su patrocinada se haya beneficiado.

Según el artículo 20° de La Ley Orgánica de Municipalidades, el Alcalde está facultado para supervisar a todos los empleados, por lo que si no se interesa se le denuncia por omisión de actos funcionariales.

Refiere que, de los cinco delitos imputados, solo ha quedado uno. La Corte Suprema ha indicado que si hay defectos de carácter administrativo es fácil corregirlo y que hay que tener cuidado cuando se trate de procesos cuando hay emergencia, porque ahí se cometen más omisiones. Su patrocinada no ha tenido la intención para supuestamente colaborar con los demás acusados, para beneficiarse.

La Gerente de Administración y Finanzas, Sandra Vásquez Romero, informó con fecha 10 de marzo de 2010, que de no ser girados dichos importes al 31 de marzo de 2010 se revertirá al tesoro público, por lo que informa para que se realicen las medidas necesarias y evitar la devolución de recursos y evitar responsabilidad. Siendo que la fiscalía no ha denunciado porque estaba cumpliendo con sus funciones.

Su patrocinada no se ha presentado en el acta de entendimiento como única propietaria, sino como copropietaria en representación de sus hermanos.

Solicita se declare inocente a su patrocinada por el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice primario.

ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA DE BALAREZO BAZÁN (Dr. Linares)

79. Se encuentra conforme con el retiro de acusación.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO OFRONIO WILDREDO QUESQUEN TERRONES

80. El único interés que tuvo fue la construcción del terminal terrestre. Refiere que los testigos, han sido candidatos a alcaldes y regidores, por lo que la denuncia se realizó por cuestiones políticas. Ha cumplido con lo establecido en el artículo 20° del Ley Orgánica de Municipalidades.

DEFENSA MATERIAL DE LA ACUSADA LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ

81. No se hizo presente a los alegatos finales y última palabra.

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO JAIME CARLOS GUANILO DIAZ

82. No se hizo presente a los alegatos finales y última palabra

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA

83. No se hizo presente a los alegatos finales y última palabra

DEFENSA MATERIAL DEL ACUSADO MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN

84. No se hizo presente a los alegatos finales y última palabra

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

85. En sus alegatos finales, el representante del Ministerio Público ha decantado por el delito de Negociación Incompatible, por lo que ***desarrollarnos aspectos fundamentales de este delito.***

D. Bien jurídico protegido:

“Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las partes interesadas, que es “incompatible” con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico- penal. Según Soler “... la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario público, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado. No es necesario que el funcionario tenga la plena potestad para decidir individualmente en negocio como funcionario: basta que concurra a forma la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación”.⁴²⁴

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico penal no es de naturaleza económica – financiera y menos averiguar sobre el quantum y la magnitud del negocio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el interés debe dirigirse directamente hacia en negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará en lo sucesivo algún beneficio económico al funcionario público o a tercera persona vinculada a él; en todo caso, el negocio jurídico sólo se tratará de una marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés de una negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación”.⁴²⁵

El profesor Soler, sostiene. “... que el objeto tutelado por esta figura es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.”⁴²⁶

Una Ejecutoria Suprema se ha establecido lo siguiente: “El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública (...)”.⁴²⁷

Para el profesor Ramiro Salinas Siccha, “En cuanto al bien jurídico específico, consideramos que el delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representan. De modo que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente público lesione el patrimonio del Estado infringiendo su deber de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública”.⁴²⁸

E. Tipicidad Objetiva- Conducta típica.

jj) Interesarse de manera indebida.

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realizar el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación,

⁴²⁴ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 13 y 14.

⁴²⁵ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 15

⁴²⁶ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, citado por REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex & Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág.16.

⁴²⁷ Ejecutoria Suprema de fecha 26 de marzo del 2014, recaído en el R. N. N° 1360-2013-CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

⁴²⁸ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 574-575.

interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.⁴²⁹ En el interesarse, tal como se configura el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dada las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.⁴³⁰ El interés – en la negociación incompatible – para ser típico penalmente tiene que ser “indebido”, contrario al ordenamiento jurídico (...), se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario o servidor público.⁴³¹

kk) Interés Indebido de forma directa o indirecta o por acto simulado.

El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca (...). En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc, del contrato u operación.⁴³² Es el interés que muestra el funcionario servidor en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas.

El interés indirecto significa que (...) el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios públicos para logra su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o de un tercero. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares. Los intermediarios actúan como cooperadores o cómplices necesarios y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato”. El interés que muestra el funcionario servidor público es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares y personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener la titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes.

ll) Provecho Propio o de Tercero.

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente deber tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en el que interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.⁴³³

mm) Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones.

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operación. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros

⁴²⁹ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 566-567.

⁴³⁰ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-20111-4-1826-JR- PE- 02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁴³¹ REATEGUI SANCHEZ James, Ob. Cit. Pág. 48.

⁴³² ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569,

⁴³³ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 570-571.

actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho Privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales y jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

El cambio las “operaciones” son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.⁴³⁴

nn) La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser en razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquel que, por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adjudicación, de bienes y servicios, etc. Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de un Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adjudicaciones de bienes muebles”.⁴³⁵ En el delito de negociación incompatible es condición sin que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública”.⁴³⁶

F. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose clara está el dolo directo.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. En estos casos sobre todo es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo.⁴³⁷

ASPECTOS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

86. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 158° del Código Procesal Penal, que dispone que: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez Unipersonal o Colegiado son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia, los

⁴³⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, citado por SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima - Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 572.

⁴³⁵ REATEGUI SANCHEZ James, “El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses privados. Editorial Lex &Iuris, Primera Edición. 2016. Lima - Perú. Pág. 56.

⁴³⁶ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 573

⁴³⁷ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 577.

conocimientos científicos –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

87. El valor de un medio de prueba debe ser confirmado con otros medios de prueba, lo cual deberá ser expresado en la sentencia. El razonamiento será el producto de una evaluación conjunta de los medios probatorios. “4. *Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado.* 5. *Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado (...)*.”⁴³⁸
88. Este Juzgado Penal Unipersonal procede a valorar los medios probatorios aportados teniendo presente el Principio constitucional de Presunción de Inocencia previsto en el Artículo 2º, inciso 24) literal e) de la Constitución Política del Perú, recogido en el Artículo II en su numeral 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; concordante con el Artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Artículo 14º inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8º inciso 2) del Pacto de San José; es decir se preceptúa un estado jurídico de no culpabilidad correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la carga probatoria y de la acción penal el desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados al no asistirle a éstos el deber de probar la inocencia que alegan.

XXVI. PARTE CONSIDERATIVA

ANÁLISIS LÓGICO JURÍDICO DE LOS HECHOS MATERIA DE JUICIO Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO

Contexto espacio-temporal de los hechos

89. Resumiendo, los hechos que son materia de juzgamiento, se aprecia que, en el mes de diciembre de 2009 y marzo de 2010, en la localidad de Chepén- Departamento de La Libertad, la Municipalidad Provincial de Chepén, realizó primero la Licitación Pública N° 02-2009- CEPCAE- MPCH, luego el proceso de exoneración N° 001-2010- CEP- CAE, con la finalidad de comprar un terreno, a efectos de construir lo que sería el terminal terrestre de la Provincia. Dentro de estos dos procesos de contratación, los acusados Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones (Alcalde), Jaime Carlos Guanilo Díaz (Gerente Municipal), Segundo Marcial Portilla Vilca (Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales de la Municipalidad Provincial de Chepén), y Roger Eduardo Castañeda Risco (Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano) ya condenado; habrían mostrado un interés indebido en el proceso de contratación, para favorecer en la compra del terreno a la procesada Luisa Augusta Ríos Rodríguez. Que, en la confección de la escritura pública signada con el N° 279, de fecha 01 de junio de 2010, realizada ante el Notario Público de Pacasmayo, César Ysaac Torres Gonzáles. Fiscalía sostiene que los acusados Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones y Luisa Augusta Ríos Rodríguez, ésta última representante y copropietaria de la finca urbana ubicada en el Lote “A” terreno Santa Luisa del Distrito y Provincia de Chepén; habría consignado que procede a la venta en representación de Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, Irma Luz Ríos Rodríguez, Ricardo Teodoro Ríos Rodríguez y Luisa Bobadilla, según poder inscrito en la Partida N° 03003094 de la Oficina Registral de Chepén; cuando quedaría acreditado que Ríos Rodríguez no tenía poder para la venta de ningún terreno, a pesar de ello lo consignó en la Escritura Pública, al igual que en la minuta de fecha 30 de marzo de 2010. Asimismo, se indica que el precio en que se adquirió el bien inmueble, ascendente a S/ 1466.667.00 soles, se encontraba sobrevaluado, pues el terreno tenía “napa freática alta” que tornaba más costosa la construcción del terminal terrestre, pues según la pericia realizada, indica un precio para la realización ascendente a S/ 845.786.16 soles. Que existen importantes razones para sostener que la

⁴³⁸ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; Caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4- 5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Editores del Centro; 2014; Pag. 527.

compra se encontraba desde su inicio direccionada, pues en el año 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén había hecho estudiar las condiciones del terreno que finalmente compró a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, como los demuestran los estudios de pre inversión a nivel de perfil realizado por Neyser Joselito Mendoza León.

90. Fiscalía ha desarrollado su teoría del caso, disgregando los dos procesos de contratación pública (Licitación N° 02-2009 y Exoneración N° 01-2010), en siete hechos, solicitando que se sancione a los acusados por cada hecho imputado. Análisis del caso, que no es de recibo por este juzgado y así se le hizo conocer a las partes, procediendo a la desvinculación procesal; pues, realizando un análisis global de los hechos, respecto del delito de negociación incompatible, si tomamos en consideración la voluntad criminal de los acusados (autores), estaría orientada a mostrar un interés indebido en la compra del terreno, infringiendo su rol especial de funcionarios públicos, con la única finalidad de beneficiar a Luisa Augusta Ríos Rodríguez.
91. Fiscalía postuló que los hechos se adecuaban a la calificación alternativa de Colusión y Negociación Incompatible, decantando en sus alegatos finales por el delito de Negociación Incompatible. *“En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a su favor o a favor de tercero. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta Rojas Vargas, en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”.*⁴³⁹.
92. Tomando como referencia los hechos acaecidos en la Licitación Pública N° 02-2009- CEPCAE- MPCH, y el proceso de Exoneración N° 001-2010- CEP- CAE; con la actividad probatoria desarrollada en juicio, se determinará si los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ Y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, han realizado los elementos objetivos y subjetivos del delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, mostrando un interés indebido en los procesos de contratación. Si el aporte de **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, mediante un actuar doloso, ha sido determinante para la consumación del hecho, y si dentro del primer proceso de contratación, el acusado **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, habría alterado la verdad intencionalmente en perjuicio de terceros, presentando un informe pericial que no contrastaba con la realidad.
93. Por razones didácticas y a efectos de dar cumplimiento al principio acusatorio y de exhaustividad, esta judicatura realizará un análisis de los siete hechos imputados por fiscalía; pese a que ya se ha indicado que estos se subsumen en un solo hecho penal.

Respecto de la calidad de funcionario público

94. No ha sido materia de controversia y se encuentra acreditado, con la actividad probatoria desarrollada en juicio, que el acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, a la fecha de los hechos imputados (entre noviembre de 2009 y junio de 2010), tenía la calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chepén; el acusado **JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ**, ostentaba el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén; **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, ostentaba el cargo de Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales de la Municipalidad Provincial de Chepén. La condición de funcionarios públicos se encuentra debidamente acreditada. Además, que El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: **“Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)”.**

Respecto de la Licitación Pública N° 002-2009-CEPCEA- MPCH (noveno hecho)

95. Mediante Licitación Pública N° 002- 2009- CEPCEA- MPCH, la Municipalidad Provincial de Chepén, convoca la contratación de la compra de un terreno para la construcción del terminal terrestre para la localidad; según el cronograma del proceso de selección, se inició el 04 de noviembre de 2019 y concluyó con el otorgamiento

⁴³⁹ SALINA SICCHA, Ramiro. Ob.Cit. Pág. 566-567.

- de la buena pro el 07 de diciembre de 2009. Según el acta de calificación y evaluación de propuesta⁴⁴⁰, el Comité estaba integrado por Jaime Carlos Guanilo Díaz, en condición de Presidente, el Ingeniero Roger Castañeda Risco y Segundo Marcial Portilla Vilca, miembros de Comité. Procediéndose a llevar el acto con único postor, otorgando la Buena Pro a Luisa Augusta Ríos Rodríguez.
96. Mediante Memorandum N° 142- 2009- MPCH, de fecha 10 de diciembre de 2009, Jaime Carlos Guanilo Díaz, remite el expediente de contrataciones al Sr. Marcial Portilla Vilca, en su condición de Gerente de Logística, a efectos de que se proceda a la formulación del contrato. Mediante Oficio N° 077-2009-GM- MPCH⁴⁴¹, de fecha 10 de diciembre de 2009, Jaime Carlos Guanilo Díaz, se dirige a la postora Luisa Augusta Ríos Rodríguez, haciéndole conocer que de conformidad con lo establecido en el artículo 77° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, luego de la publicación en el SEACE se procederá a la calificación del consentimiento de la adjudicación de la Buena Pro, a partir de la cual tiene un plazo no menor de 05 ni mayor de 10 días hábiles para la firma de contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 148° del Reglamento.
97. Sin embargo, el proceso fue declarado nulo mediante Resolución de Alcaldía N° 059-2010- MPCH⁴⁴², de fecha 15 de enero de 2010, siendo uno de los argumentos centrales de la nulidad, que el área ofertada no contaba con el metraje requerido en las bases; disponiendo que el Comité de Contrataciones del Estado proceda a retrotraer el proceso a la etapa de convocatoria.
98. Según el **noveno hecho de la acusación**, fiscalía indica que la conducta de los acusados está relacionada con la omisión en el cobro de penalidades, pues hubo una demora en el plazo para la firma del contrato, no obstante que dichas penalidades se encontraban en las bases, siendo el monto de S/. 165,000.00 soles que se dejó de cobrar. Se imputa a Segundo Marcial Portilla Vilca y Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca, el delito de negociación incompatible, a título de coautores, y a Luisa Augusta Ríos Rodríguez en calidad de cómplice, por no haber cobrado las penalidades a ésta última, no obstante que estaban contempladas en las bases de la Licitación Pública N° 002-2009.
99. La defensa ha esgrimido con argumento, que las penalidades no estaban sujetas a cobro, pues el procedimiento habría quedado nulo y no ha existido contrato. **Al respecto**, el hecho de que el procedimiento de contratación adolezca de un vicio que genere la nulidad parcial o absoluta no descarta la posibilidad de que se pueda cometer delito de negociación incompatible. En efecto, puede haber delito de negociación pese a que el proceso de contratación se declare nulo. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“si bien las órdenes de compra y el proceso de selección fueron declarados nulos, tal circunstancia no desvanece la imputación en su contra; ello debido a que resulta innegable que concertó con terceros para defraudar al Estado”*.⁴⁴³
100. No obstante, como se ha dicho, no es que nos encontremos ante un concurso real o ideal de delitos; pues si tomamos en cuenta el objetivo criminal de los acusados, tenían como finalidad la compra del terreno. Su conducta debe ser analizada en el contexto de ambos procesos de contratación, siendo la omisión del cobro de penalidades, un indicio o antecedente previo al Proceso Exonerado N° 01-2010, donde finalmente se concretizó la compra venta del terreno.

Respecto del Primer, Segundo y Quinto Hecho - exoneración del proceso de selección N° 001-2010-CEPCAE- MPCH.

101. Desde el punto de vista del proceso de contratación estatal, puede haber un interés indebido desde el momento de la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de ejecución contractual. Si bien el interés indebido en el delito de negociación ilegal puede concretizarse en cualquier etapa del proceso de contratación, ello no implica que se trate de un concurso real de delitos, constituyendo cada conducta de los sujetos agentes un aporte a la realización del hecho típico, orientado siempre a favorecer al postor o tercero contratante. La Corte Suprema, por ejemplo, ha señalado en un caso que *“el objeto de imputación se centró en la participación sucesiva de los procesados en por lo menos dos de los tres momentos del proceso de licitación- la inspección y precalificación de los postores; la verificación documental, asignación definitiva y cotejo de puntajes y selección propiamente de la empresa ganadora; y en*

⁴⁴⁰ A folios 537 del expediente judicial.

⁴⁴¹ A folios 538 del expediente judicial.

⁴⁴² A folios 507 del expediente judicial.

⁴⁴³ Recurso de Nulidad N° 373-2013 del 13 de noviembre de 2013- Sala Penal Transitoria.

la ejecución contractual o que las anomalías se pueden presentar tanto en la fase previa como en la fase posterior de la adjudicación, orientada evidentemente a favorecer y direccionar el contrato a la empresa”.⁴⁴⁴

102. Se advierte que el **primer, segundo y quinto hecho**, están íntimamente relacionados, con la exoneración del proceso de selección N° 001-2010-CEPCAE- MPCH, respecto de la contratación y compra del terreno para la construcción del terminal terrestre para la localidad de Chepén- La Libertad. Fiscalía identifica tres hechos delictivos, solicitando indistintamente para por cada hecho, bajo la figura del concurso real de delitos; sin embargo, ya hemos indicado que no nos encontramos ante un concurso real, sino ante un solo hecho, con sus distintas circunstancias, que nos permitirán establecer si los acusados se han interesado indebidamente en la contratación estatal para favorecer a tercero.
103. El OSCE ha sostenido que “La normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, en determinados supuestos expresamente establecidos, las Entidades pueden exonerarse de la obligación de realizar un proceso de selección para determinar un proveedor con el cual contratarán los bienes, servicios u obras necesarias para cumplir con sus funciones, contratándolo directamente; que la aprobación de una exoneración faculta a la Entidad que la aprueba a omitir la realización del proceso de selección, pero no a inaplicar las disposiciones de las normativas de contrataciones del Estado.”⁴⁴⁵ Por tanto, la exoneración está referida únicamente a la obligación de realizar el proceso de selección, no así a los actos preparatorios, ni a los requisitos y formalidades para la celebración del contrato, y su posterior ejecución. También sostiene el OSCE, en la Opinión 034-2013 “(...)es importante precisar que, de conformidad con el artículo 135° del Reglamento, la aprobación de una exoneración faculta a la Entidad que la aprueba a omitir la realización del proceso de selección, pero no a implicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual⁴⁴⁶, debiendo observar para su desarrollo los requisitos, condiciones y demás formalidades previstas en dicha normativa.
104. Bajo este análisis, se deberá determinar si los acusados mostraron un interés indebido, en el proceso de Exoneración N° 001-2010-CEPCAE- MPCH, convocada por la Municipalidad Provincial de Chepén, para la compra del terreno donde se debería construir el terminal terrestre, con la única finalidad de favorecer a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, quien dolosamente habría vendido el terreno sin contar con las facultades para transferir el terreno.

Respecto de la responsabilidad penal atribuida al acusado Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones.

105. Se le imputa: a) Haber firmado conjuntamente con la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, la **Escritura Pública N° 297, de fecha 1 de junio de 2010**, sobre el terreno denominado “Finca Urbana” ubicada en el lote A- Terreno Santa Lucía del distrito y provincia de Chepén, de un área de 4 hectáreas, inscrita en la Partida Electrónica N° 11005790 del Registro de Predio de la Oficina Registral de Chepén. b) No obstante, que la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, según el poder inscrito en la Partida Electrónica N° 03003094 de la Oficina Registral de Chepén, otorgado por sus hermanos, no tenía poder para vender terrenos, sino únicamente casas. c) Que el terreno se encontraba sobrevalorado, pues fue adquirido por el monto de S/. 1, 466, 667.00 soles, a pesar de que tenía napa freática, lo cual complicaba la ejecución de la obra debido a los altos costos de su construcción. d) Desde marzo de 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén ya había elaborado un estudio de las condiciones del inmueble, lo cual se evidencia del Estudio de Pre inversión a nivel para un terminal terrestre; es decir, antes de que la acusada Ríos Rodríguez aparezca como vendedora, sin haberse instaurado el Proceso de Selección para adquirir el inmueble. e) No haber cobrado las penalidades en el Proceso de Exoneración N°01-2010, a pesar de que la acusada Luisa Ríos Rodríguez no otorgó la documentación en un plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días, desde la comunicación del otorgamiento de la

⁴⁴⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 479.

⁴⁴⁵ Véase la Opinión N° 05-2013/DTN del 11 de enero de 2013. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 434.

⁴⁴⁶ Para tal efecto, se debe tener en cuenta que todo procedimiento de contratación se desarrolla en tres (3) fases:

- Fase de programación y actos preparatorios, que comprende: i) Previsión en el Plan Anual de Contrataciones; ii) definición del requerimiento; iii) realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el valor referencial; iv) certificación presupuestal; v) aprobación del expediente de contratación; entre otros.
- Fase de selección, que se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y presentación de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes de la suscripción del contrato.
- Ejecución contractual, que se inicia con la suscripción del contrato y concluye con el pago por las prestaciones ejecutadas al contratista.

Buena Pro (ocurrido el 29 de marzo de 2010) debiendo haber pagado el 10%, por lo que siendo el monto del contrato de S/. 1, 466,667.00 soles, no se le cobró la suma de S/. 146, 666.70 soles.

106. Se encuentra acreditado que, a la fecha del proceso exonerado, marzo de 2010, el Señor Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, se desempeñaba como Alcalde de La Municipalidad Provincial de Chepén. Dentro de dicho periodo, como titular de la entidad, expide la Resolución de Alcaldía N° 270-2010-MPC, de fecha 23 de marzo de 2010, aprobando la modificación e inclusión del Plan Anual de Contrataciones del Estado Año Fiscal 2010, para la compra de terreno, para la futura construcción del terminal terrestre. Asimismo, en la misma fecha, emite la Resolución de Alcaldía N° 271-2010-MPCH, que aprobó las bases de la exoneración N° 001-2010-CEP/CEA- MPCH, para la compra del terreno, encargando al Comité Especial permanente, como órgano responsable, de dirigir el proceso exonerado.
107. **Respecto de la imputación a).** Está acreditado que el acusado, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad agraviada, dentro del Proceso de Exoneración N° 0001-2010- CEP/CAE- MPCH, con fecha 30 de marzo del 2010, suscribe, en calidad de comprador y la acusada Ríos Rodríguez, como vendedor, celebraron el contrato de compra venta de predio urbano⁴⁴⁷, de una extensión de 40,000 metros cuadrados, por el precio de S/ 1 466.667.00. Compra Venta que fue inscrita en la Partida Electrónica N° 11005790⁴⁴⁸ donde se aprecia que la Municipalidad Provincial de Chepén adquiere el derecho de propiedad del inmueble inscrito, por el precio de S/. 1'466.667.00 Nuevos Soles, según consta de la Escritura Pública del 01/06/2010, otorgada ante Notario Dr. César Torres Gonzales, en la Provincia de Pacasmayo.
108. **Respecto de la imputación b).** Según la Partida N° 03003094⁴⁴⁹, se encuentra inscrito el poder, otorgado por **Teodoro Augusto, Ricardo Teodoro e Irma Luz Ríos Rodríguez**, a favor de la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, para *“Vender las casas de su propiedad, ubicados en Chepén, adquiridas por herencia de la testamentaria Ríos Lleben, pactar el precio de venta, recibir el valor de la venta, firmar minutas y escrituras públicas de sus acciones y derechos; presentar declaraciones juradas sobre dichas propiedades, suscribiendo todo documento ante cualquier autoridad. CH- 2-9-96”*. Inscripción que se hace a mérito del poder especial de fecha 13 de junio de 1985, según se aprecia de las copias⁴⁵⁰. En la misma Partida, se aprecia la rectificación de la inscripción del poder, con el siguiente tenor: *“Poder inscrito en la ficha N° 370 del registro de mandatos y poderes de Chepén que continua en la presente partida electrónica queda rectificado, en el sentido de que también otorgó poder a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, la poderdante **LUISA RIOS BOBADILLA**, con L. E. N° 07398257, nombre que omitió escribir (...)”*⁴⁵¹. En la partida N° 03002739⁴⁵², se aprecia las facultades otorgadas por **César Ríos Bobadilla** a favor de la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, mediante Escritura Pública de fecha 26-11-1993, donde se aprecia: *“Realizar cualquier acto, así como presentarse ante las autoridades judiciales, administrativas y/o de administración, policial, Municipales, con respecto a los bienes muebles o inmuebles, estos últimos sean rústicos o urbanos ubicados en la Provincia de Chepén, también que facultada para iniciar las acciones legales, presentar demandas (...) así mismo podrá arrendar, anticresar, hipotecar, vender dichos bienes inmuebles que posee en la zona (...)”*. Respecto de la titularidad del terreno, de la Partida Electrónica N° 11005790⁴⁵³, contenida en la Oficina Registral de Chepén, se aprecia que el predio materia de venta, tiene como antecedente dominal la ficha 574, PE N° 03000122⁴⁵⁴; donde, con fecha 26 de abril de 1985, se aprecia la inscripción del inmueble *“finca urbana- terreno “Santa Luisa” ubicado en el zona de expansión urbana, carretera panamericana del Distrito de Chepén, con un área de 4,351.91 m², tiene como propietarios a: César Augusto y María Luisa Ríos Bobadilla, Luisa Augusta, Teodoro Augusto, Irma Luz y Ricardo Ríos Rodríguez. Luego en la misma ficha se realiza una rectificación, estableciéndose un área de 4,2237 Hrs. (4237 m²). Luego en la partida N° 11005790⁴⁵⁵ tiene como propietarios a: “(...) CESAR AUGUSTO RIOS BOBADILLA, MARIA LUISA RIOS BOBADILLA, LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ, TEODORO AUGUSTO RIOS RODRIGUEZ, IRMA LUZ RIOS RODRIGUEZ y RICARDO RIOS RODRIGUEZ, en mérito a la Resolución Municipal N° 329/2010- MPC del 13- 04-2010, Resolución Municipal N° 326/2010- MPCH DEL 22-04-2010 y Resolución Municipal N° 460/2010- MPCH del 11-05-2010 otorgada por la Municipalidad Provincial de Chepén, representada por su alcalde Wilfredo Quesquen Terrones, planos, memoria descriptiva*

⁴⁴⁷ A folios 504 a 506 del cuaderno N° 29.

⁴⁴⁸ A folios 532 del cuaderno N° 29.

⁴⁴⁹ A folios 7 del cuaderno N° 29.

⁴⁵⁰ A folios 17 a 20 del cuaderno N° 29.

⁴⁵¹ A folios 9 del cuaderno N° 29.

⁴⁵² A folios 8 del cuaderno N° 29.

⁴⁵³ A folios 10 del cuaderno N° 29.

⁴⁵⁴ A folios 56 y 305 del cuaderno N° 29.

⁴⁵⁵ Folios 10 del cuaderno N° 29.

y demás documentos adjuntos. Se cuenta con Informe favorable del área de catastro de la Zona Registral N° V- Sede Trujillo, Oficina Registral de Chepén”.

109. Resumiendo lo anterior, se ha probado que la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez, recibió el poder de los copropietarios del predio y que tenía facultades para disponer del bien; **sin embargo, dicho poder, respecto del señor Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, habría quedado revocado, por su fallecimiento, evento ocurrido el 18 de junio de 1986, según se aprecia del acta de defunción⁴⁵⁶ y certificado de inscripción expedido por RENIEC⁴⁵⁷. Según las copias certificadas⁴⁵⁸ expedidas por el Notario Víctor Merino Castillo, que fuera remitido mediante oficio N° 0991-2-012, del 25 de abril de 2012⁴⁵⁹; se aprecia que solicitó ante dicha Notaría la sucesión intestada de su hermano Teodoro Augusto Ríos Rodríguez; proceso notarial que no concluyó. Con dicha información podemos concluir que la acusada no tenía poder suficiente para transferir el terreno. En los poderes otorgados a la acusada Luisa Ríos Rodríguez, se había producido una causal de ineficacia del poder, previsto en el artículo 161° del Código Procesal Civil, que si bien puede ser convalidada, conforme a lo establecido en el artículo 161°, nada de ello ocurrió.**
110. **Respecto de la imputación c).** Según el informe pericial, de fecha 05 de diciembre de 2011⁴⁶⁰, realizado por el Perito Judicial, Ingeniero César Augusto Núñez Tejada, luego de tener como objeto de pericia: “Determinar si el inmueble ubicado en el Lote “A” terreno Santa Luisa del Distrito de Chepén, tiene condiciones físicas óptimas para que se construya un terminal terrestre, debiendo preciar si la napa freática dificulta su utilización o la hace más costosa”. Dicho perito concluye que: “(...) el terreno se encuentra en condiciones momentáneas no factibles para el uso urbano por encontrarse con nivel freático alto, así mismo lo accidentado del terreno y otros, su costo por metro cuadrado disminuye, por requerirse un preparado del terreno con trabajos adicionales como son el drenaje y el relleno a nivel de la cota del terreno de calles colindantes”. Concluye también y estima que, el valor del terreno natural tal como se adquirió antes de ejecutarse el relleno, como costo comercial tenía S/ .932,762.40 Nuevos Soles, y como costo de realización en la suma de S/ 845,768.16 Nuevos Soles. Se puede sostener que ha existido una sobrevalorización en el monto de S/ 620.897.84 Soles.
111. **Respecto del punto d).** Ha sido ingresado a debate el documento, de fecha febrero del 2009, legalizado el 24 de junio del mismo año - carta de compromiso de plazo de venta de terreno-⁴⁶¹ que remite la acusada Ríos Rodríguez, al acusado, en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Chepén; en dicho documento le indica ser representante legal del terreno rústico en expansión urbana denominado “Santa Luisa”, de 45,551.51 m², declarando el compromiso de ceder los derechos de su propiedad a favor de la Municipalidad Provincial de Chepén. Del análisis del Estudio del documento rotulado “Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil”, para la Construcción de Terminal Terrestre para la localidad de Chepén⁴⁶², que contiene un informe geotécnico N° 02-02-09; se puede advertir que desde Febrero y Enero del año 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén, por intermedio de su Alcalde, el acusado Ofronio Wilfredo Quesquen Terrones, mostró el interés por la compra del terreno. Sino cómo se explica que en el mes de febrero y marzo se haya realizado el estudio de pre inversión y el informe geotécnico sobre el terreno que inicialmente fue propuesto por la acusada Ríos Rodríguez.
112. Si tomamos en consideración la Licitación Pública N° 02-2009-CEPCAE- MPCH, según las “bases estándar para la contratación de bienes” ⁴⁶³, tiene como fecha de convocatoria el 04-11-2009 y como fecha de otorgamiento de la Buena Pro, el 07-12-2009; se colige que, al nombrar el Comité y convocar la licitación pública ya se sabía que la acusada Ríos Rodríguez era la única postora, fue a quien se le otorgó la Buena Pro, proceso que por Resolución de Alcaldía N° 059-2010-MPC, de fecha 15 de enero de 2010⁴⁶⁴ fue declarado nulo, por cuanto dicho terreno no contaba con el área licitada. Si ya se conocía que el terreno no contaba con el área licitada, que la acusada Ríos Rodríguez no tenía el poder suficiente para vender el predio; además de no estar debidamente saneado; se insistió en la compra de dicho terreno vía Proceso de Exoneración N° 01-2010- CEPCAE-MPC ⁴⁶⁵. Fue el acusado Quesquén Terrones, quien con fecha 22 de marzo del 2010, mediante acuerdo de consejo N° 021-2010 – MPCH⁴⁶⁶, aprobó la exoneración del proceso de selección de la licitación pública por causal de proveedor único de bienes que no admiten sustituto, para la adquisición del terreno para

⁴⁵⁶ A folios 5 del cuaderno N° 29.

⁴⁵⁷ A folios 6 del cuaderno N° 29.

⁴⁵⁸ A folios 568 a 575 del cuaderno N°29.

⁴⁵⁹ A folios 567 del cuaderno N| 29.

⁴⁶⁰ A folios 460 a 465 del cuaderno N° 29.

⁴⁶¹ A folios 397 del cuaderno N° 29.

⁴⁶² A folios 356 a 459 del cuaderno N° 29.

⁴⁶³ A folios 218 a 252 del cuaderno N° 29.

⁴⁶⁴ A folios 155 del cuaderno N° 29.

⁴⁶⁵ A folios 90 a 125 del expediente 29.

⁴⁶⁶ A Folios 130 a 131 del expediente 29.

la construcción del terminal terrestre. AUTORIZANDO, la adquisición de un bien inmueble urbano de 40, 000 m² a la señora LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ.

113. Que, si bien la defensa ha dicho que el Alcalde solamente ejecutó el acuerdo de Consejo, que estaba obligado a ejecutarlo; sin embargo, como lo han referido los testigos (regidores), se trató de una “sesión exprés”, convocada por el Alcalde, con la única finalidad de poner en debate la compra del terreno.
114. **Respecto del punto e)** Todo el proceso de Exoneración N° 001- 2010- CEPCEA- MPHIC, se realizó, según el cronograma, el 26 de marzo de 2010; declarando como ganador, según el acta de adjudicación⁴⁶⁷, a la acusada Ríos Rodríguez. El 29 de marzo de 2010, mediante oficio N° 001-2010-GM-MPCH⁴⁶⁸, se le notifica con el otorgamiento de la Buena Pro. El contrato de compra venta del terreno, luego del proceso exonerado, se suscribió entre el acusado, representando a la Municipalidad, y la acusada Ríos Rodríguez, en calidad de apoderada, el 30 de marzo de 2010⁴⁶⁹. Sin embargo, el perfeccionamiento del contrato, con escritura pública se realizó el 01 de junio de 2010.
115. Las bases integradas, que forman parte del contrato, establecían un plazo de 10 días para la culminación y ejecución contractual; sin embargo, se esperó hasta el 01 de junio de 2010. El artículo 176° del Reglamento de La Ley de Contrataciones con el Estado, establece que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad. Por tratarse de una exoneración del proceso de selección, es titular de la Entidad, en este caso el Alcalde Quesquén Terrones; quien tenía la vinculación funcional especial de exigir a la postora el cumplimiento de las penalidades. Al no hacerlo, revela un acto más de favorecimiento a la acusada Ríos Rodríguez en la ejecución del contrato.
116. Existen otros aspectos relevantes, que se derivan del propio contrato, que deben ser tomados en cuenta para establecer la existencia del interés indebido de Quesquén Terrones: Se establece en el contrato, que el terreno tiene una extensión de 40,000 metros cuadrados. Información que no es real, pues del asiento registral de rectificación de área, en la partida N° 03000122 ⁴⁷⁰, se puede advertir que el área real es de 42,234 m². Se puede sostener que en la Licitación Pública 02-2009 y en el proceso exonerado N° 001-2010, se desconocía el área real del terreno; la pregunta es ¿cómo es que se calculó el metraje del terreno (40.000. m²)? Por otro lado, según el asiento registral G00001, inscrito en la Partida N° 11005790⁴⁷¹, se puede apreciar una independización y primera inscripción de dominio, de fecha 13 de abril de 2010 (43 días después de firmar el contrato), en este asiento, recién se precisa el área y perímetro del terreno comprado, procediendo a inscribir el dominio de la subdivisión a favor de los propietarios. Ello me permite colegir que, a la fecha de la convocatoria y la Buena Pro (26 de marzo de 2010) y firma del contrato (30 de marzo de 2010), el inmueble comprado no se encontraba saneado, y ello era de conocimiento del Alcalde, por el anterior proceso, y digo esto también debido a que, según es de verse del acto registral inscrito en la partida N° 03000122⁴⁷², se aprecia el CIERRE DE PARTIDA POR SUB DIVISIÓN, (...): “CERRADA esta partida, por haberse subdividido el predio en tres lotes en las partidas N° 11005790, 11005791 Y 11005792, del registro de predio de esta sede, en mérito a la Resolución Municipal N° 329/2010- MPCH del 13-04-2010; Resolución Municipal N° 367/2010- MPCH del 22-04-2010 (...), otorgada por la Municipalidad Provincial de Chepén, representada por su alcalde Wilfredo Quesquén Terrones (...), Título presentado el 13/04/2010. Es decir, luego de 43 días del contrato se realiza la sub división.
117. Otro aspecto a tener en cuenta, es el proceso exonerado. Si el contrato se firma el 30 de marzo de 2010, según las bases estándar para la contratación del terreno, el bien materia de contrato estatal, debió haberse entregado en el plazo de 10 días después de celebrado el contrato. Dicho plazo constituye un requerimiento técnico mínimo que debe coincidir con lo establecido en las bases. No obstante, la escritura pública recién se celebró el 01 de junio de 2010. Han transcurrido dos meses desde el otorgamiento de la buena pro y suscripción de la minuta, sin que se efectivice las penalidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 165° y 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
118. Según lo establecido en el artículo 135° cuarto y último párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado- D. S. N° 184-2008-EF, La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el

⁴⁶⁷ A folios 24 del expediente N° 29.

⁴⁶⁸ A folios 23 del expediente N° 29.

⁴⁶⁹ A folios 504 a 506 del expediente 29.

⁴⁷⁰ A folios 56 del expediente N° 29.

⁴⁷¹ A Folios 10 del expediente N° 29.

⁴⁷² A folios 552 del expediente N° 29.

proceso de selección correspondiente. *“El cumplimiento de los requisitos previstos para las exoneraciones, en la Ley y el presente Reglamento, es de responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución”*.

119. Es relevante la opinión sustentada en el Informe N° 039-2010-MPCH-GPP de fecha 12 de marzo de 2010, emitido por el Gerente Javier Julca Verástegui, quien se dirige al Alcalde Wilfredo Quesquén Terrones, indicándole *“(…) Conforme manifiesta el Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, el proceso de selección para la adquisición del terreno fue declarado Nulo el día 15.01.2010 no habiéndose otorgado la buena pro, ya que al inspeccionar el terreno materia de la compra no tenía las medidas que se había demandado; hecho que técnicamente no sería motivo para declarar la nulidad señalada, ya que al haber en menor medida lo que se tendría que haber hecho, (...) fue reducir la meta establecida en el perfil del proyecto al elaborar el expediente técnico, y por consiguiente la reducción de los gastos y el importe a pagar por dicha adquisición, debiendo agregar que como jefe de OPI observe en el aplicativo SNIP banco de proyectos el perfil de dicho proyecto, en dos oportunidades (13.05.2009 y 16.06.2009) antes de la declaratoria de viabilidad, solicitando como requisito compromiso de venta debidamente firmado, en el perfil, declarándose viable el día 02.07.2009. Se observa además que desde el día 15.01.2010 fecha en que se declaró Nulo el proceso, han transcurrido casi dos meses y no se ha realizado otro proceso de selección, como debió corresponder”*. Es decir, el Alcalde conocía perfectamente las irregularidades del inmueble ofertado, no obstante, prosiguió con la compra vía proceso de exoneración, firmando el contrato de compra venta.
120. Otro dato sumamente relevante que permite establecer el interés indebido del Alcalde, para favorecer a Luisa Augusta Ríos Rodríguez, es la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009-MPCH, de fecha 28 de diciembre de 2009, donde se resuelve: *“COMPROMETER Y DEVENGAR en el Sistema Integrado de Administración Financiera SIAF- GL (...) el importe de S/ 459.384.00 soles, en la meta presupuestal N° 0229, para la CONSTRUCCIÓN DE TERMINAL TERRESTRE PARA LA LOCALIDAD DE CHEPEN, PROVINCIA DE CHEPEN- LA LIBERTAD. Es decir, se había comprometido el monto aludido, pese a que el proceso de Licitación Pública N° 02-2009 no había concluido, no se había firmado el contrato; contraviniendo lo establecido en el artículo 34 y 35 de la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema de Presupuesto. Así mismo el artículo 8° y 9° de la Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15 (Resolución Directoral N° 002-2007-EF-77.15), donde se establece que el devengado se sustenta con documentación, que para el caso tenía que ser el contrato respectivo.*
121. Este hecho fue advertido por la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto, a cargo de Javier Julca Verástegui, quien mediante informe N° 049-2010-PHCH- GPP⁴⁷³, de fecha 12 de marzo de 2010, se dirige al Alcalde Quesquén Terrones, dando respuesta al Informe Técnico N° 226-2010-GIDU, haciéndole conocer que: *“ El monto referido de S/ 459.384.00 ya se encuentra registrado en el Expediente SIAF N° 4334, en la fecha 18.12.2009, en las dos fases “Compromiso y Devengado”; registro realizado en aplicación de la Resolución de Alcaldía N° 1797-2009-MPCH; (...) De lo expuesto NO es técnicamente procedente, en este caso, realizar dicha modificación presupuestaria por los siguiente: La ejecución del Gasto (compromiso y devengado) ya se realizó en el año fiscal 2009, por lo que supuestamente ya no existen dichos recursos para realizar la modificatoria presupuestaria correspondiente. Solo queda por ejecutar la última fase del Gasto que es el GIRADO; la cual indefectiblemente deberá realizarse hasta el 31 de marzo de 2010 (...). De acuerdo con las consultas realizadas con el residente del SIAF, tanto la Especifica del Gasto como la Meta a que han sido destinadas dichos recursos ordinarios, éstos no deben ser Reclasificados ni Reasignados (...)”*.
122. Al comprometer y devengar dicho monto de dinero en el SIAF, con el N° 4334, y no permitirle el cambio de asignación presupuestal del proyecto, por otros que pretendía realizar la Municipalidad; con fecha 22 de marzo de 2010, el Alcalde convoca a una sesión de Consejo, donde se aprueba la Exoneración de Licitación Pública; y con fecha 23 de marzo de 2010, se expide la Resolución de Alcaldía N° 270-2010- MPCH, que resuelve modificar el Plan Anual de Contrataciones para el año 2010 e incluye la compra del terreno, y con la resolución N° 217-2010-MPCH, que resuelva aprobar las bases de la Exoneración N° 001-2010- CEP/CAE-MPCH, encargando al Comité permanente dirigir la contratación. Como se podrá apreciar, al comprometer y devengar la suma de S/ **459.384.00**, el Alcalde no tenía otra alternativa que proseguir con la ejecución la compra vía proceso de exoneración, con la única finalidad de favorecer a la única postora Luisa Augusta Ríos Rodríguez; ello tomando en consideración que, de no contratar hasta el 31 de marzo de 2010, el dinero tenía que revertirse

⁴⁷³ Folios 488 del expediente judicial.

al Estado; por lo que sí o sí el Alcalde y el Comité se interesaron en la compra, pagando la primera cuota en el plazo límite (31 de marzo de 2010).

123. Otro dato que revela el interés indebido del acusado en beneficiar a Ríos Rodríguez es el “ACTA DE ENTENDIMIENTO”⁴⁷⁴, de fecha 01 de marzo de 2010. La suscripción de dicha acta, antes de la convocatoria del proceso exonerado, no tiene contenido legal en la Ley de Contrataciones del Estado. En un acto irregular.
124. En el proceso exonerado, de acuerdo a la Ley y Reglamento (artículo 135°), es el Titular de la Entidad, quien asume la responsabilidad en la celebración del contrato; es por ello que tiene la calidad de autor, quien además tiene una relación funcional directa. **“El cumplimiento de los requisitos previstos para las exoneraciones, en la Ley y el presente Reglamento, es de responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución”**. Por otro lado, una de las principales atribuciones que tiene los Alcaldes, según el ROF de la Municipalidad (artículo 21° inciso 1) y la Ley de Municipalidades (artículo 20°, inciso 1) es la de defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos. Sin embargo, nada de ello ha ocurrido, por el contrario, ha mostrado un interés indebido en el proceso de contratación.
125. De lo argumentado anteriormente, se ha podido establecer el interés indebido del acusado OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, en el proceso de contratación, Exoneración N° 01-2010-CEPCAE-MPCH, en la fase de convocatoria, al momento de la suscripción del contrato y en la fase de ejecución contractual (cobro de penalidades), por los siguientes hechos concretos:
 - a) Tenemos como antecedente que mediante Resolución de Alcaldía N° 1797-2009- MPCH, de fecha 28 de diciembre de 2009, comprometió y devengó en el sistema SIAF la suma de S/ S/ **459.384.00**, para la compra del terreno, sin que haya contrato.
 - b) El poder especial para vender o enajenar, otorgado por Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, a la acusada Ríos Rodríguez, era ineficaz, debido a que el poderdante había fallecido el 18 de junio de 1986 y no se había tramitado sucesión intestada; hecho que, por el primer proceso de contratación, era de conocimiento del acusado.
 - c) Por los hechos de la Licitación Pública N° 002-2009-, que fuera declarado NULO, se conocía que el predio materia de venta adolecía deficiencias y no estaba saneado física y legalmente; el área del predio en el mes de febrero de 2010 era de 42, 237 m²⁴⁷⁵ (solo se compró 40,000.00), no se encontraba aún subdividido a nombre de los propietarios, según la partida electrónica se subdivide recién el 13 de abril de 2013; como es que se compra y se paga por un bien, el 30 de marzo de 2010, cuando no se tenía la documentación del terreno.
 - a) Pese a que correspondía cobrar las penalidades, por incumplimiento del plazo de la entrega del bien (documentación), no se ha cobrado las penalidades, las cuales correspondían hacerlo efectivo al jefe de la Entidad (Alcalde) y a sus coprocesados Guanilo Díaz y Portilla Vilca.
 - b) El acta de entendimiento de fecha 01 de marzo de 2010, revela un interés indebido; pues no encuentra sustento legal en la Ley General de Contrataciones.
 - c) Se compró el terreno, según el peritaje, con una sobrevalorización en el monto de S/ 620.897.84 Soles.

Argumentos de defensa

126. La defensa ha sostenido que la Exoneración del proceso, para la compra del terreno, no lo determinó el Alcalde, sino que fue por decisión del Consejo Municipal. **Al respecto**. Si bien el Consejo aprobó la compra, sin embargo, quién estuvo interesado en la compra y la exoneración del proceso fue el propio Alcalde; así nos ha dicho el testigo, **Pedro Enrique Cáceres Alvarado**, quien refiere. *“El Alcalde convocó a una sesión extraordinaria, donde el punto de agenda fue la compra del terreno, no recuerda en qué fecha. Era el último punto de agenda y fue el primero en tratarse. Se enteró a través del ingeniero Roger Castañeda, Jefe de Desarrollo urbano, sobre dicha necesidad, recuerda que votó en contra porque no estuvo de acuerdo (...). De igual forma el testigo **Pedro José Ramírez Ríos**, quien ha dicho: “(...) Hubo acuerdo de Concejo donde se hicieron los planteamientos para comprar un área que cumpla con los requisitos, no recuerda la fecha; se acordó la aprobación de generarse la obtención del terreno. La compra del terreno estuvo como punto de agenda de la sesión, dispuesto por el Alcalde (...).”*

⁴⁷⁴ A folios 503 del expediente judicial.

⁴⁷⁵ Copia de partida de folios 56 del expediente judicial.

127. También ha dicho, la defensa, que el Alcalde ha tenido un interés público en la compra del terreno y no indebido como lo exige el tipo penal. **Al respecto.** Todos los actos realizados por el Alcalde denotan un interés particular, anteponiendo el interés de favorecer a Luisa Augusta Ríos Rodríguez frente al interés de la Municipalidad.
128. También ha dicho que no hay prueba directa o indicios que demuestren el interés indebido. Al respecto, me remito al análisis exhaustivo que se he realizado líneas arriba.
129. Que, en el proceso N° 001-2010, no se debió haber nombrado Comité, pues se trataba de una compra directa. **Al respecto.** el OSCE, en la Opinión 034-2013, ha indicado: “(...)es importante precisar que, de conformidad con el artículo 135° del Reglamento, la aprobación de una exoneración faculta a la Entidad que la aprueba a omitir la realización del proceso de selección, pero no a implicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual⁴⁷⁶, debiendo observar para su desarrollo los requisitos, condiciones y demás formalidades previstos en dicha normativa. Es decir, el hecho de que se realice un proceso exonerado, no libera al Alcalde y a los que participan en el proceso a inaplicar las normas que rigen la contratación pública.

Respecto la imputación atribuida a los acusados JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA

130. Ministerio Público sostiene que como hecho precedente al otorgamiento de la Escritura Pública, de fecha 1 de junio de 2010, en el Proceso de Exoneración N° 001-2010, con fecha 26 de marzo de 2010, el Comité Especial designado para este proceso, estuvo integrado por los acusados **Juan Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla Vilca** y Roger Eduardo Castañeda Risco (sentenciado), quienes otorgaron la Buena Pro a la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez; no obstante, dicho otorgamiento se efectuó conociendo que el referido bien se encontraba sobrevaluado y que la persona de Luisa Augusta Ríos Rodríguez no tenía facultades para vender el referido inmueble, debido a que era copropietaria, más no única propietaria. Ello se verificaría, debido a que los integrantes del Comité tuvieron a la vista los documentos que formaba parte del expediente; sin embargo, le otorgaron la Buena Pro. Se imputa a los acusados Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca ser autores del delito de Negociación Incompatible.
131. Está acreditado, con la Resolución de Alcaldía N° 270-2010-MPCH⁴⁷⁷, de fecha 23 de Enero de 2010, y Resolución de Alcaldía N° 271-2010- MPCH⁴⁷⁸, de fecha 23 de marzo de 2010, que se modifica el Plan Anual de Contrataciones de la Municipalidad Provincial de Chepén, que se exoneró del Plan Anual de Contrataciones la compra del terreno para la construcción del terminal terrestre de la provincia de Chepén; aprobándose las bases de la exoneración N° 001-2010- CEP/CEA- MPCH; encargándose al Comité Especial Permanente dirigir el proceso de exoneración. El Comité Especial Permanente estaba integrado por Javier Carlos Guanilo Díaz, como Presidente⁴⁷⁹, Roger Eduardo Castañeda Risco y Segundo Marcial Portilla Vilca como miembros del Comité⁴⁸⁰.
132. El acusado Portilla Vilca, con fecha 17 de marzo de 2010, emite el informe N° 051-2010-MPCH- SGLBP⁴⁸¹, - Estudio posibilidades que ofrece el mercado- dirigido al Alcalde Wilfredo Quesquén Terrones, indicándole: “(...) para hacer de su conocimiento que se realizó el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, con la finalidad de adquirir el terreno para la construcción del terminal terrestre de esta ciudad, identificando que el predio que reúne los requisitos mínimos exigidos por la dependencia usuaria es: El inmueble de la Sra. Luisa Augusta Ríos Rodríguez que oferta una extensión de 40.000 M2 por el valor de S/ 1,466.667.00, predio ubicado entre la Urbanización El Refugio y Palma Bella, colindante con la Vía Panamericana Norte”. El cuestionamiento a Portilla Vilca en no haber realizado un estudio de posibilidades que ofrece el mercado, limitándose a indicar

⁴⁷⁶ Para tal efecto, se debe tener en cuenta que todo procedimiento de contratación se desarrolla en tres (3) fases:

- **Fase de programación y actos preparatorios**, que comprende: i) Previsión en el Plan Anual de Contrataciones; ii) definición del requerimiento; iii) realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el valor referencial; iv) certificación presupuestal; v) aprobación del expediente de contratación; entre otros.
- **Fase de selección**, que se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y presentación de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes de la suscripción del contrato.
- **Ejecución contractual**, que se inicia con la suscripción del contrato y concluye con el pago por las prestaciones ejecutadas al contratista.

⁴⁷⁷ A folios 126 del expediente judicial.

⁴⁷⁸ A folios 86 del expediente judicial.

⁴⁷⁹ Documento de folios 79 del expediente judicial.

⁴⁸⁰ Impreso de folios 81 del expediente judicial.

⁴⁸¹ A folios 142 del expediente judicial.

que el inmueble de Luisa Ríos reúne los requisitos. Cómo puede haber calculado la extensión de 40.000. M2, si a la fecha del informe el terreno no se encontraba subdividido.

133. Un dato relevante, que permite sostener el interés indebido de Portilla Vilca, es el Informe N° 040-2010-MPCH-GPP⁴⁸², de fecha 17 de marzo de 2010, remitido por Javier Julca Verástegui- Gerente- al acusado Portilla Vilca, haciéndole conocer: “...esta gerencia emitió el Informe N° 093-2010-MPCH- GPP de fecha 12.03.2010 precisando entre otros aspectos que el monto de S/ 459.384.00 del Rubro 00. Recursos Ordinarios ya se encontraba registrado en el Expediente SIAF N° 4334, en la fecha 28.12.2009, en dos fases: compromiso y devengado; registro en aplicación de la resolución de Alcaldía N° 1797-2009-MPCH destinado a la específica del gasto: 2.6.5.1.1.2- Terrenos Rurales; y a la meta 0229: CONSTRUCCIÓN DE TERMINAL TERRESTRE PARA LOCALIDAD DE CHEPEN, PROVINCIAL DE CHEPEN- LA LIBERTAD; es decir que dicha adquisición ya se encuentra en ejecución”; asimismo el Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano manifiesta que “el proceso de selección para la adquisición del terreno fue declarado nulo el día 15.01.2010, el cual evidencia que ya se había iniciado el proceso de selección, el cual usted es participe, por ser miembro del comité”. Este dato permite sostener que Portilla Vilca, como miembro del Comité, conocía sobre las irregularidades del terreno; sin embargo, existió un notorio interés de que se compre el terreno de la acusada Ríos Rodríguez.
134. Fiscalía atribuye también al acusado Guanilo Díaz y Portilla Vilca, la calidad de autores del delito de negociación incompatible, por el hecho de no haber ejecutado las penalidades, en la fase de ejecución contractual. Como se ha dicho, no se trata de un concurso real de delitos; sino de un acto más de favorecimiento por parte de los acusados hacia la otra parte, en perjuicio de la Municipalidad. Así se tiene que el 04 de junio de 2010- en la etapa de ejecución contractual- la Gerente de Administración y Finanzas de la MPCH, emite el Informe N° 118-2010-MPCH/GAF⁴⁸³ dirigido a Jaime Carlos Guanilo Díaz, Gerente Municipal, haciéndole conocer que habría existido 61 días de retraso en la formalización del contrato, con una penalidad de S/ 146.666.70. Por otro lado, obra el Informe N° 043-2010-MPCH- GPP⁴⁸⁴, de fecha 25 de marzo de 2010, donde Javier Julca Verastegui, en su calidad de Gerente se dirige a Jaime Carlos Guanilo Díaz, haciéndole conocer los lineamientos técnicos a tener en cuenta para la adquisición del terreno y la posterior construcción del terminal terrestre. En dicho informe le indica: “**El bien inmueble a adquirir debe cumplir como requisito indispensable el Saneamiento Físico Legal, el cual indica la legalidad de que dicho bien es de exclusiva propiedad de la Sra. Luisa Augusta Ríos Rodríguez. El bien en mención debe estar debidamente inscrito en Registros Públicos conforme a la normatividad legal correspondiente**”. Conforme se aprecia del quinto considerando del acuerdo existe un estudio de posibilidades que ofrece el mercado hecho por el sub gerente de logística y bienes patrimoniales; el mismo que no se adjunta. Es de suponer que dicho estudio se ha realizado tomando en cuenta los aranceles que establece el mercado nacional de tasaciones, como referencia, pues el valor que se pretende adquirir a mi parecer es muy elevado (S/ 366.666.75 Nuevos Soles por cada hectárea de terreno)”.
135. Toda esta información fue puesta de conocimiento del acusado GUANILO DÍAZ, quien no puede alegar el desconocimiento de la situación legal del terreno; no obstante, como integrante del Comité de selección, otorgó la Buena Pro a la acusada Ríos Rodríguez, quien a la fecha no contaba con el saneamiento físico legal del bien. En tención a ello, los acusados Jaime Carlos Guanilo Diaz y Segundo Marcial Portilla Vilca, tienen la calidad de autores, primero como integrantes del Comité de selección y luego en la etapa de ejecución contractual omitiendo el cobro de penalidades. Ello en razón de que con anterioridad se había llevado un proceso de Licitación Pública N° 09- 2009-CEPCEA-MPCH, donde la aludida acusada se presentó como postor único; proceso que fuera anulado, debido a que el terreno no correspondía al área requerida en los requisitos técnicos mínimos; por ende, conocían las deficiencias que presentaba el terreno; no obstante ello, según se aprecia del acta de proceso de exoneración⁴⁸⁵, con fecha 26 de marzo de 2010, otorgaron la buena pro la señora Luisa Augusta Ríos Rodríguez; constituyendo una actuación dolosa, de cara a que el Alcalde Quesquén como titular de la Entidad, suscriba el contrato.
136. Otro dato importante, que vincula a Guanilo Díaz, con el interés indebido en la compra del terreno, es el Memorándum N° 286-2010-MPCH-GM, de fecha 30 de marzo de 2010, emitido por el acusado al Sub Gerente de Tesorería – Leovigildo Espinoza Mendoza, donde le indica que se sirva atender el pago en el expediente SIAF 4334, a favor de Luisa Augusta Ríos Rodríguez, por el monto de S/ 459.348.00, monto que luego fue pagado por la propia Gerencia Municipal.

⁴⁸² A folios 142 del expediente judicial

⁴⁸³ A folios 522 del expediente.

⁴⁸⁴ A folios 496 del expediente.

⁴⁸⁵ A folios 24 del expediente judicial.

137. Otro dato indicante que vincula a Portilla Vilca y Guanilo Díaz, con el interés indebido en el otorgamiento de la buena pro, es la modificación que se realizó a los requerimientos técnicos mínimos de las bases de la EXO N° 001-2010, en relación a la Licitación Pública N° 002-2009. En esta última se estableció:
- Declaración jurada de ser propietario del terreno.
 - Copia simple de título o escritura pública, inscrita en los registros públicos y/o escritura imperfecta.
 - Copia literal del tomo, ficha o partida registral de dicho terreno.
 - Croquis de ubicación del predio.
 - Fotografías actuales del terreno.
 - Declaración jurada no tener impedimento legal o judicial para disponer del bien.
 - Condición registral. Libre de gravamen.
 - Topografía. Plana.
 - (...)
138. Sin embargo, en proceso Exo. N° 01-2010, solamente se establece:
- Declaración jurada de ser propietario del terreno.
 - Copia literal de dominio.
 - Constancia de no adeudos.
 - Plano perimétrico.
 - Memoria descriptiva.
139. Como se podrá apreciar, **en esta última convocatoria se suprime la copia literal del predio, copia de escritura pública o escritura imperfecta, declaración jurada de no tener impedimento legal y judicial para disponer del bien y topografía plana.** El Comité conocía que la acusada Ríos Rodríguez no contaba con el saneamiento físico legal del predio, en razón a ello modificó los requerimientos técnicos mínimos.

Argumentos de defensa de Guanilo Díaz y Portilla Vilca.

140. El acusado Guanilo Díaz, respecto de la omisión del cobro de penalidades, en el proceso exonerado N° 01-2010, ha indicado que no se cobró debido a que el Informe Legal N° 263-2010- MPCH- AJ, elaborado por Higinio Morales Valencia (Asesor Legal), indicaba que la Luisa Augusta Ríos Rodríguez, si había cumplido con el proceso de compra venta y ya se encontraba inscrito en los Registros Públicos.
141. Sin embargo, este argumento de defensa, no es de recibo, si partimos del hecho acreditado, que Higinio Morales Valencia, también fue comprendido y ya condenado por estos hechos. El aludido informe es ilegal e irregular, pues justifica su opinión de no cobrar las penalidades por el hecho de que el bien ya estaba inscrito a favor de la Municipalidad. **Sin embargo**, no ha indicado que, según los términos del contrato del 30 de marzo de 2010, y de extremo 2.7 del Capítulo II las bases para dicho proceso de contratación establecían que “El postor de la buena pro deberá presentar toda la documentación requerida para la suscripción del contrato en el plazo de 05 días hábiles. (...)”. Por otro lado, en la cláusula duodécima del capítulo IV, de las mismas bases, se indica que: “Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, LA ENTIDAD le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente (...)”.
142. Pese a que el informe N° 118-2010-MPCH-/GAF⁴⁸⁶, de fecha 04 de junio de 2010, suscrita por Sandra Vásquez Romero, dirigido a Jaime Carlos Guanilo Díaz, le indica el monto de las penalidades que correspondería cobrar, el acusado Guanilo Díaz, con fecha 04 de junio 2010, emite el Memorandum N° 440-2010- MPCH-GM⁴⁸⁷, dirigido a Vásquez Romero, indicándole que la gerencia a su cargo proceda a realizar el pago del saldo correspondiente, de conformidad con el contrato de fecha 30 de marzo de 2010, y en la misma fecha, 04 de marzo de 2010, emite el Memorandum N° 44-2010-MPCH-GM, dirigido a Marcial Portilla Vilca- Gerente de

⁴⁸⁶ A folios 522 del expediente.

⁴⁸⁷ A folios 529 del expediente.

- Logística y Bienes Patrimoniales, indicándole la elaboración de la orden de compra por el importe de S/ 966.756.00, por el pago a cuenta por la compra del terreno.
143. El cobro de las penalidades era una de las exigencias del contrato y de las bases, la acusada Ríos Rodríguez incumplió con la presentación de la documentación del terreno dentro del plazo establecido, y ellos se corrobora con el Informe N° 515-2010-MPCH- GIDU, de fecha 08 de junio de 2010, emitido por Roger Castañeda Risco, donde se dirige a Jaime Carlos Guanilo informándole que “(...) *la compra venta del terreno (...) ha sido inscrita a favor de la Municipalidad (...) de fecha 03 de junio del presente año, con los que se ha concluido el Saneamiento Legal de la propiedad a favor de la Municipalidad (...)*”.
144. La demora en la presentación de la documentación tiene una sola explicación, que el terreno no estaba saneado física y legalmente, pues no estaba subdividido, ¿cómo es que se compra un predio que no estaba aún sub dividido? Según la inscripción de la partida registral N° 03000122⁴⁸⁸ la subdivisión que da origen a la partida N° 11005790⁴⁸⁹ (donde se escribe la compra venta), recién fue subdividida el 26 de mayo de 2010, a pedido de la propia Municipalidad. La pregunta es, porque se pagó la suma de S/ 459.384.00, el 31 de marzo de 2010, por un bien que aún no estaba saneado física y legalmente; ello explica la demora en la emisión de la escritura pública y la omisión dolosa del cobro de las penalidades.
145. Guanillo Díaz sostiene que cómo miembro del Comité no es el encargado de verificar que se haya cumplido con la presentación de los requisitos, los indicados para hacer la respectiva verificación son el área de logística y el área usuaria. **Sin embargo**, según el quinto párrafo del artículo 24° de la Ley General de Contrataciones, es el Comité Especial quien tiene a su cargo la elaboración de las bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección (...). El acusado no podría alegar que no es su obligación revisar la documentación; es su obligación verificar la propuesta técnica de cara a otorgar la buena pro.
146. También ha dicho que sus patrocinados han realizado una infracción administrativa, no hay dolo. No se ha podido acreditar el interés o el favorecimiento al tercero. Al respecto, “ *El interesarse indebidamente deber entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representando a la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación al patrimonio de la administración pública; por lo tanto, dentro de estos márgenes es que debe ser entendido el interés indebido (...)*”⁴⁹⁰

Respecto de complicidad atribuida a la acusada LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ. (Interés indebido para favorecer a tercero)

147. La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho Penal Peruano, regulado en el artículo 25° del Código Penal que señala “*El que dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena*”.
148. Ministerio Público sostiene que la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez sería cómplice del delito de Negociación Incompatible. Al respecto, la doctrina nos informa (...) existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto Vásquez, “*lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.*”⁴⁹¹ En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”⁴⁹². En esa medida, en los delitos de colusión y

⁴⁸⁸ A folios 548 a 556 del expediente.

⁴⁸⁹ A folios 532 del expediente.

⁴⁹⁰ R. N. N° 373-2007-Lima.

⁴⁹¹ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 356

⁴⁹² DIAZ CASTILLO, INGRID. “Ob. Cit- Pág. 356

negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.⁴⁹³

149. Para el Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, “(...) los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal, los extraños a la administración que colabores o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero cómplices o instigadores.⁴⁹⁴ Para Fidel Rojas Vargas, (...) La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en la hipótesis legal, ya sea como cómplice o como un instigador siempre que se compruebe que dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor, esto es, contribuyó en el provecho del funcionario o servidor vinculado u obtuvo favorecimiento indebido o determinó el interés indebido del sujeto público (...).⁴⁹⁵ Para James Reátegui Sánchez, “La complicidad constituye un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. En materia de negociación incompatible, esto, es en el marco de contrataciones parciales, puede constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, lo acotos de intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses. En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo del interés del otro, en el contrato u operación (...)”.⁴⁹⁶ Para Castillo Alva, citando a Creus, “La parte beneficiada con el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice”.⁴⁹⁷
150. Si bien se ha publicado la Casación N° 841-2015- Ayacucho, que en el fundamento jurídico 31 y 33, hace referencia: “*En el delito de Negociación Incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presenta constituiría un delito independiente*” (...) que la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero. Si ésta se presentara, entonces ya no estaríamos frente a este delito, sino a otro de los delitos de corrupción de funcionarios”. En su parte resolutive establece como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos del 12 al 23 y 34 al 37 de la presente Ejecutoria Suprema.
151. Esta judicatura, no comparte la postura asumida por la Sala Penal Permanentes de la Corte Suprema, en la Casación N° 841-2015, por los siguientes motivos: **Primero.** Que, los fundamentos 12 al 23 están referidos la situación de emergencia y defectos administrativos, y en los fundamentos 34 a 37 desarrolla los elementos típicos del delito de negociación incompatible-finalidad especial del comportamiento típico de los procesados; sin hacer referencia a la participación en el delito de negociación; por ende, los fundamentos 29, 30, 31, 32 y 33 (referidos a que en éste delito no se admitiría la participación) no constituyen doctrina jurisprudencial. **Segundo.** El argumento del fundamento 31 y 33 (que no constituye doctrina jurisprudencial) pero que es citado en la aludida Casación, hace referencia que la configuración típica del delito de negociación incompatible no admite participación de un tercero; y que si lo hubiera estaríamos ante otro delito de corrupción de funcionarios; dicho argumento no tiene consistencia al tenor de los establecido en el artículo 25° del Código Penal, que establece la conducta de aquel que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado; máxime si en los delitos de infracción de deber, es mayoritaria la postura de unidad de título de imputación; por lo que corresponderá en cada caso en concreto determinar el aporte doloso, del “extraneus”, a la configuración de la negociación incompatible. **Tercero.** En el Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios, realizado en la ciudad de Lima, el 25 de Diciembre de 2017, se ha establecido, respecto al título de imputación del “extraneus” en un delito funcional, que: “*La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto públicos. Se asume de este modo la tesis de la unidad de título de la imputación. En suma, los extranei responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público*”.
152. Si bien el hecho delictivo es atribuible en calidad de autor a los acusados Quesquén Terrones, Guanilo Díaz y Portilla Vilca; la acusada, con fecha 24 de julio de 2009, presenta la carta de compromiso ante la Municipalidad

⁴⁹³ Ibidem. Pág. 356.

⁴⁹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA”. Editora Grujley. Lima Perú. Cuarta Edición. 2016. Pág. 648.

⁴⁹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA”. Segunda Edición. Nomos & thesis, Lima- Perú. 2017. Pág. 409.

⁴⁹⁶ REATEGUI SANCHEZ, James, El delito de negociación incompatible y de patrocinio de intereses privados”. Grupo Editorial LEX & IURIS. Primera Edición. 2016. Lima -Perú. Pág. 77.

⁴⁹⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. Delito de Negociación Incompatible. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. 2015. Lima Perú. Pág. 121.

Provincial de Chepén, indicando ser propietaria y representante legal del terreno de 45, 551.51 m²., manifestando el compromiso de ceder los derechos a favor de la Municipalidad Provincial de Chepén. En dicha fecha no contaba con el poder suficiente, el poder otorgado por su hermano Teodoro Augusto Ríos Rodríguez había perdido eficacia, por la muerte de éste. El inmueble no se encontraba saneado, según es de verse del acto registral inscrito en la partida N° 03000122⁴⁹⁸, donde se aprecia el CIERRE DE PARTIDA POR SUB DIVISIÓN, se aprecia: “CERRADA esta partida, por haberse subdivido el predio en tres lotes en las partidas N° 11005790, 11005791 Y 11005792, del registro de predio de esta sede, en mérito a la Resolución Municipal N° 329/2010- MPCH del 13-04-2010; Resolución Municipal N° 367/2010- MPCH del 22-04-2010 (...), otorgada por la Municipalidad Provincial de Chepén, representada por su alcalde Wilfredo Quesquén Terrones (...), Titulo presentado el 13/04/2010. **Es decir**, luego de 43 días del contrato se realiza la sub división. No obstante ello, procedió a suscribir el contrato de venta, de fecha 30 de marzo de 2010.

153. También se ha determinado que la acusada Ríos Rodríguez, con fecha 25 de marzo del 2010, dentro de la exoneración del proceso de contratación, presenta la declaración jurada ⁴⁹⁹, donde indica “ (...) **DECLARO BAJO JURAMENTO Y EN HONOR A LA VERDAD, Que, soy propietaria del terreno urbano que estoy ofertando en el Proceso Exo. 001-2010- CEPCAE- MPCH y que no tengo ningún impedimento alguno, ni judicial, ni policial ni administrativo para disponer del bien ofertado en la presente licitación. (...)**”. Ello pese a que según la declaración de la Notario Julia Isabel Cerna Rodríguez, quien ha concurrido a Juicio y ha indicado conocer a la acusada Ríos Rodríguez, nos ha dicho: “**que conoce a la acusada Luisa Ríos, y la pregunta siete, donde señala que le dijo que uno de sus hermanos le había dado poder para vender sus bienes y que este había fallecido y quería saber si todavía podía vender los bienes de esta persona y la última pregunta, donde señala que le responde que no era posible porque el poderdante había fallecido y con esto se había extinguido el poder, pero solo vino a consultarme sobre la posibilidad de venta, en ningún momento le pidió que participe en algún contrato de compra venta**”. **Se ratifica en las respuestas que dio lectura el fiscal. La señora Luisa Ríos concurrió a la notaria**”. Por otro lado, el Notario Víctor Merino Castillo, ha dicho en juicio, refiriéndose a Ríos Rodríguez: “**La señora llegó con su abogado para el trámite de la sucesión. (...) Debo agregar que ella fue en primera instancia a vender ante mi o a preguntar como hacía la venta del terreno investigado, pero cuando vio los poderes le dijo que eran poderes muy antiguos y le expresó que sus poderdantes deberían renovar sus mandatos por estar dichos poderes basados en normas derogadas y la duda que tuve porque son más de 25 años de antigüedad, y ésta le manifestó que uno de sus hermanos había fallecido, recién al enterarme de este hecho le hice ver que estos poderes estaban extinguidos y adolecían de nulidad, por lo que debería hacer la sucesión respectiva, sucesión que inició y dejó inconclusa en su despacho**.”
154. Se ha probado también que la acusada inició el trámite de la sucesión intestada, según se aprecia del Oficio N° 091 -2.012⁵⁰⁰, de fecha 25 de abril del 2012, donde el Notario Merino Castillo, hace conocer al representante del Ministerio Público que no se logró concluir la sucesión intestada seguida por LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ. En la solicitud de sucesión intestada, en el extremo del petitorio indica: “**Solicito la Sucesión Intestada de quien fuera mi hermano TEODORO AUGUSTO RIOS RODRÍGUEZ, fallecido en San Isidro –Lima, el 08.06.1996 (...) sírvase oportunamente declarar la condición de heredera legal a la recurrente LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ, dejando constancia que el decujus falleció sin dejar testamento, ni habiendo sucesión intestada hasta la fecha**”. En otro extremo de la su solicitud indica que “el causante no ha dejado bienes conocidos”.
155. Según se aprecia de la declaración jurada, de fecha 26 de marzo de 2010, sobre plazo de entrega (anexo N° 05),⁵⁰¹ la acusada se compromete, bajo juramento, a entregar los bienes objeto del presente proceso en el plazo de 10 días calendario, contados a partir de haberse consentido la Buena Pro. Sin embargo, la entrega no se realizó, debido a inconvenientes administrativos en la inscripción registral del predio, que motivaron que la formalización del contrato se realice el 01 de junio de 2010. Ella conocía que a la firma del contrato (30 de marzo de 2010), su terreno no estaba saneado física y legalmente; no obstante, el 31 de marzo cobró el importe de S/ 459.384.00 soles.
156. Se ha incumplido la cláusula duodécima – penalidades- de las bases,⁵⁰² que forman parte del contrato, donde se establece que: “ Si el contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD, le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que

⁴⁹⁸ A folios 552 del expediente N° 29.

⁴⁹⁹ A folios 37 del expediente judicial.

⁵⁰⁰ A folios 567 a 575 del expediente.

⁵⁰¹ A folios 52 del expediente.

⁵⁰² A folios 114 del expediente judicial.

debió ejecutarse en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...).

Argumentos de defensa.

157. La defensa de Ríos Rodríguez ha indicado que se trata de errores administrativos, que se podrían corregir dentro del proceso de contratación. **Al respecto.** Mientras que la configuración de la sanción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos. Importa no solo la realización de la conducta, sino también la realización de los elementos del tipo y en su momento se debe analizar la ausencia de causas de justificación y de culpabilidad. Los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de la norma. García – Cobián citado por Ingrid Castillo, sostiene que: *“el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta”*.⁵⁰³ Por otro lado, la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos e intereses son distintos. Son los elementos objetivos de delito de negociación incompatible (funcionario público, interés indebido, beneficio de tercero, intervenir en contrato u operación en razón de su cargo) y subjetivos del tipo (dolo), la antijuricidad y culpabilidad de la conducta, la que no permitirá establecer que estamos un delito y no ante una infracción administrativa.
158. Indica la defensa que no se ha probado el dolo y el interés indebido. **Al respecto,** se ha probado que la acusada ha mostrado un aporte doloso al hecho delictivo cometido por los autores, en la fase preparatoria y de ejecución contractual; pues conocía de la ineficacia del poder, que a la firma del contrato, 30 de marzo del 2010, el terreno no estaba saneado física y legalmente; que no cumplió con presentar la documentación exigida en las bases del proceso; el terreno fue saneado luego de la firma del contrato, es por ello que no presentó la documentación; no obstante que ya había cobrado parte del precio.

Respecto del peligro concreto

159. El elemento objetivo típico del delito debe analizarse restrictivamente, esto es, que la inobservancia en el trámite regular del acto que el funcionario público se realice en el ejercicio de sus funciones y a la luz del al Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, no amerita indefectiblemente la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible, sino que además se requiere la concurrencia de un riesgo inminente para la Administración Pública. En la Casación N° 231-2017- PUNO, al referirse a la Negociación Incompatible *“este ilícito debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento de desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado (...) que no produzca siquiera riesgo, o que este no se inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significa castigar una conducta por la sola apariencia de interés”*.⁵⁰⁴
160. Castillo Alva sostiene. **Primero.** Los elementos del injusto, tanto objetivos y subjetivos, pueden probarse con los medios de prueba admitidos por la ley, sin que haya limitación o restricción alguna. La ley procesal penal consagra el principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del CPP) (...). **Segundo.** La mayor idoneidad o fiabilidad de una clase de prueba para probar un determinado hecho (enunciado fáctico) no quiere decir que dicho medio de prueba sea el único o exclusivo medio de prueba que se pueda emplear para dar por acreditado un determinado suceso.⁵⁰⁵
161. Se ha cuestionado que no existe pericia para cuantificar el perjuicio al Estado. Ello no es correcto; pues ha sido ingresado a debate el Informe Pericial del Caso N° 2306034500-2010-1005-0⁵⁰⁶, de fecha 05 de diciembre de

⁵⁰³ DIAZ CASTILLO, INGRID. “EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. Tesis Doctoral. Salamanca – España- 2016- Pág. 108-109.

⁵⁰⁴ Casación N° 231-2017- PUNO.

⁵⁰⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 534-535.

⁵⁰⁶ A folios 460 a 465 del expediente.

2011, elaborado por el Ingeniero Civil **César Augusto Núñez Tejada**; quien a solicitud de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, elabora el aludido informe donde concluye que:

“Para determinar el costo unitario por el metro cuadrado del terreno se tuvo que tomar en cuenta, la ubicación del predio si el terreno se encuentra dentro de la zona de expansión urbana y este pierde su valor agrícola del costo por hectárea que es relativamente más bajo que el costo por m² de un terreno urbano.

Sin embargo, si el terreno se encuentra en condiciones momentáneas no factibles para huso urbano por encontrarse con nivel freático alto, así mismo lo accidentado del terreno y otros, su costo por metro cuadrado disminuye, por requerirse un preparado del terreno con trabajos adicionales como son el drenaje y el relleno a nivel de la cota del terreno de calles colindantes.

Un tratamiento previo para de mejora el terreno que garantice el uso para uso urbano.

El costo real por metro cuadrado en un terreno preparado y habilitado se estima de \$ 12.50 Dólares Americanos por m².

El valor del terreno natural tal como se adquirió antes de ejecutarse el relleno, en moneda nacional es de S/939.762.40 Nuevos Soles.

El valor del terreno actual con relleno de desmonte a nivel de calles colindantes colocado posterior a la compra es de S/ 1 170.189.55

(...)

El comprar el terreno para el terminal terrestre con nivel freático alto hace más costoso ya que requiere de un sistema de drenaje más un relleno con material de afirmado a nivel de cota de las calles el costo adicional del terreno se considera el siguiente.

El costo adicional que costaría el sistema de drenar sería de S/ 165.000.00 Nuevos Soles.

Habiendo invertido en trabajos adicionales de relleno de S/ 324,400.00 Nuevos Soles.

Total, de costos de trabajo adicionales para mejorar el terreno se estima en = 489.000.00 Nuevos Soles”.

162. **César Augusto Núñez Tejada**, al ser examinado en juicio no ha dicho que: *“Sus conclusiones fueron que era un terreno pantanoso con un nivel freático alto, por lo cual se le pidió que haga un peritaje sobre el estado del terreno, cuanto valía y cuanto costaba el tratamiento; se encontró que la mayor parte estaba con desmonte de construcción, ladrillo y tierra y no se podía apreciar el nivel freático, pero si había indicios de zonas verdosas, con algas verdes y plantones que pese al excesivo calor continuaban verdes. (...). Se notaba que era un terreno que no había sido utilizado desde hace mucho tiempo porque tenía árboles, pastos húmedos, y de acuerdo a las fotografías era un terreno con nivel freático alto y que requería infraestructuras adecuadas. (...) El nivel freático es un nivel de agua que ha colado a determinada altura, donde el afloramiento del agua es permanente y requiere tratamiento de drenaje. (...). Un terreno con nivel freático se tiene que rellenar con material de afirmado seleccionado y compactado por capas; cuando se rellena de golpe no se elimina el nivel freático. En todo terreno se puede construir, pero requiere otro tipo de infraestructura y es más costoso; si se hubiera hecho una construcción requería otro tipo de infraestructura, si se hubiera hecho trabajos adicionales como el drenaje y compactado el material adecuadamente, se hubiera podido realizar cualquier tipo de infraestructura incluso a menor costo en la parte superior. Sostiene que se realizó una valorización del terreno, de un valor comercial, se obtuvo que, en el año 2011, los terrenos agrícolas no valían más de \$. 10,000.00 a \$.15, 000.00 dólares y los terrenos en zonas de proyección urbana costaban \$. 50,000.00 dólares. Se hizo un cálculo de \$. 8.00 dólares el metro cuadrado, haciendo un costo total de \$ 324, 056.00 dólares, equivalente S/.907, 356.80 soles, siendo este el costo del terreno sin el relleno y con el relleno de \$. 486, 064 dólares, equivalente a S/. 1'360, 035.20 soles. Para el terreno no se aplicaba el precio de realización o de remate porque en un proceso de licitación el vendedor señala el precio en el cual quiere vender. En el año 2011, el terreno no estaba habilitado para ser urbano, pues un terreno habilitado cuenta con la delimitación oficial, tiene pistas y veredas, parques; además solo se utiliza el 60% y el 40% son para aéreas públicas como pistas y veredas. Se debe calcular el valor de un terreno, para determinar porque es más costoso y que va a requerir; por ejemplo, para alquilar un terreno se debe valorizar el terreno, sino no se podría calcular el valor del alquiler (...) es. Si es un terreno habilitado hay infraestructura lo que hace que el metro cuadrado suba; pero en este caso, como el terreno no estaba habilitado se sacó el 50%, que sería \$.8.00 dólares y \$.2, 00 dólares por su valor comercial; se halló un precio real. El método de tasación directa consiste en averiguar en la zona para obtener un costo real (...) Desde el momento que señala que el terreno requiere de trabajos adicionales, significa que el terreno no es óptimo. Cuando un terreno no ha sido tratado no se dan las condiciones óptimas, pues no se ha realizado un trabajo real de infraestructura. Si se podía construir un terminal terrestre, pero aumentaba el costo. La mayor parte del terreno no requería infraestructura, pero si requiere de un tratamiento porque lo primero que se ve es la resistencia del suelo y si este suelo no es tratado y tiene nivel freático alto va a requerir de tratamiento. El trabajo de campo se realizó en un día; hizo el cálculo porque le pidieron señalar si el terreno era más costoso. Se trató de un terreno sobrevalorado porque si el valor del terreno*

se divide en metro cuadrado, se calcula cuanto es su precio y cuando se compra como habilitado cuando en realidad no lo está, significa que esta sobre valorizado. Cuando hizo la pericia sabía el precio de la compra del terreno porque estaba en la carpeta fiscal (...).

163. Del contenido del informe, se puede deducir que además de comprar un terreno sobrevaluado, éste no presentaba las condiciones adecuadas, es por ello que con posterioridad a la compra del bien, se procedió a allanar el terreno con desmonte. Terreno, que, según lo declarado por los testigos, es usado actualmente para ferias. No se concretó el supuesto objetivo (construcción del terminal terrestre) para lo cual se había adquirido el terreno.
164. La defensa de Luisa Ríos ha indicado que, la perjudicada sería su patrocinada y que a la fecha dicho terreno tendría un valor de \$8 000.000.00 millones de dólares. **Al respecto**, no está en discusión el valor que a la fecha tenga el terreno, sino el interés indebido de los funcionarios públicos en la compra del terreno realizado en marzo de 2010, compra que, según el perito fue sobrevaluada. Luisa Ríos vendió un terreno con serio cuestionamiento físico y legal, que fueron luego subsanados, en abril del 2010, por la propia Municipalidad. Por sentido común, conocemos que cuando un bien tiene deficiencias físicas y legales, además de no tener condiciones óptimas, el precio siempre es menor en relación a otros predios similares; es por ello que está justificadas las conclusiones de la pericia aludida.

RESPECTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO (Negociación Incompatible)

165. Está fuera de toda duda razonable y ha quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*⁵⁰⁷ Asimismo, para Ramón Ragúes y Valles, *“En el caso de la “prueba del conocimiento” la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las denominadas “reglas de experiencia” y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta. En consecuencia, la búsqueda de criterios para saber cuál es la decisión correcta en este ámbito no pasa por intentar evitar que el juez llegue a conclusiones opuestas a las reglas de experiencia, sino de ver, en cada caso, cuál es la solución que dichas reglas imponen como correcta”*⁵⁰⁸
166. Que, analizada la conducta externa de los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, tenían conocimiento sobre las irregularidades del terreno, el área no se encontraba definida a la firma del contrato (30 de marzo 2010); conocían que la postora no contaba con las poderes o facultades suficientes para transferir el bien (subdivisión y título de dominio que recién se realiza el 13 de abril de 2010 (después de la firma del contrato); no se cobró las penalidades respecto del perfeccionamiento del contrato, existió 61 días de atraso; que según el informe N° 118-2010- MPCHO/GAF⁵⁰⁹, de la Gerente de Administración y Finanzas- CPC Sandra Vásquez Romero, indica que para el caso era de aplicación el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, determinándose una penalidad al contratista de S/ 146.666.70. En el caso del Alcalde comprometió y devengo dinero de la Municipalidad sin que antes se haya firmado el contrato; La Licitación Pública aún estaba en proceso. Se advierte un comportamiento doloso e interés indebido en favorecer de forma directa a Luisa Augusta Ríos Rodríguez.
167. Que, analizada la conducta externa de los acusados y **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, su aporte a la consumación del delito ha sido sustancial; quien no contaba con la documentación físico legal del inmueble; sin poderes suficientes para transferir el bien; sin dicho aporte el hecho no se hubiera consumado.

⁵⁰⁷ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

⁵⁰⁸ En “Consideraciones de la prueba del dolo”- REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004

⁵⁰⁹A folios 522 del expediente judicial.

Respecto del delito de Falsedad Ideológica atribuida a OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES Y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ. (Segundo hecho)

168. Se atribuye a ambos acusados el delito de falsedad Ideológica, debido a que abrían hecho insertar en instrumento público- escritura pública- declaraciones falsas, relacionados con las facultades que la acusada Luisa Augusta Ríos Rodríguez tendría respecto a la representación de sus hermanos para vender el terreno.
169. El concurso real de delitos se presenta, según el artículo 50° del Código Penal, cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes. Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703]. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes: **a.** Pluralidad de acciones. **b.** Pluralidad de delitos independientes. **c.** Unidad de autor.
170. Bajo dicho análisis, la imputación que se le hace a ambos acusados, se ha dado en el contexto de la celebración o perfeccionamiento del contrato estatal (exonerado). Conducta que es tomada en cuenta como un indicio de interés indebido; que se da dentro del proceso mismo de la contratación; no puede ser considerado como un hecho independiente; debiendo ser valorado en el contexto del proceso exonerado.
171. Este hecho se subsume- según la teoría de absorción - dentro del tipo penal de Negociación. “Nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, el mismo que se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por solo de dichos tipos penales, ellos en virtud, al principio de consunción, que se verifica cuando el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan infracciones consumidas en aquel, es decir, cuando el contenido del injusto y de la imputación personal de un delito están incluidas en otro, o lo que es lo mismo decir cuando un tipo penal más grave incluye a uno menos grave.”⁵¹⁰

Respecto del sexto hecho

172. Se imputa la consignación de datos falsos en el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro, en el Proceso Exonerado, de fecha 26 de marzo de 2010. Según fiscalía el Comité Especial integrado por los acusados Carlos Guanilo Díaz y Segundo Portilla Vilca manifestaron que el expediente presentado por la acusada Luisa Ríos Rodríguez, tenía todos los documentos señalados en las bases; sin embargo, se ha verificado que eso no es cierto; de tal manera que, al haberse consignado datos falsos en un documento público, se imputa a los acusados ser coautores del delito de Falsedad Ideológica.
173. Este aspecto, ya ha sido analizado anteriormente. La participación de los acusados Portilla Vilca y Guanilo Díaz, es en calidad de autores del delito de negociación incompatible, favoreciendo con la buena pro a la acusada Ríos Rodríguez. El favorecimiento con la Buena Pro y el análisis previo de la documentación para otorgarlo, no constituye un hecho independiente, está dado dentro del proceso de contratación; no puede analizarse de forma aislada; se analiza el comportamiento de los acusados, tendiente al favorecimiento de la contratante.

Respecto al octavo hecho.

174. Fiscalía refiere que hay un Informe de Posibilidades de Mercado que contiene datos falsos. En el marco del Proceso de Exoneración N°001-2010, el acusado Segundo Marcial Portilla Vilca, en su calidad de Sub Gerente del Área de Abastecimiento y Logística, emitió con fecha 17 de marzo de 2010, el Informe N° 051-2010, en donde consignó haber realizado un estudio de posibilidades que ofrece el mercado con la finalidad de adquirir el terreno para la construcción del terminal terrestre, señalando que el inmueble de la acusada Luisa Ríos Rodríguez reunía las condiciones; sin embargo, dicha afirmación es falsa, pues el acusado no realizó el informe, que fue hecho por el sentenciado Roger Eduardo Castañeda Risco y le hizo firmar a Portilla Vilca. Se le imputa al acusado Segundo Marcial Portilla Vilca ser autor del delito de Falsedad Ideológica.

⁵¹⁰ Recurso de Nulidad N° 1083-2013, del 9 de abril de 2014, en CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima -Perú. 2017. Pág. 579.

175. De igual forma, no se trata de un delito independiente, en concurso real; estamos ante un acto más que muestra el interés indebido de Portilla Vilca, orientado siempre, a la contratación estatal. Es por ello que se ha dicho que su comportamiento ha sido a título de autor, respecto de la exoneración del proceso N° 001- 2010.

Respecto del retiro de acusación de los cargos atribuidos al acusado MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN. (Falsedad Genérica)

176. Se le imputa al acusado Michael Frank Balarezo Bazán, el delito de Falsedad Genérica, por haber elaborado el Informe de valuación con datos falsos. El 4 de noviembre de 2009, la Municipalidad Provincial de Chepén convocó al Proceso de Licitación Pública N° 002-2009, para la adquisición de un terreno, para la construcción del terminal terrestre; sin embargo, con fecha 5 de noviembre de 2009, el acusado Michael Frank Balarezo Bazán presentó a la Municipalidad Provincial de Chepén un documento elaborado por su persona, denominado “Informe de Valuación de un inmueble urbano” ubicado en la Unidad Catastral N° 1965, distrito y provincia de Chepén, departamento de La Libertad, en cuyo apartado 1.3 del citado documento opinó que el área de terreno era de 45,000 metros cuadrados, además que se encontraba a nombre de la acusada Luisa Ríos Rodríguez, siendo que dichos datos no se ajustaban a la verdad. Este informe falso generó la anulación del Proceso de Selección N° 002-2009 y se dio paso a un Proceso de Exoneración.
177. Se advierte que el centro de imputación estriba en dos puntos: a) haber indicado en el informe que el área del terreno era de 45,000.00 metros, cuando en realidad no correspondía a ese metraje. b) Que, la procesada Luisa Ríos Rodríguez era propietaria del terreno.
178. Los Artículos 158° y 159° de la Constitución Política del Perú establecen, que el Ministerio Público es un organismo autónomo, siendo una de sus atribuciones interponer la acción penal ante el órgano jurisdiccional y de esta forma hacer valer dentro del debido proceso el ius puniendi estatal, cuando advierta la comisión de un ilícito penal.
179. En este sentido, el rol que le asiste al Ministerio Público no puede ser suplido por ninguno de los demás sujetos procesales como es obvio por los intereses contrarios que defienden ni por el órgano jurisdiccional que en este sistema tiene un rol únicamente de tercero imparcial. Entendiendo así la figura de los roles por cada uno de los sujetos procesales (Ministerio Público, abogado de la defensa y órgano jurisdiccional) se deja en claro que la posición de esta judicatura, si bien es cierto en el Artículo 387°.4. c del Código Procesal Penal refiere que si el juzgador discrepa con el requerimiento fiscal podría elevar los autos al fiscal jerárquicamente superior, la posición de la Juez es la de actuar de acuerdo al rol que establece el nuevo sistema, esto es, de un Juez imparcial que va a intervenir cuando el juicio concluya con todos los pasos que establece el proceso penal.
180. El representante del Ministerio Público inició su teoría del caso, proponiendo en sus alegatos de apertura el acusado BALAREZO BAZAN, **sería autor del delito de Falsedad Genérica, previsto en el artículo 438° del Código Penal**, ofreciendo los medios de prueba que fueron admitidos en la etapa intermedia.
181. Sin embargo, al término del desarrollo del juicio, al momento de los alegatos finales, el señor Fiscal ha invocado el Art. 387°.4 del Código Procesal Penal, al considerar que los cargos formulados contra los acusados han sido enervados en el juicio, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 344°.2.b del Código Procesal Penal, solicita se declare el sobreseimiento del proceso.
182. Corrido traslado a la Procuraduría y a los abogados de la defensa de los acusados, conforme así lo dispone el trámite previsto en el Artículo 387°.4 del Código Procesal Penal, no mostraron oposición al retiro de acusación, y consecuentemente solicitaron se declare el sobreseimiento del proceso en la medida que el Ministerio Público, como titular de la acción penal y de la carga de la prueba ha procedido a retirar la acusación por los argumentos que expone.
183. El artículo 387° inciso 4, a) establece si en juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará autor dando por retirada la acusación y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. Y el inciso c) faculta a este órgano jurisdiccional discrepar con el requerimiento fiscal, elevando los actuados al fiscal jerárquicamente superior para que decida, si mantiene la acusación o es del mismo parecer que el fiscal de instancia.
184. Sin embargo, del debate probatorio no se ha podido determinar que el acusado haya alterado la verdad en perjuicio de tercero; que, si bien ha emitido el informe aludido, lo realizó a solicitud de la señora Luisa Ríos Rodríguez y con la información proporcionado por ésta, quien luego lo presentó ante la Municipalidad. No advirtiéndose qué forma haya causado un perjuicio en agravio del Estado. El retiro de acusación se encuentra justificado.

RESPECTO DE LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

185. Del debate probatorio se ha llegado a la convicción que los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad previsto en el Artículo 20º del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus plenas facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, funcionarios públicos (los tres primeros) de la Municipalidad Provincial de Chepén, y que evidentemente conocían la prohibición de actuar como lo ha hecho; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron, no infringiendo el deber de imparcialidad en el proceso de contratación; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsas de las pruebas aportadas y actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE**; así como la responsabilidad penal de los acusados; por lo que habiéndose concretizado en su conducta los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, su conducta merece ser objeto de reproche penal del Estado.

NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

186. Que, habiendo lesionado el bien jurídico genérico-correcta administración pública- y especial - imparcialidad en la contratación pública- corresponde aplicar la pena para así cumplir con los fines preventivos especiales y preventivos generales señalados en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta incriminada, la alarma social que despierta y con la finalidad de proteger tanto a la persona humana como a la sociedad en busca de una sociedad de convivencia pacífica.
187. La Individualización o determinación Judicial de la Pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. De este modo, teniendo como base inicial la pena básica o abstracta, es que se tendrá que fijar la pena concreta, para lo cual, se debe tener en cuenta, los criterios generales del **principio de lesividad, proporcionalidad y Humanidad de las Penas**, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito; también se debe tener en consideración los fines de la pena, optándose por los criterios de la Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora buscando con la pena efectos positivos en cuanto a función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico; y la Teoría de Prevención Especial Positiva, por cuanto se procura con el cumplimiento de la pena la resocialización y reinserción a la sociedad del penado.
188. La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica, identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva⁵¹¹.

Respeto de los acusados OFRONIO WIFREDO QUESPEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA

189. Para la **determinación e individualización de la pena**, ha de considerarse lo previsto en el artículo **45-A del Código Penal, debiendo identificarse el espacio punitivo de la pena prevista para el delito que es materia de juzgamiento (artículo 399º del Código Penal)**; en consecuencia, la pena ha de graduarse

⁵¹¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 01114- 2009/ Lima, de fecha 06 de julio del año 2010, fundamento jurídico cuarto.

- teniendo en consideración el mínimo y máximo legal, **que para el caso sería no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema de tercios a que hace referencia el artículo 45°-A del Código Penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal deberá ser proporcional a la responsabilidad por el hecho y teniendo en consideración la concurrencia o no de las atenuantes y agravantes genéricas comunes y las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
190. En el caso concreto, se tiene que para el acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal; es decir la presencia de la atenuante a) “**carencia de antecedentes penales**” del inciso 1 del artículo 46, lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir, la pena deberá tener como mínimo cuatro años, y como máximo cuatro años y ochos mes de pena privativa de la libertad**; en ese sentido, la pena concreta final para el acusado, será tomando en consideración su calidad de Jefe de Entidad, su condición de abogado, que le hace merecedor de un reproche más intenso en relación a sus coprocesados; por lo que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD CON CARÁCTER DE EFECTIVA**.
191. Respecto de los acusados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal; es decir, la presencia de la atenuante a) “**carencia de antecedentes penales**” del inciso 1 del artículo 46; lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir, la pena deberá tener como mínimo cuatro años, y como máximo cuatro años y ochos mes de pena privativa de la libertad**; en ese sentido la pena concreta final para los acusados, será tomando en consideración el punto intermedio del tercio inferior; que ha criterio de esta judicatura le corresponde una sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.
192. Que, el artículo 402° del Código Procesal Penal establece que: “**La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente, aunque se interponga recurso contra ella**”. Que, en el presente juicio oral, ha quedado acreditado el obrar delictivo de los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, asimismo, por la gravedad de la pena a imponerse, con carácter de efectiva, existe razonabilidad para suponer que tratará de darse a la fuga y no comparecer a las citaciones judiciales; por lo que es razonable disponer la ejecución provisional de la condena. En el caso del acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, quien se encuentra recluso en el Penal, por otro proceso, la pena empezará a computarse desde el 11 de Julio de 2018 y vencerá el 10 de marzo de 2023. En el caso de los acusados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, quienes se encuentran en libertad, la pena deberá se computa, según corresponda, por este Juzgado o por el Juez de Investigación Preparatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 489° y 490° del Código Procesal Penal.

Respecto de la acusada LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ

193. A la acusada **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, se le atribuye la calidad de **cómplice del delito de Negociación Incompatible**. Para ella es de aplicación lo previsto en el numeral 2 inciso a) del artículo 45 -A del Código Penal; es decir, la presencia de la atenuante: a) “**carencia de antecedentes penales**” del inciso 1 del artículo 46; lo que permite ubicarnos en el tercio inferior; **es decir, la pena deberá tener como mínimo cuatro años, y como máximo cuatro año y ochos mes de pena privativa de la libertad**. Sin embargo, respecto de ella, por tratarse de una cómplice en la ejecución del delito; le corresponde un reproche punitivo menos intenso; en ese sentido, la pena concreta final para la acusada, estando al grado de participación delictiva, será tomando en consideración una pena menor que la impuesta a los autores. A criterio de esta judicatura le corresponde una sanción de **CUATRO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**.
194. Habiendo fijado la pena privativa de libertad a imponer a la acusada **LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ**, dentro de los criterios de determinación de la pena, tenemos la “suspensión de ejecución de la pena” que “*(...), se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firme sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado (...) importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: - primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y , segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que*

el autor, sea recluso en el establecimiento penitenciario”.⁵¹² Que, el precedente vinculante recaído en el R N N° 2476-2015- Lambayeque (fundamento jurídico 5) las Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: “Que, finalmente es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código sustantivo y el propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena (...) si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio de resocialización al condenado”.

195. Que, tratándose de un delito cuya sanción a imponer es no mayor de cuatro años pena privativa de la libertad, corresponde verificar si supera las exigencias de legalidad y proporcionalidad del artículo 57° del Código Penal, donde se establece: “El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.
196. **Para el caso concreto**, estando a la graduación de pena hecha por este juzgado, donde se ha establecido la pena de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de TRES AÑOS, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de una procesada que no tiene antecedentes, no es reincidente ni habitual, existe un diagnóstico favorable de conducta a futuro; siendo así este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Respecto de la pena de Inhabilitación.

197. El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, ha establecido que: “(...) el artículo 37° el 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.
198. La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo y prevalimiento del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.⁵¹³
199. “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”.⁵¹⁴
200. “La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa”.⁵¹⁵

⁵¹² PEÑA CABRERA FREYLE, Alonso Raúl; DERECHO PENAL PARTE GENERAL; Idemsa Editores- Lima Perú, Tomo II- 2015; pág. 737.

⁵¹³ Recuso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

⁵¹⁴ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; sexto fundamento jurídico.

⁵¹⁵ Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 del 18 de Julio del 2008; séptimo fundamento jurídico, primera parte.

201. Respecto de la duración de la pena de inhabilitación, el artículo 38° del Código Penal, **modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 29106, publicada el 18 octubre 2007(vigente a la fecha de los hechos) establecía:** *La inhabilitación principal se extiende de seis (6) meses a cinco (5) años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del artículo 36, en la que es definitiva.* El tiempo de la inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente de ser proporcional. De cara al principio de proporcionalidad si se ha impuesto pena privativa de libertad dentro del tercio intermedio, es obvio que la otra pena principal debe estar sujeta a la misma consideración.
202. El tipo penal materia de Juzgamiento, establece como pena principal la inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; que para el caso concreto apreciándose que el hecho se ha cometido en ejercicio de sus funciones, estando a la gradualidad de la sanción, corresponde imponer la *Privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados*, por el plazo de **TRES AÑOS**.
- e) Para el acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, la inhabilitación en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chepén, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado.
 - f) Para el acusado **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ**, la inhabilitación en el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado.
 - g) Par el acusado **SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, la inhabilitación en el cargo de Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales de la Municipalidad Provincial de Chepén, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado.
 - h) Para la acusada **LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, inhabilitación en cualquier cargo, comisión o empleo de carácter público, o para el Estado.

FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

203. El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tener en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil en una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad, que en el presente caso, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
204. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal, también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad”.⁵¹⁶
205. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.⁵¹⁷
206. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para

⁵¹⁶ Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009; tercer párrafo del fundamento jurídico 6.

⁵¹⁷ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 7.

ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).⁵¹⁸

Respecto del delito de Negociación Incompatible

207. La Procuraduría está solicitando el monto de NOVECIENTOS OCHENTA MIL SOLES (S/ 980. 000.00 soles) por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarlos desde los componentes de la responsabilidad extra contractual.

Antijuricidad. Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues en su condición de Alcalde e integrantes del Comité han mostrado un interés indebido en la contratación del inmueble transferido por la acusada Ríos Rodríguez.

Factor de atribución. Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.

Relación de causalidad. La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que es de resultado, obviamente que ha generado un daño patrimonial y extrapatrimonial.

Daño producido. Se ha producido un daño patrimonial y extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional que le correspondía como Alcalde e integrantes del Comité.

208. Habiéndose lesionado, como bien jurídico, la correcta administración pública, la transparencia en la contratación pública y la imparcialidad en la contratación pública, evidenciándose un perjuicio al Estado. El monto de la reparación civil deberá fijarse a mérito del Informe Pericial del Caso N° 2306034500-2010-100, elaborado por el Perito, Ingeniero Civil César Augusto Núñez Tejada, donde se ha podido determinar una sobrevaloración del terreno en el monto de **S/. 620,880.24 soles**; al que se le deberá sumar el monto de **S/ 149, 666.70 que**, que según informe N° 118-2010-MPCH/GAF, de Administración y Finanzas, no se cobró como penalidades a la acusada Ríos Rodríguez, (Exoneración N° 01- 2010); monto al que deberá sumarse la indemnización por daños y perjuicios, que se estima en la suma de S/ 50,000 soles. Los tres conceptos hacen un total de **OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820.546.94)**; monto que deberá ser pagado solidariamente por los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES, JAIME CARLOS GUALILO DÍAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA, y LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada- Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.
209. La suma fijada como reparación civil será cancelado por los cuatro acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta, respecto a quienes se suspende la pena; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*⁵¹⁹
210. El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del*

⁵¹⁸Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

⁵¹⁹ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.⁵²⁰

COSTAS

211. El Código Procesal Penal, en su artículo 497°, prevé la fijación de costas, las mismas que deben ser establecidas en toda acción que ponga fin al proceso penal, y son de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500°. En el presente caso, se advierte que los acusados, se declararon inocentes de los cargos, y si bien la presunción de inocencia ha sido desvirtuada en juicio oral; considero que ha ejercido un derecho constitucional de defensa, sin recurrir a acciones maliciosas y dilatorias (durante el juicio oral), no considerando razonable imponerle el pago de las costas procesales

XXVII. PARTE RESOLUTIVA

212. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral 24) literal e), 138° y 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 11°, 12°, 23° 57, 58 59, 92, 93, **399° y 438° del Código Penal**, así como los artículos 393°, 394°, 395°, 396°, 398° del Código Procesal Penal vigente, administrando justicia a nombre de la nación, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad:

RESUELVE:

NNN. CONDENAR al acusado **OFRONIO WILFREDO QESQUEN TERRONES**, como **autor** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPÉN**, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CON CARÁCTER DE EFECTIVA**; que se computa desde el 11 de Julio de 2018 y vencerá el 10 de marzo de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente.

- a) **DISPONGO** la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal, aun cuando se interponga recurso de impugnación a la presente sentencia. **GIRESE LA PELETA** de ingreso dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario El Milagro, haciendo conocer que se ha impuesto una pena con carácter de efectiva.

OOO. CONDENAR a los acusados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA**, como **autores** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**, en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPÉN**, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CON CARÁCTER DE EFECTIVA**, que se computa por el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme a lo establecido en los artículos 489° y 490° del Código Procesal Penal.

- a) **DISPONGO** la ejecución provisional de la Sentencia Condenatoria, en su extremo penal, aun cuando se interponga recurso de impugnación a la presente sentencia; debiendo **OFICIARSE**

⁵²⁰ Recurso de Nulidad N° 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacifico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

a las autoridades policiales que corresponda para la ubicación y captura de los condenados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA.**

PPP. CONDENAR a la acusada **LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ**, como cómplice del delito **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPÉN**, representado por la **Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad**, a la **sanción punitiva de CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**, bajo las siguientes reglas de conducta.

213. No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público.
214. Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva.
215. No cometer nuevo delito doloso.
216. Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma solidaria con sus coprocesados, por la suma de **OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820, 546.94)**, a ser cancelados dentro de los seis meses siguientes de haber quedado firme la presente sentencia.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- QQQ. DECLARAR FUNDADO** el pedido del representante del Ministerio Público, teniéndose por **RETIRADA LA ACUSACIÓN**, respecto del acusado **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, como autor del delito **CONTRA LA FE PÚBLICA**, en la modalidad de **FALSEDAD GÉNERICA**, previsto en el artículo 438° del Código Penal, en agravio del Estado. **DECLARAR EL SOBRESIEMIENTO** del proceso penal instaurado. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE** las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el proceso respecto del aludido procesado.
- b) **IMPONGO LA PENA DE INHABILITACIÓN**, para los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RIOS RODRIGUEZ**, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados u cualquier cargo público para el Estado, por el periodo de **TRES AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
 - c) **PRECISAR** que, habiéndose determinado la existencia de un concurso aparente de leyes, se **DECLARA INSUBSISTENTE** la acusación formulada contra **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RIOS RODRÍGUEZ**, respecto el delito de **FALSEDAD IDEOLÓGICA** en agravio del Estado.
 - d) **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820.546.94)** soles a favor del Estado representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada solidariamente por los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTAR RIOS RODRÍGUEZ**, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta (para la última).
 - e) **NO SE IMPONE** el pago de las costas procesales.
 - f) **CONSENTIDA** o ejecutoriada que fuera la presente resolución: **REGÍSTRESE** la presente resolución, cursándose los boletines que corresponda al Registro Distrital de Condenas; y en su oportunidad **REMITASE** el presente proceso al Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, para la ejecución de la presente sentencia.

- g) **DESE** lectura en audiencia pública, fecha desde la cual quedará notificado todos los sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados de las partes), de conformidad con lo previsto en el Artículo 361. 4 y 396. 3 del Código Procesal Penal.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIBERTAD

OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD

Sede en la Av. América Oeste S/N sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXPEDIENTE : 05472-2018-90-1601-JR-PE-08
JUEZ PENAL : CARLOS RAÚL SOLAR GUEVARA
ESPECIALISTA : ELIAS JOSUE RODRIGUEZ LOZANO
ACUSADO : JORGE DAVID CEDRON PLASENCIA
: ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO - MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PACANGA

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: SIETE

Trujillo, trece de marzo

Del año dos mil diecinueve. -

VISTOS Y OÍDOS; los actuados en Juicio Oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad - Sede Trujillo, en el proceso seguido contra **JORGE DAVID CEDRON PLASENCIA** y **ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA**, acusados por el Ministerio Público por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del **ESTADO** representado por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PACANGA**.

SUJETOS PROCESALES:

- g) **Ministerio Público:** Dr. **CARLOS DAVID RODRIGUEZ MUÑOZ**, Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Especializada Anticorrupción de La Libertad.

- h) **Abogada del Actor Civil - Procuraduría Pública Anticorrupción: Dra. SANDRA FANNY GAITAN MIÑANO**, con registro CALL N° 3086, domicilio procesal en Calle San Martín de Porres N° 386 - 2 segundo piso Urbanización San Andrés 2 etapa, y casilla electrónica 53298.
- i) **Abogado de los acusados: Dr. JULIO CESAR BAILON ZEGARRA**, con registro CA Lima N° 53279, y casilla electrónica N° 97342.
- j) **Acusada: ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA**, identificada con DNI N° 19332178, con domicilio real en Calle Alto Perú N° 120 - Pacanga, natural de Pacanga, nacida el 11.02.1977, de 42 años de edad, hija de Segundo Jesús y María Teresa, estado civil soltera, no tiene hijos, grado de instrucción superior, labora en la Municipalidad de Pacanga, ingreso mensual de S/.1,400.00 soles, no tiene antecedentes penales.
- k) **Acusado: JORGE DAVID CEDRON PLASENCIA**, identificado con DNI N° 26675647, con domicilio real en Mz. S Lote 24 Ciudad de Dios - Guadalupe, natural de Contumaza, nacida el 02.06.1959, de 59 años de edad, hijo de Jorge Pedro y Graciela, estado civil conviviente, tiene tres hijos, grado de instrucción superior completa, ocupación ingeniero civil, ingreso aproximado de S/.3, 000.00 soles mensuales, no tienen antecedentes penales

I.- PARTE EXPOSITIVA

PRIMERO: ALEGATOS DE APERTURA Y POSICIÓN DE LAS PARTES. Que, conforme a lo establecido por el artículo 371° inciso 2) del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público, la abogada del Actor Civil, y el abogado de los acusados han determinado sus alegatos de apertura de la siguiente manera:

1. MINISTERIO PÚBLICO:

- d) **Hechos y Circunstancias Objeto de Acusación:** Que, en el año 2014 con motivo de la ejecución de la obra “Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla - Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”, los acusados Elizabeth Gady Sánchez La Barrera y Jorge David Cedrón Plasencia, entonces Jefe de la Unidad de Logística y Jefe de la División de Infraestructura, respectivamente, de la Municipalidad Distrital de Pacanga - Provincia de Chepén - fraccionaron la compra de 950 metros cúbicos de piedra over (hasta por un monto total de S/. 22, 800.00 soles), con la finalidad de contratar de manera directa a las empresas “Transportes y Maquinarias Sixtina” de Sixtina Marlene Campaña de los Ríos, y “Constructora Joler EIRL” de Billy Jacson Vilela Arche.

Según Formato de Pedido a la Oficina de Abastecimiento, de fecha 29 de setiembre de 2014, el ingeniero Jorge David Cedrón Plasencia, en calidad de área usuaria, solicitó la compra de 475 m³ de piedra over, pedido que fue atendido mediante la Orden de Compra N° 0000661, de fecha 16 de octubre de 2014, la encargada de la Unidad de Logística a cargo de Elizabeth Gady Sánchez La Barrera. Para ello, se contrató a la proveedora Sixtina Marlene Campaña de Los Ríos, siendo que dicho material de construcción fue valorizado en S/. 11, 400.00 soles. Finalmente, se emitió el Comprobante de Pago N° 3680, de fecha 05 de noviembre de 2014, por el cual se pagó la suma de S/. 11, 400.00 soles a la proveedora Sixtina Marlene Campaña

de los Ríos, quien sostiene que el ingeniero Jorge David Cedrón le pidió diferentes materiales de construcción, entre ellos, la piedra over.

Con la Orden de Compra N° 0000658, de fecha 16 de octubre de 2014 la encargada de la Unidad de Logística, Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, da cuenta del pedido de compra efectuado por Jorge David Cedrón Plasencia, en calidad de área usuaria, de 475 m³ de piedra over, y de la contratación para tal efecto del proveedor: Empresa Constructora Joler EIRL, representada por Billy Jacson Vilela Arche, por un monto de S/. 11, 400.00 soles. Finalmente, el pago se dio a consecuencia de la emisión del Comprobante de Pago N° 3911, de fecha 10 de diciembre de 2014.

No obstante lo antes indicado, como una forma de acreditar la preexistencia de los 475 m³ de piedra over, Vilela Arche presenta documentos consistentes en la Facturas N° 001-00014, 001-00015, 001-00016, 001-00018, 001-00019, 001-00023 y 001-00024, todas ellas emitidas por la Empresa Transportes y Maquinarias Sixtina, de Sixtina Marlene Campaña de los Ríos. En otras palabras, indirectamente esta compra efectuada supuestamente a Constructora Joler EIRL habría sido hecha también a Transportes y Maquinarias Sixtina. Incluso, el propio Billy Jacson Vilela Arche manifiesta que la venta de materiales de construcción no lo realizó directamente a la Municipalidad, sino por medio de la persona que estaba a cargo de la obra, es decir, nunca la Municipalidad realizó una cotización de dichos materiales.

Por tanto, de los antes expuesto se tiene que el fraccionamiento en cuanto a la adquisición de total de 950 m³ de piedra over tuvo como finalidad eludir la convocatoria a un proceso de selección y contratar directamente a un proveedor, que finalmente directa o indirectamente resultó ser Transportes y Maquinarias Sixtina, aunque con la intervención de la Constructora Joler EIRL de Billy Jacson Vilela Arche. Más aún, tomando en cuenta la primera empresa no podía participar en un eventual proceso de selección convocado por ninguna entidad del Estado al no contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores.

Finalmente, debemos añadir que las conductas de los acusados generó un perjuicio potencial al Estado, al privarlo de la posibilidad de realizar un procedimiento de selección regular entre varios postores que asegurara la adquisición del bien con las mejores condiciones de calidad y precio.

- e) **Calificación Jurídica de los Hechos:** Que, los hechos antes descritos se encuadran en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **Negociación Incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que prescribe:

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 y con ciento ochenta a trescientos se (...)”.⁵²¹

⁵²¹ Modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicado el 26 de noviembre de 2013 (vigente al momento de los hechos).

- f) **Pretensión Penal:** Según el representante del Ministerio Público los acusados Cedrón Plasencia y Sánchez La Barrera son autores del delito en estudio, por lo que, solicita se les imponga *cuatro años y cuatro meses de pena privativa de libertad*, así como la pena de *inhabilitación por el plazo de cuatro años y cuatro meses* de conformidad con los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal, y el pago de *doscientos once días multa*, a razón del 25% del ingreso diario de los acusados.
- g) **Abogada del Actor Civil:** En el presente escenario va a demostrar el interés indebido que tuvieron los acusados para evadir el proceso de convocatoria y realizar contrataciones directas, transgrediendo las formalidades que establece la Ley; por lo que, solicita la suma de quince mil soles por concepto de reparación civil, que deberá cancelarse en forma solidaria.
5. **ABOGADO DE LOS ACUSADOS:** En la secuela del juicio oral va a demostrar que la imputación del Ministerio Público no reúne los requisitos de una imputación necesaria; además, la conducta atribuida a sus patrocinados no cumple con el elemento subjetivo del dolo; por tanto, solicita la absolución.

SEGUNDO: DERECHOS Y ADMISIÓN DE CARGOS. De conformidad con el Art. 372° del Código Procesal Penal, el Juez director del debate, después de haber instruido de sus derechos a los acusados les preguntó si admitía ser autores del delito materia de acusación y responsables del pago de la reparación civil, ante lo cual previa consulta con su abogado defensor contestaron que, no aceptaba su responsabilidad penal, continuándose con el desarrollo del juzgamiento.

TERCERO: NUEVA PRUEBA. En correspondencia con los presupuestos establecidos en el artículo 373° inciso 1) y 2) del Código Procesal Penal, se invitó a las partes para que puedan ofrecer nuevos medios de prueba: NINGUNA.

II.- PARTE CONSIDERATIVA

CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO. Aspectos a tener en cuenta a fin de emitir la presente sentencia.

- ✓ **Presunción de Inocencia:** Toda Persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales⁵²², precisión normativa que, se encuentra en concordancia con el literal “e” del inciso 24° del artículo segundo de la Constitución Política del Perú que establece: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”*
- ✓ **Principio de Inmediación:** Es en el juicio oral donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamentado legítimo de la sentencia;

⁵²² Artículo II inciso 1° del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.-

así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.⁵²³ En ese mismo sentido el artículo 356° inciso 1 del Código Procesal Penal establece que, el Juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación y rigen entre otros principios, la inmediación en la actuación probatoria.

- ✓ **Precisiones sobre el delito en estudio:** La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2770-2011-Piura (fundamento tercero) ha establecido los elementos materiales del tipo penal de Negociación Incompatible, estos son:
- a. *Intervenir por razón del cargo.* La vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.
 - b. *Indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero.* El interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio que se trate una parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, interés particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades, de comisión directa (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), indirecta (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por acto simulado (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales).
 - c. *El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación.* Dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.).
 - d. *Requiere el dolo directo.* Lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaña a la administración pública.

QUINTO: DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO PENAL. De acuerdo con el artículo 397° de la norma adjetiva que exige una correlación entre acusación y sentencia, este Juzgado Unipersonal considera necesario delimitar las posturas de las partes procesales y los aspectos en donde debe incidir el análisis del caso. Así tenemos:

11.1. La representante del *Ministerio Público* plantea como tesis inculpativa que, los acusados Jorge David Cedrón Plasencia y Elizabeth Gady Sánchez La Barrera – en calidad de Jefe de la Unidad de la División de Infraestructura y Jefe de la Unidad de Logística, respectivamente, de la Municipalidad Distrital de Pacanga, con motivo de la ejecución de la obra “Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla – Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”, habrían fraccionado la compra de 950 m³ de piedra over en dos partes (hasta por un monto total de S/. 22, 800.00 soles), con la finalidad de contratar de

⁵²³ JAÉN VALLEJO, Manuel. Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español, (en línea) <http://www.unifr.ch/ddpr/derechopenal/articulos/html/artjaci.htm>.

manera directa a las empresas “Transportes y Maquinarias Sixtina” y “Constructora Joler EIRL”, evitando que se lleve a cabo el proceso de selección respectivo – de acuerdo a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

11.2. Por su parte, el *abogado de los acusados* expuso una tesis absolutoria; en estricto alega que la imputación del Ministerio Público no reúne los elementos de una imputación necesaria, y que la conducta de sus patrocinados no cumple con el elemento subjetivo del tipo penal.

11.3. Que, estando a las posturas de las partes procesales, y siguientes los criterios jurisprudenciales antes indicados; en el caso concreto corresponde determinar los siguientes aspectos:

- La calidad de funcionario o servidor público de los acusados.
- La relación funcional especial de los acusados en las compras de la piedra over.
- El interés indebido para provecho de tercero.
- El dolo “*Consciencia y Voluntad*”.

SEXTO: VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA. Luego de llevado a cabo los alegatos de apertura se dio inicio a la actividad probatoria, donde las partes intervinieron en igualdad de armas, bajo los principios de contradicción, oralidad e inmediatez; por lo que, de conformidad con el artículo 393° del Código Procesal Penal, este Juzgado pasa a valorar individualmente cada una de las pruebas actuadas, teniendo en cuenta que el examen de estas se encuentra registradas en el sistema de audio. Habiéndose desarrollado lo siguiente:

E. **EXAMEN DE LA ACUSADA ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA:** Ejerció su derecho a guardar silencio.

F. **EXAMEN DEL ACUSADO JORGE DAVID CEDRÓN PLASENCIA**

Introdujo la siguiente información relevante: Que, en el año 2014 laboraba en la Municipalidad Distrital de Pacanga como Jefe de la División de Infraestructura y Desarrollo Urbano (área usuaria). Realizó dos requerimientos para la compra de 950 metros cúbicos de piedra over, lo cual informó a la Gerencia Municipal y a la Oficina de Abastecimiento para su autorización. La compra del material se fraccionó por motivo de disponibilidad presupuestal, ya que, nunca existió una certificación por todo el monto de la obra (se realizaba por partes, de acuerdo al dinero que iba llegando a la Municipalidad). El área de logística se encargó de seleccionar al proveedor. No conoce a los señores Sixtina Marlene Campaña de Los Ríos y Billy Jacson Vilela Arche. Participó como inspector y ejecutor de la obra denominada: “*Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla – Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén*”, debía verificar que los materiales sean de buena calidad y se cumpla con la realización de la obra, conforme al expediente técnico.

G. **EXAMEN DE TESTIGOS**

MINISTERIO PÚBLICO

- **SIXTINA MARLENE CAMPAÑA DE LOS RÍOS**

Introdujo la siguiente información relevante: Que, en el año 2014 tenía una empresa denominada: “Transportes y Maquinarias Sixtina”, donde se dedicaba a la venta de materiales de construcción y al alquiler de maquinaria pesada, sin embargo, no se

encontraba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores. Vendió 475 metros de piedra over a la Municipalidad Distrital de Pacanga. El acusado Cedrón Plasencia (lo conocía de vista) se apersonó al local de la empresa a requerirle el servicio de dicha piedra, juntos se apersonaron a la cantera para que verifique la calidad de la misma. Emitió la factura N° 001-000027 a favor de la Municipalidad Distrital de Pacanga por la venta de piedra over, para la obra “Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla – Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”, en la suma de S/. 11, 400.00 soles. También vendió piedra over a la Empresa Constructora Joler EIRL a solicitud del señor Raymundo Espinoza, quien estaba ejecutando una obra en la panamericana (obra diferente), conforme consta en la Facturas N° 001-000014, 001-000015, 001-000019, 001-000023, 001-000024. El personal de su empresa era el encargado de consignar la fecha de las facturas.

H. DOCUMENTALES

MINISTERIO PÚBLICO

- **Carta N° 15-2014-CDDCF, de fecha 15 de octubre del 2014** (fs. 62). La persona de Billy Jacson Vilela Arche en representación de la Empresa Joler EIRL, solicita el pago de la cantidad de S/. 11, 400.00 soles por la venta de 475 m³ de piedra over a la Municipalidad.
- **Informe N° 0530-2014-DIDUR/MDP, de fecha 17 de octubre del 2014** (fs. 63). El acusado Cedrón Plasencia comunica a la Municipalidad la existencia de una prestación de entrega de 475 m³ de piedra over efectuado a la Empresa de Transportes y Maquinarias Sixtina, por lo que, se debe atender su pago por la cantidad de S/. 11, 400.00 soles.
- **Comprobante de Pago N° 3911, de fecha 10 de diciembre del 2014** (fs. 64). Por el monto de S/. 11, 400.00 soles a favor de la Empresa Joler EIRL.
- **Orden de Compra N° 000658, de fecha 16 de octubre del 2014** (fs. 65). La acusada Sánchez La Barrera autoriza la compra de 475 m³ de piedra over a la Empresa Joler EIRL.
- **Factura N° 001-000099, de fecha setiembre del 2014** (fs.66). La Empresa Joler EIRL emitió una factura a la Municipalidad por la compra de 475 m³ de piedra over por el monto de S/. 11, 400.00 soles.
- **Escrito presentado por Billy Jacson Vilela Arche, de fecha 07 de abril del 2016** (fs. 67 a 76). Sustenta la preexistencia de la piedra over que vendió la Empresa Joler EIRL a la Municipalidad, con facturas que dan cuenta de la previa compra que realizó a Transportes y Maquinarias Sixtina (facturas N° 001-000014, 001-000015, 001-000019, 001-000023, 001-000024).
- **Copia simple de registro de ventas e ingresos de Sixtina Marlene Campaña de los Ríos** (fs. 77 a 91). se registran las facturas antes mencionadas.
- **Oficio N° 0147-2016-MDP/A, de fecha 21 de marzo del 2016** (fs. 93 a 163). La Municipalidad adjunta la siguiente documentación relevante:

Carta N° 15-2014-CDDCF, de fecha 15 de octubre del 2014. La persona de Sixtina Marlene Campaña de los Ríos en representación de Transportes y Maquinarias Sixtina, solicita el pago de la cantidad de S/. 11, 400.00 soles por la venta de 475 m³ de piedra over a la Municipalidad.

Informe N° 0529-2014-DIDUR/MDP, de fecha 17 de octubre del 2014. El acusado Cedrón Plasencia comunica a la Municipalidad la existencia de una prestación de entrega de 475 m³ de piedra over efectuado a Transportes y Maquinarias Sixtina, por lo que, se debe atender su pago por la cantidad de S/. 11, 400.00 soles.

Comprobante de Pago N° 3680, de fecha 05 de noviembre del 2014. Por el monto de S/. 11, 400.00 soles a favor de Transportes y Maquinarias Sixtina.

Orden de Compra N° 000661, de fecha 16 de octubre del 2014. La acusada Sánchez La Barrera autoriza la compra de 475 m3 de piedra over a Transportes y Maquinarias Sixtina

Factura N° 001-000027, sin fecha. Transportes y Maquinarias Sixtina emitió una factura a la Municipalidad por la compra de 475 m3 de piedra over por el monto de S/. 11, 400.00 soles.

- **Oficio N° 1350-2017-OSCE/SGE, de fecha 05 de mayo del 2017** (fs. 164 a 165). Acredita que los contratistas no se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (según el memorando que adjunta).

SÉTIMO: VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA.

Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir la sentencia, las razones que lo llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado.⁵²⁴

Respecto de la calidad de funcionario o servidor público de la acusada

13.1. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)**”.

13.2. No ha sido objeto de controversia, que los acusados Cedrón Plasencia y Sánchez La Barrera durante el año 2014 laboraron en la Municipalidad Distrital de Pacanga, desempeñando el cargo de Jefe de la División de Infraestructura, Desarrollo Urbano y Rural, y Jefa de la Unidad de Logística, respectivamente; pues así se puede advertir de las órdenes de compra N° 000658 y N° 000661, que obran a folios 97 y 100 del expediente judicial.

13.3. Ahora, siendo la entidad edil un organismo que depende de la administración del Gobierno Regional de La Libertad, y estando acreditado el vínculo laboral de los acusados; permite establecer su calidad de funcionarios públicos, toda vez que, prestaron servicios para una entidad estatal, actuando con poder de decisión⁵²⁵ (*ambos eran responsables del área que representaban*).

⁵²⁴ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4-5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; Editores del Centro; 2014; pág. 527.

⁵²⁵ Salinas Siccha establece que el funcionario público, es una persona natural con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el estado; mientras que el servidor público también es una persona natural que presta servicios o trabaja para el estado sin poder de decisión. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_1_int_d_adm_publica.pdf

Respecto de la relación funcional especial de los acusados en las compras de la piedra over

- 13.4. En el delito de Negociación Incompatible es condición sine qua non que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública.⁵²⁶
- 13.5. Como parte de la actividad probatoria, se oralizó el documento denominado “Orden de Compra N° 000658” - de fecha 16 de octubre de 2014, donde se establece la compra de 475 m³ de piedra over a favor del contratista “Empresa Constructora Joler EIRL”, por la suma de S/. 11, 400.00 soles; acto que se realizó a solicitud del acusado Cedrón Plasencia como encargado de la División de Infraestructura, Desarrollo Urbano y Rural (área usuaria), siendo autorizada dicha compra por la acusada Sánchez La Barrera como responsable de la Unidad de Logística (órgano encargado de la contratación).
- 13.6. De igual forma, se oralizó el documento denominado “Orden de Compra N° 000661” - de fecha 16 de octubre de 2014, en el cual se determina la compra de 475 m³ de piedra over a favor del contratista “Campaña De Los Ríos, Sixtina Marlene”, por la suma de S/. 11, 400.00 soles; acto que también se realizó a solicitud del acusado Cedrón Plasencia, siendo autorizada dicha compra por la acusada Sánchez La Barrera.
- 13.7. Estas dos órdenes de compra se concretizaron mediante los comprobantes de pago N° 3911 y N° 3680, de fecha 10 de diciembre (primera compra) y 05 de noviembre de 2014 (segunda compra), respectivamente; lo que permitió a los contratistas efectuar el cobro de la venta de piedra over a la Municipalidad Distrital de Pacanga, en virtud de las órdenes de compra autorizadas por la acusada Sánchez La Barrera y los informes de conformidad elaborados por el acusado Cedrón Plasencia (*véase Informe N° 0530-2014-DIDUR/MDP e Informe N° 0529-2014-DIDUR/MDP*).
- 13.8. En consecuencia, conforme al estudio de los medios probatorios, se encuentra acreditado la relación funcional de los acusados en la compra de la piedra over (directamente), que realizará la entidad edil para la ejecución de la obra: “Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla - Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”. El acusado Cedrón Plasencia fue quién solicitó la compra de dicho material y dio su conformidad al servicio de los contratistas, mientras que la acusada Sánchez La Barrera fue quien dio la autorización.

Respecto del interés indebido para favorecer a tercero

- 13.9. El interés directo significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca. En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone

⁵²⁶ Recurso de Nulidad N°615-2015- Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica. 16 de agosto de 2016.

de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc. del contrato u operación.⁵²⁷ El verbo interesarse ha sido considerado como volcarse sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste, y es indebida, por cuanto, en vez de que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de un provecho o de tercero.⁵²⁸

13.10. El representante del Ministerio Público al exponer su teoría del caso se comprometió acreditar con prueba indiciaria el interés indebido de los acusados para favorecer a tercero. En el caso de Cedrón Plasencia, requirió la compra de 950 m³ de piedra over en forma separada, y no en una sola oportunidad al ser bienes de la misma naturaleza; fraccionando de esta manera el pedido y posibilitando que se realicen dos contrataciones directas. En cuanto a la acusada Sánchez La Barrera, tomó la decisión de realizar dos contrataciones por separado, frente a dos requerimientos de compra de bienes de igual naturaleza, que en su conjunto superaban el monto de las 3UIT.

13.11. Para la aplicación de la prueba indiciaria es necesario cumplir con los presupuestos exigidos en el inciso 3) del artículo 158° del Código Procesal Penal, que han sido desarrollados en el Precedente Vinculante de la Corte Suprema N° 1912-2005⁵²⁹, que en su cuarto fundamento jurídico ha introducido ciertas condiciones para validar la prueba indiciaria; así tenemos, que los indicios deben ser: **i) Plurales** o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa; **ii) Concomitantes** al hecho que se pretende probar, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar; **iii) Interrelacionados**, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – por lo que no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí; y **iv) Que**, en lo tendiente a la inducción o inferencia, es necesario que sea *razonable*, y que no se presenten contra indicios.

13.12. En el caso concreto, de la compulsa de las pruebas actuadas en juzgamiento, se tiene los siguientes datos indiciarios:

a) **Los dos requerimientos y órdenes de compra emitidos por los acusados Cedrón Plasencia y Sánchez La Barrera, respectivamente, se dieron sobre bienes de igual naturaleza y para la ejecución de la misma obra.** Segú se verifica de las órdenes de compra N° 000658 y N° 000661, de fecha 16 de octubre de 2014, ambos documentos están referidos a la compra de 475 metros cúbicos de piedra over (950 en total) por la suma de S/. 11, 400.00 soles cada una, para la ejecución de la obra: “*Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla – Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén*”. Lo cual implica que, existiendo igualdad en la característica, cantidad, valor del bien y en la obra que iba ser utilizada, lo más adecuado y razonable era realizar un solo requerimiento, a fin de que la entidad edil convoque a un proceso de selección y pueda adquirir el bien en mejores condiciones (calidad y precio).

⁵²⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública, citado por SALINAS SICCH, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA GRIJLEY, Lima – Perú. 2014, Tercera Edición. Pág. 569.

⁵²⁸ Casación N° 231-2007-PUNO.

⁵²⁹ Ejecutoria Suprema Vinculante Nro. 1912-2005, de fecha 13 de octubre del 2005.

- b) **La obra contaba con expediente técnico.** El acusado Cedrón Plasencia ejerciendo su derecho material refirió: *“Participó como inspector y ejecutor de la obra denominada: “Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla – Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”, debía verificar que los materiales sean de buena calidad y se cumpla con la realización de la obra, conforme al expediente técnico”*. La existencia de un expediente técnico supone que antes de la ejecución de una obra, no solo se proyecte las construcciones que se debe realizar, sino también la cantidad y presupuesto de los materiales; es decir, de acuerdo con las exigencias de la obra, se pudo prever que la compra total de la piedra over (950 m³) se realice a través de un solo requerimiento.
- c) **Los montos de las órdenes de pago ameritaban un proceso de selección.** De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo 1017, el ámbito de aplicación de esta norma no procedía cuando las contrataciones eran iguales o inferiores a 3UIT vigente al momento de la transacción (artículo 3° inciso 3.3. letra i); es decir, si la contratación no superaba el monto de S/. 11, 400.00 soles no era posible realizar un proceso de selección (*en el año 2014 el valor de una UIT ascendía a S/. 3, 800.00 soles*).

De lo contrario, el artículo 18° de la citada ley establecía: *“La adjudicación de menor cuantía se aplica a las contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público”*.

Para el año 2014, según el artículo 14° de la Ley General de Presupuesto - Ley N° 30114, establecía que la contratación de bienes se realiza por adjudicación directa cuando el valor referencial es menor a S/. 400, 000.00 soles. Ello quiere decir que, toda contratación de bienes que era inferior a la décima parte del monto indicado (S/. 40, 000.00 soles) pero mayor a S/. 11, 400.00 soles (3UIT), *en aplicación del artículo 3° inciso 3) letra i de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017)*, correspondía realizar un proceso de selección de menor cuantía.

En el caso de autos, realizando un cálculo matemático de las órdenes de compra N° 000658 y N° 000661 y los comprobantes de pago N° 3911 y N° 3680, tenemos que el monto total de los 950 metros cúbicos de piedra over asciende a S/. 22, 800.00 soles; monto que según la Ley de Contrataciones del Estado exige un proceso de selección de menor cuantía.

- d) **La piedra over fue adquirida originariamente de Transportes y Maquinaria Sixtina.** Se observa de las facturas 001-000014, 001-000015, 001-000019, 001-000023, 001-000024, que la Empresa Constructora Joler EIRL a favor de quien se emitió la orden de compra N° 000658, en el mes de setiembre de 2014 adquirió de Transportes y Maquinaria Sixtina alrededor de 850 m³ de piedra over⁵³⁰ - *material que luego fue vendido (475 m³) a la Municipalidad Distrital de Pacanga*. Este hecho a consideración de este juzgado gráfica una forma encubierta en la compra de la piedra over, destinada a favorecer a Transportes y Maquinaria Sixtina, por cuanto, se denota que los dos requerimientos y órdenes de compra emitidos por los acusados, si bien se realizaron a favor de diferentes contratistas, sin embargo, tuvieron

⁵³⁰ Se corrobora con el registro de ventas e ingresos de Sixtina Marlene Campaña De Los Ríos (fs.), donde constan registradas dichas facturas.

como finalidad aparentar un tema regular: que el bien se comprara a distintos proveedores - evitando poner en manifiesto su interés indebido de favorecer a un solo contratista; máxime, si ambos documentos estaban orientados a la compra del mismo bien y a la utilización en una sola obra: *“Mejoramiento de Trocha Carrozable San Nicolás de los Tramos Camal de Pacanguilla - Truz, del distrito de Pacanga, provincia de Chepén”*.

Además, según la testigo Sixtina Marlene Campaña de Los Ríos - *propietaria de “Transportes y Maquinaria Sixtina”*, fue el propio acusado Cedrón Plasencia quien se apersonó a su local a requerirle el servicio de la piedra over y juntos se dirigieron a la cantera para que verificara la calidad de la misma. Con ello se evidencia que, el acusado tuvo interés en que la compra de la piedra over debía provenir de tal contratista.

- e) **Las empresas contratistas no podían participar en un proceso de selección.** En efecto, obra el Memorando N° 312-2017/SSIR-IR emitido por la Subdirección de Servicios de Información Registral y Fidelización del Proveedor, de fecha 03 de abril de 2017, donde se verifica que las personas de Sixtina Marlene Campaña De Los Ríos, Billy Jacson Vilela Arche, y la razones sociales Transportes y Maquinaria Sixtina y Empresa Constructora Joler EIRL, no figuran inscritas en el Registro Nacional de Proveedores de la OSCE. Según el artículo 9.1. de la Ley de Contrataciones del Estado señala: *“Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado”*.

Tal situación permite entender que, si la Municipalidad hubiera realizado un proceso de selección, los contratistas beneficiados con la compra de la piedra over, se encontraban imposibilitados para participar y calificar como proveedores, al no cumplir con la exigencia legal de estar inscritos; por tal motivo, los acusados procedieron a efectuar compras directas, advirtiéndose que el interés indebido se orientó a favorecer a un tercero.

- f) **No existía problemas presupuestales que ameriten un fraccionamiento.** El acusado Cedrón Plasencia en audiencia manifestó que: *“La compra del material se fraccionó por motivo de disponibilidad presupuestal, ya que, nunca existió una certificación por todo el monto de la obra (se realizaba por partes, de acuerdo al dinero que iba llegando a la Municipalidad)”*. Sin embargo, este argumento carece de validez para la judicatura, pues además de no existir elementos que corroboren su versión, se contradice con el material probatorio, ya que, las órdenes de compra N° 000658 y N° 000661 autorizadas por la acusada Sánchez La Barrera - Jefa de la Unidad de Logística, fueron emitidas en la misma fecha: **16 de octubre de 2014**, por el valor de S/. 11, 400.00 soles cada una; pudiendo la acusada observar los requerimientos de su coacusado y optar por un proceso de selección, pues se trataba del mismo bien e iba a utilizarse en una sola obra.

En tal sentido, resultó aplicable el artículo 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, que prescribía: *“Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública (...)”*.

- 13.13. En base a lo desarrollado se concluye: Se ha fraccionado el monto total de S/. 22, 800.00 soles, mediante dos requerimientos y órdenes de compra, a efectos de no superar las 3UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/.11, 400.00 soles, esto con la finalidad de evitar que se lleve a cabo un Proceso de Selección de Menor Cuantía; pues la naturaleza del bien y la misma obra donde se iba utilizar lo ameritaba, considerando que existía un expediente técnico para prever su compra total - sin advertirse problemas presupuestales que sustenten un posible fraccionamiento; por lo que, la conducta de los acusados generó un perjuicio potencial a la Municipalidad Distrital de Pacanga – quien no pudo realizar un proceso de selección regular entre varios postores que asegurara la adquisición de la piedra over con las mejores condiciones de calidad y precio.
- 13.14. Cabe destacar, que por parte de la defensa no se ha resaltado contraindicios que desvirtúen el análisis de la prueba indiciaria, por en el contrario, ha quedado acreditado la existencia de indicios plurales, concomitantes, convergentes, los cuales permiten inferir un interés indebido de parte de los acusados en el fraccionamiento de la compra de piedra over, que finalmente favoreció a Empresa Transportes y Maquinaria Sixtina; no siendo admisible la tesis de la defensa que el presente conflicto se deba a una irregularidad administrativa, al estar acreditado los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible.

Respecto del dolo “Consciencia y Voluntad”

- 13.15. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y ha quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: *“Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”*.⁵³¹
- 13.16. Que, analizada la conducta externa del acusado Jorge David Cedrón Plasencia, se aprecia que tenía conocimiento sobre cuál era el procedimiento regular para la adquisición de los bienes, que en razón a los montos correspondía realizarse un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía; sin embargo, a efectos de evitar el proceso de contratación, emitió requerimientos fraccionados para no superar el monto de las 3UIT, con la finalidad de favorecer a un tercero.
- 13.17. Respecto a la acusada Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, en su calidad de Jefa de la Unidad de Logística, órgano encargado de las contrataciones, procedió a autorizar las órdenes de compra que en su conjunto superaban las 3 UIT; evadiendo sus funciones de realizar el respectivo proceso de selección que correspondía, demostrando con ello su interés en favorecer a un tercero; habiéndose vulnerado el bien jurídico protegido por el tipo penal: *imparcialidad en la contratación pública*.

⁵³¹ Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

OCTAVO: RESPECTO A LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción judicial que la acusada **Jorge David Cedrón Plasencia y Elizabeth Gady Sánchez La Barrera**, no se encuentra en ninguno de los presupuestos de antijuricidad que contempla el Artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, ambos con grado de instrucción superior; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsa de las pruebas actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de Negociación Incompatible, así como su responsabilidad penal; por ende, corresponde emitir una sentencia condenatoria, de conformidad con el artículo 399° de la norma procesal.

NOVENO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

e. Que, al hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se debe realizar la individualización y determinación de la pena concreta a imponerse, de conformidad con el Art. 45°-A del CP, observando las siguientes etapas:

- **Identificación de la pena abstracta, identificando el espacio punitivo de determinación a partir de la pena privativa de libertad prevista en la ley para el delito y la división en tres partes.** Que, en el presente caso, estando a que el tipo penal materia de acusación es Negociación Incompatible, la pena aplicable es **NO MENOR DE CUATRO NI MAYOR DE SEIS AÑOS**; siendo que las partes en las que se divide la misma serían:

Tercio Inferior: De cuatro a cuatro años ocho meses (4 – 4 años 8 meses)

Tercio intermedio: De cuatro años nueve meses a cinco años cuatro meses (4 años 9 meses -5 años 4 meses)

Tercio superior: De cinco años cinco meses a seis años (5 años 5 meses - 6 años)

- **Determinación del espacio punitivo concreto aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.** Que, en el presente caso, se ha advertido la existencia de circunstancias atenuantes genérica, la cual es la siguiente:
Atenuantes Genéricas: i) Carencia de Antecedentes Penales
- **Determinación de la pena concreta.** Que, existiendo solamente una atenuante Genérica, la pena debe situarse en el tercio inferior esto es entre cuatro a cuatro años ocho meses (4 – 4 años 8 meses).

f. Además, para determinar la pena concreta a imponerse, luego de haberse determinado el espacio de punición concreto en los que ha de oscilar la pena a imponerse a los acusados, se debe tener en cuenta el Art. 45° CP, según el cual se debe tener en cuenta la cultura y costumbres del agente y los intereses de la víctima; por lo que, considerando que la acusada tiene una edad regular y cuenta con una profesión técnica, la pena concreta se fija en **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad.

g. Respecto del carácter de la pena, conviene citar el artículo 57° del Código Penal que establece: “El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel

no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años (artículo vigente a la fecha de los hechos).

- h. Estando a la graduación de la pena, donde se ha establecido la pena de cuatro años de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de tres años, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, los acusados no registran antecedentes penales, a la fecha no se encuentran afrontando otro proceso penal y no han sido declarados reo contumaz; siendo así este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

DECIMO: RESPECTO DE LA PENA DE INHABILITACIÓN.

- e) El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, nos enseña 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 (...)*”.
- f) La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.⁵³²
- g) Respecto al tiempo de la inhabilitación, en atención a su relación con la pena privativa de libertad impuesta ha de ser proporcional. El artículo 426°, vigente a la fecha de los hechos, establecía “*Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2*”.
- h) Para el caso concreto, la inhabilitación deberá guardar relación con el plazo de la pena privativa de la libertad, inhabilitación que debe ser impuesta por imperio del principio de legalidad, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal, por lo que estando a la gradualidad de la sanción penal, corresponde imponer la **inhabilitación para obtener cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público por el periodo de CUATRO AÑOS.**

⁵³² Recuso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

DÉCIMO PRIMERO: RESPECTO DE LA PENA DE DÍAS MULTA.

- i) Los días multa como pena, se encuentra regulado en el artículo 41° del Código Penal, que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijado en días multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas o remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo.
- j) El tipo penal de Negociación Incompatible (*modificado por el artículo único de la Ley N° 30111 – vigente al momento de los hechos*), también contempla como pena principal el pago de los días multa, entre los 180 hasta los 365; por lo que, tomando en consideración que se impuso una pena dentro del tercio inferior, los días – multa deberá ser fijando también en esa proporción, es decir, en 180 días multa.
- k) Para Sánchez La Barrera, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/. 1, 400.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija el monto de **S/. 2, 100.00 soles**. Para Cedrón Plasencia, quien en sus generales de ley ha indicado ganar la suma de S/. 3, 000.00 soles mensuales, tomando como referencia el 25% de sus ingresos diarios, se fija el monto de **S/. 4, 500.00 soles**.

DÉCIMO SEGUNDO: REPARACIÓN CIVIL.

- l) El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tenerse en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil es una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad. En tal sentido, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.
- m) En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).⁵³³

⁵³³Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

- n) La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 15, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarlo desde los componentes⁵³⁴ ⁵³⁵ de la responsabilidad extra contractual:
- **Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta de los acusados ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público y la imparcialidad en la contratación pública, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal; pues se han interesado en forma directa para favorecer a un tercero.
 - **Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo, en la conducta de los acusados.
 - **Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado la conducta típica, la misma que si bien es de peligro, no podría negarse la posibilidad de un daño extrapatrimonial.
 - **Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial al Estado. Los acusados, lejos de actuar constreñido a los deberes del cargo como funcionario público, han mostrado un interés indebido, ajeno a su rol funcional que le correspondía como responsables del área usuaria y del órgano encargo de las contrataciones en la Municipalidad Distrital de Pacanga.
- o) Constituyendo el presente delito, uno de abuso del cargo, afectando la correcta administración pública, la transparencia en la contratación pública. Al haberse fijado la pena dentro del tercio inferior de la conminada en el tipo penal; el monto de la reparación civil deberá ser disminuida proporcionalmente al monto postulado por el actor civil; correspondiendo imponer un pago solidario en la suma de S/. 5, 000.00 soles (**CINCO MIL SOLES**), que será pagado en DOS cuotas mensuales de S/. 2, 5000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.
- p) La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las*

⁵³⁴ “(...) 1. **El hecho ilícito (antijuricidad)** Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. (...) 2. **El daño causado**, El daño es un elemento tanto de la responsabilidad contractual como extra-contractual. En este orden de ideas, la denominada reparación civil derivada del delito tiene como presupuesto el daño causado. (...) 3. **La relación de causalidad**, puede definirse como <<el nexa o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa a efecto (...) 4. **Factores de Atribución**, (...) también denominados criterios de imputación de responsabilidad civil, sirven para determinar cuándo un determinado daño antijurídico, cuyo nexa causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a éste a indemnizar a la víctima. Estos factores se agrupan en dos sistemas: el sistema objetivo y el sistema subjetiva. Como consecuencia de estos sistemas, existen factores de atribución objetivos y subjetivos, respectivamente. Son factores de atribución subjetivos: el dolo y la culpa. Son factores de atribución objetivos: el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y la equidad (...)”. GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo; La Reparación Civil en el Proceso Penal; En: Pacífico Editores, Lima, 2011, págs. 120 – 129.

⁵³⁵ Casación N° 1072-2013-Ica.

conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”⁵³⁶

- q) El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.*⁵³⁷

DÉCIMO TERCERO: COSTAS. Conforme al artículo 497º y siguiente del Código Procesal Penal, toda decisión que ponga fin al proceso penal establecerá quien debe soportar las costas del proceso. Las Costas son impuestas al acusado cuando sea declarado culpable, así deberá declararlo el Juzgador.

III.- PARTE RESOLUTIVA

POR ESTAS CONSIDERACIONES, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, de conformidad con los artículos 12º, 23º, 45º, 93º y 399º del Código Penal, concordantes con el artículo 397º y 399º del Código Procesal Penal; y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú: **FALLA:**

- 1. CONDENANDO** a los acusados **JORGE DAVID CEDRON PLASENCIA** y **ELIZABETH GADY SANCHEZ LA BARRERA**, como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399º del Código Penal, en agravio del **ESTADO** – *representado por la Municipalidad Distrital de Pacanga*; y como tal se les impone **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años.
- 2. SE LES IMPONE** la pena de inhabilitación consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público por el plazo de cuatro años, y el pago de ciento ochenta días multa: la sentenciada Sánchez La Barrera en el monto de S/. 2, 100.00 soles y el sentenciado Cedrón Plasencia en el monto de S/. 4, 500.00 soles.
- 3. SE FIJA** por concepto de reparación civil la suma de **CINCO MIL SOLES** a favor de la parte agraviada, la cual deberá ser cancelada solidariamente por los dos sentenciados, cumpliendo las siguientes reglas de conducta:
 - b) No variar de domicilio** el que han indicado en esta audiencia sin que previamente pongan en conocimiento del Juzgado de ejecución y del Ministerio Público.

⁵³⁶ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

⁵³⁷ Recurso de Nulidad N.º 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

- c) Concurrir cada treinta días a la Oficina de Control Biométrico de ésta Corte Superior de Justicia, a fin de que justifique sus actividades y firme el libro respectivo.
- d) No cometer nuevo delito doloso de la misma naturaleza
- e) Cancelar el monto de los días multa, dentro de los diez días siguientes de quedar firme la presente sentencia.
- f) Cumplir con el pago íntegro de la reparación civil, dentro de los dos meses siguientes de quedar firme la presente sentencia, en cuotas mensuales de dos mil quinientos soles.

Bajo apercibimiento, de aplicarse lo previsto en el artículo 59º inciso 1) y 3) del Código Penal, es decir, la *amonestación* y posterior *revocatoria* de la pena suspendida por pena efectiva.

4. CON PAGO DE COSTAS.

- 5. CONSENTIDA o EJECUTORIADA** la sentencia, en consecuencia, **CÚRSESE** los Boletines y Testimonio de Condena para su inscripción en el Registro correspondiente. **REMÍTASE** en su oportunidad los actuados al Juzgado correspondiente para la ejecución de la Sentencia. **NOTIFÍQUESE.**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIBERTAD

**OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS - LA LIBERTAD**

Sede en la Av. América Oeste S/N sector Natasha Alta de la Urbanización Covicorti

EXPEDIENTE : 01609-2018-83-1601-JR-PE-07

JUEZ PENAL : CARLOS RAÚL SOLAR GUEVARA
ESPECIALISTA : ELIAS JOSUE RODRIGUEZ LOZANO
ACUSADO : SIMON VALDERRAMA BAZAN
: ANDRES ARQUEROS ALVARADO
DELITO : COLUSIÓN
AGRAVIADO : EL ESTADO

SENTENCIA CONDENATORIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: QUINCE

Trujillo, veinte de marzo

Del año dos mil diecinueve. -

VISTOS Y OÍDOS; los actuados en Juicio Oral realizado por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad - Sede Trujillo, en el proceso seguido contra **SIMON VALDERRAMA BAZAN** y **ANDRES ARQUEROS ALVARADO**, acusados por el Ministerio Público por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **COLUSIÓN**, previsto en el artículo 384° del Código Penal, en agravio del **ESTADO** representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad.

SUJETOS PROCESALES:

- l) **Ministerio Público: Dr. JULIO MONTOYA ABANTO**, Fiscal de la Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, con casilla electrónica N° 88532.
- m) **Abogada del Actor civil - Procuraduría Pública Anticorrupción: Dra. KARINA RUBI NUÑEZ ROMERO**, con registro CALL N°6127, domicilio procesal en Calle San Martín de Porres N° 386 - 2 segundo piso Urbanización San Andrés 2 etapa, y casilla electrónica N° 53298.
- n) **Abogada del Acusado Valderrama Bazán: Dra. EDITHA SERNAQUE CHIROQUE**, con registro CALL N° 1940, domicilio procesal en Calle Santa Lucía N° 339 -1ER Piso- La Merced, y casilla electrónica N° 7717.
- o) **Abogado del Acusado Arqueros Alvarado: Dr. MIGUEL ANGEL HORNA SIENFUEGOS** - defensor público, con domicilio procesal en Av. Antenor Orrego N° 826.
- p) **Acusado: SIMON VALDERRAMA BAZAN**, identificado DNI N° **18208220**, con domicilio real en calle José Carlos Mariátegui Mz. B Lote 14 - Guadalupe - Viru, nacido el 20.09.1962, de 58 años de edad, natural de Santiago de Chuco, estado civil casado, tiene cinco hijos, hijo de Venancio y Emilia, grado de instrucción secundaria incompleta, ocupación agricultor, ingreso aproximado mensual de S/ .700.00 soles, indica no tener antecedentes penales.
- q) **Acusado: SANTOS ANDRES ARQUEROS ALVARADO**, identificado con DNI N° **18208339**, con domicilio real en calle 06 de Setiembre Mz. O Lote 13- Guadalupe, nacido el 23.12.1976,

natural de Guadalupito, de 42 años de edad, hijo de José y María, estado civil soltero, tiene dos hijos, grado de instrucción secundaria, ocupación comerciante, ingreso aproximado mensual de S/. 800.00 soles, indica no tener antecedentes penales.

I.- PARTE EXPOSITIVA

PRIMERO: ALEGATOS DE APERTURA Y POSICIÓN DE LAS PARTES. Que, conforme a lo establecido por el artículo 371° inciso 2) del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público, la abogada del Actor Civil, y los abogados de los acusados han determinado sus alegatos de apertura de la siguiente manera:

6. MINISTERIO PÚBLICO:

h) Hechos y Circunstancias Objeto de Acusación: Que, el 23 de junio de 2010, mediante Requerimiento N° 09-2010-0-A-MDG el Jefe de Abastecimiento y Logística de la Municipalidad Distrital de Guadalupito, Simón Valderrama Bazán (acusado) solicita al Gerente Municipal la adquisición de una fotocopiadora para la entidad.

Llevado a cabo por el Gerente Municipal Juan Acevedo Arellano la tramitación administrativa necesaria para la procedencia de la adquisición con fecha 17 de agosto de 2010, mediante Informe N° 115-2010-0/A-MDG, Simón Valderrama Bazán informa al Gerente Municipal que ha solicitado las propuestas económicas correspondientes para la compra de una Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211; siendo que A & V Guadalupito Constructora SAC representada por Santos Andrés Arqueros Alvarado (acusado) es la que ha presentado la mejor propuesta, por un monto de S/. 10, 600.00 soles; adjuntando las propuestas económicas en las que se puede observar que Maquinarias JAAM SA - que es representante exclusivo de Konica Minolta en nuestro país, ha presentado por el mismo bien una proforma supuestamente firmada por Edwin Nizama Fernández en el precio de S/. 10, 699.00 soles, y Máquinas y Maquinarias SAC ha presentado una proforma supuestamente firmada por Ismael Gaona Rocha en el precio de S/. 10, 750.00 soles.

Realizada las indagaciones por la Fiscalía resulta que en ningún momento Maquinarias JAAM SA ni Maquinarias SAC han presentado proforma alguna a la Municipalidad Distrital de Guadalupito; no sólo eso sino que las firmas que se consignan en las proformas remitidas a la Gerencia Municipal por Simón Valderrama Bazán como pertenecientes a los representantes de dichas empresas se aprecian fácilmente como falsas a su simple comparación con las impresiones de las fichas RENIEC de las personas antes mencionadas; pero sobre todo los precios realizados de la fotocopiadora han sido exageradamente sobrecosteados en las proformas - incluso en el monto que ha sido pagado finalmente a A & V Guadalupito Constructora SAC - pues el precio que en dicha época ofertaba Maquinarias JAAM SA por la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211 no superaba los S/. 4, 000.00 soles - lo que es entendible, además, por tratarse del representante exclusivo de Konica Minolta en nuestro país; siendo que la otra empresa Maquinas y Maquinarias SAC en realidad daba un precio de S/. 6, 000.00 soles

El que haya existido un contubernio entre Simón Valderrama Bazán y Santos Andrés Arqueros Alvarado se puede apreciar que A & V Guadalupito Constructora SAC no se

dedicaba a la venta de fotocopiadores, por lo que, el primero de los nombrados no tenía porque pedirle proforma a dicha empresa, pero principalmente en el hecho de que haya fraguado las proformas de Maquinarias JAAM SA - Maquinas y Maquinarias SAC; siendo de suma relevancia que la representante legal de esta última Merly Jacqueline Carrasco Sosa haya que señalado con fecha 18 de agosto de 2010 su empresa vendió la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211 a A & V Guadalupito Constructora SAC a través de su vendedor Ismael Gaona Rocha – de lo que se concluye que fue Santos Andrés Arqueros Alvarado quien proporcionó a Simón Valderrama Bazán el nombre de dicho trabajador de Máquinas y Maquinarias SAC para que lo consigne en la proforma que este último iba a falsificar.

En concreción del acuerdo colusorio es que mediante Comprobante de Pago 0000503 – por orden del Gerente Municipal Juan Arellano Acevedo – con fecha 24 de agosto de 2010 se canceló a A & V Guadalupito Constructora SAC el importe de S/. 10, 600.00 soles (cheque N° 49123053 cargado a la Cuenta Corriente N° 010-0741-136171) en razón de la conformidad dada por Simón Valderrama Bazán de la recepción de la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211.

- i) **Calificación Jurídica de los Hechos:** Que, los hechos antes descritos se encuadran en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **Colusión**, previsto en el artículo 384° del Código Penal, que prescribe:

Artículo 384°.- “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años (...).”⁵³⁸

- j) **Pretensión Penal:** Según el representante del Ministerio Público el acusado Valderrama Bazán y Arqueros Alvarado es autor y cómplice primario del delito de Colusión, por lo que, solicita se les imponga *cinco años de pena privativa de libertad*, así como la pena de *inhabilitación por el plazo de tres años* de conformidad con los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.
- k) **Abogada del Actor Civil:** Durante el debate probatorio va a demostrar que la conducta de los acusados cumple con los elementos de la responsabilidad civil; la antijuricidad consiste en el acuerdo colusorio para adquirir una fotocopiadora multifuncional; el daño causado se refleja en la infracción de deberes de los acusados (lealtad, probidad), quienes afectaron el normal desarrollo y funcionamiento de la Administración Pública, y el patrimonio del Estado; la relación de causalidad es el vínculo que existe entre la conducta descrita y el daño causado, evidenciándose que los acusados actuaron de forma dolosa en perjuicio de la parte agraviada; por lo que, solicita la suma de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil, que deberán cancelar los acusados en forma solidaria.

⁵³⁸ Modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26713, de fecha 26 de diciembre de 1996.

7. **ABOGADA DEL ACUSADO VALDERAMA BAZÁN:** En la secuela del juicio oral va a demostrar la inocencia de su patrocinado, quien actuó en el marco de sus funciones establecidas en el ROF de la Municipalidad, pues en el requerimiento N° 09-2010 resaltó el procedimiento que debía seguirse conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, más aún, si la Gerencia Municipal realizó los trámites necesarios para adquirir el bien solicitado, y que luego fue aprobado mediante Sesión de Consejo, estableciéndose la partida presupuestal; por tanto, solicita la absolución.
8. **ABOGADO DEL ACUSADO ARQUEROS ALVARADO:** Postula una tesis absolutoria a favor de su patrocinado, por cuanto, el Ministerio Público no va a acreditar el acuerdo colusorio entre los acusados, tampoco que tuvieron la intención de defraudar al Estado.

SEGUNDO: DERECHOS Y ADMISIÓN DE CARGOS. De conformidad con el Art. 372° del Código Procesal Penal, el Juez director del debate, después de haber instruido de sus derechos a los acusados les preguntó si admitía ser autor y cómplice primario del delito materia de acusación y responsables del pago de la reparación civil, ante lo cual previa consulta con sus abogados defensores contestaron que, no aceptaban su responsabilidad penal, continuándose con el desarrollo del juzgamiento.

TERCERO: NUEVA PRUEBA. En correspondencia con los presupuestos establecidos en el artículo 373° inciso 1) y 2) del Código Procesal Penal, se invitó a las partes para que puedan ofrecer nuevos medios de prueba: **NINGUNA.**

II.- PARTE CONSIDERATIVA

CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO. Aspectos a tener en cuenta a fin de emitir la presente sentencia.

- ✓ **Presunción de Inocencia:** Toda Persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales⁵³⁹, precisión normativa que, se encuentra en concordancia con el literal “e” del inciso 24° del artículo segundo de la Constitución Política del Perú que establece: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”*
- ✓ **Principio de Inmediación:** Es en el juicio oral donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamentado legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.⁵⁴⁰ En ese mismo sentido el artículo 356° inciso 1 del Código Procesal Penal establece que, el Juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación y rigen entre otros principios, la inmediación en la actuación probatoria.

⁵³⁹ Artículo II inciso 1° del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.-

⁵⁴⁰ JAÉN VALLEJO, Manuel. Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español, (en línea) <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/htm1/artjaci.htm>.

- ✓ **Precisiones sobre el delito en estudio:** La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2421-2011-Cajamarca (fundamento sexto) ha establecido los elementos materiales del tipo penal de Colusión, estos son:

- e. El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito.
- f. Perjudicar a un tercero, en este caso al Estado.
- g. Que, el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierte con los interesados defraudando al estado, es decir, que el acuerdo colusorio entre las partes esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del estado.

Además, en el Recurso de Nulidad N° 341-2015-Lima (fundamento cuarto) ha determinado el momento de consumación del delito, haciendo la siguiente diferencia: “4.3. (...) *el delito de Colusión Simple se consume con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que se configure la colusión agravada es necesario de que, mediante la concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal (...)*”.

QUINTO: DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO PENAL. De acuerdo con el artículo 397° de la norma adjetiva que exige una correlación entre acusación y sentencia, este Juzgado Unipersonal considera necesario delimitar las posturas de las partes procesales y los aspectos en donde debe incidir el análisis del caso. Así tenemos:

18.1. El representante del *Ministerio Público* plantea como tesis inculpativa que, el acusado Simón Valderrama Bazán en su calidad de Jefe de Abastecimiento y Logística de la Municipalidad Distrital de Guadalupito, se habría coludido con su co-procesado Santos Andrés Alvarado Arqueros - Gerente General de la Empresa A & V Guadalupito Constructora SAC, para la adquisición de una fotocopiadora en el área que representaba, específicamente una Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Laser 211; la misma que fue adquirida por la suma sobrevaluada de S/. 10, 600.00 soles, ocasionado de esta manera un perjuicio potencial al Estado.

18.2. Por su parte, los *abogados de los acusados* expusieron una tesis absolutoria; en estricto alegan que no existe prueba suficiente que acredite un acuerdo colusorio, siendo que, el acusado Valderrama Bazán actuó en el marco de sus funciones que establece el ROF de la Municipalidad, no habiendo intención de defraudar al Estado.

18.3. Que, estando a las posturas de las partes procesales, y siguiendo los criterios jurisprudenciales antes indicados; en el caso concreto corresponde determinar los siguientes aspectos:

- La calidad de funcionario público del acusado Valderrama Bazán y la calidad de extraneus del acusado Arqueros Alvarado.

- La participación del acusado Valderrama Bazán en la adquisición de la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211.
- La concertación ilegal entre los acusados.
- El peligro potencial ocasionado al patrimonio del Estado.
- El dolo “*Consciencia y Voluntad*”.

SEXTO: VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA. Luego de llevado a cabo los alegatos de apertura se dio inicio a la actividad probatoria, donde las partes intervinieron en igualdad de armas, bajo los principios de contradicción, oralidad e inmediación; por lo que, de conformidad con el artículo 393° del Código Procesal Penal, este Juzgado pasa a valorar individualmente cada una de las pruebas actuadas, teniendo en cuenta que el examen de estas se encuentra registradas en el sistema de audio. Habiéndose desarrollado lo siguiente:

I. **EXAMEN DE LOS ACUSADOS:** Ejercieron su derecho a guardar silencio.

J. **EXAMEN DE TESTIGOS**

MINISTERIO PÚBLICO

• **ADRIAN GERARDO GAGO PEREZ**

Introdujo la siguiente información relevante: Que, en el año 2010 laboraba en su Empresa Maquinarias JAAM SA – representante de la marca Konica Minolta en el país, dedicada a la venta de máquinas de oficina. Nunca ha presentado cotizaciones a la Municipalidad Distrital de Guadalupito. La propuesta económica de fs. 31 no fue presentada por su empresa, por el contrario, según las facturas que emitió en el año 2010 la fotocopiadora Konica Minolta BIZHUB 211 ascendía a 1399 dólares americanos. Su empresa tiene oficinas en Lima, Arequipa, Huancayo, Cuzco y Piura. Las cotizaciones que se presentan al Estado llevan la firma del representante legal.

• **JUAN VALDEMAR ACEVEDO ARELLANO**

Introdujo la siguiente información relevante: Que, en el año 2010 laboraba en la Municipalidad Distrital de Guadalupito como Gerente Municipal. No tenía ninguna función o responsabilidad en la adquisición de bienes, lo cual era competencia del Jefe de Abastecimiento y Logística: Simón Valderrama Bazán. Era el encargado de tramitar los requerimientos que llegaban a su oficina, pero no coordinaba la compra de productos, ya que, era función del Jefe de Logística (verificar el monto, las características), quien además realizaba las cotizaciones y otorgaba conformidad a la adquisición.

K. **DOCUMENTALES**

MINISTERIO PÚBLICO

- Expediente que documenta la contratación y que incluye entre otros el requerimiento N° 09-2010-0-A-MDG del Jefe de Abastecimiento y Logística de la Municipalidad Distrital de Guadalupito; el comprobante de pago de la adquisición de la fotocopiadora; la orden de compra; el informe N° 120-2010-0-A/MDG; la guía de remisión de la fotocopiadora; la factura de la fotocopiadora; el informe N° 115-2010-0/A-A-MDG acompañando las propuestas de A&V Guadalupito Constructora SAC, Maquinarias JAAM SA y Maquinas y Maquinarias SAC; el contrato de compra de fotocopiadora (fs. 18 a 37 del expediente judicial).

- Las impresiones de las fichas de RENIEC de Edwin Nizama Fernández y Nery Ismael Gaona Rocha (fs. 38 a 39).
- Cuatro (04) copias de factura entrega por Maquinarias JAAM SA (fs. 40 a 43).
- Copia certificada de la factura y contrato de venta que hizo Maquinas y Maquinarias SAC (fs. 44 a 45).
- Declaración indagatoria del acusado Simón Valderrama Bazán (fs. 129 a 133 del cuaderno de debates).
- Declaración indagatoria del acusado Santos Andrés Arqueros Alvarado (fs. 134 a 137).

SÉTIMO: VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA.

Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que valorados de acuerdo al criterio de la sana crítica, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir la sentencia, las razones que lo llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado. Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado.⁵⁴¹

Respecto de la calidad de funcionario público del acusado Valderrama Bazán y la calidad de extraneus del acusado Arqueros Alvarado

20.1. El artículo 425° del Código Penal establece que son funcionarios o servidores públicos: “**Los que están comprendidos en la carrera administrativa. (...) 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 (...)**”.

20.2. No ha sido objeto de controversia, que el acusado Valderrama Bazán durante el año 2010 laboró en la Municipalidad Distrital de Guadalupito, desempeñando el cargo de Jefe de Abastecimiento y Logística; pues así se puede advertir del Requerimiento N° 09-2010-O-A-MDG, del Informe N° 115-2010-O/A-MDG, del Informe N° 120-2010-O-A-MDG, que obran a folios 18, 21 y 24 del expediente judicial, donde aparece firmando como tal.

20.3. Ahora, siendo la Municipalidad Distrital una persona jurídica de derecho público interno, que tiene autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia⁵⁴², y estando acreditado el vínculo laboral del acusado; permite establecer su calidad de funcionario público, toda vez que, prestó servicios para una entidad estatal, actuando con poder de decisión⁵⁴³ (*era responsable del área que representaba*).

⁵⁴¹ STC. Exp. N° 2101-2005-HC/TC; caso Zevallos Chávez, fundamento jurídico N° 4-5; en “El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; Editores del Centro; 2014; pág. 527.

⁵⁴² En mérito al artículo I y II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de las Municipalidades - LEY N.° 27972

⁵⁴³ Salinas Siccha establece que el funcionario público, es una persona natural con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el estado; mientras que el servidor público también es una persona natural que presta servicios o trabaja para el estado sin poder de decisión. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_1_int_d_adm_publica.pdf

- 20.4. Por otro lado, teniendo en cuenta que el delito de colusión requiere que el funcionario público acuerde ilícitamente con un particular (interesado) para defraudar al Estado; cabe indicar que también está acreditado que el acusado Arqueros Alvarado durante el año 2010 se desempeñó como Gerente General de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, conforme se desprende de la Proforma que hiciera llegar a la entidad edil, y el contenido de su declaración indagatoria; con lo cual se determina su calidad de extraneus, por no tener vínculo funcional con el estado.
- 20.5. No debe olvidarse, que el delito de Colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro-, que requiere de la intervención de una particular o extraneus, esto es, exige que el agente público –intraneus- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto –los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la administración pública –ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica.⁵⁴⁴

Respecto de la participación del acusado Valderrama Bazán en la adquisición de la Fotocopiadora Konica Minolta Bizhub 211

- 20.6. En efecto, no basta con que se reúna la condición de funcionario público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición y cualidad específica, como es que, por razón de su cargo se encuentre facultado para participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obra o servicios, concesiones, o cualquier operación a cargo del estado. Se requiere una capacidad jurídica y una competencia normativa específica como funcionario o como órgano que interviene en el proceso de contratación estatal en cualquiera de sus etapas.⁵⁴⁵
- 20.7. Como parte de la actividad probatoria, se oralizó el Requerimiento N° 09-2010-O-A-MDG, de fecha 23 de junio de 2010, donde el acusado Valderrama Bazán en su calidad de Jefe de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Guadalupito solicita a la Gerencia Municipal la adquisición de una fotocopiadora con fuente fon común. Es decir, el acusado inicialmente en la adquisición de dicho bien intervino como jefe del área usuaria; esto es según el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁵⁴⁶: “...la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias”. (**artículo 5° inciso 2.**)
- 20.8. De igual forma, se oralizó el Informe N° 115-2010-O/A-MDG, de fecha 17 de agosto de 2010, a través del cual el acusado Valderrama Bazán se dirige al Gerente Municipal para informar: “...Que habiendo solicitado las propuestas económicas para realizar la compra de una fotocopiadora para la Municipalidad. De acuerdo a lo solicitado por la Oficina de Gerencia tengo que especificar que según propuestas económicas presentadas es la de la – A&V Guadalupito Constructora SAC, es la que ha presentado la mejor propuesta económica con un monto de S/. 10, 600.00 (diez mil seiscientos con 00/100 nuevos soles) para realizar dicha compra para lo cual adjunto cuadro comparativo con sus respectivas propuestas económicas para que determine su respectiva contratación...”. Esto implica que el acusado

⁵⁴⁴ Recurso de Nulidad N° 1565-2012-ICA (fundamento 5.1.), de fecha 19 de noviembre de 2013.

⁵⁴⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Instituto Pacífico, Lima, 2017, pág. 148.

⁵⁴⁶ DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF

además de ser el jefe del área usuaria que solicitó el bien a adquirir, participó como órgano encargado de las contrataciones en la Municipalidad Distrital de Guadalupito; esto es según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: “...*aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad*”. (**artículo 5° inciso 3.)**)

20.9. En el mismo sentido, se oralizó el Informe N° 120-2010-O/A-MDG, de fecha 20 de agosto de 2010, donde el acusado Valderrama Bazán se dirige al Gerente Municipal para dar conformidad de la adquisición de una fotocopiadora, presupuestada en el PIA del proveedor A&V Guadalupito Constructora SAC, solicitando su cancelación de lo proveído a la Municipalidad, según Factura N° 000002, por un monto de S/. 10, 600.00 soles. Con ello también se verifica la participación del acusado como órgano encargado de las contrataciones.

20.10. Dicha solicitud contenida en el informe indicado, se concretizó mediante el Comprobante de Pago N° 0000503, de fecha 24 de agosto de 2010, en el cual la Municipalidad Distrital de Guadalupito cancela a la empresa proveedora A&V Guadalupito Constructora SAC la suma de S/. 10, 600.00 soles, por la adquisición de una fotocopiadora marca Konica Minolta modelo Bizhub 211.

20.11. Lo advertido en la documentales oralizadas, se corrobora con el examen del testigo Juan Acevedo Arellano – Gerente Municipal, quien refiere: *“No tenía ninguna función o responsabilidad en la adquisición de bienes, lo cual era competencia del Jefe de Abastecimiento y Logística: Simón Valderrama Bazán. Era el encargado de tramitar los requerimientos que llegaban a su oficina, pero no coordinaba la compra de productos, ya que, era función del Jefe de Logística (verificar el monto, las características), quien además realizaba las cotizaciones y otorgaba conformidad a la adquisición”*.

20.12. En consecuencia, conforme al estudio de los medios probatorios, se encuentra acreditado la relación funcional del acusado en la adquisición de una Fotocopiadora Konica Minolta Bizhub 211 para la Municipalidad Distrital de Guadalupito; pues no solo intervino en el proceso como Jefe del Área Usuaria requiriendo dicho bien, sino que, además actuó como órgano encargado de las contrataciones, al haber elegido la mejor propuesta económica y dar conformidad a la venta realizada por la empresa A&V Guadalupito Constructora SAC.

Respecto de la concertación ilegal entre los acusados

20.13. El delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la “concertación” que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí 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 evidencia codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al estado.⁵⁴⁷

20.14. En el caso que nos ocupa, dada la naturaleza del delito, y ante la carencia de pruebas directas que permitan llegar a la convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados, el sistema

⁵⁴⁷ Recurso de Nulidad N° 1105-2011-ICA, de fecha 22 de agosto de 2012 – fundamento tercero.

de libre valoración de la prueba permite al juzgador utilizar la prueba directa o indiciaria, a fin de deducir la existencia de cualquiera de los elementos que se discute. En tal sentido, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 158° inciso 3) del Código Procesal Penal, que señala: *“La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes”*.

20.15. De igual forma, cabe destacar lo desarrollado en el Expediente N° 185-2011-Lima, donde se indica: *“En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente – incluso puede ser conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico – sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros: Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos. Precios sobrevaluados o subvaluados. Inexperiencia comercial de los postores. Plazo de la garantía de los postores. Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios, inferiores o superiores respectivamente a los requeridos. Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de Selección. Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta. La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor. Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas. La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas. Apariencia de ejecución de la contratación. Reintegro a los terceros interesados. Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia”.⁵⁴⁸ En otras palabras, la concertación o el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, puede deducirse cuando concurre cualquiera de las circunstancias antes anotadas.*

20.16. Pasando al análisis probatorio, podemos advertir que se ha llegado a establecer la concertación ilegal entre los acusados, en base a los siguientes indicios:

g) La participación directa del acusado Valderrama Bazán en la adquisición del bien. Como ya se ha dicho, el acusado tuvo una intervención importante en el proceso de adquisición de la fotocopiadora marca Konica Minolta modelo Bizhub 211, pues según el requerimiento de compra y los informes que emitió, no solo participó como Jefe del Área Usuaria requiriendo dicho bien, sino además, como órgano encargado de las contrataciones en la Municipalidad. Es decir, de acuerdo con su rol funcional conocía la forma de llevar regularmente un proceso de adquisición, *pudiendo adoptar prácticas que estén al margen de la Ley sin poner en manifiesto su conducta ilícita*; así por ejemplo tenemos que en el Requerimiento N° 09-2010-O-A-MDG dirigido al Gerente Municipal, el acusado no realiza una descripción del bien, únicamente se limita a indicar *“la adquisición de una fotocopiadora”*, hecho que contraviene lo dispuesto en el artículo 13° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala: *“... Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado”*; con ello se advierte que al no encontrarse detallado el bien a adquirir, la propuestas económicas de los proveedores no era viable por no coincidir con las exigencias del área usuaria, sin embargo, en el presente

⁵⁴⁸ Exp. 185-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 11 de abril de 2013).

caso se determinó la contratación a favor de la empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, respecto de quien no se cuestionó la autenticidad de su propuesta económica.

- h) **La falsedad de las proformas presentadas supuestamente por las Empresas Maquinarias JAAM SA - Máquinas y Maquinarias SAC.** A este escenario concurrió a declarar el testigo Adrián Gerardo Gago Pérez - *Gerente General de la primera empresa*, quien refiere no haber presentado ninguna propuesta económica a la entidad agraviada sobre la compra de una fotocopiadora, es más reconoce que nunca ha presentado cotizaciones, pues tiene oficinas en Lima, Arequipa, Huancayo, Cuzco y Piura, y además las cotizaciones que presenta al Estado llevan su firma. Esta información permite colegir que la propuesta económica obrante a folios 29, que fuera presentado a nombre de la Empresa Maquinarias JAAM SA no corresponde a la voluntad de su gerente general, es decir, se trata de un documento falso. Ello en atención, que por parte del testigo existe una declaración firme y espontánea en señalar que dicha propuesta no fue presentada por su empresa; asimismo, desde el aspecto subjetivo no existiría un interés abierto en presentar una propuesta económica ante la Municipalidad Distrital de Guadalupito, ya que, las oficinas de la empresa no son aledañas a la misma; además, la firma que aparece en dicho documento y que se le atribuye a Edwin Nizama Fernández divergen gráficamente con la firma que registra en su ficha RENIEC (véase folios 38).

En el mismo sentido, la propuesta económica obrante a folios 32, que fuera presentada a nombre de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC, se advierte que se trata de un documento falso. En mérito a que el documento no se encuentra firmado por el representante legal o gerente general de dicha empresa, sino por el supervisor de ventas, es decir, dada la formalidad de las contrataciones públicas la persona idónea para presentar una propuesta económica es el representante de una empresa, lo cual en el presente caso no se verifica, por lo que, el documento en estudio carecería de invalidez; asimismo, desde el aspecto subjetivo tampoco existiría un interés abierto en presentar una propuesta económica ante la entidad agraviada, ya que, la oficina de la empresa se encuentra ubicada en la ciudad de Chimbote; además, la firma que aparece en dicho documento y que se le atribuye a Ismael Gaona Rocha divergen gráficamente con la firma que registra en su ficha RENIEC (véase folios 39). Con lo cual podemos inferir que la presentación de estas dos propuestas tuvo como finalidad direccionar el proceso de contratación a favor de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, ya que, registraban montos superiores a la propuesta de ésta última (la Empresa Maquinarias JAAM SA en la suma de S/. 10, 699.00 soles y, la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC en la suma de S/. 10, 750.00 soles).

Si bien el acusado Valderrama Bazán en su declaración indagatoria hacer ver que no solicitó las propuestas económicas a las empresas antes indicadas, sino que, las mismas le fueron entregadas por una tercera persona de nombre Confesor Calderón Alfaro; sin embargo, tal información no ha sido corroborada en este juzgamiento, por el contrario, existe certeza del contenido de su Informe N° 115-2010-O/A-MDG, donde refiere que él solicitó las propuestas económicas; **lo cual permite entender que si el acusado fue quién solicitó a las empresas Maquinarias JAAM SA - Máquinas y Maquinarias SAC., propuestas económicas para la adquisición de una fotocopiadora, y las mismas resultaron ser documentos falsos, es porque efectivamente conocía de su falsedad, pretendiendo que la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC sea la empresa proveedora del bien,**

conforme así sucedió. No siendo admisible, que el acusado haya consignado en su informe haber solicitado las propuestas económicas por un tema de mera formalidad, ya que, la actuación de los funcionarios públicos se rige por los deberes de lealtad y probidad (*se toma como cierto lo que establecen en sus informes*).

- i) **Las proformas económicas no registran una diferencia considerable, sin embargo, el contrato por la compra de la fotocopiadora se hizo a favor de la propuesta económica que no fue cuestionada.** Como ya se ha dicho las propuestas económicas presentadas supuestamente por las Empresas Maquinarias JAAM SA - Máquinas y Maquinarias SAC (documentos falsos), registraban precios de adquisición superiores al precio que ofrecía la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, esto es, en la suma de S/. 10, 600.00 soles, no existiendo entre dichas propuestas una diferencia considerable (en relación a la propuesta de la primera empresa una diferencia de S/. 99.00 soles, y de la segunda empresa una diferencia de S/. 150.00 soles). Es decir, desde un plano objetivo las propuestas económicas no variaban significativamente en su precio, cualquiera de las propuestas podía ser acogida por la entidad agraviada (*según la declaración indagatoria del acusado Valderrama Bazán contaba con presupuesto de S/. 12, 000.00 soles*), sin embargo, se decidió la contratación a favor de la propuesta que no fue cuestionada en su autenticidad, ya que, el acusado Arqueros Alvarado en su declaración indagatoria reconoce haber presentado la propuesta económica obrante a folios 26, como representante de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC.
- j) **La sobrevaluación del precio de la fotocopiadora en relación del precio regular de mercado.** Está acreditado con el Contrato N° 037-2010, de fecha 18 de agosto de 2010, que la entidad agraviada dispuso la contratación pública a favor de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, respecto de la adquisición de una fotocopiadora marca Konica Minolta modelo Bizhub 211, por el monto de S/. 10, 600.00 soles. Sin embargo, el acusado Arqueros Alvarado en su declaración indagatoria refiere haber adquirido dicho bien en la ciudad de Chimbote por la suma de S/. 6, 000.00 soles, hecho corroborado con el Contrato N° 000218, de fecha 18 de agosto de 2010, donde consta que la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC adquirió una fotocopiadora de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC, por el valor indicado. Esta diferencia existente entre el valor adquirido inicialmente (S/. 6, 000.00 soles) y el valor objeto de contrato (S/. 10, 600.00 soles), supone que la contratación pública a favor de la empresa representada por el acusado, tenía como propósito obtener un provecho económico en perjuicio del Estado.
- k) **La falta de experiencia de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC en la venta de fotocopiadora.** En efecto, tenemos la declaración indagatoria del acusado Arqueros Alvarado, quien ante la pregunta 3 **¿Qué experiencia tiene usted en la venta de fotocopiadoras a instituciones públicas como son las Municipalidades, ya sean distritales o provinciales?**, respondió: *“En aquella época, no tenía mucha experiencia en este rubro, por lo que, la venta realizada a la Municipalidad Distrital de Guadalupito fue la primera”*. Es decir, el propio acusado reconoce que al momento de los hechos no contaba con experiencia en la venta de fotocopiadoras, empero, sin fundamento alguno vendió a la Municipalidad un

bien sobrevaluado en relación con el precio regular de mercado⁵⁴⁹; más aún, si tenemos en cuenta que el nombre de la empresa “A&V Guadalupito Constructora SAC” se encuentra relacionado directamente al rubro de la construcción civil y edificaciones; con lo cual queda claro que la presentación de propuestas económicas falsas se dio con la finalidad de direccionar la contratación pública a favor de la empresa aludida.

- 1) **El bien fue adquirido originariamente de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC.** Es un hecho acreditado que el bien objeto del Contrato N° 000218, de fecha 18 de agosto de 2010, referido a una fotocopiadora marca Konica Minolta modelo Bizhub 211, fue adquirido inicialmente por la empresa A&V Guadalupito Constructora SAC de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC, por la suma de **S/. 6, 000.00 soles**. Tal situación, corrobora la falsedad de la propuesta económica presentada a nombre de ésta última empresa, toda vez que, el precio de la venta indicada discrepa en absoluto con el precio que se consigna en dicho documento (**S/. 10, 750.00 soles**); es decir, la presentación de propuestas falsas fue necesario para obtener un provecho económico (ilícito), puesto que, las mismas al registrar un precio de venta superior a la propuesta de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, permitió a esta acceder a la contratación pública.

20.17. En cuanto al razonamiento indiciario, el Tribunal Constitucional ha establecido: *“Si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, como se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios” (...)* Para el Tribunal Constitucional la prueba indiciaria. (...) lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que deber estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe ser plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indicado, lo que se trata de probar (delito); y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros deber ser directo y preciso, pero además deber responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos”⁵⁵⁰

20.18. PREMISA MAYOR (REGLA DE LA EXPERIENCIA)

Primera: La existencia de propuestas económicas falsas, que permitieron al proveedor acceder a una contratación pública, permite colegir una concertación ilícita, si es que el funcionario público que intervino durante el proceso de contratación advirtió la falsedad de las mismas.

Segunda: La adquisición de un bien para un entidad estatal, no se entrega a cualquier proveedor por el sólo mérito de haber presentado una mujer propuesta económica, si es que previamente no se conoce algunos antecedentes de la empresa, para una mejor toma de decisión.

20.19. PREMISA MENOR. Indicios o hechos probados:

⁵⁴⁹ Según las facturas de la Empresa Maquinarias Jaam SA, el valor de una fotocopiadora marca Konica Minolta marca Buzhub 211 oscilaba entre \$/. 1, 3900.00 dólares americanos (aproximadamente seis mil soles).

⁵⁵⁰ CACERES JULCA, Roberto. La Prueba Indiciaria en el Proceso Penal. Primera Edición, Editorial Instituto Pacífica. Lima –Perú. 2017. Pág. 159.

- **La participación directa del acusado Valderrama Bazán en la adquisición del bien**, no solo participó como Jefe del Área Usuaria, sino como órgano encargado de las contrataciones en la Municipalidad Distrital de Guadalupito (se entiende en contrataciones donde el bien no superaba las 3UIT - compra directa).
- **La falsedad de las proformas presentadas supuestamente por las Empresas Maquinarias JAAM SA - Máquinas y Maquinarias SAC**, se presentó documentos falsos con el fin de direccionar la contratación pública a favor de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC.
- **Las proformas económicas no registran una diferencia considerable**, sin embargo, el contrato por la compra de la fotocopiadora se hizo a favor de la propuesta económica que no fue cuestionada.
- **La sobrevaluación del precio de la fotocopiadora en relación del precio regular de mercado**, la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC adquirió la fotocopiadora de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC por el valor de S/. 6, 000.00 soles, empero, sin fundamento alguno le vendió a la Municipalidad a un precio sobrevaluado (S/. 10, 600.00 soles).
- **La falta de experiencia de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC en la venta de fotocopiadora**, era la primera vez que vendía ese tipo de bien.
- **El bien fue adquirido originariamente de la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC**, el propio acusado reconoce que la fotocopiadora lo adquirió de la empresa mencionada, respecto de quien se presentó una propuesta económica falsa.

20.20. En base a lo desarrollado tenemos la siguiente conclusión: Si existió una concertación ilícita entre los acusados Simón Valderrama Bazán y Santos Andrés Arqueros Alvarado en la adquisición de una fotocopiadora marca Konica Minolta modelo Bizhub 211 para la Municipalidad Distrital de Guadalupito; pues se presentaron propuestas económicas falsas y con precios superiores a fin de direccionar la contratación a favor de la Empresa A&V Guadalupito Constructora SAC, quien no tenía experiencia en la venta de dicho bien, y sobrevaluó el precio de adquisición, para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado; siendo tales hechos, de conocimiento del acusado Valderrama Bazán - por haber intervenido durante el proceso de contratación, como Jefe de Área Usuaria y Órgano Encargado de las Contrataciones en la Municipalidad.

20.21. Cabe destacar, que por parte de la defensa no se ha resaltado contraindicios que desvirtúen el análisis de la prueba indiciaria, por el contrario, ha quedado acreditado la existencia de indicios plurales, concomitantes, convergentes, los cuales permiten inferir una concertación ilícita de parte de los acusados en la adquisición de una fotocopiadora, que finalmente favoreció a la Empresa A&V Guadalupito Constructora; no siendo admisible la tesis de la defensa que el acusado Valderrama Bazán haya actuado conforme a sus funciones legales, al advertirse que no cumplió con detallar en su requerimiento las características del bien (especificaciones técnicas), y que conocía sobre la falsedad de las propuestas económicas.

Respecto del peligro potencial ocasionado al patrimonio del Estado

20.22. Como se ha establecido en los fundamentos de derecho, el delito de Colusión Simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. **No obstante**, a dicho criterio en el presente caso, además de verificarse la concertación ilegal de los acusados en el proceso de adquisición -lo cual obviamente ha transgredido los principios que rigen una

contratación pública (*Principio de Moralidad, Imparcialidad, Transparencia*)⁵⁵¹ imposibilitando a la Municipalidad Distrital de Guadalupe que adquiriera un bien en mejor condición de precio-; también se verifica un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, toda vez que, la fotocopiadora objeto de adquisición fue vendida a la entidad edil por la suma de S/. 10, 600.00 soles, cuando su precio regular en el mercado, según la declaración indagatoria del acusado Arqueros Alvarado y el Contrato N° 000218, de fecha 18 de agosto de 2010 emitida por la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC, asciende al valor de S/. 6, 000.00 soles, existiendo una sobrevaluación de S/. 4, 600.00 soles, lo cual pone en manifiesto la intención de los acusados para defraudar al Estado (**monto sobrevaluado que será tomado en cuenta al momento de fijar la reparación civil**).

Respecto del dolo “Consciencia y Voluntad”

20.23. Al respecto, está fuera de toda duda razonable y ha quedado acreditado en juicio, los elementos objetivos del delito de Negociación Incompatible, y respecto del **elemento subjetivo del tipo**, para verificar la existencia del elemento doloso o intencional en el presente caso, ha de tenerse en consideración lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima: “Que, el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es Evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, (...) Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo- conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia”.⁵⁵²

20.24. Que, analizada la conducta externa de los acusados Simón Valderrama Bazán y Santos Andrés Alvarado Arqueros se puede apreciar la voluntad criminal de concertarse ilícitamente en la adquisición de una fotocopiadora para la Municipalidad Distrital de Guadalupe; el primero, participó de manera directa en todo el proceso de contratación, tanto como área usuaria y órgano encargado de la contratación, dando conformidad a un bien sobrevaluado en su precio; el segundo, presentó una propuesta económica sin considerar el precio regular de mercado y por el cual inicialmente lo había adquirido, consignando en dicho documento un valor que no se diferencia considerablemente con las propuestas falsas de las otras empresas, siendo tal dato relevante para acceder a dicha contratación; quedando evidenciado el elemento doloso e intencional de defraudar patrimonialmente al Estado.

OCTAVO: RESPECTO A LA ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

Del debate probatorio, se ha llegado a la convicción judicial que los acusados **Simón Valderrama Bazán y Santos Andrés Arqueros Alvarado**, no se encuentran en ninguno de los presupuestos de antijuricidad que contempla el artículo 20° del Código Penal, al verificarse que se trata de personas que gozan de sus facultades mentales, con capacidad plena, según se aprecia del juicio oral, con grado de instrucción secundaria; pudiendo haberse esperado de los acusados una conducta diferente a la que realizaron; por lo que, del análisis de los autos y de la compulsión de las pruebas actuadas conforme a los principios que rigen el debido proceso; se aprecia que existen suficientes elementos de prueba que han permitido determinar de manera incuestionable la existencia del delito de Colusión, así como su responsabilidad penal; por ende, corresponde emitir una sentencia condenatoria, de conformidad con el artículo 399° del Código Procesal Penal.

⁵⁵¹ Previstos en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1017.

⁵⁵² Recurso de Nulidad N° 2167-2008/ Lima, de fecha 10 de diciembre del año 2010, fundamento jurídico octavo.

NOVENO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

i. Que, al hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se debe realizar la individualización y determinación de la pena concreta a imponerse, de conformidad con el Art. 45°-A del CP, observando las siguientes etapas:

- **Identificación de la pena abstracta, identificando el espacio punitivo de determinación a partir de la pena privativa de libertad prevista en la ley para el delito y la división en tres partes.** Que, en el presente caso, estando a que el tipo penal materia de acusación es Colusión, la pena aplicable es **NO MENOR DE TRES NI MAYOR DE QUINCE AÑOS**; siendo que las partes en las que se divide la misma serían:

Tercio Inferior: De tres a siete años (3 – 7 años)

Tercio intermedio: De siete años un mes a once años (7 años 1 mes - 11 años)

Tercio superior: De once años un mes a quince años (11 años 1 mes - 15 años)

- **Determinación del espacio punitivo concreto aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.** Que, en el presente caso, se ha advertido la existencia de circunstancias atenuantes genérica, la cual es la siguiente:
Atenuantes Genéricas: i) Carencia de Antecedentes Penales
- **Determinación de la pena concreta.** Que, existiendo solamente una atenuante Genérica, la pena debe situarse en el tercio inferior esto es entre tres a siete años (3 – 7 años).

j. Además, para determinar la pena concreta a imponerse, luego de haberse determinado el espacio de punición concreto en los que ha de oscilar la pena a imponerse a los acusados, se debe tener en cuenta el Art. 45° CP, según el cual se debe tener en cuenta la cultura y costumbres del agente y los intereses de la víctima; por lo que, considerando que los acusados tienen una edad regular y cuentan con ingresos mensuales, la pena concreta se fija en **TRES AÑOS** de pena privativa de libertad.

k. Respecto del carácter de la pena, conviene citar el artículo 57° del Código Penal que establece:
“El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años (artículo vigente a la fecha de los hechos).

l. Estando a la graduación de la pena, donde se ha establecido la pena de cuatro años de privación de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena por el periodo de dos años, guarda proporción con la comisión del delito materia de juzgamiento; en cuanto a la prognosis de conducta futura favorable, se aprecia que se trata de personas que no tienen antecedentes penales, a la fecha no se encuentran afrontando otro proceso y no han sido declarados reo contumaz; siendo así este órgano jurisdiccional, impondrá la suspensión de la ejecución de la pena por el plazo antes indicado, debiendo fijarse las reglas de conducta de conformidad con lo

dispuesto en el artículos 58° y los apercibimientos del artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

DECIMO: RESPECTO DE LA PENA DE INHABILITACIÓN.

- r) El Acuerdo Plenario N° 02- 2008, nos enseña 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 (...)*”.
- s) La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón de su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deber ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre el cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo del cargo que en este caso se cumple acabadamente”.⁵⁵³
- t) Respecto al tiempo de la inhabilitación, en atención a su relación con la pena privativa de libertad impuesta ha de ser proporcional. El artículo 426°, vigente a la fecha de los hechos, establecía “*Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2*”.
- u) Para el caso concreto, la inhabilitación deberá guarda relación con el plazo de la pena privativa de la libertad, inhabilitación que debe ser impuesta por imperio del principio de legalidad, conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal, por lo que estando a la gradualidad de la sanción penal, corresponde imponer la **inhabilitación para obtener cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público por el periodo de TRES AÑOS.**

DÉCIMO PRIMERO: REPARACIÓN CIVIL.

- a) El artículo 93° del Código Penal prescribe: *La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Que, en cuanto a la reparación civil a fijarse, debe tenerse en cuenta, la proporción, naturaleza y trascendencia del daño ocasionado a la víctima en relación a las condiciones socio económicas de su autor, agregado a ello debe señalarse que la reparación civil es una institución que se rige por el Principio del daño causado, cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico en su totalidad. En tal sentido, el monto por concepto de reparación civil ha de fijarse de manera prudencial.

⁵⁵³ Recuso de Nulidad N° 379-2015 del 24 de agosto de 2015, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 600.

- b) En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. (...).⁵⁵⁴
- c) La Procuraduría está solicitando el monto de S/. 50, 000.00 soles por concepto de reparación civil. Solicitud que debemos analizarlo desde los componentes de la responsabilidad extra contractual^{555 556}:
- **Antijuricidad.** Ha quedado evidenciado en juicio que la conducta del acusado Valderrama Bazán ha vulnerado las normas que rigen el correcto actuar de un funcionario público, afectando el bien jurídico tutelado por el tipo penal, de cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación, así como proteger el patrimonio del Estado⁵⁵⁷; habiéndose concertado ilícitamente con su co-procesado Arqueros Alvarado en la adquisición de una fotocopiadora para la entidad edil.
 - **Factor de atribución.** Se verifica la existencia del dolo directo.
 - **Relación de causalidad.** La acción generadora del daño y el evento dañoso, se ha determinado en el presente proceso, por cuanto los acusados con su accionar, han realizado y contribuido con la realización de la conducta típica, la misma que se ha materializado al lesionar el interés patrimonial (sobreevaluación del bien adquirido) y extra patrimonial del Estado.
 - **Daño producido.** Se ha producido un daño extra patrimonial y patrimonial al Estado. En tanto que el funcionario público ha lesionado el recto funcionamiento de la administración pública, a la imparcialidad en las contrataciones, y además se ha producido un perjuicio económico al Estado con la sobreevaluación de la fotocopiadora adquirida.
- d) Se ha determinado que la suma de S/. 4, 600.00 soles corresponde al monto sobreevaluado, y respecto del daño extra – patrimonial, si bien no hay una tabla o valores exacto, con criterios de proporcionalidad se fija en la suma S/. 3, 400.00 soles; correspondiendo imponerle a los acusados un pago de reparación civil en la suma de S/. 8, 000.00 soles (OCHO MIL SOLES), que corresponde a S/. 4, 600.00 soles por el monto sobreevaluado y S/. 3, 400.00 soles como

⁵⁵⁴Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; del 13 de octubre del 2006 fundamento jurídico 10.

⁵⁵⁵“(…) 1. **El hecho ilícito (antijuricidad)** Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. (...) 2. **El daño causado**, El daño es un elemento tanto de la responsabilidad contractual como extra-contractual. En este orden de ideas, la denominada reparación civil derivada del delito tiene como presupuesto el daño causado. (...) 3. **La relación de causalidad**, puede definirse como <<el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa a efecto (...) 4. **Factores de Atribución**, (...) también denominados criterios de imputación de responsabilidad civil, sirven para determinar cuándo un determinado daño antijurídico, cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a éste a indemnizar a la víctima. Estos factores se agrupan en dos sistemas: el sistema objetivo y el sistema subjetiva. Como consecuencia de estos sistemas, existen factores de atribución objetivos y subjetivos, respectivamente. Son factores de atribución subjetivos: el dolo y la culpa. Son factores de atribución objetivos: el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y la equidad (...)”. GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo; La Reparación Civil en el Proceso Penal; En: Pacífico Editores, Lima, 2011, págs. 120 – 129.

⁵⁵⁶ Casación N° 1072-2013-Ica.

⁵⁵⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la administración pública. Editorial Nomos & Thesis. Segunda Edición. Lima, junio 2017. Pág. 199

indemnización, que será pagado en cuatro cuotas mensuales de S/. 2, 000.00 soles cada una; pago que se efectivizará mediante depósito judicial en el Banco de la Nación, debiendo presentarse en el despacho fiscal para el endose a la parte agraviada, y el control respectivo.

- e) La suma fijada como reparación civil será cancelado por los acusados en ejecución de sentencia y como regla de conducta; pues al respecto, *“El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1428-2002-HC/TC (fundamento 2), ha precisado que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, se privilegia (...) fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”*⁵⁵⁸
- f) El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta – Según la Corte Suprema- *en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores jurídicos”. El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”*.⁵⁵⁹

DÉCIMO SEGUNDO: COSTAS. Conforme al artículo 497º y siguiente del Código Procesal Penal, toda decisión que ponga fin al proceso penal establecerá quien debe soportar las costas del proceso. Las Costas son impuestas al acusado cuando sea declarado culpable, así deberá declararlo el Juzgador.

III.- PARTE RESOLUTIVA

POR ESTAS CONSIDERACIONES, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, de conformidad con los artículos 12º, 23º, 45º, 93º y 384º del Código Penal, concordantes con el artículo 397º y 399º del Código Procesal Penal; y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú: **FALLA:**

6. **CONDENANDO** a los acusados **SIMÓN VALDERRAMA BAZÁN** y **SANTOS ANDRES ARQUEROS ALVARADO**, como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSION**, previsto en el artículo 384º del Código Penal, en agravio del **ESTADO** – *representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad*; y como tal se les impone como pena principal: **TRES AÑOS** de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años.

⁵⁵⁸ EXP. N.º 03556-2012-PHC/TC - JUNÍN, caso SERAFÍN MARTÍN ESTRADA QUISPE.

⁵⁵⁹ Recurso de Nulidad N.º 3008-2010, del 22 de setiembre de 2010, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. EL DELITO DE COLUSION. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima –Perú. 2017. Pág. 625.

7. **SE LES IMPONE** como pena accesoria: *la inhabilitación* consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público por el plazo de tres años, de conformidad con el artículo 36° incisos 1) y 2) del Código Penal.

8. **SE FIJA** por concepto de reparación civil la suma de **OCHO MIL SOLES** a favor de la parte agraviada, que deberán cancelar los acusados en forma solidaria; cumpliendo las siguientes reglas de conducta:
 - g) No variar de domicilio el que han indicado en esta audiencia sin que previamente pongan en conocimiento del Juzgado de ejecución y del Ministerio Público.
 - h) Concurrir cada treinta días a la Oficina de Control Biométrico de ésta Corte Superior de Justicia, a fin de que justifique sus actividades y firme el libro respectivo.
 - i) No cometer nuevo delito doloso de la misma naturaleza
 - j) Cumplir con el pago íntegro de la reparación civil, dentro de los cuatro meses siguientes de quedar firme la presente sentencia, en cuotas mensuales de dos mil soles cada una.

Bajo apercibimiento, de aplicarse lo previsto en el artículo 59° inciso 1) y 3) del Código Penal, es decir, la *amonestación* y posterior *revocatoria* de la pena suspendida por pena efectiva.

9. **CON PAGO DE COSTAS.**

10. **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** la sentencia, en consecuencia, **CÚRSESE** los Boletines y Testimonio de Condena para su inscripción en el Registro correspondiente. **REMÍTASE** en su oportunidad los actuados al Juzgado correspondiente para la ejecución de la Sentencia. **NOTIFÍQUESE.**

ANEXO VII

SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA



PRIMERA SALA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

Expediente N° : 01352-2015-52-1601-JR-PE-10
Procedencia : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO
Especialista Legal : LUIS MENDOZA ROJAS
Especialista de Audiencia : WILFREDO RODRÍGUEZ BECERRIL

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA PÚBLICA DE APELACIÓN DE SENTENCIA- REALIZADA MEDIANTE APP GOOGLE HANGOUTS MEET - VIDEOCONFERENCIA

I. INTRODUCCION:

En la ciudad de Trujillo, siendo las **02:15 p.m.** del día **26 de noviembre del 2020**, se constituye de manera virtual (videoconferencia) la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones conformada por los Señores Jueces Superiores: Señora Jueza Superior Titular **Dra. NORMA BEATRÍZ CARBAJAL CHÁVEZ** (Presidenta de Sala y Director de Debate), conjuntamente con el Señor **Juez Superior Titular Dr. RODOLFO MANUEL SOSAYA LOPEZ** (Reemplaza al Dr. VICTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS por motivo de inhabilitación) y el Señor Juez Superior Titular **Dr. MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIÁN**; para conocer la **APELACIÓN de SENTENCIA CONDENATORIA** contenida en **RESOLUCIÓN N° TREINTA Y CINCO** de fecha **16 de setiembre del 2019**, en el proceso seguido contra **JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ y OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO** por el delito **COLUSIÓN AGRAVADA** en agravio de **EL ESTADO – EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA LIBERTAD S.A. (SEDALIB SA)**; dejándose constancia que la presente audiencia será registrada mediante el sistema de audio y video a través de la **Aplicación Google Hangouts Meet** (Videoconferencia), cuya grabación reflejará el desarrollo de la misma.

II. VERIFICACIÓN DE LA PRESENCIA DE LOS INTERVINIENTES:

1. **FISCAL: DRA. ADA MARGOTH PEÑARANDA BOLOVICH**, Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Penal Superior de La Libertad, domicilio procesal en la Sede Institucional del Ministerio Público de esta ciudad, **casilla electrónica N° 59561**, correo electrónico **adapenarandab@gmail.com**.
2. **PROCURADURIA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD CONSTITUIDO EN ACTOR CIVIL: DRA. SANDRA FANNY GAITAN MIÑANO**, Reg. CALL N° 3086 y domicilio procesal en la **Casilla Electrónica N° 53298**, correo electrónico **ppanticorruccionlalibertad@gmail.com**.
3. **DEFENSA DEL SENTENCIADO RECURRENTE CALDERON DEL RIO: DR. CESAR AUGUSTO ALVA FLORIAN**, Reg. CALL N° 1098, con domicilio procesal en la calle Las Magnolias N° 338, Urb. California – Trujillo, casilla electrónica N° 102951, correo electrónico **aalvaf07@gmail.com**.

4. **DEFENSA DEL SENTENCIADO RECURRENTE MORENO MARQUEZ: DRA. NORA LUZ TORRES MORALES,** Reg. CALL N° 1293, casilla Electrónica N° 1871, correo electrónico NTORRES_MORALES@HOTMAIL.COM.
 5. **SENTENCIADO: JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ, DNI N° 17824654.**
 6. **SENTENCIADO: OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO 17921684**
- LAS PARTES PARTICIPAN DE LA AUDIENCIA MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA.**

III. ALEGATOS DE INICIO:

Director de Debates: Se declara instalada la presente audiencia y se dispone que se dé lectura de la parte resolutive de la sentencia apelada; así como del recurso de apelación (pretensión concreta) presentado por la parte recurrente.

Especialista de Audiencia: Procede a dar lectura a lo solicitado por el Director de Debates.

Director de Debates: Se le pregunta al abogado defensor, si se ratifica el su recurso impugnatorio.

Defensa del sentenciado Calderón Del Rio: Si, se ratifica y solicita como **pretensión impugnativa** que se **REVOQUE** la sentencia impugnada y se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos que se le imputa por parte del Ministerio Público o que se declare **NULA** la venida en grado de encontrarse vicios de nulidad insalvables.

Defensa del sentenciado Moreno Márquez: Si, se ratifica y solicita como **pretensión impugnativa** que se **REVOQUE** la sentencia impugnada y se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos que se le imputa por parte del Ministerio Público o que se declare **NULA** la venida en grado de encontrarse vicios de nulidad insalvables.

Fiscal: Solicita se **CONFIRME** la resolución apelada, por cuanto se encuentra arreglada a derecho en todos sus extremos.

Procuraduría: Solicita se **CONFIRME** la resolución apelada en el extremo que dispone la reparación civil, por cuanto se encuentra arreglada a derecho.

La totalidad de la incidencia queda registrada en audio.

IV. ACTUACION DE MEDIOS DE PRUEBAS ADMITIDOS:

Director de Debates: Señor asistente de audiencias, informe si han sido admitidas pruebas en segunda instancia.

Especialista de Audiencia: No se han admitido u ofrecido pruebas en esta instancia.

La totalidad de la etapa queda registrada en audio.

V. DECLARACIÓN DEL SENTENCIADO:

Sentenciado JOSE CARLOS MORENO MARQUEZ: Otorga su declaración con respecto a los hechos materia del presente proceso; responde interrogatorio realizado por su Defensa, por el Fiscal, por la defensa del procesado Calderón del Rio y abogada de la Procuraduría.

Sentenciado OSCAR WILFREDO CALDERON DEL RIO: Otorga su declaración con respecto a los hechos materia del presente proceso; responde interrogatorio realizado por su Defensa, por el Fiscal, por la defensa del procesado Moreno Márquez y abogada de la Procuraduría.

La totalidad de la declaración del acusado queda registrada en audio.

En este estado la Sala pasa a expedir la **RESOLUCION NÚMERO CUARENTA Y CUATRO:** Se resuelve **SUSPENDER** la presente audiencia para continuarla el día **01 de diciembre del 2020 a horas 03:00 p.m.;** precisando que la misma se realizará mediante el sistema de audio y video a través de la **Aplicación Google Hangouts Meet** (Videoconferencia), para lo cual se remitirán las invitaciones para conexión mediante correos electrónicos. Quedan en este acto notificadas las partes procesales concurrentes, bajo los mismos apercibimientos dictados para la presente audiencia.

VI. IMPUGNACIONES y/o SOLICITUDES:

Directora de Debates: Se dispone remitir copia de acta de esta audiencia y enlace de video a las partes.

VII. CONCLUSION: Siendo las **04:20 p.m.**, se da por concluida la audiencia.



***Sumilla.** Para la configuración del delito de colusión no basta la mera existencia de irregularidades administrativas sino la acreditación (mediante prueba directa o indirecta) de un acuerdo colusorio entre el “intraneus” y el “extraneus”, de modo que sea posible identificar el momento donde se produjo, es decir en la generación de la necesidad del servicio, redacción de bases, selección, contrato, ejecución de servicio u obra, supervisión, conformidad o pago. Habiendo valorado todos los argumentos de impugnación y contrastado con la prueba actuada en juicio verificamos que la sentencia condenatoria dictada contra Moreno Márquez y Calderón del Río no solo se encuentra defectuosamente motivada en el razonamiento inferencial de la prueba indiciaria sino que, además, no existe evidencia sobre el acuerdo colusorio imputado por el Ministerio Público, siendo –en todo caso– un posible incumplimiento contractual propio del derecho civil pero sin relevancia para el derecho penal.*

EXPEDIENTE : 1352-2015-52-1601-JR-PE-10
ESPECIALISTA : LUIS MIGUEL ALAYO RUIZ
DELITO : COLUSION AGRAVADA
PROCESADOS : JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ
OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RÍO
AGRAVIADO : EL ESTADO - SEDALIB
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA

SENTENCIA DE VISTA

Resolución número cuarenta y siete

Trujillo, veintidós de diciembre
de dos mil veinte

VISTA Y OÍDA en audiencia pública las apelaciones interpuestas por las defensas técnicas de **JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ** y **OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RÍO** contra la sentencia del **DIECISEIS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL DIECINUEVE** mediante la cual el **OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO** los condena como **AUTOR** y **COMPLICE PRIMARIO**, respectivamente, del delito de **COLUSION AGRAVADA** en agravio del **ESTADO- EMPRESA DE SERVICIO DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE LA LIBERTAD SA**; estando conformada la **PRIMERA SALA PENAL DE**

APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD por los señores jueces superiores titulares **NORMA BEATRÍZ CARBAJAL CHÁVEZ** (presidente), **MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIÁN** y **MANUEL RODOLFO SOSAYA LOPEZ**, quienes dictan por **MAYORÍA** la siguiente resolución.

PRIMERO. ANTECEDENTES DEL CASO.

- 1.1.** Mediante sentencia del dieciseis de setiembre del dos mil diecinueve el Octavo Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo condenó a José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Rio como autor y complice primario, respectivamente, del delito de colusion agravada en agravio del Estado - Empresa de Servicio de Alcantarillado y Agua Potable de La Libertad SA (SEDALIB SA), imponiéndole seis años de pena privativa de libertad efectiva, el pago por concepto de reparación civil de S/ 25 000.00 soles de forma solidaria e inhabilitación de privación, incapacidad o impedimento paea ejercer cargo público por el plazo de seis años.
- 1.2.** Dentro del plazo de ley las defensas técnicas de José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Rio interpusieron recursos de apelación, postulando como pretensión la revocatoria y, reformándola se absuelva a sus patrocinados.
- 1.3.** Admitido los recursos y celebrados los trámites regulares, en sesiones consecutivas del veintiséis de noviembre, uno y diez de diciembre del año corriente se realizó -vía telemática- la audiencia de apelación, participando la Fiscal Superior, Ada Margoth Peñaranda Bolovich, la representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad, abogada Sandra Fanny Gaitán Miñano, la defensora de José Carlos Moreno Márquez, abogada Nora Luz Torres Ibañez, el defensor de Oscar Wilfredo Calderón Del Rio, abogado César Augusto Alva Florian, así como los propios acusados.
- 1.4.** La defensa de José Carlos Moreno Márquez solicitó se revoque la sentencia impugnada y, reformándola, se lo absuelva de los cargos imputados.
- 1.5.** La defensa de Oscar Wilfedo Calderón del Río solicitó se revoque la sentencia impugnada y, reformándola, se lo absuelva de los cargos imputados.
- 1.6.** La representante del Ministerio Público solicitó se confirme la sentencia apelada, al encontrarse arreglada a derecho.

- 1.7. Igualmente, la defensa de la Procuraduría Pública solicitó se confirme la sentencia venida en grado.

SEGUNDO. PREMISA NORMATIVA

- 2.1. La conducta imputada a los acusados se encuentra tipificada en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal; el cual prescribe:

Artículo 384.- Colusión simple y agravada⁵⁶⁰

[...] 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”.

- 2.2. Según la imputación del caso concreto, el comportamiento prohibido y sancionado del delito se consumó cuando el funcionario público (José Carlos Moreno Márquez), quien por razón de su cargo intervino directamente en la contratación de servicios de asesoría jurídica, mediante concertación con el interesado (Oscar Wilfredo Calderón Del Rio), defraudaron patrimonialmente al Estado.

Sobre la Garantía de Presunción de inocencia.

- 2.3. La presunción de inocencia es una garantía fundamental en virtud de la cual toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad mediante sentencia firme.
- 2.4. El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal desarrollando dicha garantía (prevista como derecho fundamental en el artículo 2° inciso 24) literal “e” de la Constitución Política) estableciendo que para declarar la responsabilidad penal de una persona se requiere de suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, de modo que sólo podrá imponerse condena si culminada dicha actividad se han logrado probar los hechos más allá de toda duda razonable.

⁵⁶⁰ Texto vigente antes de la modificatoria introducida con Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre 2013.

- 2.5. El Tribunal Constitucional se ha referido en múltiples sentencias sobre la relevancia y contenido de las garantías de “presunción de inocencia” y valoración probatoria”, como en los expedientes N°2487-2012-PA/TC y N°3997-2013-PHC/TC, donde definió:

“... tanto la presunción de inocencia como el in dubio pro-reo inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absoluta, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas - desde el punto de vista subjetivo del juez - genera duda de la culpabilidad del acusado (in dubio pro reo), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente (...)”

Sobre la Garantía de la Debida Motivación.

- 2.6. El artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política reconoce como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite.
- 2.7. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional se ha referido también en múltiples sentencias sobre la abrumadora relación existente entre las garantías de “tutela judicial efectiva” y “motivación de las resoluciones judiciales” (garantía que incluso se extiende a las resoluciones de ámbito no judicial sino administrativo, como lo define el expediente N°04101-2017-PA/TC), tales como los expedientes Nros. 5601-2006-PA/TC, N°3433-2013-AA, o el emblemático caso Llamuja Hilares, expediente N°728-2008-PHC/TC, donde precisa que la resolución debe exhibir los fundamentos de hecho y derecho sobre los que el Juez toma su decisión, de manera que se expliciten o exterioricen las circunstancias y premisas que orientan tanto argumentación como la decisión.

Competencia de la Sala de Apelaciones.

- 2.8. El artículo 409° inciso 1 del CPP, establece que “La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”; por otro lado, el artículo 419° inciso 1 del

acotado prescribe que “La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho”; específicamente en lo relativo a la sentencia de segunda instancia, el artículo 425º inciso 3 literal a) de la norma procesal establece que la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

TERCERO. PREMISAS FÁCTICAS

3.1. Según se desprende de la acusación y sentebcia, los hechos materia de imputación consisten en lo siguiente: (SIC)

“Durante el año 2012, el abogado José Carlos Moreno Márquez – Sub Gerente de Asesoría Jurídica de Sedalib S.A., mediante cuatro (04) requerimientos de Asesoría Legal, solicitó a la Central – Virtual de Compras, la contratación del servicio de asesoría legal (defensa) dentro del Distrito Judicial de La Libertad, para cuatro (04) expedientes judiciales seguidos contra Sedalib SA, lo que generó la emisión de las Órdenes de Servicio N° 2012001011, 2012000784, 2012000268 y 2012000353. Para ello, se contrató al abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río quien, según la descripción de los servicios, realizaría el patrocinio legal de la entidad antes mencionada respecto de cuatro (04) procesos judiciales: 1. Expediente N° 1756-2012 seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral, ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo; 2. Expediente N° 746-2012 seguido por la Sociedad Agrícola Virú sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil; 3. Expediente N° 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre Nulidad de Resolución, ante la Primera Sala Civil; y 4. Expediente 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre Proceso de Amparo, ante la Primera Sala Civil.

Es así que, el abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río emite sus recibos por honorarios por el ejercicio del patrocinio legal de los procesos ya señalados; cancelándosele por adelantado la suma total de S/. 42, 000.00 nuevos soles, a razón del siguiente orden: 1. Recibo por Honorarios N° 001-000349 de fecha 19.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 2. Recibo por Honorarios N° 001-000348 de fecha 15.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 3. Recibo por Honorarios N° 001-000369 de fecha 08.06.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; y 4. Recibo por Honorarios N° 001-000375 de fecha 23.07.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles. Pero no sólo eso sino que además no se cumplió con prestar el patrocinio legal en los cuatro procesos antes mencionados, debiéndose precisar que en la propuesta de servicios elaborada por el mismo Calderón Del Río, para todos los casos, ofertó la formulación del escrito de contestación de demanda; la realización de las gestiones orientadas a obtener sentencia favorable en primera instancia; y asistir a las reuniones de coordinación que fueran solicitadas para la atención debida al caso.

Es como consecuencia de la irregularidad de estos hechos que el Órgano de Control Interno de Sedalib S.A., emitió el Informe Especial N° 01-2013-SEDALIB S.A. –30000 –OCI, en donde se determina que José Carlos Moreno Márquez, en calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica, emitió los requerimientos para la contratación de Oscar Calderón Del Río y además otorgó conformidad a cada uno de los servicios del referido abogado, aun cuando la comisión auditora a cargo de la elaboración del informe especial, después de la revisión de los falsos expedientes

originales de la información proporcionada por la misma Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, llegó a verificar que no se realizaron los servicios para los cuales fue contratado Calderón Del Río; siendo además que tales labores fueron realizadas por el personal a cargo de la Sub Gerencia (abogados Onelia Natalia Limonchi Bonilla y Ricardo Joao Velarde Arteaga), a quienes el mismo Sub Gerente José Carlos Moreno Márquez encargó dichas labores. En otras palabras, aún sin existir la necesidad de efectuar las contrataciones para asesorías legales externas, José Carlos Moreno Márquez gestionó las mismas a favor de Oscar Wilfredo Calderón Del Río, quien a su vez sabiendo que no se había realizado servicio alguno solicitó el pago total de hasta S/. 42, 000.00 nuevos soles, para lo cual posteriormente Moreno Márquez prestó su conformidad como área usuaria.”

CUARTO. AUDIENCIA DE APELACION

- 4.1. En esta superior instancia no fueron presentados nuevos medios de prueba y por tanto no se desarrolló actividad probatoria adicional, siendo que José Carlos Moreno Márquez y Oscar Calderón del Río se sometieron al correspondiente interrogatorio.
- 4.2. En líneas generales las defensas técnicas de ambos acusados sostienen que el A-quo valoró inadecuadamente la actuación probatoria desarrollada en juicio oral, debiendo revocarse la sentencia venida en grado.
- 4.3. El representante del Ministerio Público y la abogada de la Procuraduría Pública, por el contrario, sostuvieron que la sentencia condenatoria se encontraba conforme a derecho y, por tanto, tendría que ser confirmada en todos sus extremos.
- 4.4. En consecuencia, será objeto de conocimiento –y posterior pronunciamiento- de la presente instancia, los específicos cuestionamientos formulados por la parte impugnante contra la sentencia condenatoria a efecto de determinar si el A-quo realizó una adecuada valoración de los medios probatorios cumpliendo la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

QUINTO. ANÁLISIS DEL CASO.

- 5.1. Conforme quedó detallado en el apartado 6.14 de la sentencia impugnada, se encuentra probado (no constituyen hechos controvertidos) que José Carlos Moreno Márquez en su calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica de Sedalib (intraneus) SA intervino directamente en la contratación del servicio de asesoría legal externa de Oscar Calderón del Río (extraneus), formulando los requerimientos de servicio, comunicando las conformidades

y alcanzando los recibos por honorarios, respecto de cuatro procesos judiciales:

- A) Expediente N° 1535-2009.** Requerimiento N°2012000866 de fecha 28 de febrero de 2012, mediante el cual solicita *“Patrocinio de Exp. 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre, sobre Nulidad de Resolución ante la Primera Sala Civil y en donde se ha dictado una medida cautelar que estas afectando la facturación de la empresa”*; proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles; la Central de Compras emitió la orden de servicio N°2012000268, el 01 de marzo 2012 a favor de Oscar Calderón del Río. Moreno Márquez elaboró la Conformidad de Servicio N° 018531 el 15 de marzo de 2012 dirigida a la Gerencia de Administración y Finanzas comunicando la satisfacción del servicio; en la misma fecha emitió el Informe N° 067-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios.
- B) Expediente N° 3772-2011.** Requerimiento N° 2012001208 del 16 de marzo de 2012 donde solicita: *“Patrocinio Judicial del Exp. N° 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre proceso de Amparo ante el Quinto Juzgado Civil”*, proponiendo el pago de S/ 10, 500.00 soles. A mérito de ello, la Central de Compras emitió la Orden de Servicio N° 2012000353 del 16 de marzo de 2012, a favor de Oscar Calderón Del Río. Después, Moreno Márquez generó la Conformidad de Servicio N°018544 del 19 de marzo de 2012, dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, comunicando la satisfacción del servicio; en la misma fecha emitió el Informe N° 068-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ, con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios.
- C) Expediente 746-2012.** Requerimiento N°2012001446 del 04 de junio de 2012, mediante el cual solicita: *“Patrocinio legal en el Expediente Judicial N° 746-2012, seguido por Sociedad Agrícola Virú, sobre obligación de dar suma de dinero contra SEDALIB S.A”*; proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles. Como consecuencia, la Central de Compras emitió la orden de servicio N° 2012000748, de fecha 06 de junio de 2012, a favor

de Oscar Calderón Del Río. Moreno Márquez elaboró la Conformidad de Servicio N° 019632 dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas comunicando la satisfacción del servicio y, en la misma fecha emitió el Informe N° 172-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios.

D) Expediente N° 1756-2012. Requerimiento N° 2012003097 del 17 de julio de 2012 donde solicita *“Patrocinio Legal, del expediente N° 1756-2012, seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral seguido ante el 2do Juzgado Especializado Civil”*; proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles. A mérito de ello, la Central de Compras emitió la Orden de Servicio N° 2012001011 del 20 de julio de 2012 a favor de Oscar Calderón Del Río Moreno Márquez emitió la Conformidad de Servicio N° 020226 del 23 de julio de 2012 dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, comunicando la satisfacción del servicio y, en la misma fecha emite el Informe N° 211-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ con atención al Gerente General Roberto Cesar Vigil Rojas, alcanzando el recibo por honorarios.

- 5.2. El A-quo desestimó la acusación por colusión agravada respecto de los expedientes N°746-2012 y N°1756-2012 pues en ellos quedó probada la efectiva realización de actos de patrocinio legal mediante la presentación de escritos.
- 5.3. Dicha decisión no fue impugnada por el Ministerio Público ni el actor civil, tratándose por tanto de cosa juzgada.
- 5.4. En efecto, respecto de la imputación por colusión agravada de los contraros y pagos por servicios profesionales en los expedientes judiciales N°746-2012 y N°1756-2012 el A-quo señaló: (SIC)

“.... a diferencia de los Expedientes N° 1535-2009 y N°3772-2011, en el presente caso, existen contraindicios que desvanecen el hecho central de la imputación y que probarían que el acusado Calderón Del Río cumplió con el servicio de patrocinio legal.”

- 5.5. En cambio, respecto de los contraros y pagos por servicios profesionales en los expedientes judiciales N°1535-2009 y N°3772-2011 el A-quo estimó que

concurría prueba indiciaria que acreditaba mas allá de toda duda razonable la comisión del delito de colusión agravada, sosteniendo:

*“De la actividad probatoria desplegada, se ha podido identificar **ciertos indicios contingentes**, que nos llevan a la certeza de una **concertación ilegal entre los acusados** José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Río, con motivo del servicio de patrocinio legal de los Expedientes N°1535-2009 y 3772-2011, y que **tuvo como finalidad defraudar** los intereses patrimoniales de la Empresa Sedalib SA; indicios que resultan ser plurales, concordantes, convergentes, y en forma conjunta inciden tanto en la imputación del Ministerio Público como en su responsabilidad penal.”*

5.6. Así pues, respecto del expediente N°1535-2009 el A-quo concluyó:

“En base a los fundamentos esgrimidos, se llega la conclusión que, nunca existió la necesidad de contratar el servicio de patrocinio legal, por cuanto, el Expediente N° 1535-2009 desde un inicio fue tramitado por los abogados de la Empresa Sedalib SA. Si bien los acusados al momento de rendir su manifestación, indican que el servicio consistía en establecer opciones procesales para desestimar la medida cautelar, habiendo realizado distintas coordinaciones para tal efecto. Sin embargo, ello no es un argumento válido para justificar su responsabilidad en los hechos, toda vez que, como ya se ha precisado, el servicio de patrocinio legal implicaba asumir la defensa técnica de la Empresa, presentando escritos que así lo corroboren, hecho que no se ha verificado en los actuados del expediente; es más según el Informe N° 288-2013-SEDALIBD.SA.41000.SGAJ, de fecha 14 de agosto de 2013, emitido por Lucía Peláez Ramírez – Sub Gerente de Asesoría Jurídica, quien se dirige al jefe de OCI, se comunica lo siguiente: “(...) en relación al Cuaderno Cautelar existente en el Expediente Judicial N° 1535-2009 seguido por Magaly Terrones Iparraguirre contra SEDALIB por Nulidad de Resolución Administrativa, se encargó a la abogada Onelia Limochi Bonilla efectuar las averiguaciones en el archivo central del Poder Judicial, lográndose que se trata de un cuadernillo con un total de 106 folios de los cuales no se ha verificado la intervención de SEDALIB SA, formulando ningún tipo de petición o recurso”; es decir, no se advirtió ninguna actuación procesal por parte de la Empresa; no resultando creíble que haya existido coordinaciones entre los acusados, ya que, las mismas debía realizarse no con el Sub Gerente

de Asesoría Jurídica, sino con el abogado interno de la Empresa, a quien estaba designado el expediente.”

5.7. Por otro lado, respecto del expediente N°1535-2009 concluyó:

“Debe entenderse que, el servicio de patrocinio legal no era un servicio genérico como el de asesoría jurídica que brindaba el acusado Calderón Del Río, sino que, era un servicio específico y relacionado con el trámite de un solo expediente, que por su concepto implicaba que el profesional abogado asuma la defensa técnica de la Empresa SEDALIB, es decir, necesariamente en los actuados se debió verificar un escrito presentado por el propio acusado o un profesional de su estudio jurídico, además, de consignarse su domicilio procesal, conforme ocurre con los escritos presentados en los Expedientes N° 746-2012 y 1756-2012 (que serán analizados más adelante); pues sostener que los escritos no debían registrar su domicilio procesal ni la delegación expresa de representación procesal, hacen que el servicio contratado se desnaturalice, ya que, no existiría razón para requerir un servicio de patrocinio legal, sino únicamente de asesoría jurídica, respecto del cual el acusado Calderón Del Río mantenía un contrato vigente [...] En base al análisis desarrollado, se llega la conclusión que, nunca existió la necesidad de contratar el servicio de patrocinio legal, por cuanto el expediente N° 3772-2011 desde un inicio fue tramitado por el abogado Joao Velarde Arteaga – personal de la Empresa Sedalib; debiendo precisar que, respecto de dicho expediente los acusados no han detallado o explicado las presuntas actividades o gestiones realizadas por Oscar Calderón Del Río.”

5.8. En tal sentido, resulta evidente que el tamiz argumentativo del A-quo para determinar la existencia o no de responsabilidad penal fue básicamente si Calderón del Rio (o los abogados de su estudio jurídico) presentaron o no escritos en los expedientes judiciales, descartando responsabilidad en aquellos dos donde sí existieron escritos (expedientes judiciales N°746-2012 y N°1756-2012) y afirmándola en aquellos donde no los hubo (expedientes judiciales N°1535-2009 y N°3772-2011).

5.9. La Sala Superior en mayoría estima que dicho criterio de valoración infringe la proscripción de mera responsabilidad objetiva regulada en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, pues lo relevante en el caso concreto no es solo el ingreso de escritos en los expedientes judiciales sino descartar

otras posibles formas de prestación del servicio de asesoría jurídica (como lo alega la defensa) y, principalmente, probar el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el prestador del servicio.

- 5.10.** En efecto, para la configuración del delito de colusión no basta la existencia de irregularidades administrativas sino la acreditación (mediante prueba directa o indirecta) de un acuerdo colusorio entre el intraneus y el extraneus, de modo que sea posible identificar el momento del proceso donde aquel se produjo, es decir en la generación de necesidad del servicio, redacción de bases, selección, contrato, ejecución, supervisión, conformidad o pago.
- 5.11.** Así lo tiene definido la Corte Suprema de Justicia en uniforme jurisprudencia, como el recurso de nulidad N°2673-2014-Lima del 11 de mayo del 2016, donde la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema definió:

“Octavo. Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá de que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando irregularidades, como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregado materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que éstos actos hayan sido debidamente sustentados, no explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos que éstos realizaron con el extraneus para acreditar su responsabilidad en el delito imputado; pues para la configuración del delito de colusión el tipo exige: Que 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 concierte con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado” [...] Es decir, requiere que el funcionario público concierte con los particulares; en el caso de autos con el sentenciado Mauro Antonio Porras Jara (único extraneus comprendido en el proceso), para defraudar al Estado. Pero no se hace referencia a concertación alguna con dicho imputado; por ende no se efectuó una adecuada fundamentación de la decisión judicial...”

- 5.12.** En el mismo sentido, en el recurso de nulidad N°237-2010-Lima del 05 de abril del 2011 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció que el simple incumplimiento contractual con el Estado no configura “*per se*” delito de colusión, siendo lo central y determinante el acuerdo colusorio con fines defraudatorios.
- 5.13.** Sin embargo, en la sentencia impugnada no existe mayor precisión sobre el acuerdo colusorio entre el intraneus y extraneus, habiendo construido el A-quo un razonamiento inferencial de responsabilidad penal defectuoso, básicamente sobre la base de único indicio o hecho probado: la no presentación de escritos en dos expedientes judiciales.
- 5.14.** La precariedad del razonamiento inferencial con el que pretende construir prueba indiciaria no solo se debe al único indicio probado que valora (no presentación de escritos a los procesos) sino además al hecho de no haber dado respuesta a los contraindicios existentes, en especial el ejercicio de la libertad contractual (pagos por adelantado) y que los servicios de asesoría fueron efectivamente prestados en los procesos N°746-2012 y N°746-2012.
- 5.15.** Tal defecto de motivación bastaría por si solo para declarar la nulidad de la sentencia y el juicio oral, empero, aún debemos valorar los argumentos impugnatorios sobre falta de prueba de responsabilidad penal que, de ser fundados, importarían ya no la nulidad sino la revocatoria de la condena y consecuente absolución.
- 5.16.** Al respecto tenemos que se celebraron contratos entre la entidad estatal (Sedalib SA) y Calderón del Rio para que -mediante su estudio jurídico o sí mismo- brinde asesoría legal en cuatro procesos judiciales, siendo que en dos de ellos quedó definitivamente probado que se presentaron escritos y no en los otros dos.
- 5.17.** Sin embargo verificamos que tanto la modalidad de contrato como la forma de pago fue exactamente la misma en los cuatro expedientes judiciales, lo que evidencia una determinada modalidad de contratación y retribución que se repitió uniformemente, tanto en aquellos casos donde hubo condena como en los que no.

- 5.18. Justamente uno de los argumentos impugnatorios sostiene que la forma de ejecución del servicio y el pago de honorarios profesionales se guiaron por la costumbre y la libertad de contratación de las partes, de modo que los pagos se realizaban por adelantado (en un solo abono inicia sin honorario de éxito), es decir en pleno desarrollo del proceso judicial y, no a su conclusión.
- 5.19. Sobre este punto tenemos que en el expediente N°746-2012 (por el que no hubo condena), el requerimiento N°2012001446 mediante el cual se solicita *“Patrocinio legal en el Expediente Judicial N° 746-2012, seguido por Sociedad Agrícola Virú, sobre obligación de dar suma de dinero contra SEDALIB S.A”* por un valor S/. 10,500.00 soles se produjo el 04 de junio de 2012, la orden de servicio N°2012000748 a favor de Oscar Calderón Del Río, la conformidad del servicio y el Informe N° 172-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ se emitieron el 06 de junio de 2012, pagándose el recibo por honorarios N°01-000369 el 08 de junio del 2012.
- 5.20. Luego, para cuando se pagó el referido recibo por honorarios profesionales el proceso judicial N°746-2012 **no había concluido y, por el contrario, se encontraba en pleno desarrollo**, razón por la cual se tiene que fue **un pago adelantado**, de modo que los actos de defensa contratados serían cohetáneos y futuros. Ello en efecto descarta el acuerdo colusorio invocado inicialmente por el Ministerio Público pues resultaba materialmente imposible para el intraeus preveer que el extraneus cumpliría o no en el futuro con presentar escritos al proceso.
- 5.21. De igual forma, en el expediente N°1756-2012 (por el que tampoco hubo condena), el requerimiento N° 2012003097 mediante el cual se solicita *“Patrocinio Legal, del expediente N° 1756-2012, seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y Asiento Registral seguido ante el 2do Juzgado Especializado Civil”* proponiendo el pago de S/. 10, 500.00 soles se produjo el 17 de julio de 2012, la orden de servicio N° 2012001011 a favor de Oscar Calderón Del Río Moreno Márquez se emitió el 20 de julio de 2012, la conformidad de servicio N°020226 y el Informe N° 211-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ el 23 de julio de 2012, pagándose el recibo por honorarios N°01-000375 el 23 de julio del 2012.

- 5.22.** Entonces, para cuando se pagó el referido recibo por honorarios profesionales el proceso judicial N°1756-2012 **no había concluido y, por el contrario, se encontraba en pleno desarrollo**, razón por la cual se tiene que fue **un pago adelantado**, de modo que los actos de defensa contratados serían cohetáneos y futuros. Ello en efecto descarta el acuerdo colusorio invocado inicialmente por el Ministerio Público pues era materialmente imposible para el intraeus preveer que el extraneus cumpliría o no en el futuro con presentar escritos al proceso.
- 5.23.** Por otro lado, en el expediente N°1535-2009 (respecto del que sí existe condena), el requerimiento N°2012000866 mediante el cual solicita *“Patrocinio de Exp. 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre, sobre Nulidad de Resolución ante la Primera Sala Civil y en donde se ha dictado una medida cautelar que estas afectando la facturación de la empresa”* proponiendo el pago de S/. 10,500.00 soles se produjo el 28 de febrero de 2012, la orden de servicio N°2012000268 a favor de Oscar Calderón del Río se emitió el 01 de marzo 2012, la conformidad de servicio N° 018531 y el Informe N° 067-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ el 15 de marzo de 2012, pagándose el recibo por honorarios N°01-000348 el 15 de marzo de 2012.
- 5.24.** Luego, tal como ocurrió en los dos casos absueltos, para cuando se pagó el referido recibo por honorarios profesionales el proceso judicial N°1535-2009 **no había concluido y, por el contrario, se encontraba en pleno desarrollo**, razón por la cual se tiene que fue **un pago adelantado**, de modo que los actos de defensa contratados serían cohetáneos y futuros.
- 5.25.** Eso efectivamente pone en evidencia una determinada forma de contratación que, buena o mala, no resulta ilegal sino propia de la libertad contractual de las partes (es decir el pago por adelantado), lo cual descarta el acuerdo colusorio imputado por el Ministerio Público pues resultaba materialmente imposible para el intraeus preveer que el extraneus cumpliría o no con la presentación de recursos al proceso judicial; siendo que la posterior ausencia de escritos de defensa constituiría un incumplimiento contractual que debe ser abordado por el derecho civil pero no un delito de colusión agravada.

- 5.26. Finalmente, en el expediente N°3772-2011 (respecto del que sí existe condena), el requerimiento N° 2012001208 donde se solicita *“Patrocinio Judicial del Exp. N° 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre proceso de Amparo ante el Quinto Juzgado Civil”*, proponiendo el pago de S/ 10, 500.00 soles se produjo el 16 de marzo de 2012, la orden de servicio N°2012000353 a favor de Oscar Calderón Del Río el 16 de marzo de 2012, la conformidad de servicio N°018544 y el Informe N° 068-2012-SEDALIB SA-410000.SAJ el 19 de marzo de 2012, pagándose el recibo por honorarios N°01-000349 el 19 de marzo de 2012.
- 5.27. Tal como ocurrió en los dos casos absueltos, para cuando se pagó el referido recibo por honorarios profesionales el proceso judicial N°3772-2011 **no había concluido y, por el contrario, se encontraba en pleno desarrollo**, razón por la cual se tiene que fue **un pago adelantado**, de modo que los actos de defensa contratados serían cohetáneos y futuros.
- 5.28. Nuevamente esto pone en evidencia la reseñada forma de contratación que, buena o mala, no resulta ilegal sino propia de la libertad contractual de las partes (es decir el pago por adelantado), lo cual descarta el acuerdo colusorio imputado por el Ministerio Público pues resultaba materialmente imposible para el intraeus preveer que el extraneus cumpliría o no con la presentación de recursos al proceso judicial; siendo que la posterior ausencia de escritos de defensa constituiría un incumplimiento contractual que debe ser abordado por el derecho civil pero no un delito de colusión agravada.
- 5.29. En consecuencia, habiendo valorado todos los argumentos de impugnación y contrastados con la prueba actuada en juicio verificamos que la sentencia condenatoria dictada contra Moreno Márquez y Calderón del Río no solo se encuentra defectuosamente motivada respecto del razonamiento inferencial de la prueba indiciaria sino que, además, no existe prueba sobre el acuerdo colusorio imputado por el Ministerio Público, siendo – en todo caso- un posible incumplimiento contractual propio de la esfera del derecho civil pero sin revelancia para el derecho penal.

5.30. Por tales consideraciones, esta Sala de Apelaciones -en mayoría- habrá de declarar fundados los recursos de apelación, revocar la sentencia en grado y reformándola, absolver a José Carlos Moreno Sánchez y Oscar Wilfredo Calderón del Río de la acusación fiscal por delito de colusión agravada en agravio del Estado.

DECISIÓN JUDICIAL.

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, lógica y máximas de la experiencia y, de conformidad con lo prescrito en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Penal, la **PRIMERA SALA DE APELACIONES** de la **CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD**, por **MAYORIA RESUELVE:**

- 3) **DECLARAR FUNDADOS** los recursos de apelación interpuestos por las defensas técnicas de **JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ** y **OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RÍO** contra la sentencia del **DIECISEIS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL DIECINUEVE** del **OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO** que los condena como **AUTOR** y **COMPLICE PRIMARIO**, respectivamente, del delito de **COLUSION AGRAVADA** en agravio del **ESTADO- EMPRESA DE SERVICIO DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE LA LIBERTAD SA.**
- 4) **REVOCAR** la sentencia del **DIECISEIS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL DIECINUEVE** del **OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO** y, **REFORMANDOLA** se resuelve **ABSOLVER** a **JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ** y **OSCAR WILFREDO CALDERÓN DEL RÍO** de la acusación fiscal como **AUTOR** y **COMPLICE PRIMARIO**, respectivamente, del delito de **COLUSION AGRAVADA** en agravio del **ESTADO- EMPRESA DE SERVICIO DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE LA LIBERTAD SA.**
- 5) **NOTIFÍQUESE** a las partes procesales en el modo y forma de ley.
- 6) **DISPUSIERON** que consentida o ejecutoriada que fuere la presente, se anulen los antecedentes, levanten las medidas coercitivas generadas con motivo de la presente causa y se devuelvan los autos al juzgado de origen para los fines de Ley.
- 7) **SIN COSTAS.**

Actuó como Juez Superior ponente de la resolución en mayoría el magistrado Manuel Federico Loyola Florian, ante la licencia por luto del magistrado menos antiguo, Dr. Sosaya López.

S.S.

MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIÁN
JUEZ SUPERIOR TITULAR

MANUEL RODOLFO SOSAYA LOPEZ
JUEZ SUPERIOR TITULAR

La señora Coordinadora de Asistentes de Causas Jurisdiccionales de las Salas Penales de Apelaciones, da cuenta del voto en discordia de la señora Juez Superior Doctora Norma Beatriz Carbajal Chávez, el que ha sido redactado en los siguientes términos:

Con el respeto que merecen los señores magistrados que expiden la resolución en mayoría y con las facultades que confieren los artículos 142° al 144° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la señora Magistrada que suscribe procede a expedir el presente voto en discordia.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

11. Viene en apelación el presente proceso penal a partir de los recursos formulados por la defensa del procesado José Carlos Moreno Márquez (fs. 175 a 182) y por la defensa del procesado Oscar Wilfredo Calderón del Ríos, en contra de la sentencia contenida en la resolución número treinta y tres del dieciséis de setiembre del dos mil diecinueve, mediante la cual el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad resuelve **CONDENAR** a **JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ Y OSCAR WILFEDO CALDERÓN DEL RÍO** como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSIÓN AGRAVADA**, en agravio del Estado –Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad S.A. (SEDALIB S.A.), representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; y como tal se les impone **SEIS AÑOS** de pena privativa de libertad efectiva; asimismo, se les impone la pena de **INHABILITACIÓN** consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público por el plazo de seis años; y se fija por concepto de reparación civil la suma de **VEINTICINCO MIL SOLES** a favor de la parte agraviada, que deberán cancelar los acusados en forma solidaria y en ejecución de sentencia.
12. La defensa del sentenciado José Carlos Moreno Márquez, en audiencia de apelación, solicitó que se **REVOQUE** la sentencia impugnada y, reformándola, se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos imputados en su contra.
13. La defensa del sentenciado Oscar Wilfredo Calderón del Río, en audiencia de apelación, solicitó que se **REVOQUE** la sentencia impugnada y, reformándola, se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos que se le imputan.
14. La representante del Ministerio Público solicitó que se **CONFIRME** la sentencia apelada, al encontrarse arreglada a derecho.
15. La defensa de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos de corrupción de funcionarios, solicitó que se **CONFIRME** la sentencia venida en grado.

II. CONSIDERANDOS

2.1. PREMISA NORMATIVA:

Del delito de colusión agravada

16. El tipo penal aplicable al presente caso es el delito de colusión agravada, tipificado en segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal:

Artículo 384.- Colusión simple y agravada⁵⁶¹

[...]

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”.

De la valoración de la prueba

17. El artículo 425° inciso 2° del Código Procesal Penal, (en adelante CPP) establece que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, especificando que no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.
18. El inciso 1) del artículo 158° del CPP, establece que el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En el inciso 2) precisa que, en los supuestos de testigos de referencia, entre otros, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. Finalmente, respecto de la prueba indiciaria el inciso 3 contempla como requisitos: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes.

Sobre la motivación de las resoluciones judiciales.

19. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.
20. Asimismo, en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00037-2012-PA/TC se menciona que “(...) De conformidad con el artículo 139.3° de la Constitución, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica. Como lo ha enfatizado este Tribunal, el debido proceso, tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Pero el derecho fundamental al

⁵⁶¹ Artículo vigente **antes** de su modificatoria en virtud del artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre 2013.

debido proceso, preciso es recordarlo, se caracteriza también por tener un contenido, antes bien que unívoco, heterodoxo o complejo. Precisamente, uno de esos contenidos que hacen parte del debido proceso es el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.5º de la Constitución. La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables” [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01230-2002-HC/TC, fundamento 11]. De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 08125-2005-HC/TC, fundamento 10].”

Competencia del tribunal de apelación

21. El artículo 409º inciso 1 del CPP, establece que “La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”; por otro lado, el artículo 419º inciso 1 del acotado prescribe que “La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho”; específicamente en lo relativo a la sentencia de segunda instancia, el artículo 425º inciso 3 literal a) de la norma procesal establece que la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

2.2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES:

22. Al inicio de la audiencia de apelación, los procesados consideraron pertinente y oportuno rendir su declaración, en ejercicio de su derecho a la defensa material. El procesado José Carlos Moreno Márquez manifestó lo siguiente:

En el año 2012 tenía la encargatura de la Sub gerencia de la asesoría jurídica de Sedalib cuya función era atender todos los temas legales de la empresa junto con el staf de abogados que tenían en Sedalib más abogados externos. Cuando fue sub gerente había tres abogados (Mariela Castillo, Onelia Limonchi y Joao Velarde), un practicante y un asistente (secretaria), la necesidad de externalizar los procesos la empresa siempre lo tuvo, esto se debía a distintos factores como: la complejidad del proceso, la cuantía del proceso, por incompatibilidad entre los asesores con alguna de las partes, entre otros. En la empresa se tenían alrededor seiscientos procesos laborales, en materia civil superaban los cien procesos y en materia penal alrededor de cincuenta procesos, su función no solo era encargarse de la parte procesal sino también tenían que encargarse de las necesidades jurídicas de las demás áreas (informes, memorándum, coordinaciones, etc), el tiempo era insuficiente para hacer una defensa correcta, es por ello que era necesario externalizar los procesos. Existen cuatro procesos que han sido materia de este debate, el Exp. 1535-2009 seguido por la señora Magaly Terrones Iparraguirre fue un proceso de nulidad de

resolución administrativa, en ese proceso se había detectado que dicha señora estaba haciendo uso del agua para venderla y cuando quisieron ponerle medidor ella se opuso, de ahí el reclamo, administrativamente ella pierde el juicio pero entabla una medida cautelar en la que consigue que Sedalib quedara a la espera del termino del proceso para ponerle un medidor, ello ocasionó la facturación del área comercial y fue advertido por la auditoria externa y quedó como una observación a levantarse, en el año 2010 y 2011 seguían con el mismo problema porque el proceso todavía continuaba. Cuando él ingresa como Sub gerente se hace una auditoria y se observa nuevamente esta situación, por lo que en comité de gerente le dicen que resuelva de forma inmediata aunque sea la medida cautelar, es por ello que solicita apoyo de Oscar Calderon para que encuentre la forma de contrarrestar esa medida cautelar para que tal situación no se vuelva a repetir, es así que Oscar Calderon emite un informe indicando las formas de contrarrestar una medida cautelar, sin embargo, cuando pasa esto estró la administración del partido de Cesar Acuña APP donde lo retiran del cargo de Sub gerente y a Oscar Calderon le quitan los expedientes que estaba llevando. Tiene entendido que ese proceso fue fundado en parte y se consigue que a la señora Magaly Terrones se le ponga un medidor para cuantificar el caudal de agua que utiliza. Respecto al Exp. 3772-2011 es una acción de amparo seguido por el señor Snaider Iparraguirre, en este proceso le pidió al gerente permiso para externalizar el caso debido a que era conocido en la empresa el grado de amistad que tenía con el señor Snaider Iparraguirre, personalmente consideraba que la parte recurrente tenía razón, pero en Recursos Humano no querían regresarlo del puesto que le habían mandado en la sucursal de salaverry. Con relación al Exp. 746- 2012 era un proceso de dar suma de dinero seguido por sociedad agrícola Virú, en este caso Sedalib tenía aparte del manejo de control de servicio de agua potable, mediante de ley especial tenían la potestad de cobrar por el uso de agua subterránea de uso domiciliario, comercial e industrial, la Sociedad Agrícola Viru tenía pozo por lo que Sedalib tenía toda la potestad para cobrarles; dicha sociedad repite lo que hicieron en Lima con la empresa Sedapal y por intermedio de una acción de amparo querían que Sedalib pierda la potestad de cobrar e incluso que se le devuelva los pagos realizados, es en razón a la complejidad del caso que decide encargárselo al Dr. Oscar Calderon mismo que consigue una sentencia favorable para la empresa. En el Exp. 1756-2012 versado sobre una nulidad de acto jurídico presentada por la Municipalidad Distrital del Porvenir, esta era una pelea entre los apristas y apepistas, este caso también lo derivo al Dr. Oscar Calderon no solo por la complejidad sino también porque él conocía sobre el tema. Para la contratación del servicio de externalización de casos la ley de contrataciones del estado prescribía excluir de esa ley a las contrataciones directas menores a las 3 UIT, la contratación que se le hizo al Dr. Calderon eran menores a las 3 UIT por lo que no se estaba bajo los alcances de la ley de contrataciones con el estado. El Exp. 1535-2009 el Dr. Calderon fue encargado para encontrar el remedio legal para evitar los efectos de la medida cautelar y de que esta se expandiera a otros usuarios, él presentó un informe escrito que sostuvo en comité de gerente, pero por el tema de cambio de administradores no recuerda si llegaron a plasmar lo dicho por él en ese informe, sobre el expediente 3772-2011 el Dr. Oscar Calderon le hizo llegar en un USB la contestación de demanda del caso del sr. Iparraguirre, lo que se hace en esas situaciones es reunirse con los abogados internos para conversar sobre los casos y determinar si se va a externalizar, el abogado encargado en ese entonces era el señor Joao Velarde Arteaga, es por ello que, una vez recibido la contestación de demanda llama al abogado Velarde para

que le de unos retoques, le adjunte los medios de prueba y firme el documento que había traído el Dr. Calderon, esto debido a que el Dr. Oscar Calderon no firmaba los escritos, estos documentos tenían que ir firmados por los abogados internos de Sedalib. Durante su gestión no hubo poderes para abogados externos, hubo un tiempo en que, si lo hicieron, pero ello trajo algunos problemas y para evitar ello prefirió que los abogados internos sigan teniendo contacto con los expedientes en coordinación con los abogados externos, ese modo de trabajo fue copiado del anterior gerente el Dr. Apolonio de Bracamonte. La contratación de cualquier abogado ya sea de otras áreas tenía que pasar necesariamente por él como sub gerente de asuntos jurídicos, el visto bueno lo daba el área usuaria con visto bueno con la gerencia general y el gerente general una vez revisado los documentos lo pasaba a la gerencia de administración y finanzas, quien a su vez lo derivaba al área de logística y ellos verificaban que la conformidad de servicio viniera acompañada de la documentación adecuada. Le consta que el letrado Oscar Calderon presto el servicio de manera eficiente en los Exp. 1535-2009 y el 3772-2011. Él no era el encargado de pagarle los servicios al Dr. Oscar Calderon. Los servicios se requerían mediante correo electrónico. El apoyo externo de abogados era una acción que se realizaba desde antes de que ingrese a la sub gerencia, este proceso obedece a una serie de venganza por resistirse a la entrada de APP a la administración de Sedalib. No se ha visto beneficiado económicamente con la contratación del Dr. Oscar Calderón. **Contraexamen.** - le consta el trabajo realizado por el Dr. Oscar Calderon por la entrega del USB donde contenía el escrito de contestación e incluso le firmaron un cargo, también le consta el informe que fue presentado y discutido en comité de gerente, dicho documento se dejó en la oficina de subgerencia de asesoría, no puede precisar el número de informe ni la fecha de recepción. Sobre el Exp. 3772-2011 es cierto que a la fecha de contratación del Dr. Oscar Calderon ya había un escrito de contestación de demanda que se había presentado, sin embargo, ello se dio debido a que al Dr. Calderon se le alcanza los expedientes y luego se regularizaba su contratación. Entro a trabajar a Sedalib en el año 2004 y ya desde esa época el Dr. Oscar Calderon, como gerente del estudio Muñiz, tenía vinculación con la empresa Sedalib, en ocasiones tenían reuniones de trabajo cuando él no era subgerente. Cuando el Dr. Calderon ya no era gerente del Estudio Muñiz se le empezaba a contratar como abogado o como un estudio distinto al del Estudio Muñiz, ello fue realizado por el subgerente anterior a él. El Dr. Calderon tenía con la empresa Sedalib externa de consultoría, que no tenía nada que ver con el patrocinio legal de los expedientes materia de debate. Cuando se necesitaba apoyo externo se realizaba una encargatura que luego se regularizaba posteriormente mediante una orden de servicio, el Gerente General tenía pleno conocimiento de ese procedimiento, por la distancia entre el estudio del Dr. Calderon y Sedalib tuvieron que hacer uso del correo electrónico para hacer los pedidos y entregas de las encargaturas. A la Dra Selene Torres Vilchez la conoció al entablar trabajos con el Dr. Calderon, ella era parte de su estudio. Al Dr. Oscar Calderon no se le entregaba documentación, solo se le entregaba el caso y una ayuda memoria para proyectar el escrito, no se le daba esos medios de prueba porque no todos esos documentos estaban en su área. Se obtuvieron resultados positivos en todos los casos que participó el Dr. Calderon. No recuerda en que fecha exacta se dio la conformidad de los servicios del Dr. Calderon, pero tuvo que ser en el periodo que fue dentro de su gestión.

Ante las aclaraciones solicitadas por la directora de debates, el procesado dijo: las modalidades de contrato eran distintas dependiendo a cada caso. El Dr. Calderon tuvo dos modalidades de contrato uno era por consultoría y otro por patrocinio legal. Sobre el Exp. 3772-2011 le consta que el Dr. Calderon realizó la contestación de demanda e hizo seguimiento del proceso. Sobre el 1539-2009 su función era dar el remedio mediante el informe, su función también era seguir con ese proceso, pero entro la nueva administración y ambos fueron retirados. Los documentos que se presentaron para que se haga el pago fueron el escrito de contestación de demanda y el cargo de presentación del Dr. Calderon de ese escrito.

23. Por su parte, el procesado Oscar Calderón del Río indicó que:

Tiene veinticinco años de abogado, patrocina casos de la materia civil, societarios, como experiencia profesional en el año 97-98 se desarrolló como gerente legal del complejo agroindustrial cartavio, Gerente y fundador del estudio jurídico Muñiz, miembro del directorio del complejo industrial casa grande, patrocina y asesora a varios clientes. Brindo servicios a Sedalib desde el 2004 o 2006 cuando estaba como sub gerente de asuntos jurídicos el Dr. Guillermo Guerra y él estaba a cargo del Estudio Jurídico Muñiz, después de ya no estaba a cargo del Estudio jurídico antes mencionado, seguía apoyando al Sedalib hasta antes que ingresara la nueva administración de Sedalib. La modalidad de servicio que prestaba era el de consultoría, que consistía en atender los requerimientos legales de la gerencia general y del directorio, estas eran básicamente en reuniones, absolución de consultar, llamadas telefónicas, pedido de algún criterio mediante correo electrónico, y, en algunos casos, cuando la empresa decidía hacer participar a un abogado externo en temas puntuales, este trabajo lo hacia de forma personal y a través de otros abogados que trabajan con él. Lo que determina el éxito de un proceso es el diagnostico adecuado y la correcta identificación de la salida del problema, esa era su función y lo hacían llegar mediante correos electrónicos o llamadas telefónicas. **Sobre el Exp. 3772-2011 se hizo el análisis del caso, se proyecto una tesis de defensa, se hizo la contestación de la demanda y se hizo el seguimiento del proceso. La contestación de la demanda no fue rubricada por su persona. No tenia poder especial para representar a la empresa. Los pagos se generaban generalmente por abonos en cuenta, los pagos no se coordinaban con él Dr. Moreno Marquez pues él no era el encargado.** Tiene dos procesos similares a este por el servicio de consultoría en el cual fue absuelto. Suele ocurrir los casos de contratación de asesoría externa ya sea por la complejidad del proceso, así como la responsabilidad profesional de consultar y agotar todas las vías para salir de una contingencia. En ninguno de los procesos Exp. 746-2012 y Exp. 1756-2012 ha participado o ha suscrito alguno de los procesos, lo que si realizó fue la consultoría. **Contraexamen.** –el trabajo de asesoría jurídica era una labor de consultoría, a través de esta modalidad contractual Sedalib podía consultarle sobre cualquier proceso por cualquier mecanismo, convocarlo a reuniones en el directorio o cuando se requería una segunda opinión en algunas situaciones. Se le encargó el patrocinio legal de los cuatro procesos materia del debate. No tiene forma de acreditar las reuniones con los directivos, pero sí puede acreditar la entrega de los escritos a los que se comprometió a realizar sobre esos cuatro expedientes. Los documentos fueron ingresados por su asistente sino por los asesores internos, sobre la aparición de la firma de su asistente en uno de los escritos es un tema

circunstancial y no recuerda detalles. Hasta la fecha hay asesores externos en la empresa Sedalib.

Ante las consultas de la directora de debates, el procesado señaló que: El servicio prestado a Sedalib era el de consultoría. Considera que la empresa si realizaba este servicio de manera informal en el sentido de que no hacia el requerimiento de consultoría en el momento oportuno, la información era incompleta.

24. La defensa del procesado José Carlos Moreno Márquez, con ocasión de sus alegatos indicó que se le imputa a su patrocinado el haberse coludido con Oscar Calderón del Rio para la prestación de un servicio de asistencia legal (patrocinio a procesos) cuando el señor Carlos Moreno Márquez trabajaba como subgerente de asuntos administrativos en Sedalib. El objeto de la imputación consistía en cuatro expedientes judiciales (exp. n.º 1756-2012, n.º 746-2012, n.º 1575-2009 y n.º 3772-2011) de los cuales debía hacerse cargo el doctor Oscar Calderón del Rio. En la sentencia condenatoria, el juez ha dejado establecido que con respecto a los dos primeros expedientes, no ha existido elementos de colusión, pero si en los otros dos. El A quo ha señalado que a pesar de los esfuerzos del Ministerio Publico para ofrecer prueba directa esta no ha sido acogida por el juzgador, ha considerado más bien que lo que concurre aquí es la prueba indiciaria. De igual forma, el Colegiado ha señalado que para la propuesta condenatoria ha aludido a los alcances del artículo 158 inciso 3 del Código Procesal Penal y se ha propuesto varios objetivos, el primero identificar los indicios, luego obtener interferencias basadas en la reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, identificar si fuera el caso los indicios contingentes plurales y concordantes así como convergentes y finalmente determinar que no existen contraindicios sustentables o creíbles. La sentencia condenatoria se ha sustentado en cinco indicios: 1) Sedalib tenía abogados que podían asumir los casos 1535-2009 y 3772-2011, por tanto el servicio contratado era innecesario. Ante esa conclusión la defensa señala que existen contraindicios sustentables que no hacen verosímil el primer indicio. En primer lugar porque los testigos Bracamonte Morales y Guerra Salas, quienes han desarrollado el mismo cargo que José Carlos Moreno Márquez dentro de la empresa Sedalib, es decir han sido sub gerentes de asesoría jurídica, han sostenido que siempre se contrató a abogados externos y que estos abogados externos eran necesarios, en primer lugar por la alta carga laboral que tenían en procesos laborales, penales, constitucionales y civiles, esa era una práctica de la empresa. De igual modo, los acusados han sostenido las razones puntuales que dieron origen a la contratación de estos cuatro expedientes, que su patrocinado ha explicado con detalle los motivos concretos para externalización de los cuatro casos, señalando que para los dos casos que son objeto de imputación se trataba de dejar sin efecto una medida cautelar por la cual se prohibía a la empresa facturar la cantidad de agua de una cliente y con relación a la acción de amparo, el proceso 3772-2011 se trataba de externalizarlo porque el propio subgerente era amigo del demandado y no le parecía correcto estar a cargo de un proceso en el que estaba involucrado su amigo, otro contraindicio es que su patrocinado ha explicado que aún contando con externacion los abogados de Sedalib tenían que supervisar, colaborar y asistir en la defensa por seguridad. El A quo no ha tenido en cuenta que existe un cargo de un informe de fecha doce de abril del dos mil once, por el cual el Dr. Calderón informa la estrategia de como dejar sin efecto la medida cautelar, por relación al expediente 1535-2009, ello es importante porque establecida la estrategia y establecido como tenía que lograrse esto podía ser ejecutado u operativizado por los abogados de Sedalib, cumpliendo así el contrato para cual fue contratado. Con relación al expediente 3772-2011 el juez afirma que siempre fue visto por el abogado Velarde

quien afirma no haber coordinado con nadie, sin embargo, el juez obvia decir que Velarde por su propio carácter no coordinaba con ningún otro abogado, lo que no significa que no hubiese participación del abogado contratante, finalmente también existe un contraindicio que consiste en el cargo de recepción de un informe de fecha siete de noviembre de dos mil doce, por el cual el Dr. Calderon adjuntó el proyecto de contestación de demanda que fue firmada por Velarde y presentada al Poder Judicial, en consecuencia, este primer indicio no se sostiene; 2) los requerimientos para la contratación con el servicio adolecían de imprecisiones exigidas por la ley de contrataciones con el Estado, lo cual denotaba el acto de colusión, frente a esto la defensa plantea los siguientes contraindicios: i) las contrataciones objeto de acusación no son reguladas por la ley de contrataciones con el Estado (art. 3 literal h) ya que esta exigía un mayor monto a las 3 UIT (S/3650.00) según la ley de presupuesto del año 2012, mientras que los contratos del Dr. Calderon ascendían a S/.10500.00, ii) los requerimientos y ordenes de servicio según explicación de su patrocinado eran formatos empleados para todos los abogados externados, por lo que no existió direccionamiento; 3) existe incoherencia en la propuesta presentada por el Dr. Calderon que ofrece contestar demandas ya absueltas, ante ello la defensa alega los siguientes contraindicios: i) Su patrocinado ha señalado que los requerimientos y las propuestas eran formatos, no contenían necesariamente las características a prestar, ii) tanto su patrocinado como el Dr. Calderon ya han señalado que el servicio era por urgencia antes y luego se regularizaba, es decir, primero se solicitaban los servicios y luego se realizaba la regularización atendiendo a los burocracia de Sedalib y a los plazos procesales que se tenía que cumplir, iii) su patrocinado ya ha mencionado que en esa situación trabajaba Sedalib con sus abogados; 4) Existe celeridad inusual en el pago de honorarios profesionales del Dr. Calderon, ante ello la defensa alega los siguientes contraindicios: i) lo pactado entre las partes debe cumplirse, ii) dicha afirmación carece de sustento por cuanto en los pagos intervenían las áreas de gerencia, administración y finanzas, logística, contabilidad y tesorería, iii) testimonial del sub gerentes Bracamonte Morales quien señalaba que primero se tomaba los servicios y luego se regularizaba la contratación es por ello que los pagos figuraban de manera inmediata, iv) los pagos se hicieron conforme a lo pactado en cumplimiento al pacta sun servanda, v) la celeridad del pago es interpretado por el A quo como un acto de colusión no teniendo en cuenta que la contraprestación de un servicio corresponde a una conducta neutral e inocua y ello no constituye ningún delito; 5) Existencia de apariencia del cumplimiento del servicio, ante ello la defensa alega los siguientes contraindicios: i) si hubo una contratación por necesidad del servicio ya explicado por los coprocesados y por los testigos presentados, ii) la modalidad del servicio de asesoría legal se realizó a través de correos y llamadas por la distancia entre el estudio jurídico y Sedalib, iii) es cierto que hubo informalidades en la prestación de servicio, pero estas no fueron solo durante el periodo donde estuvo a cargo su patrocinado, sino desde mucho antes se practicaba esa modalidad. En ese sentido, solicita que la sentencia venida en grado sea **REVOCADA** en todos sus extremos

25. La defensa del procesado Calderon del Rio en el marco de sus alegatos finales argumentó que los cargos formulados por fiscalía estuvieron abocados a cuatro expedientes 1756-2012, 746-2012, 1575-2009 y 3772-2011. En el fundamento 6.26 el A quo refiere los expedientes en los que para él no habría existido colusión, asimismo, indica que existen contraindicios que desvanecen el hecho central de la imputación y que probarían que el acusado Calderón Del Río cumplió con el servicio de patrocinio legal, entre ellos: a) La complejidad de los procesos judiciales, b) La capacidad profesional del

acusado Calderón Del Río, c) La intervención de una abogada relacionada con la labor del acusado Calderón Del Río, d) La declaración de la testigo Torres Vílchez además de estar corroborada con el examen de los acusados y e) Los datos profesionales del acusado Calderón del Río que aparecen consignados en los escritos de contestación de demanda; el razonamiento inferencial que ha realizado el A quo para desvincular de responsabilidad a su patrocinado de dos expedientes es el mismo razonamiento que ha usado para vincular a su patrocinado con los otros dos expedientes materia de debate. El presunto acto colusorio no solo no existe, sino que ha sido desquebrajado en el espacio temporal y tampoco se ha delimitado al momento de excluir los otros dos procesos desde cuando y como se habría producido el acuerdo colusorio. El A quo no ha desarrollado el hecho base del cual ha desprendido los siguientes indicios: 1) No existía la necesidad de contratar servicios profesionales de patrocinio judicial, para la defensa este indicio resulta contradictorio pues es el mismo indicio con el que desvincula de responsabilidad a su patrocinado sobre los otros dos expedientes, 2) El Dr. Oscar Calderon del Rio no prestó los servicios profesionales para los que fue contratado, ante este indicio la defensa alega que ha quedado evidenciado en el presente plenario la función y desarrollo de las actividades de su patrocinado, el A quo hace referencia que no se ha encontrado escritos suscritos por su patrocinado sin tener en cuenta que suscribir los escritos no era función de su patrocinado sino de los abogados internos. El pago no dependía del Dr. Moreno Marquez, para el requerimiento del pago tenía que pasar por distintas áreas, por lo que no se le puede imputar a su patrocinado la comisión del acto colusorio basándose en la celeridad del pago, no se han tomado la declaración de dichos representantes de cada aérea. Otro de los indicios que menciona el A quo es la relación de amistad que tienen los coprocesados, un indicio que no tiene sustento objetivo y que ya no merece ser materia de análisis. La defensa añade que, si bien es cierto la empresa tenía una seria de informalidades, sin embargo, ello no es suficiente para afirmar y sustentar un acuerdo colusorio. En ese sentido, solicita la REVOCATORIA de la sentencia que condena a su patrocinado y en consecuencia solicita se le ABSUELVAN de todos los cargos imputados; de manera accesoria solicita la NULIDAD de la sentencia sosteniéndose en que: i) no se ha delimitado en la sentencia venida en grado el espacio temporal en que se habría producido el pacto colusorio, existe contradicciones entre los indicios invocados por el A quo para resolver, más aún cuando no se encuentran plenamente corroborados, finalmente, respecto a la reparación civil se le ha impuesto la misma cantidad indemnizatoria que eran por los cuatro procesos cuando solo se encontró responsabilidad a su patrocinado sobre dos expedientes.

26. El representante del Ministerio Público en ocasión de sus alegatos finales señaló que, ha quedado acreditado que durante periodo de febrero a julio del año 2012 ha sido el marco de trabajo y el periodo de tiempo en el que se habría realizado el acto colusorio, la defensa alega que no se ha determinado el periodo de tiempo en el que se habría desarrollado la conducta criminal, sin embargo, ese periodo si ha sido desarrollado en la sentencia venida en grado. Se ha llegado acreditar que el procesado José Carlos Moreno Marques era el sub gerente de Sedalib y que durante su gestión solicitó cuatro requerimientos para la contratación de un servicio de patrocinio legal (defensa activa) de su coprocesado Oscar Wilfredo Calderon en los cuatros procesos materia de este debate, ello trajo como consecuencia que se genere la admisión de orden y servicio. El juez ha determino responsabilidad en ambos coprocesados en el expediente 1535-2009 seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre nulidad de resoluciones ante la Primera Sala y en el expediente 3772-2011 seguido por Snaider Iparraguirre Domínguez sobre el proceso de amparo ante la Primera Sala Civil, en base a ello el procesado Oscar

Calderón emite sus recibos por honorario por ejercicio legal de los mencionados procesos cobrando la suma de S/10 500.00 por cada uno de los procesos. Sobre el presente proceso se observa las siguientes inconsistencias: i) dentro de las aristas de este acto colusorio es un pago adelantado sin haber efectuado el servicio, ii) en la propuesta elaborada por el mismo coprocesado Oscar Wilfredo Calderón de Río ofertó lo mismo para todos los casos, es decir, la misma función de contestar un escrito de demanda, realización de gestiones orientadas a obtener sentencia favorable en primera instancia, no indicando el detalle de dichas gestiones, y asistir a las reuniones de coordinación que fueran solicitadas para la atención del caso. Respecto a estas irregularidades de carácter penal el órgano interno de Sedalib emite el informe N.º 1-2013 de Sedalib donde se determina que la persona de Moreno Marques ha emitido esos requerimientos para la contratación su coprocesado Calderon del Río. No existe ni un acto ningún trabajo efectuado en forma física ni tampoco se ha llegado acreditar las coordinaciones respecto a estos procesos, lo que si se ha llegado a acreditar es que estos dos procesos fueron llevados por el personal y los abogados internos de Sedalib, mismos que son la abogada Limonchi Bonilla y el abogado Ricardo Joao Velarde Artiaga a quien el mismo procesado Moreno Marques encargó dichas labores. El juez de instancia sustenta su sentencia en cinco indicios: i) La empresa Sedalib contaba con abogados para asumir los patrocinios legales los expedientes 1535-2009 y 3772-2011, de la misma forma, se ha advertido en la investigación el informe al que hecho mención, la validación de las declaraciones de los abogados Limonchi Bonilla y Joao Velarde Arteaga, quienes manifestaron que los coprocesados no habían participado para nada en esos expedientes sino que ellos fueron los que se encargaron e hicieron los escritos. La defensa del coprocesado Calderon del Río plasmó que su función era contestar la demanda, sin embargo, en ninguno de los dos expedientes se ha contemplado que ha contestado la demanda, en el Exp. 1535-2009 del examen y de la propia documentación que ha facilitado asesoría jurídica de la entidad de Sedalib se ha advertido una contestación de demanda de fecha treinta de octubre del 2009 interviniendo en esta los abogados Apolonio Bracamonte y Raul Lozano, ex personal de sub gerencia, de la misma forma se observa otros escritos presentados por la abogada Limonchi Bonilla, misma que ha declarado en juicio oral que no sabía nada de esa contratación ni de la existencia de ese abogado externo, igualmente, se observa dos escritos últimos presentados por el abogado Velarde Arteaga. Respecto al Exp. 3772.2011 se advierte dos escritos, el primero es el de contestación de demanda de fecha nueve de noviembre de 2011 y el segundo de absolución de traslado de fecha veintiséis de abril de 2012 ambos suscritos por el abogado Velarde Arteaga, por lo que no existe ninguna participación del Dr. Calderon del Río. El contrato fue firmado el siete setiembre de dos mil once y tenía la vigencia de un año, es por ello que se afirma que el contrato de consultoría del Dr. Calderon estaba vigente cuando se realizó la nueva contratación por los cuatro expedientes, de igual modo, existe otro contrato suscrito el ocho de setiembre del 2012 cuya vigencia era de tres meses. Este acto colusorio también encuentra sustento con la declaración del perito Henry Armando Carvajal quien ha referido que el servicio en estos dos procesos ha sido efectuado por los abogados de asesoría jurídica y que además le otorgó la conformidad de un servicio pese a que no habían sido desarrollados. La defensa del Dr. Caldeorn alega que la razón por la que no aparece el nombre de su patrocinado en ninguno de los escritos era porque fue un contrato externo por casos específicos, sin embargo, bajo esa modalidad de consultoría ya mantenía un contrato vigente. Ha quedado demostrado que no había la necesidad de contratar abogados externos, la defensa alega que el A quo ha utilizado los mismos elementos para desvincular a su patrocinado de dos expedientes y para responsabilizarlo de otros

dos expedientes. Existe una sospechosa celeridad en el pago por los servicios, un ejemplo de ello es servicio solicitado por el Exp. 3772-2011 donde el mismo día que el titular del área (procesado Moreno Marques) efectúa su requerimiento el contratista ya tenía lista su propuesta por honorarios. La defensa del procesado Dr. Calderon oralizó las cartas referidas a los expedientes mencionados a fin de corroborar que habría cumplido con el servicio de patrocinio legal, en la primera carta, de fecha diecinueve de abril de dos mil doce se describe que adjunta el informe sobre el Exp. 1535-2009 en el que se encontraría las opciones procesales identificadas para dejar sin efecto la medida cautelar obtenida por el demandante, entre las cuales estaría: variación, sustitución o pedido de desafectación dirigido al propio órgano jurisdiccional en tanto no existe cosa juzgada en materia cautelar, el servicio legal comprende además las gestiones necesarias en Sala para la obtención de un resultado favorable, en la segunda carta de fecha ocho de noviembre de dos mil doce se describe el alcance del proyecto contestación de demanda del Exp. 3772-2011, este servicio comprende además la proyección de contestaciones de gestiones a nivel de primera y segunda instancia, sin embargo, como ya se ha acreditado con las documentales y testimoniales actuadas en juicio oral el coprocesado Calderon del Rio no ha efectuado el servicio solicitado. En ese contexto, solicita que la sentencia venida en grado sea **CONFIRMADA** en todos sus extremos.

27. En su oportunidad, el representante de la Procuraduría Pública en ocasión de sus alegatos finales indicó que, producto del debate realizado en primera instancia quedaron acreditados todos los elementos configuradores de la responsabilidad civil, esto es, el hecho antijurídico, ha quedado acreditado con la prueba documental, testimonial y pericial que el procesado Moreno Marquez en su calidad de sub gerente de asesoría jurídica de sedalib S.A. mediante concertación con su coprocesado Oscar Calderon del Rio (abogado) ha defraudado patrimonialmente al estado mediante el requerimiento de servicios de patrocinio legal innecesarios y el otorgamiento de conformidad para el pago total de estos supuestos servicios que nunca fueron brindados por el abogado antes mencionados, no se ha acreditado la necesidad por la que han sido contratados esos servicios, de igual forma, se observa que la fecha de requerimiento con el trayecto del proceso temporalmente no concuerda y que estos servicios no solo fueron innecesarios sino que nunca fueron ejecutados. La orden de servicio y la conformidad para el pago tienen un tiempo muy corto para la realización de la contraprestación. En relación al daño extrapatrimonial este comprende un correcto funcionamiento de la administración pública, se protege a Sedalib como una institución que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas. En este proceso se advierte que se ha infringido los deberes de lealtad institucional y probidad funcional por parte de los acusados que deben evitar actos defraudatorios y no como ocurrió en el presente caso. Respecto a la relación de causalidad de ha acreditado que el daño ocasionado a la administración pública obedece a la realización del hecho antijurídicos y respecto al factor de atribución, ha quedado probado que los procesados han actuado dolosamente teniendo conocimiento y voluntad de cometer dicho delito, finalmente, sobre la responsabilidad civil de los procesados, se considera la gravedad del ilícito cometido, el bien jurídico protegido, la posición de los acusados dentro de la administración pública (entidad agraviada) y el impacto causado en la sociedad causado en los delitos de corrupción de funcionarios que afectan la imagen, el prestigio, la confianza y credibilidad de la población en la administración pública y quien la ejerce. En virtud de ello, solicita se CONFIRME la sentencia venida en grado en todos sus extremos.

28. El procesado recurrente Oscar Calderon del Rio, al preguntársele si deseaba agregar algo adicional, en ejercicio de su derecho a la defensa material, indicó que, ya han sido explicados la forma y circunstancias en que se realizaron los contratos. Se han distorsionado las declaraciones de los testigos, lo que ellos mencionaron es que a ellos no les consta que la empresa haya contratado un personal externo, más nunca negaron ese hecho. Tanto las alegaciones de la representante del Ministerio Público como de la Procuradora solo son interpretaciones de lo que el juez consigna en su sentencia. La sentencia venida en grado es una sentencia malintencionadamente desproporcionada al condenársele a una sentencia privativa de la libertad efectiva. Sobre materia similar fue acusado en tres procesos, dos de los cuales fue absuelto.
29. El procesado recurrente Jose Moreno Marquez, al preguntársele si deseaba agregar algo adicional, en ejercicio de su derecho a la defensa material, manifestó que, de cinco procesos penales ha sido absuelto de cuatro de ellos, quedando pendiente este proceso. Alega no tener mayor riqueza que su familia y amigos, que a partir de estos procesos penales no ha podido acceder a puestos dentro de su experiencia profesional, que cuando llamaban a Sedalib a pedir referencias ellos contestaban que lo habían retirado por ladrón. Nunca fue desleal ni con la empresa ni con sus compañeros de trabajo. Los procesos que se le atribuyen obedecen a una venganza política direccionada por el entonces presidente del directorio Ing. Manuel Llempen al enterarse que fue él quien ideó el cierra puertas. El examen especial N.º 01-2013 sobre el que se funda esta denuncia, fue producto de una auditoria practicada al área de logística de Sedalib, área de logística, área donde se tiene custodiada toda la información de los procesos de selección y contrataciones directas. El Ministerio Público solo se quedó con la noticia que la oficina de asuntos jurídicos no obraba ningún documento relacionado al cumplimiento de los servicios prestados por el Dr. Calderon del Rio y no solicitó la copia de los expedientes de contratación de los cuatro casos. Nunca fue favorecido con dinero de la empresa Sedalib ni ninguna otra entidad pública o privada. Pesa sobre él una condena de seis años que no cree merecerla. Los abogados externos no tenían poder para representar a Sedalib.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO:

30. Teniendo en cuenta que en audiencia de apelación no se actuó prueba nueva, corresponde reexaminar la decisión judicial venida en grado acorde a lo establecido en el artículo 425.2 del CPP, en el marco de lo cuestionado por la defensa de los procesados, teniendo en cuenta lo actuado en el juicio oral de primera instancia, a la luz de los argumentos vertidos por las partes y la normatividad aplicable.
31. Corresponde entonces remitirnos a los hechos postulados por el Ministerio Público en la acusación fiscal. Según la tesis incriminatoria, durante el año 2012, el abogado José Carlos Moreno Márquez – Sub Gerente de Asesoría Jurídica de Sedalib S.A., mediante cuatro (04) requerimientos de Asesoría Legal, solicitó a la Central – Virtual de Compras, la contratación del servicio de asesoría legal (defensa) dentro del Distrito Judicial de La Libertad, para cuatro (04) expedientes judiciales seguidos contra Sedalib SA, lo que generó la emisión de las Órdenes de Servicio N° 2012001011, 2012000784, 2012000268 y 2012000353. Para ello, se contrató al abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río quien, según la descripción de los servicios, realizaría el patrocinio legal de la entidad antes mencionada respecto de cuatro (04) procesos judiciales: 1. Expediente N° 1756-2012 seguido por la Municipalidad Distrital de El Porvenir sobre Nulidad de Acto Jurídico y

Asiento Registral, ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo; 2. Expediente N° 746-2012 seguido por la Sociedad Agrícola Virú sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil; 3. Expediente N° 1535-2009, seguido por Magaly Terrones Iparraguirre sobre Nulidad de Resolución, ante la Primera Sala Civil; y 4. Expediente 3772-2011, seguido por Sneyder Iparraguirre Domínguez sobre Proceso de Amparo, ante la Primera Sala Civil. Es así que, el abogado Oscar Wilfredo Calderón Del Río emite sus recibos por honorarios por el ejercicio del patrocinio legal de los procesos ya señalados; cancelándosele por adelantado la suma total de S/. 42, 000.00 nuevos soles, a razón del siguiente orden: 1. Recibo por Honorarios N° 001-000349 de fecha 19.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 2. Recibo por Honorarios N° 001-000348 de fecha 15.03.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; 3. Recibo por Honorarios N° 001-000369 de fecha 08.06.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles; y 4. Recibo por Honorarios N° 001-000375 de fecha 23.07.2012 por la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles. Pero no sólo eso sino que además no se cumplió con prestar el patrocinio legal en los cuatro procesos antes mencionados, debiéndose precisar que en la propuesta de servicios elaborada por el mismo Calderón Del Río, para todos los casos, ofertó la formulación del escrito de contestación de demanda; la realización de las gestiones orientadas a obtener sentencia favorable en primera instancia; y asistir a las reuniones de coordinación que fueran solicitadas para la atención debida al caso. Es como consecuencia de la irregularidad de estos hechos que el Órgano de Control Interno de Sedalib S.A., emitió el Informe Especial N° 01-2013-SEDALIB S.A. –30000 –OCI, en donde se determina que José Carlos Moreno Márquez, en calidad de Sub Gerente de Asesoría Jurídica, emitió los requerimientos para la contratación de Oscar Calderón Del Río y además otorgó conformidad a cada uno de los servicios del referido abogado, aun cuando la comisión auditora a cargo de la elaboración del informe especial, después de la revisión de los falsos expedientes originales de la información proporcionada por la misma Sub Gerencia de Asesoría Jurídica, llegó a verificar que no se realizaron los servicios para los cuales fue contratado Calderón Del Río; siendo además que tales labores fueron realizadas por el personal a cargo de la Sub Gerencia (abogados Onelia Natalia Limonchi Bonilla y Ricardo Joao Velarde Arteaga), a quienes el mismo Sub Gerente José Carlos Moreno Márquez encargó dichas labores. En otras palabras, aún sin existir la necesidad de efectuar las contrataciones para asesorías legales externas, José Carlos Moreno Márquez gestionó las mismas a favor de Oscar Wilfredo Calderón Del Río, quien a su vez sabiendo que no se había realizado servicio alguno solicitó el pago total de hasta S/. 42,000.00 nuevos soles, para lo cual posteriormente Moreno Márquez prestó su conformidad como área usuaria.

32. El tribunal de instancia expidió fallo de condena. En la sentencia el Juez se ocupó de analizar pormenorizadamente los hechos que se reputan comisivos del delito de colusión. En principio, consideró probada la condición de funcionario público del acusado Moreno Márquez, así como la condición de *extraneus* del procesado Calderón del Río. Luego, a partir de los requerimientos N.º 2012000866 de fecha 28 de febrero, N.º 2012001208 de fecha 16 de marzo, N.º 2012001446 de fecha 4 de junio y N.º 2012003097 de fecha 17 de julio, todos del año 2012, el *A quo* determinó que existía relación funcional del acusado Moreno Márquez en las contrataciones públicas del procesado Calderón del Río, en tanto aquél se desempeñó como jefe del área usuria que solicitó los servicios de asesoría legal y dio la posterior conformidad del servicio prestado por Calderón del Río. En el desarrollo de sus fundamentos, el juez de primera instancia consideró que existen contradicciones que desvirtúan la hipótesis inculpativa en el extremo de una supuesta concertación ilegal al solicitar, dar la conformidad y efectuar el

pago al procesado Calderón del Río en cuanto al patrocinio legal de los expedientes 1756-2012 y 756-2012. Sin embargo, el delito imputado, a consideración del *A quo*, persiste en cuanto a la contratación del procesado Calderón del Río para brindar asesoría legal a Sedalib SA en los expedientes 1535-2009 y 3772-2011. El órgano jurisdiccional de instancia consideró en ese sentido, los siguientes indicios que acreditarían la concertación ilegal entre los procesados Moreno Márquez y Calderón del Río con motivo de la contratación de este último para brindar patricinio legal a favor de SEDALIB SA en los expediente 1535-2009 y 3772-2011: i) no existe evidencia formal ni informal que acredite la labor realizada por el acusado Calderón del Río en los dos expedientes antes mencionados.; ii) falta de precisión en los requerimientos 2012000866 y 2012001208; iii) incoherencias en la propuesta del profesional contratado; iv) inusitada celeridad en el trámite de pago; iv) apariencia del cumplimiento de los servicios. A partir de estos indicios, el órgano jurisdiccional llega a la siguiente conclusión en el fundamento 6.23 de su sentencia: *“se advierte una concertación ilegal entre los acusados José Carlos Moreno Márquez y Oscar Wilfredo Calderón Del Río, para defraudar los intereses patrimoniales de la Empresa Sedalib SA; pues conociendo que los abogados internos habían asumido la defensa técnica de los Expedientes N° 1535-2009 y 3772-2011, crearon una falsa necesidad del servicio de patrocinio legal, elaborando requerimientos y propuestas sin ningún detalle de las actividades a realizar, y dando conformidad del servicio sin que exista una prestación satisfactoria; lo que trajo como consecuencia un perjuicio patrimonial para la empresa, al efectuarse pagos injustificados”*.

33. Ahora bien, es necesario delimitar el pronunciamiento de esta Sala Penal, en virtud del principio de congruencia –*tantum apellatum quantum devolutum*–, según el cual la decisión del órgano jurisdiccional versará exclusivamente sobre lo petitionado por la parte impugnante, pues de lo contrario se incurriría en una decisión *extra, ultra o infra petita*, encontrándose este Tribunal proscrito de ello, sin perjuicio de las nulidades absolutas que puedan ser advertidas en esta instancia superior.
34. Resulta necesario precisar antes bien que la imputación formulada por el Ministerio Público versa sobre una presunta colusión ilegal entres los ahora procesados para la contratación del procesado Calderón del Río y para que este *aparente* haber realizado servicios de patrocinio legal a favor de SEDALIB SA en los procesos seguidos en los expediente n.º 1756-2012, 746-2012, 1535-2009 y 3772-2011. Sin embargo, el *A quo* ha descartado la existencia de un acuerdo colusorio por la contratación del procesado antes mencionado en el caso del patrocinio de los dos primeros expedientes. No obstante, el delito se habría configurado al no existir evidencia de que el procesado Calderón del Río haya prestado los servicios de patrocinio ilegal en los expedientes 1535-2009 y 3772-2011. Sobre esto último, es que se circunscriben los recursos de apelación formulados por las partes y sobre ello se limitará esta Sala Penal a emitir un pronunciamiento.
35. Esta Sala Penal pasa a evaluar los agravios postulados por los abogados defensores de los procesados: i) Si existía necesidad de contratación de abogados externos para el patrocinio de los casos seguidos en los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011; ii) el *A quo* no ha tenido en cuenta que existe un cargo de un informe de fecha 12 de abril del 2011, por el cual el procesado Calderón del Río informa la estrategia a seguir para dejar sin efecto la medida cautelar en el expediente n.º 1535-2009; iii) existe un cargo de recepción de un informe de fecha 7 de noviembre del 2012, por el cual el procesado Calderón del Río adjuntó el proyecto de contestación de demanda que fue firmada por el abogado Velarde y presentada al Poder Judicial; iv) las contrataciones objeto de

acusación no son reguladas por la Ley de Contrataciones con el Estado, conforme al literal h) (sic) art. 3 de dicha ley; v) los requerimientos y ordenes de servicio eran formatos empleados para todos los abogados externados, por lo que no existió direccionamiento, y además no contenían necesariamente los servicios a prestar; vi) atendiendo a la burocracia de Sedalib, el servicio prestado por los abogados externos era por urgencia, primero se solicitaba los servicios y luego se regulatizaba; vii) la modalidad del servicio de asesoría legal se realizó a través de correos y llamadas por la distancia entre el estudio jurídico y Sedalib SA; viii) hubo informalidades en la prestación del servicio, pero estas no solo se presentaron durante el periodo en que estuvo a cargo el procesado Moreno Márquez, sino desde mucho antes y, además, a partir de ella no se puede deducir un acuerdo colusorio; ix) en cuanto a la supuesta celeridad en el pago, dicha afirmación carece de sustento por cuanto en los pagos intervenían las áreas de gerencia, administración y finanzas, logística, contabilidad y tesorería; x) los pagos se hicieron conforme a lo pactado, y se trata de una conducta neutral e inocua; xi) el razonamiento indiciario desarrollado por el *A quo* para desvincular a los procesados de la presunta colusión con respecto al patrocinio legal en los expedientes n.º 1756-2012 y 746-2012 es el mismo que ha empleado para determinar la responsabilidad penal de los procesados en el caso del patrocinio en los expedientes n.º 1535-2009 y n.º 3772-2011; xii) no era función del procesado Calderón del Río suscribir los escritos presentados en los procesos, sino de los abogados internos; xiii) se ha impuesto la misma cantidad indemnizatoria que había sido determinada por la presunta colusión en la contratación del procesado Calderón del Río para el patrocinio de los cuatro procesos judiciales, cuando solo se encontró responsabilidad sobre el patrocinio de dos procesos. La defensa del procesado Calderón del Río, por su parte, individualizó los argumentos orientados a declarar la nulidad de la sentencia recurrida, los cuales son: i) no se ha delimitado el espacio temporal en que se habría producido el pacto colusorio; ii) existe contradicciones entre los indicios invocados por el *A quo*.

36. Con respecto al primer cuestionamiento (existencia de la necesidad de contratación de abogados externos para el patrocinio de los casos seguidos en los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011), esta Sala Penal entiende que, conforme lo han señalado los testigos Guillermo Guerra Salas y Apolonio Bracamonte Morales, en la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica de Sedalib SA sí se requería el apoyo de abogados externos, pues más de 600 expedientes conformaban la carga procesal que debía asumir el personal de la mencionada subgerencia. Sin embargo, esta apreciación, anotada también por el *A quo*, no se encuentra en cuestión. En realidad, la imputación recae sobre si en concreto existía necesidad de contratar a un asesor legal externo para el patrocinio legal de los casos específicos seguidos en los expedientes 1535-2009 y 3772-2011, patrocinio que consistía en la formulación de contestación de demanda y demás gestiones orientadas a obtener una sentencia favorable en primera instancia, conforme a la propuesta de servicio suscrita por Oscar Calderón del Río de fecha 27 de febrero del 2012.
37. Esto lleva al análisis del segundo y tercero cuestionamiento formulado por la defensa de los procesados. La defensa alega que, con respecto al patrocinio legal en el expediente 1535-2009, existe el cargo de un informe de fecha 12 de abril del 2011, por el cual el procesado Calderón del Río informa la estrategia a seguir para dejar sin efecto la medida cautelar dictada en el expediente. Sin embargo, dicho informe se ve desvirtuado con el informe n.º 288-2013-SEDALIBSA-41000-SGAJ del 14 de agosto del 2013, en el que se constata que:

“en el cuaderno cautelar en el expediente n.º 1535-2009, no se ha verificado intervención de SEDALIB SA, formulando ningún tipo de petición o recurso. De igual forma que la medida cautelar fue dispuesta con resolución n.º DOS, cuyo cargo de notificación a SEDALIB SA fue el 6 de diciembre del 2010, sin que exista documentación posterior o anterior a ella que haya sido ingresada o practicada con participación de SEDALIB”.

38. Por otra parte, el abogado interno de Sedalib SA, Ricardo Velarde Arteaga, en juicio, al ser preguntado por el expediente n.º 1535-2009, manifestó que nunca había realizado algún tipo de coordinación con un asesor externo. Y en igual sentido se pronunció la abogada Onelia Limonchi Bonilla, quien señaló que, con respecto al patrocinio del mismo expediente, nunca le comunicaron sobre la contratación de un asesor externo e, incluso, luego de ella, el expediente pasó a ser atendido por el abogado Velarde Arteaga.
39. En esa línea de ideas, teniendo en consideración que en el cuaderno cautelar del expediente n.º 1535-2009 no aparece ningún escrito o actividad procesal realizada por Sedalib SA y que ninguno de los abogados internos de Sedalib SA que se ocuparon de patrocinar el caso tenían conocimiento de que se había contratado a Oscar Calderón del Río para que sea él quien patrocine el mismo, se puede deducir que el mencionado procesado no realizó materialmente ningún acto de patrocinio. Y sin embargo, el también procesado Moreno Márquez, en calidad de jefe del área usuaria –Sub Gerencia de Asesoría Jurídica–, dio la conformidad de un trabajo que, a la luz de los medios probatorios actuados en el presente proceso, nunca se realizó; lo que ocasionó el pago indebido por la suma de S/ 10,500 a favor de Oscar Calderón del Río, con el evidente perjuicio económico al Estado.
40. Con respecto a la contratación del procesado Oscar Calderón del Río para el patrocinio del caso seguido en el expediente n.º 3772-2011, esta Sala advierte que el mencionado procesado propuso en su oferta de servicios, con fecha 16 de marzo del 2012, contestar la demanda del proceso, a pesar de que la demanda ya había sido contestada por el abogado interno de Sedalib, Ricardo Velarde Arteaga, con fecha 9 de noviembre del 2011. Es decir, le resultaba materialmente imposible realizar dicho trabajo y a pesar de ello, fue contratado y el procesado Moreno Márquez dio la conformidad por un servicio inexistente.
41. Aunque la defensa trata de desvirtuar los cargos aludiendo a la carta presentada el 8 de noviembre del 2012 en la que se describe que el procesado Oscar Calderón del Río alcanza el proyecto de contestación de demanda en el expediente n.º 3772-2011, la mencionada carta carece de toda credibilidad, conforme lo ha establecido el *A quo*, pues no resulta coherente, consistente ni congruente que el procesado haya presentado el 8 de noviembre del 2012 una contestación de demanda que ya había sido presentada por otro abogado defensor el año anterior. De lo que se colige que la mencionada carta contiene información que no se ajusta a la realidad y con ella no se hace sino tratar de justificar infructuosamente la materialidad de un servicio que, de facto y a la luz de los medios probatorios actuados en juicio, el procesado Oscar Calderón del Río no cumplió. En este caso, el perjuicio es el mismo: el procesado Moreno Márquez, al otorgar la conformidad de un servicio inexistente y permitir que se le abone al procesado Oscar Calderón del Río la suma de S/ 10,500, defraudó patrimonialmente al Estado.

42. Como cuarto cuestionamiento, la defensa sostiene que las contrataciones objeto de acusación no se encuentran reguladas por la Ley de Contrataciones con el Estado. Al respecto, esta Sala Penal considera que si bien es cierto el literal i) del artículo 3 de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al tiempo de los hechos materia de acusación– señala que dicha ley no es aplicable a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a tres unidades impositivas tributarias, en dicha norma se precisa también que lo mencionado no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. En otras palabras, los funcionarios encargados de la administración de los recursos públicos bajo ninguna circunstancia pueden derrochar el patrimonio del Estado y menos aún defraudar al Estado con contrataciones públicas ilegales.
43. Los reparos quinto, sexto, séptimo y octavo formulados por la parte apelante tienen que ver con la supuesta informalidad con la que se manejaba la contratación de los abogados externos en Sedalib SA. La defensa sostiene que los requerimientos, órdenes de servicio y propuestas eran formatos empleados para todos los abogados externos y que no contenían necesariamente los servicios a prestar. Por otra parte, señala también que, primero, los abogados externos prestaban los servicios y, luego, se regularizaba la contratación. Los servicios eran prestados, indica la defensa, a través de correos electrónicos y llamadas telefónicas. Y aunque hubo informalidades en la prestación del servicio, estas eran comunes en Sedalib SA y no propias del periodo en que el procesado Moreno Márquez estuvo a cargo de la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica.
44. Sobre estos argumentos, cabe precisar que una práctica informal para un procedimiento de contratación pública –que por su naturaleza e importancia pública debe ser netamente formal– no justifica en lo absoluto la legalidad de la conducta incriminada. Que una determinada práctica sea común, no quiere decir que sea inocua o irrelevante para el derecho, en general, y para el derecho penal en particular.
45. En el presente caso, las irregularidades constatadas durante los procesos de contratación directa del procesado Calderón del Río, *per se*, no podrían considerarse relevantes para el derecho penal, sino para el derecho administrativo, en tanto meras irregularidades administrativas, siempre que dichas irregularidades, por ejemplo, aparezcan como no correspondencias entre lo que el contratado ofreció en su oferta de servicios y lo que realmente hizo. Sin embargo, en el presente caso, sucede que no existe evidencia de que el procesado Oscar Calderón del Río haya realizado un trabajo siquiera mínimo de patrocinio de los casos de Sedalib seguidos en los expedientes 1539-2009 y 3772-2011. Los abogados internos de la empresa pública no tenían conocimiento de la participación, en esos casos, de algún abogado externo; el informe especial n.º 01-2013-SEDALIB SA-30000-OCI da cuenta de que no existió ningún acto procesal (v.gr. escritos presentados ante el Poder Judicial) desarrollado por quien supuestamente había sido contratado para patrocinar los intereses de Sedalib, el ahora procesado Calderón del Río, y pese ello recibió un pago de S/ 10,500.00 por el patrocinio *inexistente* en cada uno de los procesos.
46. Tampoco se evidencia labores de asesoría legal informal, esto es, mediante correos electrónicos, llamadas telefónicas o reuniones. La prueba de descargo presentada por la defensa, como se ha analizado *supra*, resulta inconsistente al ser contrastada con las distintas pruebas de cargo. La defensa sostiene que de la informalidad de las contrataciones directas no se puede derivar un concierto ilícito entre los ahora

procesados. Sin embargo, esta Sala Penal ni siquiera puede ingresar al análisis del sentido penal que tendrían las informalidades constatadas en el procedimiento de contratación directa de Oscar Calderón del Río, pues eso supondría ante todo que se haya acreditado, por lo menos con material informal (llamadas, reuniones, testigos, correos, etc.) el real y efectivo asesoramiento o patrocinio legal del abogado Oscar Calderón del Río en los expedientes n.º 1539-2009 y n.º 3772-2011. Sin embargo, esta Sala Penal no encuentra medios probatorios consistentes y contundentes que permitan evidenciar dicho trabajo real y efectivo. Los medios probatorios actuado en juicio (informes y manifestaciones de testigos) evidencian una actividad nula por parte del procesado Oscar Wilfredo Calderón del Río en los expedientes n.º 1539-2009 y n.º 3772-2011 y que a pesar de ello el procesado Moreno Márquez dio la conformidad del servicio prestado por aquel. Estos datos se constituyen en indicios *plurales y convergentes* que permiten *inferir* la existencia de un acuerdo ilegal entre ambos con la finalidad de beneficiar a Oscar Calderón del Río con el pago total de hasta S/ 21,000.00 por servicios que no fueron brindados, lo que supone una evidente defraudación patrimonial al Estado.

47. El cuestionamiento noveno y décimo formulado por la defensa del procesado Moreno Márquez versa sobre la irrelevancia penal de la supuesta celeridad en el pago a favor de Oscar Calderón del Río. Para la defensa, el *A quo* no toma en cuenta que en los pagos intervenían las áreas de gerencia, administración y finanza, logística, contabilidad y tesorería, y que los mismos se hicieron conforme a lo pactado en la propuesta económica.
48. Para la Sala, dicha celeridad en el pago no debe ser valorada de manera aislada, sino en el contexto con los demás medios de prueba que acreditan la inexistencia de un servicio de patrocinio legal por parte del procesado Calderón del Río en los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011. En ese sentido, es un dato indiciario relevante el hecho de que para el caso del expediente n.º 1535-2009 se haya emitido la orden de servicio el 1 de marzo del 2012 y se haya otorgado la conformidad del servicio el 15 de marzo del mismo año (14 días después), y que para el caso del expediente n.º 3772-2011 se haya emitido la orden de servicio el 16 de marzo y la conformidad el 19 de marzo (tres días después). Conforme a las máximas de la experiencia, un proceso judicial no tiene una duración tan efímera como para que los servicios legales prestados (patrocinio, contestación de demanda, planteamiento de estrategias legales, etc.) sean prestados en tan solo 14 días o menos. Estos datos no hacen sino corroborar que el procesado Oscar Calderón del Río no prestó los servicios legales que ofreció en su oportunidad y que las contrataciones tenían por fin último otorgar un pago indebido al procesado Oscar Calderón del Río y no el beneficio de la empresa Sedalib SA en los dos procesos judiciales en los que era parte.
49. Por su parte, como cuestionamiento once, la defensa del procesado Calderón del Río señaló que el razonamiento indiciario del *A quo*, para desvincular a los procesados de la presunta colusión con respecto a la contratación para el patrocinio legal en los expedientes 1756-2012 y 746-2012 es el mismo que empleó para determinar responsabilidad penal de los procesados por la contratación de Calderón del Río en los otros dos expedientes.
50. La Sala entiende que la defensa plantea un supuesto de contradicción en los fundamentos de la sentencia venida en grado. No obstante, dicha contradicción no existe. En la sentencia, de hecho, se desarrolla un análisis pormenorizado de los hechos

objeto de acusación así como de las pruebas ofrecidas al proceso. Tanto así que, incluso, el *A quo* desestima la imputación fiscal en un extremo.

51. Ahora bien, la sentencia venida en grado no encuentra responsabilidad penal por la contratación del procesado Calderón del Río para el patrocinio de los expedientes 1756-2012 y 746-2012, básicamente porque de los medios de prueba actuados se derivan *contraindicios* (la intervención procesal de la abogada Torres Vílchez, asistente del procesado Calderón del Ríos y la consignación de los datos profesionales –casilla judicial– del procesado Calderón del Ríos, así como delegación de represtación a su favor) que apuntan a la efectiva participación de Calderón del Río en los procesos judiciales antes citados y, por ende, a la efectiva prestación del servicio para el cual fue contratado. Esto sin embargo, como bien se explica en la sentencia apelada, no sucede para el caso de los expedientes 1535-2009 y 3772-2011, en los que el acervo probatorio no acredita algún tipo de participación procesal del procesado Calderón del Río. En ese sentido, no se advierte la contradicción a la que alude la defensa, pues el *A quo*, por un lado, determina la existencia de *contraindicios* que descarta la responsabilidad penal de los acusados con respecto a la contratación directa para patrocinio legal de los expedientes n.º 1756-2012 y 746-2012, mientras que, por otro lado, no halla *contraindicios* consistentes que desvirtúen la tesis inculpativa con respecto a los procesos de contratación directa para patrocinio legal en los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011.
52. En cuanto al decimo segundo reparo, esto es, que no era función del procesado Calderón del Río suscribir los escritos presentado en los procesos, sino de los abogados internos de Sedalib. La Sala considera que la contratación de patrocinio legal de procesos judiciales implica la representación procesal de un abogado defensor, lo cual se materializa mediante los respectivos apersonamientos. De lo contrario, la actividad no sería la de patrocinio legal, sino en todo caso, de asesoría legal, lo que no ocurre en el presente caso. Es más, aún aceptando que bastaba la mera asesoría legal para efectos del cumplimiento del servicio ofrecido, no existe prueba que acredite dicha asesoría. Como se dejó establecido anteriormente, a la luz de los medios probatorios actuados y valorados en juicio, no se verifica alguno que indubitablemente permita colegir a esta Sala Penal que el procesado Calderón del Río haya desplegado actos de asesoramiento legal con miras a un resultado a favor de Sedalib SA en los procesos judiciales seguidos en los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011.
53. De otro lado, cuestionando la reparación civil impuesta en la sentencia apelada, la defensa del procesado Calderón del Río señala que se ha impuesto la misma cantidad indemnizatoria que había sido determinada por la presunta colusión en la contratación del procesado Calderón del Río para el patrocinio de los cuatro procesos judiciales, cuando solo se encontró responsabilidad sobre el patrocinio de dos procesos. Este reparo, sin embargo, no resulta acorde con lo establecido en la sentencia recurrida. Conforme se verifica de los actuados, la Procuraduría Pública solicitó S/ 80,000.00 soles por concepto de reparación civil, sin embargo el *A quo* con correcto juicio de proporcionalidad fijó la reparación civil en S/ 25,000.00, de los cuales S/ 21,000.00 corresponden al daño patrimonial originado por el pago de dos servicios de patrocinio legal inexistentes y S/ 4,000.00 por el daño extrapatrimonial ocasionado. En ese sentido, esta Sala advierte que el *A quo* ha procedido a reducir el monto de reparación civil solicitado, en atención a que de las cuatro contrataciones directas inculpativas, tan solo se halló responsabilidad penal de los procesados por dos de ellas.

54. Finalmente, en cuanto a los argumentos de la nulidad solicitada, la defensa del procesado Calderón del Río sostuvo que la sentencia apelada es deficiente en su motivación porque no se ha delimitado el espacio temporal en que se habría producido el pacto colusorio y porque existe contradicciones entre los indicios invocados por el *A quo*. En cuanto a lo segundo, esta Sala se remite a los fundamentos desarrollados *supra* (fundamento 35 y ss.) en los que se advierte que no existe contradicción en el razonamiento desarrollado por el *A quo*. Sobre lo primero, esta Sala Penal, luego de revisar pormenorizadamente los fundamentos de la sentencia, advierte que al contrario de lo afirmado por la defensa, sí se ha delimitado el tiempo en que se habría realizado el acuerdo colusorio. En cuanto al tiempo, el *A quo*, en el fundamento 6.3 de su sentencia, señaló:

“Es menester dejar por sentado que los hechos acontecieron entre los meses de febrero a julio de 2012, con la emisión de los requerimientos del área usuaria, órdenes de servicio, conformidad y la realización de los pagos respectivos; lapso de tiempo en el que se habría materializado una concertación ilegal entre los acusados para defraudar los intereses de la Empresa Sedalib SA [...]”.

55. Si bien cierto no existe certeza sobre el lugar en que se habría realizado la concertación ilegal entre los procesados Moreno Márquez y Calderón del Río con el fin de defraudar patrimonialmente al Estado, no puede olvidarse que la concertación es un elemento objetivo del tipo penal que, por su naturaleza clandestina, rara vez es objeto de prueba directa. Para la acreditación de este elemento se recurre por lo general a la prueba por indicios. Y en el presente caso, los indicios que acreditan la concertación ilegal entre los procesados –falta de necesidad de contratación de abogados externos para el caso específico de los expedientes n.º 1535-2009 y 3772-2011; apariencia de cumplimiento del servicio; incongruencia en los servicios ofrecidos y el estado de los procesos judiciales, e inusitada celeridad en el pago por una actividad que no podría completarse en un plazo menor a 14 días– son, como se advierte, plurales, consistentes y no encuentran *contraindicios* que los desvirtúen. Por tanto, acreditan que: i) el procesado Moreno Márquez solicitó la contratación de un abogado externo a partir de una necesidad de servicio inexistente, para dos casos en específico; ii) el procesado Calderón del Río no cumplió con el servicio que ofreció y para el cual fue contratado; iii) el procesado Moreno Márquez dio la conformidad de un servicio *inexistente*. Todo ello con el resultado de una defraudación patrimonial al Estado al otorgar a Calderón del Río un pago de hasta S/ 21,000.00, por servicios que no beneficiaron a la empresa pública Sedalib SA. En esa línea de idas, aunque no se halla determinado el lugar se realizó la concertación los indicios dan cuenta de que esta existió realmente.

56. En consecuencia, habiéndose pronunciado esta Sala Penal sobre los cuestionamientos formulados por las partes apelantes, en cumplimiento del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, y habiendo determinado que dichos reparos no enervan la valoración probatoria, el razonamiento y la motivación de la sentencia de primera instancia, esta Sala Penal considera que debe **CONFIRMARSE** la sentencia venida en grado en todos sus extremos.

57. En lo relativo a las costas del proceso, se debe considerar que los procesados apelantes han interpuesto recurso de apelación en ejercicio de su derecho a la doble instancia, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 497.3 CPP, no corresponde fijarlas.

III DECISIÓN

Por los fundamentos que se dejan expuestos, analizados los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, y en conformidad con los dispositivos legales invocados, la señora magistrada que suscribe el presente voto es de la opinión que se declare:

1. **CONFIRMAR** la sentencia contenida en la resolución número treinta y tres del dieciséis de setiembre del dos mil diecinueve, mediante la cual el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad resuelve **CONDENAR** a **JOSÉ CARLOS MORENO MÁRQUEZ Y OSCAR WILFEDO CALDERÓN DEL RÍO** como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSIÓN AGRAVADA**, en agravio del Estado –Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad S.A. (SEDALIB S.A.), representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; y como tal se les impone **SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**; asimismo, se les impone la pena de **INHABILITACIÓN** consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público por el plazo de seis años; y se fija por concepto de reparación civil la suma de **VEINTICINCO MIL SOLES** a favor de la parte agraviada, que deberán cancelar los acusados en forma solidaria y en ejecución de sentencia; con todo lo demás que contiene.

2. **DISPONER** que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución, se remitan los autos al juzgado de origen para el cumplimiento de lo decidido.

3. **SIN COSTAS.**
Suscribe el presente voto en discordia la señora Jueza Superior Titular, Norma Beatriz Carbajal Chávez.

NORMA BEATRIZ CARBAJAL CHÁVEZ
PRESIDENTE

*CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
Avenida América Oeste S/N. Natasha Alta – Trujillo*

EXPEDIENTE N° 01596-2018-17-1601-JR-PE-08

Sumilla: No podemos perder de vista que nuestro ordenamiento penal establece la libertad probatoria. Así tenemos que el artículo 157° del Código Procesal Penal prescribe que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente pueden utilizarse otros distintos, siempre que no se vulneren los derechos y garantías la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidos por la Ley. Siendo así, en el caso en concreto, la pericia informática si bien podía ofrecerse como prueba y actuarse en juicio oral, no es la única prueba pertinente, conducente y útil que pueda acreditar la autoría y contenido de los correos electrónicos; no existe por tanto, prueba privilegiada, única, exclusiva para acreditar un delito. En todo caso si la defensa consideraba que era una prueba necesaria, en las etapas correspondientes del proceso, pudo ofrecerla.

EXPEDIENTE N° : 01596-2018-17-1601-JR-PE-08

ESPECIALISTA : ELIZABETH NERI ARQUEROS

SENTENCIADOS : MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES
CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ

AGRAVIADO : ESTADO

DELITO : NEGOCIACION INCOMPATIBLE

PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO DE
CORRUPCION DE FUNCIONARIOS- LA LIBERTAD

IMPUGNANTE : SENTENCIADOS

ASUNTO : APELACION DE SENTENCIA CONDENATORIA

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° VEINTICUATRO

Trujillo, doce de agosto

Del año dos mil diecinueve.-

VISTOS Y OÍDOS en audiencia de apelación de sentencia condenatoria, por los Señores Magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **VICTOR ALBERTO BURGOS MARIÑOS (Presidente de la Sala)**, **CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ (Directora de Debates)** y **JUAN IVAN VOJVODICH TOCON (Juez Superior Provisional)** en la que intervinieron el abogado defensor del sentenciado Marlon Alexander Alvitres Torres, Roger Avalos Ramírez ; el

abogado defensor del sentenciado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, Alberto Condemarin Guanilo; así como la representante del Ministerio Público, la Dra. Patricia Rabines Briceño, cuyos datos personales y de acreditación obran registrados en el sistema de audio.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

01. Viene en apelación la sentencia contenida en la resolución número trece , de fecha uno de agosto del año dos mil dieciocho, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal especializado en delitos de corrupción de funcionarios, por la cual se **CONDENA** a los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES** como autor y a **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ** como cómplice del delito contra la administración pública en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** tipificado en el artículo 399° del Código Penal en agravio del Estado- Municipalidad Distrital de Pacanga- Chepén, imponiéndole **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de dos años; y **FIJA** como concepto de reparación civil la suma de **VEINTE MIL SOLES (\$/.20,000.00)** a favor del agraviado; con lo demás que contiene.
02. El abogado defensor del sentenciado Marlon Alexander Alvitres Torres solicita se **REVOQUE** la sentencia impugnada y REFORMANDOLA se le absuelva a su patrocinado de los cargos que se le imputan
03. A su vez, el abogado defensor del sentenciado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez solicita se **REVOQUE** la sentencia impugnada y REFORMANDOLA se le absuelva a su patrocinado de la acusación fiscal.
04. Por su parte, la representante del Ministerio Público, solicita se **CONFIRME** la sentencia apelada por encontrarse arreglada a ley.
05. Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el A quo para dictar la sentencia condenatoria, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

06. Como lo señala el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de observar las reglas del debido proceso y la tutela jurisdiccional, cualquiera fuere su naturaleza. El debido proceso “implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia”⁵⁶²; exige no sólo el cumplimiento de las garantías sustantivas sino también procesales, en resguardo de las partes y la tutela jurisdiccional que otorga el Estado a los ciudadanos a través de los órganos jurisdiccionales.⁵⁶³ “[P]or debido proceso debe entenderse, en términos latos y conforme ha sido expuesto en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a aquellas garantías procesales que deben ser respetadas durante el desarrollo del proceso, para no afectar su decurso y convertirlo en irregular (...)”⁵⁶⁴
07. La condena debe basarse en la suficiencia del medio probatorio, que no solo sean pertinentes, conducentes útiles y válidamente obtenidas, sino además que causen convicción en el juez mediante la apreciación lógica y el uso de determinadas reglas o criterios de valoración que realiza el juez respecto la misma; de modo tal que sustente y justifique de manera racional la existencia del delito y culpabilidad del individuo, esto es, que exista un nexo de causalidad entre la conducta del procesado y la comisión del ilícito, quedando proscrita la responsabilidad objetiva o por la sola verificación del hecho punible.

Del delito materia de imputación:

08. El delito de Negociación Incompatible contemplado y sancionado en el segundo párrafo del artículo 399 del Código Penal , cuyo texto es el siguiente :
“(...)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

⁵⁶² Exp. N° 0200-2002-AA, 15/10/05, P, FJ. 3

⁵⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA/EXP. N° 3753-99 LIMA

⁵⁶⁴ EXP. N° 3789-2005-PHC/TC).

seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento trescientos sesenta y cinco días multa ".

09. El delito de Negociación se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados, por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos es por razón del cargo que ostenta al interior de la Administración Pública. Su finalidad es obtener provecho patrimonial personal o para tercero.⁵⁶⁵
10. Sobre la primera modalidad, esta implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación- revocatoria-, ejecución, etc.- del contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación.

De la valoración de la prueba en segunda instancia:

11. El artículo 409° inciso 1) del Código Procesal Penal, establece que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia de impugnación, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. Asimismo el artículo 425° inciso 1) del mismo código adjetivo precisa que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatoria a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

2.2. PREMISAS FÁCTICAS:

Pretensiones de las partes en la audiencia de apelación

⁵⁶⁵ (2014) Salinas Siccha Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Lima Tercera Edición. Grijley.

12. En la audiencia de apelación, la **defensa del sentenciado recurrente Alvitres Torres** señala que se ha vulnerado el debido proceso, falta de motivación y valoración de la prueba.
13. Nunca existió interés indebido de favorecer a terceros. No existe medio probatorio directo idóneo, objetivo y efectivo. No se ha probado el interés indebido del cargo.
14. Asimismo a nivel de primera instancia se valoró la declaración de Yessica Mayne Narro Carrasco, esta solo refirió que el día 27 de agosto del año 2015 recepcionó una llamada, el señor Johan Vásquez quería comunicarse con Carlos Vásquez Correa pero no sabe del contexto de la comunicación. El juez señala que se corrobora con el acta de verificación de la agenda del teléfono del señor Johan Vásquez pero no se ha determinado el contenido de dicha conversación.
15. Se han oralizado correos electrónicos que supuestamente salen de su patrocinado a los concursantes. No obstante no es prueba legítima, no hay peritaje informático, no se sabe cómo se hicieron las impresiones de los correos, no se sabe a quién pertenece el correo. No se ha determinado que el contenido de las impresiones haya salido de la máquina del sentenciado; solo son hojas impresas.
16. Respecto a la declaración de Johan Vasquez- presunto favorecido-, éste no sabe de quién es el correo; que las preguntas que le envían ninguna le toman en la entrevista personal.
17. Sostiene fiscalía que habían sido favorecidos una personas, lo que no es cierto, se lleva a juicio la Carta 02-2015 remitido por su patrocinado, recomendando que la nulidad del concurso porque había un postulante que no cumplía con los requisitos. El consejo municipal acordó anular el concurso y mediante resolución de alcaldía se anula. Estas circunstancias no fueron valoradas.
18. Por otro lado, se prescinde de la declaración de Jimi Johan Vásquez, pero se da lectura a su declaración previa donde señala que ninguna de las preguntas que le envían fueron tomadas en la entrevista personal. No hubo

favorecimiento. No han sido valoradas las cartas y documentales actuadas en juicio. Solicita se revoque la sentencia apelada.

19. En cuanto, **a la defensa del sentenciado Guanilo Rodriguez**, alega que el título de imputación de su patrocinado es de cómplice primario del delito de negociación incompatible, se le atribuye al sentenciado mandar un correo al presidente del comité con preguntas de la entrevista.
20. Su patrocinado aceptó que guaniloabogados@hotmail.com es su correo, que lo utiliza en sus actividades laborales, pero que el texto no era el mismo texto que había remitido al presidente de la comisión. Que envía preguntas tipo, que se tomaban de manera aleatoria a personal para ingresar a trabajar a las entidades públicas.
21. El Ministerio Público acoge el correo que presuntamente envió, sin embargo se presentó una hoja impresa. No se tomaron las medidas adecuadas para acreditar que era un correo válido, hay una valoración inadecuada de la prueba, vulnerando la presunción de inocencia. Se ha valorado una impresión, debió permitírsele abrir su correo y verificar que el contenido sea el mismo.
22. Para que se presente complicidad tiene que tener conocimiento pleno de que se iba a cometer un delito, no puede haber complicidad culposa, debió tener conocimiento que se iba a beneficiar a terceras personas, lo que no ocurre en el presente caso. No es sancionable la coordinación entre los miembros de la Comisión. No tuvo conocimiento de lo que se iba o no iba a realizar posteriormente con los correos electrónicos.
23. La persona que supuestamente se había beneficiado Carlos Gálvez Correa, señaló que no revisó el correo, que no tuvo conocimiento de su contenido. El concurso no surtió efectos, se declaró nulo, hubo un defecto administrativo, hubo un reclamo por otro postulante antes del correo, y es por esa razón que el comité recomienda la nulidad. No hubo interés indebido de su patrocinado. Solicita se revoque la sentencia apelada.
24. Por su parte la **representante del Ministerio Público** afirma que no se niega la existencia del concurso público para contratar personal para la Municipalidad.

Los Miembros del comité de selección fueron Alvitres Torres en calidad de presidente y Guanilo Rodríguez como segundo miembro.

25. En la imputación contra Alvitres Torres, Jimmy Johan Vasquez ya era empleado CAS del sentenciado, se vulneró el deber de imparcialidad. El mismo día de la entrevista personal este envió las preguntas que se formularían. Con respecto a Guanilo Rodríguez este contribuyó sustancialmente para la concreción del interés indebido para favorecer a terceras personas. Vulnere también su deber de imparcialidad al enviar un correo a su coacusado remitiendo las preguntas indicando su coimputado tenía la relación de las personas que quiere que siga el alcalde, le dio pautas.
26. La defensa cuestiona la formalidad de las documentales sin embargo existe libertad probatoria y esta no es la única prueba. En el desarrollo del juicio, los favorecidos han aceptado que recibieron los correos electrónicos, que eran preguntas. Galvez Correa refirió que no tuvo tiempo de revisarlas pero si le habían remitido el correo y que este provenía de Marlon Alex Alvitres Torres.
27. La testigo Narro Carrasco sostuvo que el día de la entrevista, Johan Vásquez le llamo a su celular y este le pidió que le pase con Carlos Gálvez Correa, ante esta llamada que también fue reconocida por Galvez Correa le dicen mira tu correo pero no sabe quién lo llamó.
28. Asimismo la defensa sostiene que son preguntas tipo, Alvitres Torres indicó que le pidió a Guanilo Rodríguez que las formule por su experiencia, esas eran las preguntas a ser utilizadas.
29. Si bien no existe una pericia informática para acreditar la proveniencia del correo, los favorecidos han reconocido en juicio que recibieron el correo, se ha valorado en conjunto.
30. Se alega que Gálvez Correa no ha sido favorecido porque no consiguió el empleo. La conducta imputada fue por la infracción del deber de imparcialidad, el resultado es distante. Si bien el concurso se declaró nulo, esto fue porque en la calificación curricular se habría equiparada sus estudios técnicos como bachiller a Gálvez Correa siendo que uno de los postulantes cuestionó. En el acuerdo del consejo, el alcalde declara la nulidad total porque

se habrían filtrado las preguntas de la entrevista personal. Fueron dos los motivos de que sustentan la nulidad. Se han valorado individual y conjuntamente la prueba. Solicita se confirme la sentencia recurrida por estar arreglada a derecho.

2.3 ANÁLISIS DEL CASO.

De los hechos materia de imputación y decisión de instancia:

31. Los hechos materia de imputación precisados en el requerimiento acusatorio (obrante en el expediente judicial) consisten en que, que mediante resolución de alcaldía N° 159-2015, de fecha 23 de abril del 2015, se designó un Comité para llevar a cabo un Concurso Público, para la contratación de personal, bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), concurso público que fue convocado mediante resolución de alcaldía N° 374-2015, de fecha 6 de agosto del 2015, en la cual se resuelve convocar a Concurso Público N° 1-2005; para contratar bajo la modalidad CAS.

El Comité estuvo integrado por Marlon Alexander Alvitres Torres, en calidad de presidente, Walter Nicho Panduro, como primer miembro y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, como segundo miembro, quienes con fecha 18 de agosto de 2015, realizaron la instalación del Comité, y la verificación de los requisitos mínimos de los postulantes, elaboraron un acta en la cual consignaron que de los 39 postulante solo 13 habían cumplido con los requisitos mínimos exigidos, encontrándose habilitados para pasar a la segunda etapa, consistente en la evaluación curricular.

Luego de ser publicados los resultados y realizar la evaluación curricular, se programó la entrevista (tercera etapa) para el 27 de agosto del año 2015. La dicha fecha, Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, en calidad de integrante del Comité de selección remite un correo electrónico a Marlon Alvitres Torres, en calidad de presidente del Comité. El mismo día que se realizaría la entrevista, a las 7:15 am, del correo guanilo_abogados@hotmail.com al correo alex18584@hotmail.com, con la sumilla “preguntas para la entrevista”, en el correo se indicaba “*Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de*

que no lo va a difundir, dáles, caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores. Uds, tiene la relación de la gente que desee que siga el Alcalde, de mi parte me abstengo en difundirlo a cualquier postulante. Atte. Carlos E. Guanilo R.". Alvitres Torres, quien recepcionó el correo, remite el correo a dos personas, quienes tenían la condición de postulantes al concurso público, el 27 de agosto a las 8:21 am, del correo alex18584@hotmail.com se remite a los correos johan_36_5@hotmail.com y al correo carlosgalvez_84@hotmail.com, con la sumilla preguntas para entrevista, indicándole en el correo "muchachos absoluta reserva, no comuniquen con nadie".

A través del correo johan_36_5@hotmail.com (Johan Vásquez Sánchez), remite al correo electrónico kiss_3149@hotmail.com, el mismo día a las 13:31 horas. En virtud de tales irregularidades se decide mediante resolución de alcaldía N° 418-2015, de fecha 29 de agosto del 2015, declarar la nulidad de oficio del concurso N° 0001-2015.

El acusado Marlon Alexander Alvitres Torres reenvía el correo emitido por Carlos Guanilo Rodríguez, el mismo día del examen a las 8:21 am a Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa, quienes, de acuerdo al cuadro de evaluación curricular, ambos serían postulantes del concurso público; evidenciando un interés indebido al querer favorecer a los postulantes antes mencionados.

- 32.** Los hechos imputados se tipificaron como el delito de Negociación Incompatible contemplado y sancionado en el segundo párrafo del artículo 399 del Código Penal , cuyo texto es el siguiente : "*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 y2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento trescientos sesenta y cinco días multa "*.
- 33.** De la revisión del proceso se verifica que en juicio oral se actuaron las **testimoniales** de: **a)** Yessica Mayne Narro Carrasco; **b)** Carlos Miguel Galvez

Correa. También se oralizó prueba **documental** consistente en: **a)** Resolución de alcaldía N°374-2015-MDP-A; **b)** Acuerdo del consejo N°034-2015-MDP; **c)** Bases para la convocatoria pública de personal; **d)** Cronograma del proceso de selección del personal- Anexo 1; **e)** Acta de instalación del comité especial de personal CAS y verificación de registros técnicos; **f)** Acta de selección del comité especial CAS 2015; **g)** Acta de la instalación del comité especial de personal CAS para la realización de la tercer etapa; **h)** Impresión de correo electrónico; **i)** Impresión de correo; **j)** Obra documento adjunto al correo; **k)** Otros correos electrónicos; **l)** Carta 002-2015 MDP/COMISION CAS; **m)** Resolución de Alcaldía N°418-2015-MDP.A; **n)** Acuerdo de consejo N°039-2015- MDP; **o)** Acta de visualización de celular; **p)** Oralizacion de la declaración del acusado Marlon Alexander Alvitres Torres; **q)** Moralización de la declaración previa de Jimmy Johan Vásquez Sánchez . No se ofrecieron medio probatorios por parte de la defensa de los sentenciados.

34. Culminado el debate probatorio, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios expidió sentencia por la cual resolvió CONDENAR a los acusados Marlon Alexander Alvitres Torres como autor y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez como cómplice del delito de negociación incompatible imponiéndosele a CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD suspendida por dos años y el pago de veinte mil soles a favor del Estado; sentencia que es materia de impugnación por parte de la defensa de los sentenciados.

De la actividad probatoria en segunda instancia:

35. A nivel de segunda instancia no se ofreció, ni actuó prueba alguna. En consecuencia el análisis de la actividad probatoria en sede de apelación debe circunscribirse a la actuada en primera instancia, haciendo un análisis de los argumentos de las partes en audiencia de apelación; reexamen de la actividad probatoria que se realiza con las limitaciones previstas en el artículo 425° inciso 2) del Código Procesal Penal.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Art. 425.2 del NCPP: La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatoria sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

ANÁLISIS DE LOS CUESTIONAMIENTOS FORMULADOS POR EL APELANTE CONTRASTADA CON LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESARROLLADA EN JUICIO ORAL

36. En primer término, debemos señalar que de la actividad probatoria desarrollada en juicio oral, tenemos que mediante resolución de Alcaldía N° 374-2015-MDP.A de fecha 06 de agosto de 2015 a folios 18 del expediente judicial se convocó al Concurso Público N°001-2015-MDP cuyo objeto era la contratación de personal para la Municipalidad Distrital de Pacanga bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios. Asimismo, mediante Acuerdo de Consejo N°034-2015-MDP de la misma fecha, conforme fluye de folios 19 del expediente judicial, se resolvió aprobar las bases administrativas del concurso precitado. Según las bases obrante a folios 20 del expediente judicial, se designó a la comisión encargada del proceso de selección Marlon Alexander Alvitres Torres en calidad de Presidente, Walter Nicho Panduro como primer miembro y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez como segundo miembro de la Comisión. Dichas bases establecieron como primera etapa, el cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, segunda etapa la evaluación curricular y como tercera la entrevista personal conforme el Cronograma del Proceso de Selección de personal a folios 32 del expediente judicial.
37. La Segunda Etapa del concurso que correspondía a la Evaluación curricular, se realizó el 25 de agosto de 2015 mediante, conforme fluye del acta de instalación del Comité Especial de selección de personal CAS-MDP año 2015 a folios 33 del expediente judicial, procediéndose a aperturar cada uno de los 13 sobres presentados por los postulantes que aprobaron para esta etapa, precisando, que Jimmy Johan Vásquez Sánchez obtuvo un puntaje de 54.5 y Carlos Miguel Gálvez Correa un puntaje de 53.5.
38. En cuanto a la tercera etapa- entrevista personal y constancia de incidencia de fecha 27 de agosto de 2015 a las 9:05 minutos, obra el acta de instalación del Comité Especial de selección de personal CAS-MDP año 2015 en la cual se perennizó la realización de la entrevista a 12 personas. Se precisa en el acta que tras la consulta de postulante Carlos Ninaquispe Elias, “(...)en virtud a los Principios de Igualdad y No Discriminación, el haber equiparado los estudios

técnicos concluidos del participante Carlos Miguel Gálvez Correa, con el grado académico de bachiller, que se requería como requisito para haber aprobado la primera etapa del Concurso CAS, se estaría transgrediendo los principios de Imparcialidad y el Principio de Literalidad, generando suspicacias entre los participantes, motivo por el cual, se llega a la conclusión que existe un vicio insalvable que acarrearía la nulidad del presente proceso”. No se ha cuestionado la existencia del concurso público ni tampoco la nulidad posterior del mismo, por lo que se procederá a dar respuesta a los argumentos planteados por la defensa de los sentenciados respecto a la vinculación de estos con el delito.

Sobre la pretensión del sentenciado Marlon Alexander Alvitres Torres

39. En este punto es menester resaltar que según requerimiento acusatorio se le atribuye al acusado en su calidad de Presidente del Comité Especial haberse interesado indebidamente en favorecer a los postulantes Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Miguel Gálvez Correa en el concurso publico N°001-2015-MDP infringiendo su deber de imparcialidad en tanto que el día programado para la realización de la tercera etapa- entrevista personal- envió un correo electrónico a los postulantes en mención con las preguntas a formularse en la entrevista personal fueron enviadas a su vez, por su coacusado Guanilo Rodríguez. El título de imputación por el cual fue condenado en primera instancia fue el de autor del delito de Negociación Incompatible.
40. Ahora bien, el cuestionamiento central de la defensa está dirigido a enervar la validez de la prueba actuada. Sostiene que los correos electrónicos no son prueba legal porque no existe peritaje informático que acredite quien es titular del correo alex18584@hotmail.com, así como tampoco se corroboró como se hicieron tales impresiones.
41. Este mismo cuestionamiento ha sido desestimado por el juzgado de primera instancia en su fundamento 64° estableciendo lo siguiente: *“Al respecto. El acusado no ha negado haber recibido el correo que le remitió Guanilo Rodríguez, a quien solicitó que formule las preguntas que deberían ser tomadas el día 27 de agosto de 2015. Refiere que no ha remitido los correos a Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; sin embargo, el primero ha referido en juicio, que, si le llegó un correo minutos antes de la entrevista, y el segundo ha dicho (en su declaración previa- folios 93-95 del cuaderno de debates) que 15 minutos*

antes de la entrevista lo llamaron a su celular indicándole que le habían remitido un correo y que fue remitido por Marlon Alvitres Torres. La testigo Narro Carrasco ha indicado que si existió la llamada entre Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; coligiéndose que los correos, con las preguntas de la entrevista, sí fueron remitidos por el acusado Alvitres Torres.”

42. Con respecto a la prueba, debemos señalar en primer lugar, que la prueba irregular es la prueba que para su obtención no se respetó las formalidades que establece la ley, esto es, se vulneró normas de rango infraconstitucional a diferencia de la prueba ilícita en la cual para su obtención se vulneran derechos fundamentales situación que conlleva a la exclusión de la prueba, salvo algunas excepciones a la regla de exclusión. Como sostiene Talavera Elguera: “Bajo la denominación de prueba irregular se incluirían las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado un derecho fundamental.⁵⁶⁷ Con respecto a la prueba irregular el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido : “ En el ámbito del proceso penal, la rueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159 del nuevo código procesal penal cuyo texto dispone que el Juez no podrá utilizar , directa o indirectamente , las fuentes o medios de pruebas obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico, una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de los derechos de rango legal o infralegal”⁵⁶⁸. Como se ha señalado, una prueba irregular no significa per se una prueba prohibida que tenga que ser excluida del acervo probatorio, debemos establecer, en cada caso concreto si el incumplimiento de determinados requisitos procesales, determina una flagrante vulneración a los derechos que tiene el procesado.
43. En el presente caso el abogado de la defensa sostiene que la impresión de los correos electrónicos es ilegal porque no se ha determinado el origen del correo y solo son hojas simples. No advertimos que la impresión de los citados correos, que han sido admitidas y actuadas como prueba documental, constituya prueba ilegal, no se ha acreditado que para su obtención se vulneraron derechos fundamentales del sentenciado recurrente y que conllevaría a la exclusión de la prueba. Lo que evidenciamos, es que la defensa considera que resulta insuficiente

⁵⁶⁷ TALAVERA ELGUERA, PABLO. *LA PRUEBA*. LIMA : AMAG, 2009, pág. 151.

⁵⁶⁸ Expediente N° 0655-2010-HC/TC Fj 14 y 15

para sustentar una sentencia condenatoria, y que se requeriría un peritaje informática para determinar tanto la autoría de los mensajes y el contenido de los mismos.

- 44.** No podemos perder de vista que nuestro ordenamiento penal establece la libertad probatoria dentro del proceso. Así tenemos que el artículo 157° del Código Procesal Penal prescribe que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente pueden utilizarse otros distintos, siempre que no se vulneren los derechos y garantías la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidos por la Ley. Siendo así, en el caso en concreto, la pericia informática si bien podía ofrecerse como prueba y actuarse en juicio oral, no es la única prueba pertinente, conducente y útil que pueda acreditar la autoría y contenido de los correos electrónicos; no existe por tanto, prueba privilegiada, única, exclusiva para acreditar un delito. En todo caso si la defensa consideraba que era una prueba necesaria, en las etapas correspondientes del proceso, pudo ofrecerla, sin embargo no lo hizo. Siendo así, corresponde analizar la prueba actuada en juicio oral, de manera conjunta e integral, con las limitaciones previstas en el artículo 422°.3 del Código Adjetivo ya glosado.
- 45.** Así tenemos que en juicio oral se oralizó la documental consistente en la impresión de un correo electrónico a folios 39 del expediente judicial con el siguiente contenido:

From: Johan_36_5@hotmail.com

To: kiss_3149@hotmail.com

Subject: FW: Preguntas para entrevista

Date: Thu, 27 Aug 2015 13:31:39+0000

JOHAN VASQUEZ SANCHEZ

CEL.958428443

From: alex 18584@hotmail.com

To: Johan_36_5@hotmail.com; carlosgalvez_84@hotmail.com

Subject: FW: Preguntas para entrevista

Date: Thu, 27 Aug 2015 08:21:44 -0500

Muchachos, absoluta reserva, no comuniqué con nadie

46. Asimismo, se oralizó la declaración previa de Jimmy Johan Vásquez Sánchez a folios 93 del cuaderno de debate consignándose en la pregunta 4 : *Para que diga :¿ Si su persona recibió el 27 de agosto de 2015 a horas 8:21 am un correo electrónico enviado desde el usuario alex1858464@hotmail.com de Marlon Alvitres Torres, dirigido a su persona y a la persona de Carlos Miguel Galvez Correa carlosgalvez84@hotmail.com en el cual se adjuntaban las preguntas que iban a ser tomadas en la entrevista personal con el texto “ muchachos absoluta reserva , no comuniquen a nadie”? Dijo: Que, mi persona recibió una llamada aproximadamente unos 15 minutos antes de la entrevista , de un celular del cual no recuerdo el numero ni tampoco el nombre porque no lo tenía registrado y al contestar la llamada escuche un mensaje que me decía “ abre tu correo que hay unas preguntas” no reconociendo la voz, en ese momento lo tome como broma pensé que era una broma por parte de mis compañeros y cuando reviso el correo efectivamente vi las preguntas eran algo de 200 aproximadamente sin respuestas , pero en ese momento por la premura del tiempo los lei rápidamente no teniendo tiempo de detenerme sin opción a estudiarlas pero ninguna de ellas fueron preguntadas en el examen , preciso que este correo fue remitido **por la persona de Marlon Alvitres Torres**. Precizando que el correo se nos pedía reserva” En la pregunta 5 respondió: Que mi persona borro dicho correo y solamente puedo precisar que el correo fue enviado, desde el correo del señor Marlon Alvitres quien trabajaba en Recursos Humanos, precisando que fue un único correo que me llego. En la pregunta 6 dijo: Que recuerdo que fueron varias preguntas y reconozco las de la primera hoja es decir de folios 5 no recordando las demás”.*
47. Del análisis del citado correo electrónico se aprecia que el sentenciado Alvitres Torres envía un correo a Johan Vásquez Sánchez y Carlos Galvez Correa (quien también acepto la recepción del mismo) con el texto “*Muchachos, absoluta reserva, no comuniqué con nadie*“ adjuntándose las preguntas remitidas por el cosentenciado Guanilo Rodríguez antes de la entrevista personal. Este mismo correo fue reenviado en su totalidad por parte de Johan Vásquez Sánchez a través del correo johan_36_5@hotmail.com hacia el correo electrónico kiss_3149@hotmail.com apreciándose la remisión a otro postulante más.
48. Respecto al origen de los correos, es el propio Vásquez Sánchez, (quien era una de las personas a quien se buscaba favorecer) ha reconocido que el correo alex1858464@hotmail.com pertenecía a Marlon Alvitres Torres. No podemos soslayar el hecho de que Vásquez Sánchez era el asistente del Alvitres Torres, quién en esa fecha desempeñaba el cargo de Jefe de Personal de la Municipalidad, por tanto conocía su correo electrónico. Que, al citado correo se adjuntaba un aproximado de doscientas preguntas precisándose, con la indicación que se mantenga en reserva. Esto desvirtúa la alegación de la

defensa de Alvitres Torres quién señaló que Vásquez Sánchez desconocía el remitente del correo electrónico.

49. Cabe precisar que el correo electrónico ya glosado, fue enviado además Carlos Gálvez Correa, otro postulante a quién se pretendía favorecer. En juicio oral, al declarar ante el plenario Gálvez Correa sostuvo que “si recibió el correo minutos antes de la entrevista, que su amiga Narro le informó sobre una llamada en la cual le indicaron que revise su correo, verificó el correo pero no revisó el detalle, pasó su entrevista y después revisó a detalle el correo, se percató de la existencia de un correo con preguntas”. Asimismo, reconoció el texto del correo: *“Muchachos, absoluta reserva, no comuniquen con nadie”*
50. De la prueba actuada en el juicio oral, y pese a no haberse incorporado la pericia informática alegada por la defensa del sentenciado impugnante, queda debidamente acreditado que Marlon Alexander Alvitres Torres, remitió un correo electrónico contenido 200 preguntas, a los postulantes del concurso Jimmy Johan Vásquez Sánchez y Carlos Miguel Gálvez Correa minutos antes de la entrevista personal.
51. Por otra parte afirma el abogado defensor del sentenciado que no existió “interés indebido del cargo” teniendo en cuenta que se valoró de forma errónea la declaración de la testigo Narro Carrasco toda vez que esta señaló que recepcionó una llamada de Johan Vásquez para comunicarse con Gálvez Correa, no obstante no supo sobre el contenido de la conversación.
52. En juicio oral la testigo Yessica Mayne Narro Carrasco declaró: “ (...) . *Conoce a Carlos Miguel Gálvez Correa, es su compañero de trabajo, quien en la actualidad labora, pero no conoce desde cuando labora en la Municipalidad. Conoce a Jimmy Johan, quien también trabajaba en la Municipalidad. Tenía conocimiento sobre un concurso público en la Municipalidad, no participó en el concurso porque ya se encontraba en planilla. Tiene conocimiento que Carlos Miguel Gálvez Correa participó en el proceso. El 27 de agosto del 2015 recepcionó una llamada realizada por Johan Vásquez, queriendo comunicarse con Carlos Miguel Vásquez Correa, desconoce qué fue lo que hablaron, fue la primera vez que recepcionó una llamada de Jimmy Johan.(...)*” . Por su parte el citado Gálvez Correa , como ha quedado establecido, aceptó en juicio que minutos antes de la entrevista personal su amiga “Narro” que es como identifica a la testigo, le avisa sobre una llamada , y en la cual , a su vez, le indican al testigo que recibe su correo , en el cual aparecía uno con el texto *“muchachos absoluta reserva, no comuniquen con nadie”*, al cual se habían adjuntado aproximadamente 200 preguntas.
53. Se oralizó asimismo en juicio oral, el Acta de Visualización de Celular de la testigo Yessica Mayne Narro Carrasco , que obra a folios 57 del expediente judicial, de la

cual aparece que la testigo tenía registrado los números #958428443 y 958428443 en el contacto de nombre Johan. Dicho número telefónico es el mismo que aparece en distintos correos electrónicos a folios 39 y 46 del expediente judicial,

54. Este Tribunal Revisor no aprecia una valoración indebida de la declaración de la testigo Narro Carrasco como alega la defensa en razón a que las testimoniales citadas permiten acreditar la comunicación previa entre Vásquez Sánchez y Gálvez Correa a través del celular de Narro Carrasco, en la cual le dice que revise su correo electrónico. Como ya ha quedado probado, es justamente a través de un mensaje enviado por correo electrónico que Alvitres Torres remitió las preguntas que presuntamente que serían tomadas en la etapa de entrevista personal del Concurso Público CAS N°001-2015. La testigo Narro Carrasco en ningún momento declaró sobre el contenido de la conversación telefónica sostenida entre Vásquez Sánchez y Gálvez Correa. Con su declaración se acreditó la conversación telefónica que sostuvieron éstos, quienes eran postulantes del concurso, hecho que ha sido corroborado por Gálvez Correa.
55. Sobre el verbo rector interés indebido, el profesor Salinas Siccha señala que *“debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública”*⁵⁶⁹. El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. c) Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.
56. En el caso sub exámine, tenemos que fue el sentenciado Alvitres Torres envió desde su correo electrónico las preguntas de la entrevista personal a los postulantes Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa. Si bien ambos testigos han referido que en ningún momento se han comunicado con Alvitres Torres, así Vásquez Sánchez señaló que no conversó con este sobre los hechos dado que

⁵⁶⁹ Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición, Lima, Grijley, 2014

terminó su vínculo laboral con la Municipalidad y Gálvez Correa sostuvo que nunca le pidió algún favor o dialogó con el sentenciado respecto al concurso, no podemos perder de vista, que el correo originario fue remitido por el cosentenciado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez a Alvitres Torres con el siguiente tenor “Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de que no lo va a difundir, dáles, caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores. Uds, tiene la relación de la gente que desee que siga el Alcalde”.

- 57.** Es evidente que lo que se pretendía con la remisión de las preguntas que se iban a tomar en la entrevista personal, era que los postulantes Vásquez Sánchez y Gálvez Correa se vean favorecidos con la designación como ganadores del concurso, pues era interés del Alcalde que estos continuaran laborando, y la única manera de asegurar la continuación de los citados postulantes en sus puestos, era favoreciéndolos en el concurso; en el caso específico, dándoles información privilegiada como eran las preguntas que se iban a ser materia de evaluación en la entrevista personal. Siendo así, el interés indebido, queda palmariamente acreditado.
- 58.** Por otro lado, afirma la defensa que no se han valoradas las circunstancias posteriores siendo que no existió favorecimiento a los postulantes debido que: i) El sentenciado Alvitres Torres recomendó la nulidad mediante carta 02-2015, declarándose nulo el concurso público mediante resolución de alcaldía; ii) De acuerdo a lo declarado por Jimmy Johan Vásquez Sánchez las preguntas enviadas en el correo electrónico no le fueron tomadas en la entrevista personal.
- 59.** Dando respuesta al cuestionamiento planteado por la defensa, es necesario señalar que el bien jurídico que protege el delito de Negociación Incompatible es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado; tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario⁵⁷⁰. Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se

⁵⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, casación número 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

constituye en un delito de peligro⁵⁷¹, por lo que se da el adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. En ese sentido, el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, lo que significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico⁵⁷² - el correcto funcionamiento de la administración pública-. (énfasis añadido).

60. En juicio oral ha quedado probado que el concurso público CAS N°001-2015 fue declarado Nulo mediante Resolución de Alcaldía N°418-2015-MDPA.A de fecha 29 de agosto de 2015⁵⁷³ y Acuerdo de Consejo N°0039-2015- MDP de fecha 31 de agosto de 2015⁵⁷⁴, no obstante dicha circunstancia no incide en los hechos que se le imputan al sentenciado. Si bien es cierto este remitió en su calidad de Presidente de la Comisión del Concurso Público CAS, la Carta 002-2015-MDP/COMISION CAS ⁵⁷⁵ la misma que dirigió al alcalde la Municipalidad Distrital de Pacanga, en el cuerpo de dicho documento se advierte que funda su recomendación de declaración de nulidad en el reclamo del postulante Carlos Agustín Ninaquispe Elías debido a la aprobación de Carlos Gálvez Correa en una fase precedente que era la comprobación de los requisitos mínimos del perfil para el puesto de Jefe de Unidad de Informática, Estadística y Comunicaciones, siendo que se había equiparado sus estudios técnicos al grado de bachiller.
61. Cabe precisar que conforme al Acuerdo de Consejo N°0039-2015- MDP el concurso público se declaró nulo porque se informó de manera verbal al alcalde sobre la filtración de las preguntas que se formularían en la entrevista personal que se llevaría a cabo el día 27 de agosto de 2015, imputándose dicha conducta a los sentenciados Alvitres Campos y Guanilo Rodríguez, dando cuenta el Alcalde Telesforo Medina Ortiz que se le hizo llegar a través de redes sociales una copia del correo electrónico que adjuntaba las preguntas antes mencionadas por lo

⁵⁷¹ SANCINETTI, Marcelo. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas”. Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%Fablicas>.

⁵⁷² HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de derecho penal. Parte general. Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.

⁵⁷³ A folios 52 del expediente judicial

⁵⁷⁴ A folios 54 del expediente judicial

⁵⁷⁵ A folios 51 del expediente judicial

que tomó la decisión de prescindir los servicios de los funcionarios involucrados en los hechos. En el artículo primero se dispone declarar la nulidad total del concurso Público CAS N°001-2015-MDP; en el artículo segundo se acuerda conformar una comisión especial que investigue los hechos irregulares ocurridos, el artículo tercero autoriza al señor alcalde la contratación administrativa de servicios de personal administrativo y auxiliar de forma directa; en el artículo cuarto se dispone poner en conocimiento los hechos al Ministerio Público y el artículo quinto acuerda iniciar el proceso administrativo disciplinaria contra los funcionarios responsables. La declaración de nulidad del proceso fue causa distinta al objeto de la Carta 002-2015-MDP/COMISION CAS, documental con la cual el sentenciado pretende sustentar su inocencia.

62. Por otro lado, la defensa afirma que no existió favorecimiento toda vez que el testigo Jimmy Johan Vásquez Sánchez en su declaración previa refirió que las preguntas que le enviaron mediante correo no le fueron tomadas en la entrevista.
63. En efecto el testigo Vásquez Sánchez, en su declaración previa, indicó que las preguntas que le fueron enviadas no fueron tomadas en la entrevista personal del concurso público; sin embargo, esta afirmación no se ve corroborada con ningún dato objetivo incorporado a juicio. Por otro lado, es el mismo sentenciado Guanilo Rodriguez quien al declarar en juicio oral reconoció que tratan de preguntas tipo⁵⁷⁶, las mismas que podían ser aplicadas de manera aleatoriamente por el Comité Especial. Ha quedado probado que fue el sentenciado Guanilo Rodriguez el encargado de su elaboración, que este las remite al correo de Alvitres Torres, quien a su vez las reenvía a dos postulantes. Se configuró el riesgo (resultado) cuya existencia fue probada y por ende se consumó la infracción del deber de imparcialidad del sentenciado Alvitres Torres al enviar las preguntas a los postulantes.

De la pretensión del sentenciado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez

64. Según requerimiento acusatorio se le atribuye al acusado en su calidad de Segundo Miembro del Comité Especial haber contribuido sustancialmente para la concreción del interés indebido para favorecer a terceras personas violando su deber de imparcialidad, pues el mismo día de la entrevista

⁵⁷⁶ Entendidas por preguntas base para la aplicación en entrevistas personales, comprende en preguntas abiertas, cerradas, mixtas, de opinión, según temática, o de cultural general.

personal del concurso público CAS N°001-2015, le remite al presidente del Comité- su cosentenciado Alvitres Torres- las preguntas a ser formuladas, indicándole que si confiaba en la gente que debe seguir que les de las preguntas, en tanto que Alvitres Torres tenía la relación de la gente que deseaba que siga el Alcalde. El título de imputación por el cual fue condenado en sede primigenia fue el de cómplice primario del delito de Negociación Incompatible.

65. La defensa técnica del acusado Guanilo Rodríguez sustenta la REVOCATORIA de la sentencia siendo su argumento principal que el texto del correo electrónico actuado en juicio oral no era el mismo que había enviado, pretendiendo sostener una adulteración del mismo. En ese sentido, se alega que el Ministerio Público no tomó las medidas adecuadas para validar el correo electrónico, valorándose solo una hoja impresa, situación que vulnera el derecho a la presunción de inocencia.
66. Este mismo argumento ha sido desestimado por el juzgado de primera instancia en sus fundamentos 66 y 68 de la sentencia recurrida determinando lo siguiente: *"La defensa ha referido que el texto que aparece en el correo ha sido alterado y modificado. Al respecto. El acusado ha brindado su declaración en juicio y ha reconocido la impresión del correo electrónico que obra a folios 40 del expediente judicial. El argumento de que ha sido modificado el contenido, se podría establecer en base al contenido mismo; pues nótese que desde que se inicia el relato, hay una narración lógica y secuencial. El argumento de que se ha modificado es inconsistente, si tomamos en cuenta que Alvitres Torres, sigue las instrucciones del correo remitido por Guanilo, "Si confía en la gente que debe seguir de no la va a difundir, dáles (...)" ; minutos después, es reenviado por Alvitres Torres a Gálvez Correa y Vásquez Sánchez; quienes no han negado la recepción de los correos. El argumento no es consistente, pues no ha dicho que frases o párrafos son los que se han suprimido; apreciando que es solo un argumento a efectos de minimizar su responsabilidad penal.(...) Se ha cuestionado como se ha obtenido los correos y su contenido. Al respecto. Las impresiones de los correos forman parte de la actividad probatoria y de las documentales que fiscalía ha considerado como medios probatorios. Dichas documentales han sido incorporadas válidamente al proceso y luego al juicio, han sido reconocidas por Guanilo Rodríguez (en juicio), por Alvitres Torres (en su declaración previa); por los testigos Gálvez Correa (en juicio) y Vásquez Sánchez (en su declaración previa). La existencia está acreditada y legitimada, máxime si no se ha determinado que se trata de prueba prohibida o que ésta se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales. Medios probatorios que son valorados positivamente por este despacho, al amparo de lo establecido en el artículo 157° y 185°⁵⁷⁷ del Código Procesal Penal."*

⁵⁷⁷ Artículo 157 del Código Procesal Penal. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. (...) En el proceso penal no se tendrá en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles (...). Artículo 185°. Son documentos los manuscritos, impresiones, fotocopias, fax, disquetes, películas,

67. En juicio oral se oralizó la documental consistente en la impresión de un correo electrónico a folios 40 del expediente judicial con el siguiente contenido:

From: guanilo_abogados@hotmail.com

To: alex18584@hotmail.com

Subject: Preguntas para entrevista

Date: Thu, 27 Aug 2015 07:15:42 -0500

Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de que no lo va a difundir, deles. Caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores .Uds. tiene la relación de la gente que desea que siga el Alcalde. De mi parte me abstengo en difundirlo a cualquier postulante.

Atte.

Carlos E. Guanilo R.

(Se adjuntan preguntas obrante desde folios 41 a 45 del expediente judicial)

68. Al respecto, el sentenciado Guanilo Rodríguez concurrió ante el plenario y sostuvo:

“(...) Admite haber emitido correo electrónico al Dr. Marlon Alvitres, quien era el presidente, para ver las preguntas del examen, su persona le indicó que le alcanzaría preguntas de otra Municipalidad, imprimió las preguntas el mismo día, en el mismo local. Las preguntas no se llegaron a aplicar. El texto que aparece en el correo no es el texto original, no envió, indica que se manipuló en el reenvío del correo (documental 39 y 40). (...) No tenía ningún vínculo de enemistad con Carlos Vásquez Correa. Su correo electrónico es guaniloabogados@hotmail.com, siempre ha tenido el correo mencionado, su correo es personal. Acepta haber enviado un mensaje consistente con la información “que lo mantenga en reserva, que se abstenga de dar a cualquiera (...)”. Asimismo en juicio se oralizó la declaración previa de Marlon Alexander Alvitres Torres que obra a folios 90 del cuaderno de debates ,en la cual señaló que : “ (...) Que como era mi primer concurso y teniendo conocimiento que el doctor Carlos Guanilo ya había participado en otros concursos por su experiencia en la administración pública , mi persona le encomendó que si podía elaborar algunas preguntas tipo para el concurso , esto sin conocimiento del ingeniero Walter Nicho , a lo que aceptó el doctor y me dijo que si le daba tiempo las traería o me las enviaría a mi correo, esas preguntas fueron impresas en tres juegos por parte del doctor Guanilo y se les entregó a cada uno de los integrantes que conformamos el comité pero dejando la salvedad que cada integrante podía hacer uso de sus propias preguntas (...) El doctor Guanilo me lo envió directamente a mi correo personal ”.

69. En este punto, debemos dejar establecido que el sentenciado Guanilo Rodríguez aceptó haber enviado el correo electrónico a su cosentenciado Alvitres Torres

fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares.

conteniendo las preguntas tipo para ser aplicadas en la etapa de la entrevista personal en el concurso público CAS, versión que se corrobora con la declaración previa de Alvitres Torres. Si bien el sentenciado Guanilo Rodríguez alega que el texto habría sido modificado o adulterado, dicho argumento no tiene sustento toda vez que Alvitres Torres en etapa preliminar ha reconocido en su integridad el correo electrónico que recibió por parte de Guanilo Rodríguez. Al ser un correo que a su vez fue reenviado a otros usuarios, no existe la posibilidad de incorporar o realizar modificación al correo original, esto es, al correo remitido por Guanilo Rodríguez a Alvitres Torres, pero si agregar un nuevo texto al segundo correo, el remitido por Alvitres Torres a los postulantes como se lee "muchachos con absoluta reserva, no comuniquen a nadie". Coincidimos con el razonamiento del A quo, no se ha acreditado que el correo remitido a Guanilo Rodríguez a su cosentenciado Alvitres Torres haya sido adulterado.

70. La defensa afirma que el Ministerio Público no tomó las medidas adecuadas para validar el correo electrónico y que existe una vulneración a la presunción de inocencia en razón a que se ha valorado una hoja impresa.
71. Acorde al principio de libertad probatoria, la prueba documental consistente en la impresión de los correos electrónicos, resulta válida para sustentar una condena, siempre y cuando sean pertinentes, conducentes y útiles. Dichas documentales fueron admitidos para juicio oral, en el cual las partes han tenido la oportunidad de confrontarlas y que se han visto corroboradas con las declaraciones de los testigos que han concurrido a juicio oral, por tanto, no advertimos que con su actuación de haya transgredido el derecho de presunción de inocencia o alguna garantía procesal. De considerar lo contrario la defensa tuvo oportunidad de objetar la prueba mediante tutela de derechos en la etapa correspondiente, por lo que corresponde desestimar el alegato planteado.
72. Por otra parte la defensa afirma que el sentenciado Guanilo Rodríguez no tenía conocimiento sobre el beneficio que se buscaba otorgar a terceras personas. Que no es posible la configuración de la complicidad ante la falta de conocimiento, no es sancionable la coordinación entre los miembros de la Comisión.
73. Con respecto al dolo, tal como lo señala Ramón Ragués i Valle, *"tradicionalmente se ha entendido que para la prueba de los hechos psíquicos existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la confesión autoinculpatoria que según suele afirmarse es la prueba por excelencia de la existencia"*

del dolo, puesto que solo el acusado sabe realmente que pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y en segundo lugar la prueba de indicios, es decir la aplicación por parte del Juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetivamente probados. Es este segundo medio probatorio el recurso al que más frecuentemente se acude en la práctica de atribuir conocimiento, ya que las confesiones autoinculpatorias no son demasiado frecuentes”⁵⁷⁸.

- 74.** Analizando la prueba actuada en juicio, verificamos hechos objetivamente probados que acredita el comportamiento doloso del sentenciado. Así tenemos que conforme ha sido desarrollado en párrafos anteriores, en el correo electrónico enviado a Alvitres Torres, el sentenciado Guanilo Rodríguez consignó “*Dr. Le estoy remitiendo las preguntas que pueden aplicarse hoy. Manéjelo con mucha reserva. Si confía en la gente que debe seguir de que no lo va a difundir, deles. Caso contrario abstenerse a fin de no tener inconvenientes posteriores. Uds tienen la relación de la gente que desea que siga el Alcalde, de mi parte me abstengo en difundirlo a cualquier postulante*”. Del contenido del correo se aprecia que el sentenciado sí tenía conocimiento sobre el interés de favorecer a postulantes con las preguntas que este enviaba para la entrevista personal, indicando que dicho acto podría acarrear consecuencias y por ese motivo él se abstenía de difundirlas.
- 75.** Del contenido del propio correo se descarta una simple coordinación previa entre miembros del Comité como alega la defensa toda vez que del contenido del mismo se advierte el evidente ánimo de favorecimiento a postulantes que eran cercanos del entorno del alcalde de turno.
- 76.** Sostiene también la defensa que no se concretó el favorecimiento en razón a que el testigo Carlos Gálvez Correa no reviso su correo, el concurso fue declarado nulo. Afirma que no existe interés indebido de su patrocinado.
- 77.** De acuerdo a lo desarrollado ut supra, este mismo cuestionamiento fue formulado por la defensa de Alvitres Torres, no siendo relevante en el caso en concreto la obtención del beneficio a terceras personas puesto que nos encontramos ante un delito de peligro. El hecho que el testigo Gálvez Correa haya señalado que no leyó el correo, lo cual tampoco ha sido acreditado y solo refleja la intención del testigo de no verse involucrado en los hechos que han motivado el presente proceso. Lo cierto es que ambos postulantes – Johan Vásquez Sánchez y Carlos Gálvez Correa-

⁵⁷⁸ Ragués i Valle, Ramón: Consideraciones sobre la prueba del Dolo. REJ – Revista de Estudios de la Justicia N°4 – año 2004.

han aceptado la recepción del correo electrónico que adjuntaba las preguntas tipo.

78. Respecto a la inexistencia del interés indebido debemos precisar que el título de imputación del sentenciado Guanilo Rodríguez es el de cómplice primario entendido esto como la persona que contribuye sustancialmente en la consumación del delito. El interés indebido directo o indirecto le corresponde a la figura del autor. En el presente caso, el sentenciado Guanilo Rodríguez tenía conocimiento que el Alvitres Torres buscaba favorecer de manera directa a postulantes en el concurso público, por lo que su conducta solo fue enmarcada como contribución sustancial, que sin la cual el delito no se hubiera realizado.
79. Conforme lo exige el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal y como consecuencia de la actividad probatoria desplegada en juicio, se ha llegado a la certeza de la responsabilidad penal y vinculación de los impugnantes respecto de los cargos que se les imputa en su contra por el delito de Negociación Incompatible, desvaneciendo así la presunción de inocencia que los escoltaba durante todo el proceso. En ese orden de ideas, la sentencia condenatoria debe ser confirmada en todos sus extremos.

De las costas procesales:

80. El artículo 497. 3 del Código Procesal Penal instituye las costas procesales, las mismas que están a cargo de la parte vencida en juicio. Que en el presente caso se debe tener en cuenta que si bien la defensa de los sentenciados han interpuesto recurso de apelación contra la sentencia condenatoria emitida en primera instancia, tal acto ha sido realizado en el ejercicio regular de su derecho constitucional y procesal a la pluralidad de instancia, por lo que debe eximirse del pago de costas.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por estas consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, de conformidad con las normas constitucionales legales antes glosadas, **la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD POR UNANIMIDAD FALLA:**

2. **CONFIRMANDO** la sentencia contenida en la resolución número trece, de fecha uno de agosto del año dos mil dieciocho, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios- La Libertad, la cual resuelve **CONDENAR** a los acusados **MARLON ALEXANDER ALVITRES TORRES** como autor y a **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRIGUEZ como cómplice** del delito contra la Administración Pública en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE-** interesarse indebidamente en forma directa en provecho de tercero- en agravio del **ESTADO – Municipalidad Distrital de Pacanga- Chapén** a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el periodo de prueba de **DOS AÑOS**, señalando reglas de conducta bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de proceder conforme lo previsto por el artículo 59° del Código Penal, es decir de revocar la pena condicional e imponer una pena con carácter de efectiva ; de igual modo fija la suma de s/.20,000.00 por concepto de reparación civil a favor del agraviada, monto que debe ser pagado de forma solidaria en cuatro cuotas mensuales ; con lo demás que contiene.
3. **SIN COSTAS** en el presente trámite recursal.
4. **ORDENARON** que firme que sea la presente resolución, se devuelva lo actuado al Juzgado de Origen, para que proceda conforme a sus atribuciones. **Actuó como Juez Superior Ponente y Directora de Debates** la señora Juez Superior Titular Dra. Cecilia Milagros León Velásquez.

VICTOR ALBERTO BURGOS MARIÑOS
JUEZ SUPERIOR TITULAR

CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ
JUEZA SUPERIOR TITULAR

JUAN IVAN VOJVODICH TOCON
JUEZ SUPERIOR PROVISIONAL



*CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
Avenida América Oeste S/N. Natasha Alta – Trujillo.
Telefax N° 482260 ANEXO 23638*

PROCESO PENAL N° 01598-2018-20-1601-JR-PE-08

PROCESO PENAL N° : 01598-2018-20-1601-JR-PE-08
ESPECIALISTA : LUIS MENDOZA ROJAS
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
IMPUTADO : ANA ELIZABETH PAREDES MORALES
JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS
JORGE ALBERTO VITAL CABRERA
JUAN JULIO MORI VERA
AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN
REPRESENTADO POR LA PROCURADURÍA
ANTICORRUPCION DE LA LIBERTAD
IMPUGNANTE : CONDENADOS
MATERIA : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA
PROCEDENCIA : 8° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° VEINTE

Trujillo, Doce de abril

Del dos Mil diecinueve.-

VISTA Y OÍDA; La Audiencia Pública de Apelación de Sentencia Condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, **Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Presidente de la Sala y Director de Debates), Doctora CECILIA MILAGROS LEON VELASQUEZ (Juez Superior Titular) y Doctor MANUEL LOYOLA FLORIAN (Juez Superior Titular)** en la que interviene como parte apelante los imputados **Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Mori Vera**, representados por su abogado **Dr. LUIS MIGUEL SALDAÑA MONZON;** el imputado **José Eduardo Vásquez Vargas**, asistido por el letrado **Dr. LUIS ERICKSON CUZCO VALERA;** y finalmente el imputado **Jorge Alberto Vital Cabrera** debidamente representado por su abogado **Dr. VICTOR AURELIO MARCHENA GAMARRA.** Asimismo, intervienen en la presente audiencia la Representante del **MINISTERIO PÚBLICO Dra. TERESA WONG GUTIERREZ** y el **PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD, Dr. CARLOS FERNANDO VALVERDE VALDERRAMA.**

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

01. Que, viene el presente proceso penal en apelación de la **RESOLUCIÓN NUMERO CATORCE** de fecha **VEINTIDOS DE AGOSTO DEL DOS MIL DIECIOCHO**, sentencia que **CONDENA** a los acusados **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORI VERA, JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS** y **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA** como **AUTORES** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio de **LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, la misma que se suspende en su ejecución por el período de **TRES AÑOS**. Tal resolución, **IMPUSO** a su vez, la **PENA DE INHABILITACION** para los mismos imputados, consistente en la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el período de **CUATRO AÑOS**, e **IMPUSO** la **PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, monto que será deducido de sus ingresos mensuales; además **FIJO** por concepto de **REPARACION CIVIL**, la suma de **S/. 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES)**, la misma que deberá ser cancelada de forma solidaria por los sentenciados.

02. Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por los abogados defensores de los imputados Ana Elizabeth Paredes Morales, Juan Julio Mori Vera, Jose Eduardo Vásquez Vargas y Jorge Alberto Vital Cabrera solicitando de forma independiente que se **REVOQUE** la sentencia impugnada y **REFORMÁNDOLA** se **ABSUELVA** a su respectivo patrocinado de los cargos formulados.

03. Por otro lado, la Representante del Ministerio Público solicita se **CONFIRME** la resolución apelada por cuanto se encuentra arreglada a derecho en todos sus extremos, y en el mismo sentido se pronuncia el Representante de la **PROCURADORA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD.**

04. Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el *Ad quo* para pronunciarse respecto al *extremo que ha sido*

materia de impugnación; y teniendo en cuenta la tipología que distingue el caso fácil y el caso difícil, **desde el punto de vista normativo es un caso fácil**, puesto que no hay laguna de derecho, antinomias, ni conflicto con normas constitucionales o convencionales; y **respecto a la premisa fáctica, es un caso fácil**, debido a que la valoración del caso a la luz de los medios de prueba, no requiere el empleo de prueba indiciaria o concurrencia de prueba ilícita; y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA:

Garantías procesales del imputado en el proceso

05. El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el "*Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...*".

06. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4 del Tribunal Constitucional).

07. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, esta Sala Penal entiende que se trata de un derecho fundamental que "*tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal*" (STC 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51 del Tribunal Constitucional). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

08. Conforme lo establecen las garantías del Debido Proceso el numeral e), inciso 24 del Art. 2° de la Constitución Política del Perú, Art. 11.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Art. 14.2° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad. El Principio de Presunción de Inocencia escolta a todo ciudadano sometido a un proceso penal, configura una norma directa y vinculante para todos los poderes públicos, siendo de trascendental importancia en el régimen jurídico de la prueba penal. En tal sentido

este principio determina la obligación del Ministerio Público, en su condición de órgano persecutor del delito de incorporar las pruebas de cargo que desvirtúen la Presunción de Inocencia y que los Jueces al momento de sentenciar, valorando la prueba incorporada, tanto de cargo como de descargo, lleguen a la conclusión, fuera de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad penal.

09. Que, el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2,24,e, de la Constitución, obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones. La doctrina establece que "esta garantía se asienta en dos ideas fundamentales, esto es: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción"⁵⁷⁹ .

10. El **Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal**, regula el principio de Presunción de inocencia, que en su primer inciso prevé, que "*Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales...En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*". Que, para enervar la inicial presunción constitucional de inocencia que ampara a todo procesado, debe constatarse la objetividad de la prueba y que ésta haya sido válidamente adquirida y practicado, además, ella debe ser suficiente, ya que no basta que se hayan utilizado medios de prueba sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a su vez fundar razonablemente la acusación.⁵⁸⁰

11. En la doctrina del Tribunal Constitucional, "[...] uno de los contenidos del derecho al **debido proceso** es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. El **artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú**, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, razones que deben provenir no sólo del ordenamiento

⁵⁷⁹ Exp. N° 0618-2005-PHC/TC, f.j. 22

⁵⁸⁰ R.N. N° 2509-99-LIMA

jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso⁵⁸¹.

Del delito materia de imputación

12. El tipo penal de **Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo** se haya contemplado en el **Art. 399°** del Código Penal, el cual establece que *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado **se interesa**, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”*.

13. El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario.⁵⁸² La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión o intrusión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para la misma.

Sobre la valoración de la prueba en Segunda Instancia

14. Según el **artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal** “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. Sin embargo, esta norma se debe concordar con la previsión contenida en el Artículo 409° y en el 425° inciso 3 a), las que otorgan a la Sala Superior, declarar la nulidad de todo o parte de la sentencia apelada.

15. Que, según la **Casación N° 05-2007- Huaura**, la prescripción normativa reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. El *Ad quem* tiene el margen de control o intervención vinculado a **la coherencia interna de la valoración realizada por el Ad quo (“zonas abiertas”)**. El control de las zonas abiertas incide en la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajena a la percepción sensorial del Juzgador de primera instancia que pueden ser objeto de fiscalización a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

⁵⁸¹ Exp. N° 1480-2006-AA/TC del 27 de marzo de 2006. F. J. N° 2.

⁵⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, casación número 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

Este último caso puede darse cuando el Juez *Ad quo* asume como probado un hecho: Es apreciado como manifiesto error de modo radicalmente inexacto; es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio entre sí.

16. En similar sentido, la **Casación 385-2013 San Martín** señala que el Art. 425°, apartado dos, del Código Procesal Penal impone una limitación al tribunal de apelación a fin de no infringir el principio de inmediación, y que si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el *Ad quem* **está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia**. Que, es distinto controlar la valoración probatoria del *Ad quo* en contraste a que el *Ad quem* realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

2.2. PREMISAS FÁCTICAS

Declaraciones de los acusados en segunda instancia

17. En audiencia de apelación no se han actuado nuevos medios probatorios, así como tampoco se han oralizado documentos; pero se ha contado con la declaración del sentenciado **Jorge Alberto Vital Cabrera**, a quien, luego de haber sido informado sobre sus derechos, sometido a interrogatorio y conainterrogatorio, declaró que *(Lo penalmente relevante):* **(Ante el interrogatorio por parte de su defensa)** No conocía a los proveedores Pamela Luperti Calderón, Elmeron Jhonatan Isla Burgos, y *[adquirí de estas personas productos entre polos gorros]* en mérito a que surgieron los requerimientos por esta actividad, supuestamente una meta prioritaria que se tenía que atender de manera inmediata, pasaron esos Requerimientos por Gerencia y luego fueron derivados a mi área para que se pueda comprar. *[No se realizó un proceso de selección a los requerimientos que hice mención por parte de las áreas usuarias]* porque no estaban dentro del plan anual. La Ley de Contrataciones dice que cuando están dentro del plan anual, esos requerimientos en el mes que se ha previsto se debe contratar mediante algún proceso de una convocatoria, pero en este caso fueron imprevisibles, surgieron en el momento, y estos requerimientos llegaron de manera partida, como se dice, no llegaron como un solo requerimiento. *[El monto que la Ley de Contrataciones establecía para ser objeto de un proceso de selección]* Era 3UIT, ninguno de los requerimientos que pasaba por mi área sobrepasaba ese monto, entonces, la Ley de Contrataciones no me permite hacer una convocatoria cuando no supera las 3UITs, es más el mismo sistema no me lo va aceptar, *[¿Quién autorizó o solicitó que Usted realice ese tipo de adquisiciones?]* Los requerimientos llegaban a Gerencia, luego ya se derivaba a mi área para su atención, cuando estos requerimientos llegaron, como es una meta en coordinación con Gerencia y demás, tenía un presupuesto asignado por el Ministerio, yo conocí de la

existencia de ese presupuesto ya en el camino, cuando hago el requerimiento, hago luego las coordinaciones para el presupuesto y ya ahí, uno se entera que es una meta donde el Ministerio de Economía había designado específicamente para esa meta y ese presupuesto. El encargado de presupuesto era la Señora Ana Elizabeth Paredes Morales; la persona encargada de la Meta, es decir de la actividad para la cual fueron comprados los productos era también la Señora Ana Elizabeth Paredes Morales. Respecto a si es que las áreas usuarias tenían conocimiento de la cantidad de productos que iban a comprar y de la periodicidad de los mismos, ellos dijeron que estaba ya programado, en este caso, me refiero al Señor José Eduardo Vásquez Vargas dijo que ya estaba programado, es decir, tenía un plan ya, cosa que no lo hizo conocer a mi área, porque hubiese advertido que eso implicaba realizar un proceso de selección y no hubiese incurrido en esa compra. *[¿Entonces, en la medida de sus necesidades, como área usuaria, en ningún momento puso de conocimiento esos requerimientos de esos productos?]* En ningún momento se puso de mi conocimiento, me alcanzó el plan, o su programación, de que esa compra iba a ser grande, fueron requerimientos interdiarios que llegaban a mi área. Luego de que, en cumplimiento de mis funciones adquirí esos productos, respecto a si tuve conocimiento del pago, señalo que yo no tengo nada que ver con el pago, yo solo contrato y nada más, luego derivó al Área de Administración para que haga lo referente al pago, con el Contador, y luego ya a Tesorería. Los productos que se obtuvieron, fueron entregadas a las áreas requirentes, se vio que las personas sí tenían su vestimenta, sus polos, gorros, etc. **(Ante el Interrogatorio de la Defensa de los Coimputados)** Una vez que llegan los requerimientos del área usuaria, el procedimiento regular que debo realizar es, se debe hacer un Estudio de Mercado, tenía para ello un personal que se encargaba de eso, de ver de los servicios y demás, ellos eran personal adscrito a la Subgerencia, como este era “actividades inmediatas autorizadas para que se adquieran en el momento”, y bueno, se obvió ese procedimiento, y esa obviedad sí era de conocimiento del resto de áreas, era mi función hacer esos Estudios de Mercado, pero como decían que se tenía que atender de manera inmediata para el cumplimiento de la meta, y como ya estábamos ahí para las actividades. Respecto al presupuesto de las metas, no tengo conocimiento de cuando fue asignado. El Gerente aparece firmando las órdenes de compra, porque si no fuese así no tuviera validez, ahí en la misma orden de compra hay una anotación se indica eso. *[¿Usted hace un requerimiento a la Gerencia de presupuesto para efectos del presupuesto destinado a esa compra o qué persona lo realiza?]* La persona que hace se deriva las órdenes de compra a presupuesto, o unos ya venían coordinados con la Gerencia de Presupuesto, y en el caso que yo derivaba, se estilaba en la Municipalidad de Chepén que las ordenes pasen primero a Administración y luego ya Presupuesto. El Administrador pasaba todo el bloque de órdenes a Presupuesto, lo que yo le remitía a Administración era solo las órdenes de compra. Tenía dos funcionarios que realizaban las órdenes de compra y de

servicios, uno el contrato y otro el estudio de mercado. *(¿Es usual que obvie ese procedimiento?)* No es que yo quisiera, sino por la premura de las actividades. **(Ante el Contrainterrogatorio por parte de la Representante del Ministerio Público)** Estas actividades no estaban dentro del plan anual, pero cuando llegaban los requerimientos me percaté que tenían un presupuesto. No hice el estudio de Mercado, porque el primer requerimiento no pasaba las 3UIT, y la Ley de Contrataciones no me obliga ni me dice que tenga que hacer un Estudio si no pasa ese monto. *[¿El requerimiento realizado por el Señor José Eduardo Vásquez Vargas, Requerimiento N° 142-2013, llegó a su oficina el 12 de Noviembre de 2013, 141-2013, llegó el 12 de noviembre de 2013?]* Mi persona tenía una secretaria que recepcionaba esos requerimientos, si ahí está esa fecha, así debe ser. *[¿A su oficina llegó el Requerimiento de Ana Elizabeth Paredes Morales el día 14 de noviembre de 2013, el 054?]* Si, claro. *[¿Y el Requerimiento 055-2013 realizado también por esta persona, el día 14 de noviembre del 2013 llegó también a su oficina?]* Sí, claro. *[¿Usted no observó que de todo ese requerimiento ascendía a cuarenta mil soles?]* Es que si uno observa esos requerimientos, nos podemos dar cuenta que eran polos y gorros, y la Ley de Contrataciones me dice que cuando un bien tiene características distintas, no amerita un proceso de selección, no podemos simplemente juntarlas. Eran polos aparte de los gorros, no era el mismo bien, y en diferentes opiniones de OSCE, dicen que cuando son diferentes no procede. *[¿Usted realizó la documentación correspondiente a la Subgerencia de Presupuesto, a efectos de que le indique si tenía ese dinero?]* Eran conversaciones verbales, y ya como le digo, luego pasaban a Administración para que la derivaba a Presupuesto. No hice el Requerimiento por escrito. **(Ante el Contrainterrogatorio del Representante de la Procuraduría)** Las mismas áreas usuarias me indicaron que por la premura del tiempo debía hacerlo rápido, en este caso, estaba a cargo de esas áreas el Señor José Eduardo Vásquez Vargas, como era Gerente de Cultura y Deporte, y todas esas actividades tenían que ver con eso. La Señora Ana Elizabeth Paredes Morales también hizo requerimientos, pero más, respecto a la premura, fue el Señor José Eduardo Vásquez Vargas.

Prefensiones de las partes en la audiencia de apelación

18. Que, en Audiencia de Apelación no se han actuado nuevos medios probatorios, no se ha producido la oralización de ningún documento, sólo se ha contado con los alegatos de las partes.

19. La Defensa de los imputados **Ana Elizabeth Paredes Morales y Juan Julio Mori Vera** sostuvo como alegatos de clausura que: **1)** Respecto a mi defendida Ana Elizabeth Paredes Morales, se tiene que, la condena es por haber emitido tres requerimientos, 54, 55 y 56, efectuados para la adquisición de polos, y la misma obedece a una errada interpretación por parte del Ministerio Público al momento de realizar la Acusación y oralizar sus alegatos de inicio. Se le imputa que la Señora

Ana Elizabeth Paredes Morales habría realizado estos requerimientos por ser Gerente de Presupuesto, lo cual no tiene sentido porque no hay vinculación con el cumplimiento de lo que son las metas. Esta actividad corresponde a las actividades físicas en espacios públicos como parte de la Meta correspondiente al Decreto Supremo N° 02-2013-EF, siendo una propuesta del Ministerio de Economía a las Municipalidades, y este Decreto no solo contiene ese extremo, sino una serie de extremos, como Metas de Registro de Obras, entre otros. Una de esas Metas que le pide el Ministerio de Economía a las Municipalidades es la referente a los espacios públicos y señala de manera puntual: "Implementar el programa de promoción de actividad física en espacios públicos controlados por el Ministerio de Salud", esa figura le fue asignado a la Señora Ana Elizabeth Paredes Morales, eso está claro porque existe una Resolución incluso, admitida durante juicio oral, donde así se indica. Sin embargo, consiste en que, al año siguiente de la implementación de ese programa, se indica que ella fue designada el 2013, el presupuesto no se le asigna desde el año anterior, sino que este llega meses después, esto es cerca de los meses de junio, julio del año siguiente, esto es el año 2013, en cumplimiento de las metas 39° del año 2012, es decir, este es un programa que viene establecido por el Ministerio de Economía, esa situación nunca fue precisada por el Ministerio Público al momento de efectuar la imputación, simplemente se señala que era Gerente de Presupuesto, por lo tanto esos requerimientos obedecen a ese programa. Ello significó que efectivamente se realicen esas actividades y se informe al Ministerio de Economía y que finalmente la Municipalidad se vea favorecida, tal como consta en el Informe que tenemos incluso acá a la mano, donde se revertía a la Municipalidad Provincial de Chepén, ascendente ya para el año 2014, porque hay que precisar que no es como dice el Señor Vital que había presupuesto del 2013 para esa actividad, es decir que ya estaba asignado, no, porque no tiene conocimiento de esa figura. Este presupuesto viene del 2012 para el 2013, no se origina el 2013, sino que llega posteriormente. Para efectos del 2014, en cumplimiento de esas metas, la Municipalidad Provincial de Chepén recibe por parte del Ministerio de Economía, a través de Transparencia Económica, S/ 1 395 865.00 (UN MILLON TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOSCIENTOS SESENTA Y CINCO CON 00/100 SOLES) esto es, que la Municipalidad recibió un beneficio, lo que significa que se cumplió con la función para lo cual fue asignada en el extremo de lo que es la Gestión en el año 2013. Esta figura que estamos estableciendo, el Ad Quo la incorpora en su sentencia, y menciona en su sentencia que el Fiscal pide también el cumplimiento de la Meta N° 39, cuando nosotros hemos escuchado los audios y efectivamente vemos que no ha sido así, simplemente la imputación se da en el extremo de lo que es la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto, y eso asigna que el Gerente recibe dichos requerimientos en función a esa Meta, no en función a la Gerencia, porque si bien es cierto que, el documento se hace referencia a la Gerencia de Presupuesto, pero en el texto se hace referencia al cumplimiento de las Metas. En el proceso de juicio oral se ha mencionado que estas no han sido actividades que se iban a realizar de manera directa, es a través de un personal, y a la vez, es para miles de personas. Efectivamente esto no estaba dentro del presupuesto anual,

circunstancia que también ha sido acreditado en juicio oral, y esto porque el presupuesto llegó al año siguiente, y siendo así las consideraciones son distintas y se hace en virtud a la posibilidad presupuestaria lo que implicaría que a partir de ahí se realizarían los requerimientos para solicitar el presupuesto, la fecha que nos mencionan es el 14 de noviembre, ahora si no se realizaría esos requerimientos resultaría que se estaría omitiendo beneficiar a la Municipalidad. Podemos advertir entonces una indebida valoración de ciertos elementos de prueba que se han actuado dentro de lo que es el proceso penal, el Juez solo menciona que no interesa cuál es el beneficio obtenido por cuanto acá el bien jurídico que se protege es un delito de peligro, y se trata solo si se cumplió o no, entonces se trata de un error de interpretación, porque hay una segunda fase, el Juez señala que los señores se han interesado en la realización de esta adquisición, pero tenemos que entender que hay resoluciones de la Corte Suprema como la Sentencia 0231-2017-Puno, que establece que se trata de un delito de corrupción de funcionarios, por lo que el interés que debe mostrar la persona desde el punto de vista funcional tiene que estar directamente relacionado para lograr la contratación, tiene que incidir para la Contratación de dichas personas. Ahora, hemos escuchado la declaración del acusado Vital, y era él el que ostentaba dicha calidad, y culmina la participación del área usuaria, ahora, dentro de esa estructura, no hay ningún elemento, ni medio de prueba, que vincule a los Señores Ana Paredes Morales con las personas que han sido los proveedores. La única posibilidad es que la Señora Pamela Luperdi la conoció años antes porque las dos vivieron en Pacasmayo, y que después no habrían tenido ningún tipo de contacto, y que la persona que habría realizado las ventas, habría sido en representación de su esposo. No existe ese vínculo para señalar el interés funcional en cumplimiento de la Meta N° 39. Y esa es la única parte que Ministerio Público sustenta como base de la Acusación Fiscal, "fraccionamiento", y señala que como pasa las 3UIT, todo debió hacerse en una sola característica, pero lo que no dice Ministerio Público es que cada actividad debe rendirse cuentas de manera independiente, no de manera global. No hay información respecto al Expediente de Contratación, tampoco hay prueba de que hayan requerido a la Municipalidad tal expediente donde se aprecia desde el inicio de la Contratación, y esto porque la Ley de Contrataciones así lo exige, para poder corroborar los pasos de la contratación se necesita el Expediente de Contratación, pero al no encontrarse dicha documentación en el Auto de Enjuiciamiento, el Juez ha incurrido en una indebida valoración, en ese extremo. **2)** Esta sentencia casatoria establece que se debe afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública con los requerimientos efectuados en cumplimiento de la Meta N° 39, acción similar realizada por el Señor Mori, porque él solo realizaba ese control de legalidad. Ahora último, estas firmas que realiza el Gerente, esto respecto al Señor Mori, él las firma porque era una circunstancia impuesta por ley, la misma Municipalidad así lo exige, tal como está establecido en las órdenes de compra, tal como está en la parte final del requerimiento. "Esta orden es nula sin la firma mancomunada de la Subgerencia de Logística" entonces esta es una disposición legal. Entonces, en ese momento, el Señor Gerente, verificó, consultó a la persona que se encuentra responsable del Área de Adquisiciones,

quien como hemos sostenido ya le había pedido al Área de Administración, como lo acaba de decir, y le Área de Administración señala si había un presupuesto o no, y eso se le preguntaba al Área de Planeamiento y Presupuesto, si todo eso se daba, entonces no hay razón para que Fiscalía señale que la Gerencia debió objetar estas adquisiciones, cuando, ante el cumplimiento de las normas internas de la municipalidad, se tenía que cumplir. Solo esa circunstancia se le está imputando a mi patrocinado, haber omitido, pero este es un tipo de acción, no por omisión, y eso es una errada interpretación por parte del Juez, y siendo que se trata de un delito de corrupción de funcionarios, no evidencia la defensa acto de corrupción alguno, más aun lo que se termina haciendo es favoreciendo a la Municipalidad Provincial de Chepén en el monto señalado. Se cumplieron los procedimientos establecidos, no hubo actos de corrupción, no existe fraccionamiento, se ha cumplido con los principios que establece la Ley de Contrataciones del Estado.

Por estas consideraciones, esta defensa solicita se **REVOQUE** la pena en todos sus extremos concernientes a la pena privativa de libertad, a la de inhabilitación, a los días multa y al monto fijado como reparación civil.

20. Además, el letrado que patrocinaba a **José Eduardo Vásquez Vargas** expuso como alegatos de clausura que: **1)** A mi patrocinado se le acusa en su condición de Gerente de la Gerencia de Educación, Deporte y Cultura de la Municipalidad Provincial de Chepén por el delito de negociación incompatible, imputándosele haberse supuestamente interesado en la compra de polos y gorros solicitado a través de los requerimientos 142-2013, y 141-2013, ambos con fecha 12 de noviembre. Y el requerimiento 149-2013 y 150-2013 de fecha 29 de noviembre de 2013, uno por la compra de polos y otro por la compra de gorros referente a, primero, a la "54° Semana Turística", y la segunda por una campaña Navideña que realizaba la Municipalidad en dicha Comunidad. Se le imputa por el hecho en específico, de expedir los requerimientos en mención, dentro de los fundamentos 91° que fundamenta la condena de mi patrocinado, el Ad quo ha sostenido que el interés indebido se materializa en el fraccionamiento, lo cual es un error de derecho, porque en realidad no está dentro de sus funciones de mi patrocinado, en específico el aprobar los requerimientos, y tal como ha señalado el Señor Vital, su función es realizar un estudio de mercado, realizar las cotizaciones, quien tiene relación directa con los contratantes, mas no mi patrocinado. Dentro de la sentencia, también se ha podido analizar que hay vacíos para la argumentación para este tipo de delitos, puesto que no se ha hecho la distinción referente a un injusto administrativo y un injusto penal. Esto se debe tener muy en claro, porque como ya se ha manifestado, ya existe pronunciamientos anteriores sobre este delito donde se manifiesta que no todo error o vulneración de la ley de contrataciones deviene en la comisión del delito de negociación incompatible, de manera tal que si asumimos eso estaríamos ante un error en cuanto a su aplicación, otro de los errores que hemos advertido es que la naturaleza del delito es de peligro concreto, esto importa que se haya materializado un real y efectivo riesgo contra los bienes jurídicos que este delito protege, por tanto, dentro de la sentencia no se ha analizado el momento consumativo del delito de negociación

incompatible, y esto tiene varias implicancias, refiero la siguiente hipótesis: si este delito se materializa con los requerimientos, las demás actuaciones devienen en actos pos consumativos y por tanto, impunes, máxime si dentro de la acusación de Ministerio Público, este delito no ha sido impuesto como delito continuado, esto amerita una precisión. Si nos ponemos en el supuesto de que se haya materializado en la suscripción del contrato, entonces aquí habría una variación de la participación de cada uno de los funcionarios, como es sabido, se les imputa a cada uno como autores del delito de negociación incompatibles, y para que ello sea factible, todos debieron tener dominio dentro de su actuar funcional, esto no se ha advertido dentro de la sentencia, por lo cual sostenemos que, en este caso, se ha vulnerado el principio de legalidad, en tanto que no se ha precisado la existencia de todos los elementos del tipo penal .

Debido a tales argumentos, la defensa considera que no se ha podido acreditar la responsabilidad penal de **José Eduardo Vásquez Vargas** como autor del delito de negociación incompatible, por lo cual la sentencia impugnada debe ser **REVOCADA**.

21. A su turno, la defensa del imputado **Jorge Alberto Vital Cabrera** sostuvo como alegatos de clausura que: **1)** Como ya se ha venido debatiendo en primera instancia, ha sido claro, él desconocía los requerimientos de adquisiciones que habrían hecho las respectivas áreas. Así mismo, conforme se ha examinado a mi patrocinado, los requerimientos no venían directamente a él porque no estaban dentro del Plan Anual por lo tanto no podría prever cuales eran los requerimientos que iban hacer las áreas usuarias, en qué momento y cuales eran esas cantidades, para determinar si era necesario realizar un proceso de selección, por lo que se le imputa haber fraccionado estos montos a efectos de beneficiar a los proveedores. Claro está que los mismos requerimientos llegaron por el Área de Gerencia, y por un monto específico. Por lo que se advertía que no superaba el monto de 3UIT. El otro requerimiento 055-2013, que si bien es cierto ingresa el 14 de noviembre de 2013, quien dividió esos requerimientos fue la misma Área usuaria, no lo hizo el Área de Logística, por lo tanto quien debió de haber previsto solicitar de manera conjunta estos requerimientos son las mismas Áreas Usuarias. Y es más, ellos han manifestado que existía un plan respecto a la Meta N° 39, y en ese supuesto era que informen con anticipación al resto de áreas, puesto que tal como ha señalado mi patrocinado, se lo exigieron con premura, era una circunstancia de que se necesitaría de ahí a 3 o cuatro días a utilizarse. Un proceso de selección es mínimamente 60 o 90 días. El 055-2013 trata acerca de polos, con tallas especificadas, con 300 polos talla "S", talla M 400, y demás. De entenderse que había intención de fraccionamiento, ¿quién lo realizó? Después se solicitó mil gorros, tal como dice el Requerimiento para la Clausura del Programa. Podemos determinar que estos requerimientos fueron en fechas distintas, por lo tanto no es cierto como afirma Fiscalía que el Área de Logística sabía de la cantidad y monto de tales requerimientos y debió hacer un proceso de selección. Porque estos requerimientos llegaron interdiarios, algunas veces con dos o tres semanas, pero para ser usados ahí a dos o tres días. Esto con la finalidad de cumplir una meta y dar beneficios a la comunidad. Y si hubiera interés en beneficiar a los terceros, ni

siquiera mi patrocinado tuvo contacto con ellos directamente. Con la autorización de Gerencia, mi patrocinado cumplía con resolver las necesidades que las demás áreas tenían. Entonces, en ese supuesto hecho, no se le puede atribuir a mi patrocinado un actuar deliberado, ya que no conocía siquiera el presupuesto, lo conoció cuando ya Gerencia le informa. No existe el ánimo de dolo de mi patrocinado, es más, el Señor coprocesado Vásquez dice que conocía que se iba a comprar, pero no puso de conocimiento ni a Gerencia ni al Área de Logística. Por la urgencia que exigía la situación, no es posible que a mi patrocinado se le haga responsable de la adquisición de bins que no tuvo dentro del Plan Anual. Han sido dos proveedores, pero la naturaleza que se podría encontrar es que tendrían afinidad los Señores Ysla Burgos y Pamela Luperdi estos señores han dicho que sí conocían a una de las Áreas usuarias, refiriéndose al Área de Presupuesto. Eso es lo real y objetivo y lo que obra en los audios de los juicios de primera instancia. En relación a l artículo 20 del C.P., mi patrocinado solo cumplió con su deber, no hubo interés en beneficiarse o a un tercero.

22. El representante del **Ministerio Público** sostuvo como alegatos de clausura que: **1)** Tenemos diferentes funcionarios de la Municipalidad de Chepén, quienes se han interesado en la compra de polos y gorros para realizar dos actividades, una supuestamente que era "54° Aniversario de la Semana Turística de Chepén" y la otra "Cumplimiento de la Meta 39° para que se realicen actividades físicas y deportivas en áreas abiertas. Es verdad que el área usuaria, Señora Ana Elizabeth Paredes Morales, Gerente de Planeamiento y Presupuesto, solicitó para el cumplimiento de la Meta 39°, pero nosotros nos preguntamos ¿El Gerente de Planeamiento y Presupuesto no conoce cómo se deben hacer los procesos de selección? No pertenece a su área, pero se lo dieron en cumplimiento de sus funciones, y al inicio del año. Es más, el abogado dice que eso no estuvo en el presupuesto anual, pero a ella le llegó el dinero en el mes de junio. Su gerencia sabe cuánto dinero hay, de donde viene y para qué se debe gastar. Tal es así que cuando a Gerencia de Logística le llegan los requerimientos, tiene que pedir a la Gerencia de Presupuesto que le informe si hay dinero para gastar y a qué presupuesto se va a imponer ese gasto. Eso lo informa a la Gerencia de Presupuesto, entonces, ésta imputada sabía desde junio que sabía que tenía que hacer esos gastos. Nada tiene que ver que la Municipalidad se haya visto beneficiada, era su deber. Es obligación del Gerente de Presupuesto cuidar el dinero del estado. Esta Señora hace un extraño requerimiento 0054-2013 de fecha 14 de noviembre del mismo año, solicitando 300 polos y 300 gorros bordados, para estas actividades físicas en espacios públicos, pero, el mismo día hace el requerimiento 055-2013 solicitando mil polos, no normales, sino de cuello redondeo. Solo por este hecho, vemos que al sumar ambos montos correspondientes al valor de ambos requerimientos advertimos que sobrepasa el límite de las 3UIT, que ya no permite la compra directa, sino que debe hacerse mediante un proceso de selección. Ahora, en el 2013, la UIT era S/. 3,750 (TRES MIL SETESCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES). Pero justamente porque se quiere favorecer, se quiere interesar, se quiere sorprender al Estado, se fracciona, eso es lo que vemos día a

día. 2) La participación del Gerente de Logística es que, si nosotros vemos la orden de compra, cuando le llega la misma el 15 de noviembre, inmediatamente se procesa y es entregada en menos de 24 horas al proveedor, y este fue una Empresa cuya actividad principal no era la fabricación de polos y gorros, era la venta de productos de seguridad. Y si nosotros observamos a las dos personas que han venido a declarar, LUPERTI Y ELMERSON, es más, ellos no eran fabricantes, sino que lo mandaban hacer, de ahí que podamos advertir el interés directo. Cuando se hace el Requerimiento 054-2013, donde se solicita 300 polos y 300 gorros, cada polo se cotiza a 20.80 la unidad, y cuando vemos la otra compra, cuando compran mil gorros, cada gorro vale 5.50. Y no solo eso, sino que al revisar otras cotizaciones, vemos que en el requerimiento 142, los polos costaron 7.80., y además, el requerimiento 55-2013, costaba 5.80, y el Gerente de Logística debió percatarse de eso. Se supone que estas personas conocen perfectamente las normas. Es más, del requerimiento del Señor Eduardo Vásquez Vargas 142-2013, y 141-2013, el mismo día 12 de noviembre, pidiendo para la Semana Turística, pide 1350 polos, y el costo es de 7.8 soles; y en el siguiente (141-2013) 400 polos con las mismas características, ha costado 20.8 y los gorros 8.50. Posteriormente el mismo Señor hace otro requerimiento, el 149-2013, el 29 de noviembre, y el 150-2013, sucede igual. En el primero solicita la compra de 1350 polos, y en el otro 350 gorros y 350 polos. Como los 1350 a 7.80. Aquí podemos que lo que han hecho es fraccionar, e incluso para defraudar al estado, e incluso han aumentado el precio, por lo tanto advertimos que aquí está claramente apreciable, no solo con prueba indiciaria, sino con las actuadas en juicio. Y no es cierto lo que dice el abogado que no hay expediente administrativo, y es que no puede haber expediente administrativo porque fue contratación directa, pero aquí está el requerimiento, la orden de compra, la factura, la orden de pago, de cada una de las actividades, que han sido en las mismas fechas. El gerente de Logística y el de presupuesto debieron darse cuenta, el Señor José Eduardo Vásquez Vargas Sub Gerente de Educación sobre todo, que pidió extrañamente, el mismo día, dos requerimientos, fraccionándolos para que no sobrepasen las 3UIT, y repite con esa misma forma el 29 de noviembre, dos requerimientos más, igual: fraccionándolos.

Por los argumentos expuestos Ministerio Público solicita se **CONFIRME** la sentencia venida en grado en todos sus extremos.

23. El representante de la **PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN**, respecto a sus alegatos de clausura, argumentó como sigue: **1)** Efectivamente, refiriéndonos a la Responsabilidad Extracontractual que se basa en la antijuricidad del hecho, afirmamos que ha quedado acreditado, y esto debido a que se ha fraccionado indebidamente, puesto que el establecimiento del cumplimiento de metas no significa que se deban transgredir las normas contractuales. Se ha realizado más de siete requerimientos, que han dado pie a un monto equivalente a más de 60 MIL SOLES, dos requerimientos el día 12 de noviembre (140-142), también el 14 de noviembre. La labor de los funcionarios ha sido vulnerando la labor que ellos tenían. Debo precisar que los proveedores no se dedicaban al rubro de polos, y el mandar hacer polos implica una demora de 15 días. El Señor Emerson Ysla Burgos, es el que ha mencionado eso en juicio oral, eso implica que habiéndose dispuesto el mismo

día los requerimientos de polos, la orden de pago, significa que estos polos han estado preparados con antelación, estos mismos polos tenían ciertos detalles (logos, etc.) que impedían que sean elaborados el mismo día. Esto ha sido dirigido desde antes, los funcionarios han estado interesados en beneficiar a los proveedores que han sido señalados, por lo tanto consideramos que la reparación civil se ha dado en consideración a los elementos de la responsabilidad extracontractual.

Es así que el Representante de la Procuraduría solicita se **CONFIRME** la sentencia en el *extremo concerniente* a la reparación civil.

24. Palabras finales de la imputada **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES:** (*Lo penalmente relevante*): Debo precisar que el Servicio Administrativo de las Municipalidades es muy semejante, pero había que anotar cosas que en el fondo son distintas, escuché decir que "como no voy a conocer que había un presupuesto para el cumplimiento de esta meta", yo entiendo que por desconocimiento. El Ministerio de Economía y Finanzas, por el mes de febrero y marzo y eso es verificable porque es información pública, para las entidades municipales, y aquellas que cumplen son beneficiadas con un plus que va a generar la economía bastante caída de la municipalidad. La meta que nos objeta es la 39° y yo era Gerente de Presupuesto, y la norma dice que la Gerente de presupuesto debe ser la Coordinadora de Incentivos, entonces, en mérito a eso, mediante una Resolución se me hace Coordinadora, por lo tanto era mi responsabilidad el cumplimiento de las metas. Es cierto, que en los requerimientos está mi firma, pero como Coordinador, como responsable digamos, entonces, para cumplimiento de la Meta 39° se programa, no yo, el MEF, una serie de actividades que teníamos que cumplir. Entonces yo tenía que ver que esas actividades se lleven a cabo, por eso realicé los requerimientos, como que es una sola, ¿Por qué la Señora Paredes Morales no puso cinco mil polos si es para la misma meta? Fueron diferentes actividades, uno de ellos fue para el vóley femenino para señoras mayores, estudiantes incluso, otro requerimiento de polos gorros, otro para ciclismo, por eso es que hay diferentes requerimientos, porque eran diferentes actividades. No se puede prever porque las metas son inmediatas. Como Gerente de Planeamiento y Presupuesto tenía conocimiento del presupuesto, y no solo eso, le digo más: tenía que tener conocimiento acerca del PIA y si en el PIA hay un Saldo de Balance, tengo que conocer, y si no hay ese Saldo de Balance, cómo es que debí haber previsto? Para eso surgen las modificaciones presupuestales, para poder cubrir esos requerimientos, que no eran para mi beneficio, al contrario. Se dice que he perjudicado, pero al contrario, se cumplieron, y posteriormente la Municipalidad recibió más de UN MILLON TRESCIENTOS MIL SOLES, ¿Cuál fue mi interés? Si revisan el expediente verán que yo no conocía a los proveedores, es más, era de Lima, y no tenía nada que hacer yo ahí. Si Ustedes revisan el Manual de Organizaciones y Funciones, no es mi competencia saber si se debía fraccionar o no. ¿Quién dice si compro todo o compro por partes? Esa no es mi Área, no es mi función, y como digo, si se generó requerimientos separados era porque eran para cada actividad, las cuales eran distintas, en la primera etapa hubiera traído videos para que vean que hubo diferentes actividades, algunos polos eran bordados, unos estampados,

otros con cuello redondo. Yo no puedo asumir cosas que no eran mi competencia definitivamente. Mi único interés era el bienestar de la Institución, porque ese dinero: UN MILLON TRESCIENTOS MIL se realizó para la mejora de la gestión municipal, así lo dice la norma, y a mi bolsillo no va ni diez céntimos.

25. Palabras finales del imputado **JOSÉ EDUARDO VÁSQUEZ VARGAS** (*Lo penalmente relevante*): Como Área responsable, solo me dedicaba hacer requerimientos de acuerdo a las actividades programadas, más tengo de conocimiento, no tenía conocimiento de las contrataciones o pedidos de las otras áreas. Mi Área es Sub Gerencia de Educación y Cultura.

26. Palabras finales del imputado **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA** (*Lo penalmente relevante*): He cumplido con mis funciones, aparte, los requerimientos no llegaban en primer lugar a mi área, simplemente yo he cumplido con la autorización que se me asignaba de poder realizar esas compras. Ahora eso no estuvo dentro del Plan Anual, así que yo no pude determinar o prever si estas actividades sobrepasaban las 3UIT. Ahora, respecto a los precios, que eran diferentes, si uno analiza, ve que se trata de diferentes calidades de polo, 20 alumnos, 30 alumnos, las personas especializadas saben que un polo sintético, de algodón y eso implica diferentes precios. Estos se determinan en base a la calidad. No porque uno haya querido, o haya dicho “ponle menos para que no pase las 3UIT”. Investiguen bien, no lo hicimos con ninguna mala intención.

27. Palabras finales del imputado **JUAN JULIO MORI VERA** (*Lo penalmente relevante*): Cuando se le menciona dentro de la sentencia un grado de participación de no haber efectuado una fiscalización al no ver los precios, tengo que manifestarles que la Ley de Contrataciones es clara cuando señala que yo no soy el Encargado de las Contrataciones, yo soy el Gerente Municipal, tuve el cargo de Gerente General de la Municipalidad Provincial, no del Área de Gerente de Logística, por lo tanto la Gerencia Municipal está encargada de darle el impulso al procedimiento de documentación, ver los requerimientos y enviar a diferentes áreas, porque en la Gerencia General, no solo se recibía documentaciones del área de logística, sino de toda la municipalidad, y Ustedes lo podrán revisar, yo simplemente tenía que decir, pase al Área de Logística para su atención, no dice bajo qué modalidad, no dice a quién, y ellos verán si hay presupuesto, tendrán que ver si hay disponibilidad, si corresponde o no, en la forma en cómo llegaron. Además, quiero dejar claro que, cuando se estableció en los argumentos en mi contra, se dijo que la Gerencia Municipal, dentro de los roles del MOF en el numeral 14-A, dice que la función era supervisar y evaluar la gestión administrativa financiera y económica de la Municipalidad, no tenía nada que ver con la Contratación, y después señala, el inciso A: Y el seguimiento de los planes municipales, y la Contratación de servicios públicos, esto no era servicios públicos, y el último dice: Supervisar la documentación que ingrese al trámite documentario e informativo. No tenía nada que ver. Finalmente, confunde, y eso lo podrán ver claramente en la sentencia: Yo no era el Gerente de Administración, sino Gerente General de la Municipalidad. Los pagos lo ordenaba la Gerencia de Administración que era el Jefe de todos estos órganos. Una vez que llegaba a Logística, analizaban si correspondía la orden directa o no, llegaba mi la orden de

compra solamente por situaciones propias que estaban establecidas dentro de la misma orden de compra bajo sanción de nulidad, si yo no hubiera participado en el estudio de mercado, tampoco en un cuadro comparativo de precios, ¿Cómo podía cuestionar que este polo cuesta tanto, y que porqué está comprando de manera directa, aun cuando es en un mismo día? No llegaba uno, llegaban muchos documentos de diferentes áreas, no era mi función, yo no soy el Auditor de la Municipalidad, ahora, yo no he participado en seleccionar proveedores, simplemente por haber dicho "pase al área de Logística" sin señalar siquiera quien ni la modalidad y sale la orden de compra, no voy a realizar si eso corresponde o no, no era mi función, bajo principio de confianza, porque había órganos que tenían que observarlo, ellos tuvieron sus propias deficiencias, el Ministerio Público a quien debió acusar es al Gerente de Administración, porque él debió autorizarlo, él se encargaba de la compra, incluso del pago. Cuando vean la orden de pago van a ver que la Gerencia General no participa

2.3. ANÁLISIS DEL CASO.

De los puntos controvertidos y objeto de análisis en segunda instancia:

28. Según la exposición de las teorías que sustentaron ambas partes en la audiencia de apelación, esta Sala Superior de Apelaciones advierte que los puntos controvertidos que sustentan la presente apelación devienen en: **Determinar, del análisis de la sentencia emitida por el Ad Quo, si se ha realizado una correcta valoración de la prueba, de manera tal que se haya superado el estándar de "más allá de toda duda razonable" a fin de acreditar la responsabilidad penal de los imputados a título de autores del delito de negociación incompatible previsto en el Art. 399° del Código Penal.**

De los hechos materia de imputación y decisión de instancia:

29. Los hechos materia de imputación precisados en el requerimiento acusatorio precisan que Jorge Alberto Vital Cabrera, Juan Julio Morí Vera, José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales, serían autores del delito de Negociación Incompatible. Respecto al acusado **Jorge Alberto Vital Cabrera** en su condición de **Subgerente del área de Logística de la Municipalidad Provincial de Chepén**; llevó a cabo una contratación irregular mediante órdenes de compra fraccionadas, de manera indebida, beneficiando a los proveedores Emerson Jonatán Ysla Burgos, Pamela Luperdi Calderón y Omar Miguel Marines Basilio; evidenciando con ello un favorecimiento indebido, pese a que no correspondía dicho fraccionamiento; sino un proceso de selección, conforme la Ley de Contrataciones con el Estado; buscando que las compras sean inferiores a las 3 UIT, que a la fecha de los hechos equivalía a S/. 11,100.00 para comprar de manera directa.

30. Respecto a **José Eduardo Vásquez Vargas**, tenemos que en su condición de **Subgerente de Educación, Cultura y Deportes de la Municipalidad Provincial de Chepén**, se interesó indebidamente en la compra de polos y gorras, y solicitó a través de los requerimientos N° 142-2013 y N° 141- 2013, ambos con fecha 12 de noviembre del 2013, y el requerimiento N° 149- 2013 y N° 150, de fecha 29 de noviembre del 2013, la compra de polos; fraccionando la compra de manera indebida, para beneficiar a los contratistas Ysla Burgos Emerson Jonatan, Luperdi Calderón Pamela; lo que originó que no se realizara el proceso de selección, aprobándose de manera directa la contratación de los proveedores.

31. Así también, de manera directa **Ana Elizabeth Paredes Morales**, en condición de **Gerente de Planificación de Presupuesto de la Municipalidad Provincial de Chepén**, y **Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios públicos de la Municipalidad Provincial de Chepén**, fraccionó de manera indebida la adquisición de polos y gorros por parte de la Municipalidad Provincial de Chepén, solicitando requerimientos N° 054, 055 y 056 del 2013, por la compra de los mismos objetos; consistentes en la adquisición de gorros y polos; ocasionando que se contrate de manera directa a Marines Basilio Omar Miguel, Gerente General de la Empresa M&B SEGURIDAD INDUSTRIAL SAC; es decir se contrató de manera directa sin realizar el proceso de selección correspondiente, pues la compra superaba las tres Unidades Impositivas Tributarias.

32. Y, finalmente, respecto a **Juan Julio Morí Vera**, en su condición de **Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén**, tenemos que, este acusado se habría interesado en la adquisición de gorros y polos por parte de la Municipalidad de Provincial de Chepén y dispuso que Vital Cabrera, en su condición de Gerente de Logística, realice las correspondientes órdenes de compra fraccionadas, en beneficio de Ysla Burgos, Basilio Marines y Pamela Luperdi, pese a que debía realizarse proceso de selección al superar las tres UIT.

33. Que, los hechos así descritos fueron tipificados como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra previsto y sancionado en el Código Penal, específicamente en el **Art. 399°** del Código Penal establece que **“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”**.

34. De la revisión del proceso se determina que ante el Juzgado Penal Unipersonal de Chepén se actuaron las siguientes pruebas: Parte del **Ministerio Público**, Las testimoniales: **a)** Examen de la testigo **PAMELA LUPERDI CALDERÓN**, **b)** Examen de la testigo **EMERSON JONATAN YSLA BURGOS**; y se oralizaron los siguientes documentos: **a)** Requerimiento **N° 0142-2013/ SGECJD-MPCH**, **b)** Orden de compra-Guía de internamiento **N° 1150**, **c)** Comprobante de pago **N° 6250**, **e)** Requerimiento **N° 141- 2013 / SGECJD-MPCH**, **f)** Orden de compra – Guía de

internamiento N° 1152, g) Comprobante de pago N° 6239, h) Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP, i) Orden de compra – Guía de internamiento N° 1161, j) Comprobante de pago N° 6243, k) Requerimiento N° 055- 2013-MPCH-GPP, l) Requerimiento N° 0142- 2013/SFECJD-MPCH, m) Comprobante de pago N° 6243, n) Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP, o) Comprobante N° 6644 y N° 6643, p) Requerimiento 055-2013-MPCH-GPP, q) Requerimiento N° 054-2013-MPCH, r) Orden de compra de compra- Guía de Internamiento N° 1160, s) Comprobante de pago N° 6244, t) Requerimiento 056-2013- MPCH-GPP, u) Orden de compra – Guía de Internamiento N° 1166,v) Comprobante de pago N° 6242, w) Requerimiento N° 0149-2013-SGECJD- MPCH, x) Comprobante de pago N° 289, y) Requerimiento N° 0150- 2013/ SGECD- MPCH, z) Orden de compra- guía de internamiento 1217, aa) Comprobante de pago N° 288, ab) Informe N° 558-2016- MPCH/SGLBP.

35. Por parte de la defensa de los acusados **Ana Elizabeth Paredes Morales, Juan Julio Morí Vera Y Jorge Alberto Vital Cabrera**, las documentales: a) Consulta de planes anuales **OSCE**, b) **Certificado de trabajo**.

36. Que, el actor civil -- **PROCURADURÍA ANTICORRUPCIÓN**--, no ha ofrecido ni actuado medio de prueba algún en juicio oral.

37. Luego de culminada la actividad probatoria desarrollada en juicio oral, valorando las prueba actuadas, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios expidió la sentencia que **CONDENA** a los acusados **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORI VERA, JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS** y **JORGE ALBERTO VITAL CABRERA** como **AUTORES** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio de **LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, la misma que se suspende en su ejecución por el período de **TRES AÑOS**. Tal resolución, **IMPUSO** a su vez, la **PENA DE INHABILITACION** para los mismos imputados, consistente en la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el período de **CUATRO AÑOS**, e **IMPUSO** la **PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA**, monto que será deducido de sus ingresos mensuales; además **FIJO** por concepto de **REPARACION CIVIL**, la suma de S/. 30,000.00 (**TREINTA MIL CON 00/100 SOLES**), la misma que deberá ser cancelada de forma solidaria por los sentenciados.

Fundamentos de la Sala de Apelaciones:

38. Este Tribunal Superior, habiendo analizado los hechos materia de imputación conjuntamente con las pruebas actuadas en juicio oral, y lo debatido por las partes en la audiencia de apelación, se pronuncia de la siguiente manera, tomando en cuenta que el punto controvertido es **Determinar, del análisis de la sentencia emitida por el Ad Quo, si se ha realizado una correcta valoración de la prueba, de manera tal que se haya superado el estándar de “más allá de toda duda razonable” a fin de acreditar la responsabilidad penal de los imputados a título de autores del delito de negociación incompatible previsto en el Art. 399° del Código Penal.**

39. Sistemáticamente en el delito de Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra en el Capítulo II "Delitos cometidos por funcionarios públicos", Sección IV "Corrupción de funcionarios", Art. 399° del Código penal el bien jurídico protegido es el de la **transparencia en los procesos de contratación, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos**⁵⁸³, a partir de la identificación del bien jurídico protegido, se determina que el alcance de la norma penal se limita a los contratos y operaciones estatales, de contenido económico y bajo los cuales se ventilen intereses públicos.

40. Tal como se indica en el Acuerdo Plenario N° 01-2010-CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, no todos los delitos comprendidos en lo referente a la Corrupción de funcionarios tienen contenido patrimonial. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal – importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública-. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública⁵⁸⁴

41. A pesar de lo dicho, el elemento objetivo típico del delito de negociación incompatible debe analizarse restrictivamente, esto es, que la inobservancia en el trámite regular del acto que el funcionario público realice en el ejercicio de sus funciones y a la luz de la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, no amerita indefectiblemente la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible, sino que además requiere la concurrencia de un riesgo inminente para la Administración Pública, así pues lo ha señalado la **Casación N° 231-2017, Puno**: "Fundamento décimo tercero: Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico – el correcto funcionamiento de la administración pública-. (...) Fundamento décimo quinto: En consecuencia, este ilícito penal [negociación incompatible], debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado (...) que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública,

⁵⁸³ CASTILLO ALVA, José Luis. *Negociación incompatible*. Pacífico Editores S.A.C., 2015, p. 15.

⁵⁸⁴ RN N° 2068-2012 – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés”⁵⁸⁵

42. Habiendo precisado lo anterior, antes de iniciar el examen pertinente es necesario señalar que al no haberse actuado pruebas en esta instancia, corresponde en principio tener en cuenta lo dispuesto por el **Artículo 425° inciso 3**, sobre **la prohibición de la Sala Superior de dar una valoración distinta a la prueba personal practicada en juicio oral**. Sin embargo, su aplicación no debe ser absoluta, e imposibilitar así, todo tipo de control sobre la prueba personal. Así, al parecer lo destaca la **Casación No. 05-2007-HUARA**⁵⁸⁶, que establece que “(...) con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas **zonas opacas**–, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc) no son susceptibles de supervisión y control de apelación; **no pueden ser variados**. Pero existen **zonas abiertas**, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de 1ra instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de 1ra instancia sume como hecho probado, no siempre es inconvencible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto, el testigo no dice lo que menciona el fallo; b) puede ser oscuro, impreciso dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (...)”.

43. En virtud a la peculiar naturaleza del delito de Negociación Incompatible, correspondería, en primer lugar, corroborar la calidad de funcionario público que tendrían que ostentar los acusados, sin embargo, dicho análisis resulta ocioso en esta instancia, no solo porque no ha sido cuestionado tal alcance por las partes que se han manifestado ante este Tribunal, sino además, en virtud a las declaraciones de los imputados en juicio oral, donde aceptan haber tenido la función de funcionarios públicos en el año 2013 en la Municipalidad Provincial de Chepén, adicionando la circunstancia de que existe suficiente documentación que corrobora el cargo que desempeñaba cada uno de ellos, es así que **Ana Elizabeth Paredes Morales** era Gerente de Planeamiento y Presupuesto, además de Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos de la Municipalidad Provincial de Chepén, **José Eduardo Vásquez Vargas** era Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte de la Municipalidad Provincial de

⁵⁸⁵ Casación N° 231-2017. Expediente N° Expediente N° 00229-2016-11-2111-SP-PE-01, 14 de setiembre de 2017, f.j. 13 y 15.

⁵⁸⁶ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N°. 05-2007-HUARA, San Martín Castro, Salas Gamboa y otros.

Chepén, **Juan Julio Mori Vera** se desempeñaba como Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Chepén, y por último **Jorge Alberto Vital Cabrera** ostentaba la calidad de Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales de la Municipalidad Provincial de Chepén; por lo que todos los imputados satisfacen de manera plena la cualidad que exige el artículo 425° del Código Penal, en tanto ser considerados funcionarios públicos.

44. Y aún respecto a la relación funcional de estos acusados, corresponde evaluar si el Ad Quo, ha fundamentado como corresponde, es así que en su considerando setenta y seis hasta el setenta y ocho precisa la normativa administrativa que detalla las funciones que desempeñan estos funcionarios en razón a su cargo, así como los deberes que le son exigibles. Si bien, la defensa de Juan Julio Mori Vera ha señalado en esta instancia que la firma de su patrocinado en las órdenes de compra son por exigencia legal, él tenía como función, establecida en el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Provincial de Chepén, que establece en el numeral 14. *h) Supervisar la documentación que ingresa a Trámite Documentario y otros sistemas informativos de su competencia como herramienta de gestión municipal; asimismo supervisar que el personal a su cargo haga correcto uso de los mismos.* Respecto a los argumentos que esboza la defensa de Jorge Alberto Vital Cabrera en esta instancia, respecto a que los requerimientos venían ya fraccionados desde las áreas usuarias y que debido a ello no tendría responsabilidad puesto que actuó en correspondencia con su función, se tiene el que el artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece “*Para los efectos de la aplicación de la Ley y el presente Reglamento están a cargo de las contrataciones los siguientes funcionarios y dependencias de la Entidad: 3. Órgano encargado de las contrataciones es aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad.*”

45. Y, finalmente, respecto a José Eduardo Vásquez Vargas y Ana Elizabeth Paredes Morales, en tanto responsables de las áreas usuarias, se tiene, como bien ha especificado el Ad Quo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 5, también señala 2. **Área usuaria** *es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias (...)*”. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 13° de la Ley, al referirse al área usuaria, establece que: “*Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado*”. Además de ello, respecto a Ana Elizabeth Paredes Morales, se tiene el Artículo 14°: “*Mediante Resolución de Alcaldía las municipalidades designarán un funcionario responsable de coordinar con las distintas áreas de la municipalidad el cumplimiento de las metas establecidas en la presente norma*” del PROCEDIMIENTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE METAS Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS DEL PLAN DE INCENTIVOS A LA MEJORA DE LA GESTIÓN Y MODERNIZACIÓN MUNICIPAL DEL AÑO 2013, que forma parte de lo establecido en

el Decreto Supremo 02-2013-EF que dispone la Promoción y Cumplimiento de Metas para el año 2013.

46. En ese sentido, respecto a la calidad de funcionarios públicos que ostentaban los acusados y su relación funcional con las actividades referentes al ámbito de las contrataciones del estado, este tribunal señala que el análisis realizado por el Ad Quo es el correcto, contando para ello con la debida motivación que los parámetros de este derecho exige, en tanto que ha quedado acreditado ambos extremos que reclama el tipo penal.

47. Expuestos estos argumentos, señalamos que, a continuación, la presente resolución se encuentra estructurada en: **a) Acerca de los requerimientos formulados por las áreas usuarias, b) Acerca del trámite célere realizado a los requerimientos presentados, c) Acerca de las características de los proveedores**, de manera tal que permita evaluar a detalle los hechos materia de acusación, exponiéndose de manera coherente y ordenada los siguientes considerandos:

Acerca de los requerimientos "fraccionados" formulados por las áreas usuarias:

48. En virtud a los requerimientos que obran en el expediente judicial efectuados por **Ana Elizabeth Paredes Morales** en su calidad de Gerente de Planeamiento y Presupuesto, además de Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos y **Jorge Alberto Vital** ostentando el cargo de Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales de la Municipalidad Provincial de Chepén, se ha podido corroborar que en el año 2013 se efectuó compras relacionadas a ciertos artículos necesarios en el desarrollo de actividades tales como la "Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén", "Cumplimiento de la Meta N° 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos", y la "Campaña Navideña 2013". Documentación que se detalla con el siguiente cuadro:

N°	Solicitante	Fecha	Requerimiento	Artículos	Descripción	Valor por unidad	Total
01	Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte: José Eduardo Vásquez Vargas	12/11/ 13	Requerimiento N° 142-2013/SGEJD-MPCH	1350 polos 30/01 para las actividades programadas en el marco de la "Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén"	Polos de material: algodón peinado con impresión pecho y espalda, full color.	S/.7.80	S/. 530.00 Pagado al Proveedor: Inversiones NAVYDSA R.U.C. 10462026698. Emerson Jonatan Ysla Burgos
02		12/11/13	Requerimiento N° 0141-213/SGECJD-MPCH	300 gorros en el marco de la Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén	Gorros profesionales en drill con bordado y estampado color azul.	S/.8.50	S/.10 870.00 Pagado al Proveedor: Inversiones NAVYDSA R.U.C. 10462026698.

				400 polos en el marco de la Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén.	Polos 20/01 algodón pima peinado con impresión full color.	S/.20.80	Emerson Jonatan Ysla Burgos
03	Gerente de Planeamiento y Presupuesto, Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos Mg. Ana Paredes Morales.	14/11/13	Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP	300 polos en el marco el Cumplimiento de la Meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos.	Polos con cuello camisero 20/1, logo adelante y estampado en la parte posterior. A detalle: Talla S: 100 polos, Talla M: 100 polos, Talla L: 100 polos	S/.20.80	S/. 8 790.00 Pagado al proveedor: M&B Seguridad Industrial S.A.C. R.U.C. 20544605110.
				300 gorros en el marco el Cumplimiento de la Meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos.	Gorros en drill color blanco con bordado en la parte delantera y estampado a los costados.	S/.8.50	
04		14/11/13	Requerimiento N° 055-2013-MPCH-GPP	1000 polos para los de las diferentes fechas programadas de la mencionada Meta 39°	Polos cuello redondo con estampado en la parte delantera posterior. Estos de color blanco 30/1 100% algodón peinado Talla S: 300 polos, Talla: M 400 polos, Talla 200, Talla XL: 100 polos.	S/.7.80	S/. 7 800.00 Pagado al proveedor: M&B Seguridad Industrial S.A.C. R.U.C. 20544605110
05		15/11/13	Requerimiento N° 056-2013-MPCH-GPP	1000 gorros para la clausura del programa de la mencionada Meta 39°	Gorro estampado clásicos tela tazlan color blanco	S/.5.50	S/. 5 500.00 Pagado al proveedor: M&B Seguridad Industrial S.A.C. R.U.C. 20544605110
06	José Eduardo Vásquez Vargas en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte.	29/11/13	Requerimiento N° 149-2013/SGECJD-MPCH	1350 polos para las actividades programadas en la Campaña Navideña 2013	Confección de 1350 polos de 30/1 algodón peinado con impresión pecho y espalda full color.	S/.7.8	S/. 10 530 Pagado al proveedor: Inversiones NAMYLAD'S. Luperdi Calderón Pamela con

							RUC 10437530039
07		29/11/13	Requerimiento N° 150- 2013/SGECJD- MPCH	350 gorros para las actividades programadas en la campaña navideña.	Gorros de drill con bordado y estampado color blanco con diseño verde.	S/.8.50	S/. 10 255.00 Pagado al proveedor: Inversiones NAMYLD'S. Luperdi Calderón Pamela con RUC 10437530039
				350 polos algodón para las actividades programadas en la campaña navideña.	350 polos algodón pima peinado con impresión full color.	S/.20.80	

Cuadro 01: Información referente al contenido detallado de los requerimientos y la valorización de los artículos solicitados.

49. Ahora bien, la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento de los hechos que integran la acusación fiscal, en su artículo 19 precisa que: “Queda prohibido **fraccionar** la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a **contrataciones menores a tres (3) UIT**, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública.” Ante esta disposición, resulta que en el año 2013 el valor correspondiente a la Unidad Impositiva Tributaria ascendía al monto de S/.11 100.00 (ONCE MIL CIEN CON 00/100 SOLES), entendiéndose, en correlación con el artículo 17 del mismo texto legal que prescribe: “La adjudicación directa se aplica para las contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público. (...)” por lo que solo se procederá a realizar una adjudicación directa si las necesidades que requiera la entidad pública, valorizadas, no superen la cuantía referente a las 3UIT, de lo contrario, se requerirá la existencia de un concurso público, respetándose así principios tales como el **de Libre Concurrencia y Competencia** y el **principio de Imparcialidad**, establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 4, inc. c) y d), respectivamente.

50. Tal como se aprecia en el presente **Cuadro 01**, a simple vista los montos a los que ascendían los precios de los artículos que se solicitaban mediante los requerimientos, no superaban de modo alguno el valor sumado de **3UIT (ONCE MIL CIEN CON 00/100 SOLES)**. Sin embargo, el análisis no debe agotarse simplemente en fijarnos en los cuantiosos resultados, sino que debe tenerse en cuenta las fechas

de los requerimientos, los solicitantes, la actividad a realizarse, y sobre todo la naturaleza de los artículos solicitados, así como el valor unitario de los mismos.

51. Entonces, respecto a la "**Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén**" tenemos que **José Eduardo Vásquez Vargas** en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte hizo dos requerimientos. El **Requerimiento N° 142-2013/SGEJD-MPCH** (a fojas 37) de fecha 12 de noviembre de 2013, dirigido al **Gerente Municipal Juan Julio Mori Vera**, mediante el cual "(...) solicita el requerimiento y aprobación de 1350 polos 30/01 algodón peinado con impresión pecho y espalda, full color para las actividades programadas en el marco de la Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén" precisándose "(...) se afecte al presupuesto del proyecto "Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la Ciudad de Chepén, Provincia de Chepén – La Libertad" con código SNIP 278378." El segundo es el **Requerimiento N° 0141-213/SSECJD-MPCH** (a fojas 43) de fecha también de 12 de noviembre de 2013, realizado de igual manera por el Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte José Eduardo Vásquez Vargas, dirigido de igual manera al **Gerente Municipal Juan Julio Mori Vera**, mediante el cual "(...) solicita el requerimiento y aprobación de 300 gorros profesionales en drill con bordado y estampado color azul, 400 polos 20/01 algodón pima peinado con impresión full color para las actividades programadas en el marco de la Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén" precisándose "(...) se afecte al presupuesto del proyecto "Creación y Gestión de Turismo, Acciones Culturales y Deportivas en la Ciudad de Chepén, Provincia de Chepén – La Libertad" con código SNIP 278378." el día 12 de noviembre de 2013, ambos referentes a prendas tales como "polos" en el primero, y "polos y gorros" en el segundo, por lo que realizando una simple operación aritmética, se concluye que, el gasto realizado respecto a esta primera actividad corresponde a **S/. 11 400.00 (ONCE MIL CUATROCIENTOS CON 00/100 SOLES)**, superando por mucho el límite establecido a efectos de determinar si convenía la realización de un concurso público o de una contratación directa. Este acusado, en el marco de la actividad correspondiente a la "**Campaña Navideña 2013**", en su calidad de **Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte** realizó también dos requerimientos que datan del mismo día, esto es el **29 de noviembre** de 2013, donde solicita "polos" y "polos y gorros", cuyo monto asciende a S/. 20 785.00 (VEINTE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO CON 00/100 SOLES)

52. Al respecto, la defensa de este imputado ha precisado que: a su patrocinado se le imputa el hecho en específico, por expedir los requerimientos en mención respecto a dos actividades, siendo tales "Celebración de la 54° Semana Turística de Chepén" y la "Campaña Navideña 2013", y que el Ad quo ha sostenido que el interés indebido se materializa en el fraccionamiento, lo cual es un error de derecho, porque en realidad dentro de sus funciones de su patrocinado, no está el de aprobar los requerimientos, y tal como ha señalado el Señor Vital, su función es realizar un estudio de mercado, realizar las cotizaciones, quien tiene relación directa con los contratantes, mas no su patrocinado. Además, la defensa precisa que no se ha analizado el momento consumativo del delito de negociación incompatible, y esto tiene varias implicancias, refiriendo la siguiente

hipótesis: si este delito se materializa con los requerimientos, las demás actuaciones devienen en actos pos consumativos y por tanto, impunes, máxime si dentro de la acusación de Ministerio Público, este delito no ha sido impuesto como delito continuado, esto amerita una precisión. Se pone también en el supuesto de que se haya materializado en la suscripción del contrato, entonces aquí habría una variación de la participación de cada uno de los funcionarios, ya que como es sabido, se les imputa a cada uno como autores del delito de negociación incompatibles, y para que ello sea factible, todos debieron tener dominio dentro de su actuar funcional, y esto no se habría advertido dentro de la sentencia venida en grado.

53. Ante esos argumentos, este Tribunal se pronuncia como sigue: **José Eduardo Vásquez Vargas**, en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte, teniendo conocimiento de manera plena de la actividad a realizarse, esto es, la Celebración de la 54ª Semana Turística de Chepén, en lugar de realizar un solo requerimiento de artículos cuyo costo sobrepasa las 3UIT, decidió, en el marco del despliegue activo de sus funciones, realizar dos requerimientos **advirtiéndose el interés por parte de José Eduardo Vásquez Vargas** de beneficiar a un tercero con la contratación directa para satisfacer las necesidades que la Municipalidad Provincial de Chepén requería y decimos esto, en primer lugar por la data de los requerimientos, estos son realizados el mismo día y pertenecen además a la misma actividad. Se tiene en cuenta también que si bien el artículo 19º de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: “(...) No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las microempresas y de las pequeñas empresas LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva. (...)” En el presente caso, no se advierte que concorra alguna de las circunstancias previstas en ese texto legal, ya que la naturaleza de los artículos comprados no distan en demasía, y la misma no reviste de relevancia suficiente como para ameritar la realización de dos requerimientos distintos, puesto que se tratan de polos y gorros, e incluso, si bien en el primer requerimiento solicitó solo polos, en el segundo solicitó tanto “polos como gorros”, no quedando duda alguna que la conducta de este funcionario siempre estuvo encaminada a beneficiar a un tercero, mostrando así un interés indebido. Respecto a lo que menciona la defensa, es cierto que su patrocinado no realiza de manera directa la contratación con los proveedores, ni se le exige a él la elaboración de un estudio de mercado, sin embargo, como bien se ha señalado en el considerando treinta y nueve de la presente, estamos ante un delito que no posee en su estructura un contenido patrimonial, lo que se sanciona y le es reprochable es la forma en que conduce sus actos, donde lejos de proceder con el debido respeto a los principios que la Ley de Contrataciones señala, norma que dado su cargo se le exige conocer, se aparta de los mismos, fraccionando sus requerimientos. Es cierto que, al tratarse de un delito de peligro concreto, se exige la acreditación del peligro al bien jurídico protegido, y de manera específica señalamos que se ha vulnerado los principios correspondientes a la Imparcialidad y a la Libre Contratación y

Competencia, puesto que, se ha fraccionado los requerimientos, los mismos que han procedido a ser tramitados de manera inmediata, mostrándose en todas estas conductas el interés de beneficiar a ciertos proveedores que ni siquiera tenían como principal actividad comercial la confección de los artículos solicitados, ascendiendo el monto [correspondiente a las actividades coordinadas por el Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte] a S/. 32 185.00 (TRESCIENTOS DOS MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO CON 00/100 SOLES).

54. En relación a la actividad concerniente al **"Cumplimiento de la Meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos"**, la persona de **Ana Paredes Morales** desempeñándose como Gerente de Planeamiento y Presupuesto y Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos realizó tres requerimientos, dos el mismo día (14 de noviembre de 2013) y el restante tan solo al día siguiente, donde se solicita "polos y gorros", "polos", y "gorros" respectivamente, cuyo gasto en total de esta actividad asciende a **S/. 22 090.00 (VEINTIDOS MIL NOVENTA CON 00/100 SOLES)**. Respecto a este evidente fraccionamiento de los montos correspondientes al valor de los artículos, la defensa de Ana Paredes Morales ha señalado que se debió a que *"cada actividad debe rendirse cuentas de manera independiente, no de manera global."* Incluso, en ejercicio de su defensa material, la acusada señaló en esta instancia que: *"(...) fueron diferentes actividades, uno de ellos fue para el vóley femenino para señoras mayores, estudiantes incluso, otro requerimiento de polos gorros, otro para ciclismo, por eso es que hay diferentes requerimientos, porque eran diferentes actividades"* Sin embargo, esos argumentos no generan convicción a esta judicatura, en primer lugar debido una vez más a la data de los requerimientos, dos de ellos emitidos el mismo día, y el restante, de manera inmediata, al día siguiente. Por máximas de la experiencia, se sabe que la rendición de cuentas de una determinada actividad debe estar concatenada y estructurada de manera tal que, si bien se da en diferentes momentos, formen una unidad. Por otro lado, ante el argumento de la acusada, llama mucho la atención de que no haya podido disponer en un solo requerimiento todos los artículos pudiendo simplemente precisar las particularidades de los mismos, siendo estas las tallas dado que señala que se trataba de artículos algunos para personas jóvenes, otras para personas mayores. Pudo haber precisado esas peculiaridades tal como lo hizo en el Requerimiento N° 055-2013-MPCH-GPP, donde indica los tamaños de los polos, incluso en el Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP, incluyó polos y gorros en un solo documento, lo cual es perfectamente posible y debió proceder así respecto a todo lo que la realización y cumplimiento de la Meta 39ª requería.

55. La defensa también ha mencionado que se debe tener en cuenta los fines, y las condiciones en las que se llevó a cabo el Cumplimiento de la Meta 39ª *"Implementar el programa de promoción de actividad física en espacios públicos controlados por el Ministerio de Salud"*, que conllevó que la Municipalidad Provincial de Chepén obtenga, posteriormente el monto ascendiente a S/ 1 395 865.00 (UN MILLON TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOSCIENTOS SESENTA Y CINCO CON 00/100 SOLES), a través de Transparencia Económica. Señala que esta actividad corresponde a las actividades físicas en espacios públicos como parte

de la Meta correspondiente al Decreto Supremo N° 02-2013-EF, siendo una propuesta del Ministerio de Economía a las Municipalidades, y este Decreto no solo contiene ese extremo, sino una serie de extremos, como Metas de Registro de Obras, entre otros, y que efectivamente esto no estaba dentro del presupuesto anual, circunstancia que fue acreditada en juicio oral, y esto porque el presupuesto llegó al año siguiente, y siendo así las consideraciones son distintas y se hace en virtud a la posibilidad presupuestaria lo que implicaría que a partir de ahí se realizarían los requerimientos para solicitar el presupuesto, la fecha que nos mencionan es el 14 de noviembre, ahora si no se realizaría esos requerimientos resultaría que se estaría omitiendo beneficiar a la Municipalidad.

56. Al respecto, este Sala Superior, tiene en cuenta también el **artículo 20° del reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 184-2008- EF**, modificado por el D. S N° 138-2012- EF establece: "*La prohibición de fraccionamiento a que hace referencia el artículo 19 de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo de proceso de contratación. (...) No se considera fraccionamiento cuando: (...) Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente. 3. Se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso que concurren procesos de selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos bajo regímenes especiales.*" Entonces, la defensa pretende justificar el fraccionamiento dado que se trataría de una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, incluso obra en el expediente la **Consulta de planes anuales de OSCE del año 2013**, donde efectivamente se aprecia que el desarrollo de esta actividad no se encuentra dentro del Plan Anual de Contrataciones. No obstante, a consideración de este Tribunal Superior, la actividad correspondiente al Programa de Promoción de la Actividad Física en Espacios Públicos **no surgió de manera imprevisible**, de manera tal que conlleve a justificar los actos realizados por la acusada **Ana Elizabeth Paredes Morales**, en tanto verse interesada en beneficiar a un tercero con los fraccionamientos dispuestos por su Área, y ello en virtud a lo siguiente: Tal como señala la defensa, este tipo de programas se han visto promocionados mediante el **DECRETO SUPREMO N° 002-2013-EF: APRUEBAN LOS RPOCEDIMIENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE METAS Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS DEL PLAN DE INCENTIVOS A LA MEJORA DE LA GESTIÓN Y MODERNIZACIÓN MUNICIPAL AL AÑO 2013**, conteniendo disposiciones que resultan: "*(artículo n° 03: " (...) [de] aplicación para todas las municipalidades provinciales y distritales del país*". Esta norma fue publicada en el Diario El Peruano el día 10 de enero del año 2013, es decir, **10 meses antes de que la imputada** recién realizara las coordinaciones pertinentes para el cumplimiento de la Meta N° 39 el 12 de noviembre de 2013, no se puede entonces siquiera esbozar el argumento correspondiente a su imprevisibilidad. Precisamos que es cierto lo que señala la defensa, en el extremo que este Decreto Supremo establece también otras actividades y otras metas, no

siendo el programa en cuestión el único que se indica. Tal es así, que dichas Metas se encuentran divididas en dos grandes grupos, unas cuyo límite de cumplimiento es el 31 de julio de 2013, y las demás, tienen como fecha límite el día 31 de diciembre del mismo. Tal como se aprecia en el **Anexo N° 04 respecto a las Metas de Plan de Incentivos que deben de cumplir las municipalidades al 31 de diciembre de 2013. Meta 39ª correspondiente a la implementación de programa de promoción de la actividad física en espacios públicos**, tenía una fecha **límite de 31 de diciembre de 2013**, por lo que *“Las entidades u órganos cuyas funciones se encuentran vinculadas a las metas deberán remitir hasta el 15 de febrero la información sobre los resultados obtenidos por cada Municipalidad.”*, no siendo cierto lo que señaló la defensa en el extremo que les habían dado un plazo hasta el 14 de noviembre. El actuar deliberado de esta imputada interesándose en beneficiar a un tercero, es evidente, en tanto que las coordinaciones para la satisfacción de esta meta fueron realizadas quedando menos de dos meses para el final del plazo, habiéndose tenido conocimiento de esta actividad muchos meses antes, desvirtuando su aparente justificación respecto al carácter imprevisible de este programa. Además, la satisfacción de las metas, tienen como finalidad la mejora de la gestión, entendida esta no solo con el monto presupuestal que lleguen a ostentar, dado que de ninguna manera, aun cuando se trate de incentivos para la modernización municipal, esto no implica, ni conlleva a que el funcionario público vulnere el correcto funcionamiento de la administración pública, teniéndose en cuenta además que, tal como se señala en el apartado denominado **PROCEDIMIENTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE METAS Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS DEL PLAN DE INCENTIVOS A LA MEJORA DE LA GESTIÓN Y MODERNIZACIÓN MUNICIPAL DEL AÑO 2013:“(artículo 8)**: En caso la Municipalidad no haya registrado y/o cumplido con los criterios e indicadores de evaluación exigidos por las entidades competentes en forma oportuna, completa e idónea, se considerará como incumplida la meta correspondiente por parte de la municipalidad.” No estableciéndose algún tipo de sanción o perjuicio inminente que justifique el actuar lesivo contra el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible.

Acerca del trámite célere realizado a los requerimientos presentados:

57. Respecto a los requerimientos presentados en el marco de la **“Celebración de la 54ª Semana Turística de Chépén”**, se advierte que el **Requerimiento N° 142-2013/SGEJD-MPCH (a fojas 37)** de fecha 12 de noviembre de 2013, realizado por el Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte José Eduardo Vásquez Vargas fue recepcionado el mismo día 12 de noviembre de 2013 a horas 11 am por la Gerencia Municipal, y presenta también una anotación en la parte inferior central donde se indica que es: **“PROVEÍDO DE GERENCIA MUNICIPAL: Atención correspondiente, debiéndose afectar el gasto del proyecto indicado en el presente requerimiento. Chépén 13 de Nov. De 2013”**, esto es, al día siguiente de ser presentado, advirtiéndose también la firma del **Gerente Municipal JUAN JULIO MORI VERA**. Fue recepcionado a su vez por el **Área de Logística**, a cargo de **Jorge Alberto Vital**

Cabrera el mismo día en que fue derivada a tal Área, esto es el día **13 de noviembre** de 2013. Adicionado a ello se tiene el **Pedido - Comprobante de Salida N° 1150** (a fojas 38), de fecha **13 de noviembre** del mismo año, donde se aprecia que cada valor de cada vestimenta es de, por unidad, de 7.80, haciendo un total de S/.10 530.00, suscrito por el **Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales: Jorge Alberto Vital Cabrera** y la **Gerente de Planeamiento y Presupuesto: Ana Elizabeth Paredes Morales**. Se realizó incluso el mismo día (13 de noviembre de 2013) la **Orden de Compra N° 1150** (a fojas 39), expedida por la **Subgerencia de Logística y Bienes Patrimoniales de Chepén**, a cargo de **Jorge Eduardo Vital Cabrera** donde se le solicita enviar a su almacén los 1350 polos blancos 30/01 algodón peinado con impresión pecho y espalda a **Emerson Jonatan Ysla Burgos** con **R.U.C. 10462026698**. Este documento presenta una nota en la parte inferior izquierda precisando que: "Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Subgerente de Logística y la Gerencia Municipal (...)", de manera tal que esta orden de compra está firmada por el **Subgerente de Logística y el Gerente Municipal**. Se tiene además la **Factura N° 000125** (a fojas 40) de fecha **15 de noviembre** de 2013 expedida por **INVERSIONES NAVYDSA de R.U.C. 10462026698**, de **Emerson Jonatan Ysla Burgos** donde se deja constancia del pago realizado por concepto de 1350 polos blancos con 30/01 algodón peinado impresión pecho y espalda. Por el monto de s/. 10 530.00 adicionado al **Comprobante de Pago** (a fojas 42) cuyo registro de SIAF 0000003757 a nombre de **Emerson Jonatan Ysla Burgos**, por el monto de **DIEZ MIL QUINIENTOS TREINTA CON 00/100 SOLES**, expedido el día 21 de noviembre de 2013, a horas 12:17:01, por concepto de 1350 unidades de polos blancos MPCH-2013.

58. Siendo dos los requerimientos realizados en la presente actividad, tenemos que, el segundo corresponde al **Requerimiento N° 0141-213/SGECJD-MPCH** (a fojas 43) de fecha 12 de noviembre de 2013, realizado por el **Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte José Eduardo Vásquez Vargas**, dirigido al **Gerente Municipal Juan Julio Mori Vera**, documento que fue recepcionado el mismo día el 12 de Noviembre de 2013 a horas 11am. Nótese en este punto que, en comparación con el requerimiento anterior, ambos fueron presentados incluso en el mismo momento, tal como así se consigna, señalando que, en este requerimiento se advierte claramente el "am", habiéndose repasado el segundo "1" del número "11", tratando de no hacer que coincidan los tiempos señalados. Se tiene la **Factura N° 000117** (a fojas 48) emitida **por INVERSIONES NAVYDSA con R.U.C.10462026698**, de fecha **12 de noviembre de 2013**, por concepto de 400 polos 20/1 algodón pima peinado con impresión full color (unidad: 20.80) y 300 gorros profesionales en drill (8.50). Se tiene también el **Pedido - Comprobante de Salida N° 1152**, (a fojas 44) que tiene como finalidad solicitar la entrega de los artículos a la Municipalidad Provincial de Chepén fue realizada tan solo al día siguiente, esto es el 13 de noviembre de 2013, documento suscrito por el **Subgerente de Logística y Bienes Patrimoniales Alberto Vital Cabrera** y el **Subgerente de Educación, Cultura y Deporte**. Obra de igual modo en el expediente judicial la **Orden de compra - Guía de Internamiento N° 1152** de fecha 13 de noviembre de 2013, es decir, el mismo día en que se solicitó la entrega, (a fojas 47), emitido por el **Subgerente de Logística**

y **Bienes Patrimoniales Alberto Vital Cabrera**, donde se le solicita enviar al almacén los 400 unidades de polos 20/01 algodón pima peinado con impresión full color, y 300 unidades de gorros profesionales en drill, a **Emerson Jonatan Ysla Burgos** con R.U.C. 10462026698, cuya nota en la parte inferior izquierda precisa que: “Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Subgerente de Logística y la Gerencia Municipal (...)”, de manera tal que esta orden de compra está firmada por el Subgerente de Logística y el Gerente Municipal. Por el monto de S/. 10 870.00.

59. Entonces, resulta que estos dos requerimientos fueron emitidos el día 12 de noviembre de 2013 por el **Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte José Eduardo Vásquez Vargas**, el primero fue dispuesto al día siguiente por Gerencia Municipal para que sea evaluado ese mismo día por el Área de Logística, que el mismo día emitió la Orden de Compra y el Pedido de Comprobante de Salida, documentos donde se hace referencia al proveedor Emerson Ysla Burgos con R.U.C. 10462026698. Respecto al segundo requerimiento, fue emitido el día 12 de noviembre, y aun cuando la Orden de Compra data del día siguiente, obra en autos la Factura N° 000117 emitida por INVERSIONES NAVYDSA con R.U.C.10462026698 que data del día 12 de noviembre del año 2013. Ante estas particularidades, es evidente el interés que manifiestan estos funcionarios públicos al beneficiar a este proveedor, toda vez que, de las fechas se deduce que se tenía predispuesta la contratación con INVERSIONES NAVYDSA, manifestándose la vulneración al correcto funcionamiento de la administración pública puesto que estas peculiaridades pudieron haber sido perfectamente advertibles tanto por el Gerente Municipal, como el Área de Logística. Sin embargo, el primero, dispuso de manera inmediata su atención por parte del segundo, y este último, a su vez, tampoco advirtió que se trataban de requerimientos fraccionados. Pero no solo ello, sino que, ambos suscriben los documentos correspondientes a las órdenes de compra.

60. A su turno, el presente análisis respecto a la actividad relacionada al **“Cumplimiento de la Meta 39: Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos”**, tenemos el **Requerimiento N° 054-2013-MPCH-GPP (a fojas 51)** de fecha **14 de noviembre de 2013** realizado por la **Gerente de Planeamiento y Presupuesto, Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos Mg. Ana Paredes Morales** dirigido al **Gerente Municipal Juan Julio Mori Vera**, este documento fue recepcionado por la Gerencia Municipal el mismo día, 14 de noviembre 2013, a horas 11:26am. Donde se advierte una anotación en la parte inferior central indica: *“PROVEÍDO DE GERENCIA MUNICIPAL: Atención correspondiente, Cumplimiento de Meta N° 39, Programa de Actividades de Espacios Públicos. Chepén 14 de Nov. De 2013”*, firmado por el **Gerente Municipal**. Y siendo recepcionado por **Secretaría Logística** el mismo día **14 de noviembre** de 2013. Aunado a ello, contamos con **Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1161 (a fojas 55)**, con SIAF 3767⁵⁸⁷ de fecha también el **14 de noviembre de 2013**,

⁵⁸⁷ El Sistema Integrado de Administración Financiera de los Recursos Públicos (SIAF-RP), es un sistema de registros únicos del uso de los recursos públicos. Compone una herramienta informática de gestión que, al usarlo de forma oportuna, afianza la solidez y fluidez de los registros vinculados a la ejecución de Ingresos y

expedida por la **Subgerencia de Logística y Bienes Patrimoniales de Chepén**, donde se solicita a **M&B Seguridad Industrial S.A.C.** enviar lo descrito en el mismo documento, concerniente a 300 polos y 300 gorros por el monto total de S/.8,790.00, donde, en la parte inferior izquierda se aprecia una Nota: "Esta Orden es nula sin la firma mancomunada del Subgerente de Logística y la Gerencia Municipal, por lo que se aprecia el sello y firma de ambos funcionarios." Se tiene también el **Pedido de Comprobante de Salida N° 1161** con fecha **14 de noviembre** de 2013 (*a fojas 53*), donde se indica que la dependencia solicitante es la **Gerencia de Planificación y Presupuesto** (suscribiendo también el documento), por concepto de 300 unidades de polos blancos cuello camisero impreso pecho y espalda, así como también 300 unidades de gorros, con una nota en el centro que dice: "Necesarios para ser utilizados en la Meta N° 39° del Programa de Actividad Física Espacios Públicos", firmado por el **Subgerente de Logística y Bienes Patrimoniales**, haciendo un total de S/. 8790.00. Habiéndose expedido la **Factura N° 000717** (*a fojas 52*) por **M&B Seguridad Industrial S.A.C.** el 15 de noviembre de 2013, esto es, al día siguiente de la realización del requerimiento.

61. Respecto a la misma actividad, tenemos el **Requerimiento N° 055-2013-MPCH-GPP** (*a fojas 58*) dirigido a **Juan Julio Mori Vera, Gerente de la Provincia de Chepén**, emitido por **Mg. Ana Paredes Morales, en su condición de Gerente de Planeamiento y Presupuesto, y Coordinadora de Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos**, con fecha también de 14 de noviembre de 2013, recepcionado en la **Gerencia Municipal** el mismo día, 14 de noviembre de 2013 a horas 11:27 am. Proveído por la **Gerencia Municipal** por la nota siguiente: PROVEIDO DE GERENCIA MUNIICIPAL: Pase a **Subgerencia de Logística**, para atención correspondiente cumplimiento Meta N° 39, Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos. 14 de Nov. 2013", es decir el mismo día, y con fecha también de 14 de noviembre de 2013 fue recepcionado por la **Secretaria de Logística**, esto es el día 14 de noviembre de 2013. Se tiene además el **Pedido – Comprobante de Salida N° 1160** (*a fojas 59*), con fecha **14 de noviembre** de 2013, emitido por la **Gerencia de Presupuesto Ana Paredes Morales en Cumplimiento de la Meta**, por el monto total de S/.7 800.00, firmado por el **Subgerente de Logística y Bienes Patrimoniales**, donde la **Gerente de Planeamiento y Presupuesto** firma en señal de conformidad. Obra también en el expediente judicial la **Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1160** (*a fojas 71*), con Registro SIAF N° 3768, de fecha **14 de noviembre de 2013**, expedido por la **Subgerencia de Logística y Bienes Patrimoniales**, donde se le indica a **M&B Seguridad Industrial S.A.C.** que envíe a los almacenes correspondientes los artículos consistentes en 1000 unidades de polos blancos 30/01 100% algodón peinado con impresión pecho y espalda necesario para ser empleado en las actividades programadas en la **Meta N° 39 de Actividades Físicas en Espacios Públicos**, donde se advierte que el precio por unidad es de 7.80 haciendo un total de S/. 7 800.00. Este documento contiene una

Gastos. Todos los datos que se registran en el SIAF y son transferidos al Ministerio de Economía y Finanzas, su objetivo es mejorar la gestión financiera obteniendo así la transparencia de los recursos públicos con una orientación basada en resultados.

NOTA donde se precisa que: *"Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Sub Gerente de Logística y la Gerencia Municipal. (...)"* Se percibe también la firma del **Sub Gerente de Logística** y el del **Gerente Municipal**. Téngase en cuenta también la **Factura N° 000719** expedida por **M&B Seguridad Industrial S.A.C.** (a folios 72), de fecha **15 de noviembre de 2013**, cuya descripción hace referencia a 1000 unidades de polos blancos 30/01 algodón peinado.

62. Corresponde ahora el tercer requerimiento realizado en alusión al Cumplimiento de la Meta N° 39, este es el **Requerimiento N° 056-2013-MPCH-GPP**, (a fojas 75) escrito de fecha **15 de noviembre de 2013**, dirigido a **Juan Julio Mori Vera** en su calidad de **Gerente de la Provincia de Chepén**, donde la **Sub Gerente de Planeamiento y Presupuesto** y **Coordinadora del Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos Mg. Ana Paredes Morales**, documento donde se aprecia el sello de la recepción de la **Gerencia Municipal** con fecha **15 de noviembre de 2013** a horas 08:29am. Se aprecia también una nota en la parte inferior: "PROVEIDO GERENCIA MUNICIPAL Pase: a Subgerencia de Logística para atención correspondiente cumplimiento del Programa de Actividades Físicas en Espacios Públicos, con fecha **15 de noviembre** de 2013", distinguiéndose el sello y firma del Gerente Municipal. Asimismo, se advierte que fue recepcionado en Secretaría General el mismo día, 15 de noviembre de 2013, a horas 10:55am. Habiéndose emitido la **Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1166**, con Registro SIAF N° 3769, (a fojas 79), de fecha **15 de noviembre** de 2013, donde se le solicita a **M&B Seguridad Industrial** con R.U.C. 20544605110 enviar a los almacenes 1 000 unidades de gorros clásicos tela tazlan color blanco, necesarios para ser utilizado en las actividades de la Meta 39ª, cuyo precio por unidad es de S/.5.50, haciendo un total de S/. 5 500.00. Este documento tiene una Nota: *"Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Sub Gerente de Logística y la Gerencia Municipal. (...)"*, por lo que contiene la firma del **Sub Gerente de Logística** y el del **Gerente Municipal**. Además, se cuenta con la **Factura N° 000720** expedida por **M&B Seguridad Industrial S.A.C.**, con R.U.C. 20544605110 (a fojas 76) de fecha **15 de noviembre de 2013**.

63. Es así que, respecto a esta actividad de "Cumplimiento de la Meta N° 39", el primer requerimiento de fecha 14 de noviembre, fue ingresado a Gerencia Municipal el mismo día a las 11:26am, y el segundo requerimiento a horas 11:27am, donde esta área dispuso, de manera independiente y separada, se pasen al Área de Logística para su atención el mismo día, y esta Área emitió la Orden de compra, correspondiente a cada requerimiento también el mismo día. Todo el día 14 de noviembre de 2013, así como también se expidieron los Comprobantes de Salida el mismo día. Y el tercer requerimiento, se presentó el día siguiente ese mismo día se ingresó a Gerencia Municipal, y al Área de Logística, asimismo, obra en el expediente la Factura N° 000720 expedida por M&B Seguridad Industrial S.A.C, de fecha 15 de noviembre de 2013. Ante estas consideraciones, es una vez más evidente la modalidad del actuar de estos funcionarios, caracterizada por la premura en el trámite, así como en la entrega de los artículos, aun cuando en juicio oral, los mismo proveedores han señalado que la confección de estos artículos conlleva un lapso más dilatado que el trámite advertido en autos, por lo que se

entiende que de manera previa tenían interés en beneficiarlos procediendo a dar trámite a los fraccionamientos presentados por las áreas usuarias, aun advirtiendo estas irregularidades, vulnerándose el correcto funcionamiento de la administración pública y sus principios.

64. Llegados a este punto, corresponde el análisis referente a los requerimientos efectuados en el marco de la realización de la "**Campaña Navideña 2013**". Es así que tenemos el **Requerimiento N° 149-2013/SGECJD-MPCH** de fecha 29 de noviembre de 2013 (a fojas 82), donde **José Eduardo Vásquez Vargas en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte** se dirige a **Juan Julio Mori Vera**, en su calidad de **Gerente Municipal**. Documento que se encuentra admitido en recepción de la **Gerencia Municipal** el día 29 de noviembre de 2013, a horas 12:17pm, tiene también una nota en la parte inferior: "PROVEIDO DE GERENCIA MUNICIPAL. Pase a Subgerencia de Logística para atención correspondiente. Fecha: 02 de diciembre de 2013. Con el sello y firma del Gerente Municipal, a su vez cuenta con el sello de la **Secretaría Logística** el 02 de diciembre de 2013, a horas 12:55pm. Se tiene también la **Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1216**, con **Registro SIAF 4111** (a fojas 85) de fecha **02 de diciembre de 2013**, emitido por la **Subgerencia de Logística y Bienes Patrimoniales** donde se solicita a **Luperdi Calderón Pamela con RUC 10437530039**, se envié a los almacenes los artículos consistentes en 1350 unidades de polos de 30 al 01 al 01 algodón peinado con impresiones pecho y espalda full color. Necesario para las actividades programadas en la Campaña Navideña 2013. Este documento tiene una Nota: "*Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Sub Gerente de Logística y la Gerencia Municipal. (...)*", por lo que contiene la firma del **Sub Gerente de Logística** y el del **Gerente Municipal**. También se cuenta con la **Factura N° 000002**, expedida por **Inversiones NAMYLAD'S con R.U.C. 10437530039**, (a fojas 86) de fecha **7 de diciembre de 2013** por concepto de 1 350 polos haciendo un total de S/. 10 530.00.

65. El último requerimiento efectuado es el **Requerimiento N° 150-2013/SGECJD-MPCH** (a folios 89) de la misma fecha **29 de noviembre de 2013** dirigido al Señor **Gerente Municipal Juan Julio Mori Vega**, por **Vásquez Vargas** en su calidad de **Sub Gerente de Educación, Cultural y Deporte**. Se advierte que el mismo documento fue recepcionado en la **Gerencia Municipal** el día **29 de noviembre de 2013** a horas 12:16pm. Teniendo una anotación en la parte inferior derecha: PROVEIDO DE GERENCIA MUNICIPAL: Pase a Subgerencia de Logística. Para: atención correspondiente, con fecha 02 de diciembre de 2013. Así también fue recepcionado por la Secretaría de Logística el día 02 de diciembre a horas 12:55pm. Se tiene también la **Orden de Compra – Guía de internamiento N° 1217** de fecha **02 de diciembre** de 2013 con **Registro SIAF N° 4470**, (a fojas 92) expedido por la **Subgerencia de Logística y Bienes patrimoniales**, dirigido a **Luperdi Calderón Pamela con R.U.C. 10437530039** solicitándole enviar al almacén los artículos correspondientes a 350 unidades de gorros y 350 unidades de polos haciendo un total de S/. 10 255.00. Este documento tiene una Nota: "*Esta orden es nula sin la firma mancomunada del Sub Gerente de Logística y la Gerencia Municipal. (...)*", por lo que contiene la firma del **Sub Gerente de Logística** y el del **Gerente Municipal**. Se tiene también el **Pedido – Comprobante de Salida N° 1217** expedido

por la **Subgerencia de Logística y Bienes patrimoniales**, de fecha 02 de diciembre de 2013, suscrito por el **Subgerente de Logística y Bienes Patrimoniales**, así como por **José Eduardo Vásquez Varas en su calidad de Sub Gerente de Educación, Cultura y Deporte** (a folios 91). Así también debe considerarse la **Factura N° 000003** expedido por **INVERSIONES NAMYLAD'S** con R.U.C. 10437530039, de fecha 03 de diciembre de 2013, (a fojas 93)

66. Respecto a esta tercera actividad, ambos requerimientos fueron presentados el día 29 de noviembre de 2013 (*viernes*), admitidos en Gerencia Municipal el mismo día a horas 12:17pm y 12:16pm respectivamente, y se les dio trámite al siguiente día hábil, que era el 02 de diciembre del mismo año, siendo proveído por Gerencia Municipal al Área de Logística, recepcionados tales requerimientos a horas 12:55pm, quien ese mismo día emitió la Orden de Compra donde se solicita a Luperdi Calderón Pamela con RUC 10437530039 se envíe a los almacenes los artículos necesarios para las actividades programadas en la Campaña Navideña 2013. Una vez más, resulta carente de credibilidad los argumentos de la defensa de estos funcionarios en tanto que no pudieron advertir los fraccionamientos, cuando tales fueron recepcionados de manera consecutiva tanto en Gerencia Municipal, como en el Área de Logística.

67. La defensa de **Juan Julio Mori Vera** señaló que la firma de su patrocinado obedece a una circunstancia impuesta por ley, en tanto que la misma Municipalidad así lo exige, tal como está establecido en las órdenes de compra en la parte final del requerimiento. *“Esta orden es nula sin la firma mancomunada de la Subgerencia de Logística”*. Ahora, el argumento esbozado por el letrado que patrocina a este imputado es correcto, sin embargo, la conclusión a la que llega carece de razonabilidad, toda vez que, es evidente, en tanto se aprecia de la orden de compra, que para que la misma tenga efecto debe encontrarse suscrita por ambos funcionarios, y esta imposición es, no por un mero capricho legal, sino más bien justamente para que sean ambos los que verifiquen la idoneidad del documento, para que dicho escrito pase por una suerte de filtro, en mérito al cual, estos funcionarios públicos, están en la obligación de efectuar una verificación del contenido de esta orden de compra, no se puede simplemente decir, que por imperio de la ley debía ser firmado por ambos, sino que, esta peculiar e imprescindible circunstancia se debe precisamente para garantizar que la orden de compra esté siendo emitida en correspondencia con el marco legal de las contrataciones del estado, toda vez que dichos funcionarios, por el cargo que ostentan, tienen la exigencia de conocer el contenido normativo que regula ese tipo de actos.

68. A su vez la defensa de **Jorge Alberto Vital Cabrera** precisa que su patrocinado desconocía los requerimientos de adquisiciones que habrían hecho las respectivas áreas, estos no venían directamente a él porque no estaban dentro del Plan Anual por lo tanto no podría prever cuales eran los requerimientos que iban hacer las áreas usuarias, en qué momento y cuales eran esas cantidades, para determinar si era necesario realizar un proceso de selección, y que además, quien dividió esos requerimientos fue la misma Área usuaria, no lo hizo el Área de Logística, por lo tanto quien debió de haber previsto solicitar de manera conjunta

estos requerimientos son las mismas Áreas Usuarias. Con la autorización de Gerencia, mi patrocinado cumplía con resolver las necesidades que las demás áreas tenían, por lo que no se le puede atribuir a mi patrocinado un actuar deliberado, ya que no conocía siquiera el presupuesto, lo conoció cuando ya Gerencia le informa. En relación al artículo 20 del C.P. mi patrocinado solo cumplió con su deber, no hubo interés en beneficiarse o a un tercero. Al respecto, estos argumentos esbozados por la defensa no generan convicción a esta judicatura en virtud a la documentación que conforma el expediente judicial. Primero, estos requerimientos sí eran dirigidos al Área de Logística, teniéndose en cuenta que este imputado es el Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales, incluso suscribió la Orden de Compra de los artículos solicitados, que por el argumento esbozado en el considerando anterior, significa que autorizaba dichas adquisiciones lo que importa un interés en beneficiar a un tercero, en este caso, los proveedores. Segundo, que ese actuar del imputado, aun advirtiendo que se trataba de fraccionamientos dado que fueron presentados en su recepción el mismo día (teniéndose en cuenta la actividad a desarrollarse), y aun dándose cuenta que la naturaleza de los artículos requeridos no distan en tanto que se trata de confecciones, pudo perfectamente evaluar tales requerimientos y actuar conforme correspondía, esto es realizar el estudio de mercado y, dado que los montos sobrepasaban las 3UIT que exige la ley, convocar a un concurso público, sin embargo, lejos de ese actuar que le es exigible por razón de su cargo, dispuso las órdenes de compra, junto con el Gerente Municipal, y se realizó las gestiones pertinentes de manera celer, evidenciándose el interés de beneficiar a los proveedores.

69. Ante estos considerandos, téngase en cuenta entonces que el Gerente Municipal, así como el Sub Gerente de Logística y Bienes Patrimoniales, aun advirtiendo los fraccionamientos realizados por las áreas usuarias, encaminaron su actuar funcional privilegiando el interés particular de los contratistas (extraneus) en lugar de velar por el interés del Estado, a través de un proceso de contratación pública, donde sin duda se hubiera logrado mejores condiciones para la inversión y gasto público. Esta conducta de interesarse indebidamente ha quedado demostrando de forma evidente, con el fraccionamiento de los montos de compra y el celer trámite que se le dio a los requerimientos, pero que se pone en mayor evidencia con la contratación de terceros que no tienen el rubro de ser proveedores de polos o gorras, como lo explicamos a continuación.

Acerca de las características de los proveedores:

70. Obra en el expediente la **Consulta R.U.C. 10462026698** (a fojas 46) de Emerson Jonatan Ysla Burgos, (que satisfizo los requerimientos fraccionados en el marco de la "Celebración de la 54º Semana Turística de Chepén") donde se advierte que las actividades a realizar, por esta persona natural con negocio es: "**Principal-51225- Vnta. May. Alimentos, Bebidas y Tabaco.** Secundaria 1-01400 – Servicios Agrícolas, Ganaderas. Secundaria 2-51906-Vta. May. De otros productos."

aun cuando lo que la factura que se emitió fue por concepto de confección de polos y gorros.

71. También se cuenta con la **Factura N° 000717** (a fojas 52) expedida por **M&B Seguridad Industrial S.A.C. R.U.C. 20544605110** (que satisfizo los requerimientos fraccionados en el marco del “Cumplimiento de la Meta N° 39”) la misma que presenta marcas como NOR-SEG, INDURA y SEKUR de fondo de la misma. Para empezar, de la razón social de la misma se advierte que no guarda relación con la confección de polos y/o gorras. Aunado a ello, este Tribunal haciendo un examen a detalle precisa que NOR-SEG es una compañía de seguridad privada que aplica conceptos novedosos en las áreas administrativas y operativas, SEKUR es una empresa dedicada a la venta de productos de seguridad industrial e INDURA es una empresa que brinda artículos de seguridad personal como cascos, entre otros, entendiéndose que esta empresa se dedica a la venta de los productos de esas marcas, por lo que resulta cuestionable el hecho de que se haya realizado la contratación directa con un proveedor que no guarda correspondencia con los artículos que se solicitan en los requerimientos fraccionados por las áreas usuarias.

72. Además está la **Consulta RUC 10437530039** (a fojas 84) respecto a Luperdi Calderón Pamela, (que satisfizo los requerimientos en el marco de la “Campaña Navideña 2013”) cuya fecha de actividades de tal proveedor se inicia el 01 de noviembre del mismo año, siendo la: “**Principal 51225- Vta. May. Alimentos, Bebidas y Tabaco.** Secundaria 1-51906-Vta. Mayor de otros productos”

73. Ante estas circunstancias advertidas, no solo resulta cuestionable el célere trámite que se realizó a efectos de beneficiar a los proveedores, sino que además, los mismos no eran los más idóneos para ofrecer el tipo de servicios que los requerimientos fraccionados solicitaban, y no nos referimos a la calidad de los artículos, sino más bien a la finalidad para la cual estarían destinadas las actividades comerciales de estos proveedores, tal como constan en las documentales oralizadas en juicio oral.

74. Habiendo finalizado el presente análisis, concluimos que Ana Elizabeth Paredes Morales, Juan Julio Mori Vera, Jose Eduardo Vásquez Vargas y Jorge Alberto Vital Cabrera, habiendo ejercido el cargo de funcionarios públicos, defraudaron a la Administración Pública, al conducir sus actos interesándose en beneficiar deliberadamente a los proveedores de los artículos solicitados, interés que se evidencia en los requerimientos fraccionados, acelerando su trámite, disponiendo de antemano quiénes serían estos proveedores, de manera tal que estos funcionarios públicos han infringido los deberes a los que están obligados en virtud de su cargo.

75. En ese sentido, verificándose los requisitos válidos del estándar probatorio, esta sala determina que no existe insuficiencia probatoria, ni la existencia de duda razonable ante la valoración de la prueba, sino por el contrario, existe coherencia, correspondencia y coincidencia en el material probatorio y permiten acreditar la existencia de la vinculación de los acusados con el hecho delictivo dada la naturaleza del delito, habiéndose destruido la presunción de inocencia que los

investía. Asimismo, la valoración realizada por el Ad quo está acorde con los criterios de la Sana Crítica, en tanto que se ha valorado las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados, tal como se ha dejado manifiesto.

76. Respecto de la determinación judicial de la pena, desarrollada en la sentencia recurrida, esta Sala la considera razonable, toda vez que el delito de negociación incompatible contemplado en el artículo 399 del Código Penal, reprime este delito con pena privativa de libertad **no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad**. Se advierte que la naturaleza de la sentencia respecto a la determinación e individualización del quantum de la pena es razonable también, por la observancia del principio de proporcionalidad, lesividad, fin preventivo y resocializador de la pena, por lo que debe ser confirmada la sentencia de primera instancia en este extremo.

77. En lo que respecta a la cuantía de la Reparación Civil es proporcional en atención al daño extra patrimonial, dado que existe una vulneración al bien jurídico imparcialidad en las contrataciones públicas, en conclusión la sentencia venida en grado debe ser confirmada en este extremo.

78. Las costas procesales, en el presente caso, debe de eximirse el pago de costas a los recurrentes, toda vez, que han hecho uso a su derecho a la doble instancia, lo que determina la existencia de razones serias y fundadas que justifican su intervención y la exoneración del pago de costas.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la **SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

2) **CONFIRMAR** la **RESOLUCIÓN NUMERO CATORCE** de fecha **VEINTIDOS DE AGOSTO DEL DOS MIL DIECIOCHO**, sentencia que **CONDENA** a los acusados **ANA ELIZABETH PAREDES MORALES, JUAN JULIO MORI VERA, JOSE EDUARDO VASQUEZ VARGAS y JORGE ALBERTO VITAL CABRERA** como **AUTORES** del delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio de **LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHEPEN**, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, la misma que se suspende en su ejecución por el período de **TRES AÑOS. E IMPUSO** la **PENA DE INHABILITACION** para los mismos imputados, consistente en la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público, por el período de **CUATRO AÑOS, e IMPUSO** la **PENA DE CIENTO OCHENTA DIAS MULTA** a cada uno de los imputados, monto que será deducido de sus ingresos mensuales; además **FIJO** por concepto de **REPARACION CIVIL, la suma de S/. 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES)**, la misma que deberá ser cancelada de forma solidaria por los sentenciados.

3) **FIRME O EJECUTORIADA** que sea esta sentencia, se devuelva los actuados al órgano jurisdiccional de origen para la ejecución de la sentencia, en el más breve plazo y bajo responsabilidad funcional del personal a cargo.

4) **SIN COSTAS** en el presente trámite recursal.

Actuó como Juez Ponente y Director de Debates, el Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.- Notifíquese.

DR. VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS
PRESIDENTE
PONENTE Y DIRECTOR DE DEBATE

DRA. CECILIA MILAGROS LEON VELASQUEZ
JUEZ SUPERIOR

DR. MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIAN
JUEZ SUPERIOR



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

**SALA DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA
LIBERTAD**

Calle Los Fresnos 455 – Urbanización California. Distrito de Víctor Larco Herrera – Trujillo –
Perú

EXPEDIENTE No.:02006-2018-85-1601-JR-PE-08

DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.
PROCESADOS : **(Autores)** SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO,
NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ,
LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR,
CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ, y,
Yesica Lorena Salazar Zavaleta.
AGRAVIADO : EL ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE HUARANCHAL.
IMPUGNANTES: SENTENCIADOS CONDENADOS y MINISTERIO PÚBLICO.
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA.
ACTOR CIVIL : PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE LA
LIBERTAD.
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD.
ESPECIALISTA : VANIA MARILLIA CRUZ MINCHOLA.

SENTENCIA SUPERIOR

Resolución CUARENTA Y SIETE

Trujillo, treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

VISTOS y OÍDOS en audiencia de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, señores Jueces Superiores Titulares Magistrados **WILDA MERCEDES CÁRDENAS FALCÓN** (Presidenta de Sala), **JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA** y **MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ** (Director de debates y Ponente); en la que también intervinieron la letrada particular doña Betty Tránsito Salvatierra Nontol de Viena abogada defensora del procesado Segundo Edilberto Tocto Alvarado - en adelante el sentenciado Tocto -; el letrado don Carlos Alberto Cotrina Vargas abogado defensor del procesado Néstor Gustavo Villaverde De la Cruz – en adelante el procesado Villaverde -, y, de la procesada Crecencia Meli Cruzado Rodríguez – en adelante la sentenciada Cruzado -; el letrado don Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, abogado defensor del procesado Luis Ricardo Angulo Aguilar – en adelante el procesado Angulo -; las letradas doña Karina Ruby Núñez Romero y Sandra Fanny Gaitán Miñano, Procuradoras Públicas Anticorrupción descentralizado de La Libertad por el Actor civil; así como los señores Fiscales Superiores Michael Ernesto Mego Tarrillo y Ada Margoth Peñaranda Bolovich; con la concurrencia de los procesados Tocto, Villaverde y Cruzado, sin la presencia del procesado Angulo.

I. PLANTEAMIENTO IMPUGNATIVO

1. Viene en apelación la Sentencia contenida en la Resolución **VEINTITRÉS** del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, que aparece de folios ciento ochenta y ocho a doscientos veintitrés, **en los extremos** que:

1.1. **CONDENÓ** a los acusados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR** y **CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, como **autores** del delito contra la administración pública en su modalidad de **Negociación Incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría

Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**, la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**, a condición de que cumpla Reglas de conducta.⁵⁸⁸

1.2. IMPUSO la pena de **INHABILITACIÓN** para el sentenciado **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, *para ejercer el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Provincia de Otuzco, Departamento de La Libertad, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público*, por el plazo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

1.3. IMPUSO la pena de **INHABILITACIÓN** para para los sentenciados **NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR y CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, consistente en *privación de la función, cargo o comisión o empleo de carácter público*, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36° del Código Penal.

1.4. Y FIJÓ por concepto de **Reparación civil**, la suma de **Ciento cincuenta mil soles (S/ 150,000.00)** a favor del Estado - Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, la misma que se cancelará en ejecución de sentencia, **solidariamente** por los cuatro acusados y como regla de conducta.

II. EXTREMOS FIRMES

2. La Sentencia contenida en la Resolución **VEINTITRÉS** del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, que aparece a folios ciento ochenta y ocho a doscientos veintitrés, también ha resuelto lo siguiente: **ABSOLVER** a la acusada **YESICA LORENA SALAZAR ZAVALA**, como **cómplice primario** del delito contra la administración pública en su modalidad de **Negociación Incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE** las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHIVESE DEFINITIVAMENTE** el proceso en el modo y forma de ley.

3. Dicho extremo ha quedado firme y declarado consentido mediante resolución veinticinco del veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho. [Ver folios 315 a 318]

4. Igualmente, mediante Resolución treinta y tres aclarada por resolución treinta y cuatro, contenidas en el Acta del doce de noviembre de dos mil diecinueve, [Folios 407 a 414] se declaró **INADMISIBLES** los recursos introducidos por los procesados Segundo Edilberto Tocto Alvarado y Crecencia Meli Cruzado Rodríguez. Incluso dedujeron recurso

⁵⁸⁸ **Reglas de conducta:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo de la ejecución de la sentencia; con conocimiento del Ministerio Público; b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva; c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil solidaria, en la suma de S/ 150,000.00 (Ciento cincuenta mil soles), a ser pagados dentro de los **TRES MESES siguientes de haber quedado firme la presente sentencia**; mediante certificado de depósito judicial y presentado en el Despacho Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a favor la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **Todo Bajo apercibimiento**, de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

de reposición al respecto, los cuales fueron declarados **INFUNDADOS** mediante resolución treinta y ocho, contenida en el Acta del catorce de febrero de dos mil veinte [Folios 475 a 482]. Por lo que **los extremos de CONDENA** de los procesados Segundo Edilberto Tocto Alvarado y Crecencia Meli Cruzado Rodríguez también han quedado **FIRMES**.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA DE SEGUNDA INSTANCIA

5. En el juicio de apelación como Segunda instancia, las partes procesales no requirieron actuación de medios de prueba.

IV. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

6. El alegato impugnativo de la señora representante del Ministerio Público tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, luego de fijar los hechos en la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte [Ver folios 500, escuchar minuto 15:24 a minuto 16:57 y minuto 17:06 a minuto 18:17]. Expuso los fundamentos principales de su impugnación, un extracto resaltante del alegato se consigna en las actas de la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte y del dieciocho de agosto de dos mil veinte [Ver folios 497 a 501 y 526 a 529, respectivamente en todo caso escuchar audio del diez de marzo de dos mil veinte, minuto 45:54 a minuto 51:17; y, audio del dieciocho de agosto de dos mil veinte, minuto 12:55 a minuto 29:05] ratificando y fundamentando su pretensión, solicitando la revocatoria en el extremo que se le condena a los procesados a pena suspendida exigiendo pena efectiva de **CINCO AÑOS** y se incrementa el quantum de la inhabilitación a **CINCO AÑOS**, para los cuatro sentenciados.

7. El alegato impugnativo del procesado Angulo, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte [Ver folios 497 a 501, en todo caso escuchar audio minuto 18:35 a minuto 43:35] ratificando y fundamentando su pretensión, que se revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva a los procesados.

8. *Para su defensa material* el procesado Angulo consideró conforme a su derecho que era suficiente su defensa técnica, realizada por su abogado.

9. El alegato impugnativo del procesado Villaverde, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del seis de agosto de dos mil veinte [Ver folios 519 a 523, en todo caso escuchar audio minuto 32:00 a minuto 47:23] ratificando y fundamentando su pretensión, que se revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva al procesado.

10. *En su propia defensa material* el procesado Villaverde manifestó que se encontraba conforme con la defensa de su abogado, y señala que, la Licitación Pública se llevó a cabo de acuerdo a Ley y al reglamento de contrataciones. La Municipalidad Distrital de Huaranchal tenía más de 8'000,000.00 millones de soles. La autorización se obtuvo de forma verbal porque las oficinas estaban en Trujillo. Por razones de orden político estoy en este proceso. El acta de conciliación es legal se encuentra permitida en la Ley de contrataciones. De otro lado, como dice la señorita Procuradora no hubo daño causado, al contrario, un beneficio porque se ahorró 10%, pido se revise bien para ser absuelto.

V. FUNDAMENTOS DE CONTRADICCIÓN

11. La señora representante del Ministerio Público en contradicción, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte [Ver folios 500, en todo caso escuchar audio minuto 45:54 a minuto 51:17]; así como en el acta de audiencia del dieciocho de agosto de dos mil veinte [Ver folios 526 a 529, en todo caso escuchar audio minuto 12:55 a minuto 29:05], ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria de la sentencia en cuanto concierne a la condena de los procesados.

12. La defensa del procesado Angulo en contradicción, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte [Ver folios 501, en todo caso escuchar audio minuto 51:31 a minuto 52:29] con relación a la apelación del Ministerio Público que esta carece de justificación no debiendo ser atendida.

13. La defensa del procesado Tocto en contradicción, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del diez de marzo de dos mil veinte [Ver folios 501, en todo caso escuchar audio minuto 52:37 a minuto 56:03] con relación a la apelación del Ministerio Pública que esta carece de justificación no debiendo ser atendida.

14. *En su propia defensa material* el procesado Tocto protestó su inocencia, dijo estar conforme con la defensa de su abogada, y señala que, no se ha podido demostrar que haya tenido un interés indebido, porque eso no existe. Primero se le acusó de colusión y luego se le ha sentenciado por negociación incompatible. Dinero si lo había, con asesoramiento legal de la Municipalidad se hizo el acta de conciliación, porque las obras ya estaban comprometidas por el presupuesto participativo. No he cometido ningún delito. El Estado no ha sido afectado.

15. La defensa del procesado Villaverde y de la procesada Cruzado, en contradicción, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del dieciocho de agosto de dos mil veinte [Ver folios 526 a 529, en todo caso escuchar audio minuto 29:06 a minuto 34:15] con relación a la apelación del Ministerio Público que esta carece de justificación no debiendo ser atendida.

16. *En su propia defensa material* la procesada Cruzado protestó manifestó estar conforme con la defensa de su abogado.

17. La señorita Procuradora Pública por el actor civil, en contradicción, tal como ha quedado registrado en el audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el acta de la audiencia del dieciocho de agosto de dos mil veinte [Ver folios 526 a 529, en todo caso escuchar audio minuto 43:40 a minuto 51:57] ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria de la Sentencia, en los extremos civiles.

VI. ANTECEDENTES

18. En el presente Expediente no existe apelaciones diferidas ni incidentes que precisar.

VII.FUNDAMENTOS DE LA SALA

19. **Fundamento de competencia.** Esta Sala Superior examina de la sentencia conforme al canon jurisdiccional procesal penal y en tal sentido emite el siguiente razonamiento. Con la competencia para decidir conforme al mandato constitucional y la habilitación legal que

aparece en el avocamiento superior del presente Expediente. Limitado al contenido impugnativo y concedido, bajo el parámetro del *principio limitativo de rogación*⁵⁸⁹ y del *principio devolutivo* contenido en el artículo 409° del Código Procesal Penal;⁵⁹⁰ concordado con los artículos 149°, 150° y el inciso 3) del artículo 425° del Código Procesal Penal (CPP); la doctrina constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) **Expediente 2458-2011-PA/TC-AREQUIPA**, Caso Empresa TRIARC S.A. del catorce de setiembre de dos mil once, fundamento 7; y la doctrina jurisprudencial de la **Casación número 201 – 2014/ICA**, del treinta de marzo de dos mil dieciséis, en el Caso de Walter Inocencio Siguas Hinostroza absuelto del delito contra la libertad sexual – violación sexual en supuesto agravio de menor de dieciséis años KLCT, fundamento 7.

20. Respetando, asimismo, como Jueces de la Constitución, los Derechos y Garantías Fundamentales, convencionalmente reconocidos; en la doctrina constitucional **STC Expediente 618 - 2005 – PHC/TC - LIMA**, Caso Ronald Winston Díaz Díaz del ocho de mayo de dos mil cinco, fundamento 21; así como las exigencias procesales reconocidas por la doctrina⁵⁹¹ y la jurisprudencia suprema⁵⁹² y constitucional⁵⁹³.

21. Análisis del caso. La Constitución Política del Perú (CN) ha establecido en el artículo 39°: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.*” Desarrollando que el Servicio Público como prestación del Estado para la satisfacción de las necesidades públicas, lo cual ocurre precisamente mediante el ejercicio de la carrera administrativa. (Art. 40° CN) Poniendo siempre por encima de cualquier caso, el interés estatal. *Lo que importa que debe procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero.*⁵⁹⁴

22. Siendo que uno de los fenómenos sociales más preocupantes, es sin duda la “*Corrupción*”, afirma y coincidimos plenamente con el Magistrado Fiscal Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre, que es una lacra social que corroe las vísceras fundamentales del sistema jurídico – estatal, atrasando el desarrollo socio – económico de los pueblos, fenomenología que se incuba en todo el aparato público, arrastrando a un gran número de funcionarios y servidores públicos en estas prácticas ilícitas, que tanto daño producen a la estructura democrática de nuestro país. [PEÑA, 2016, TV:505]⁵⁹⁵

23. En correspondencia con la obligación internacional, el Perú ha alineado su actuar a la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, que fuera suscrita el año mil novecientos noventa y seis, bajo la tutela de la Organización de Estados Americanos, pues el Perú la aprobó el cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, vía la Resolución Legislativa 26757, siendo ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete. La *Convención de las Naciones Unidas contra*

⁵⁸⁹ Decisum extra petitum non valet. “La decisión fuera de lo pedido por las partes carece de validez, pues el Juez no puede pronunciarse fuera el petitorio concedido en alzada”

⁵⁹⁰ Tantum devolutum quantum appellatum. “El Tribunal Revisor sólo decidirá aquello que hubiera sido apelado, podrá declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”

⁵⁹¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2003) *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Citado por DOLORIER TORRES, Javier (2003) en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, No. 54, Marzo 2003, Lima: Gaceta Jurídica, p. 153.

⁵⁹² Casación No. 003106-2001-UCAYALI, Caso Gilma Meléndez contra David Yamashiro Shimabukuro, sobre alimentos, del 31 de marzo de 2002, FJ.4. Casación 2195-2011-UCAYALI – Sentencia de Pleno casatorio del 13 de agosto de 2012, Caso Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro contra Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco sobre desalojo por ocupación precaria. FJ. 6.

⁵⁹³ PRECEDENTE VINCULANTE. STC EXP. No. 000987-2014-PA/TC-SANTA, Caso Francisca Lilia Vásquez Romero, del 06 de agosto de 2014, FJ. 31.

⁵⁹⁴ Cfr. Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria en la **Casación 628-2015/LIMA**, del 05 de mayo de 2016, caso Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor Magistrado Supremo César San Martín Castro. Fundamento Segundo.

⁵⁹⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2016) *Derecho Penal Parte Especial*. Tercera edición, Tomo V. Lima: Idemsa

la Corrupción (UNCAC) o *Convención de Mérida*, adoptada en México, en diciembre de dos mil tres, en vigor desde el catorce de diciembre de dos mil cinco. Fue ratificada por el Perú por Resolución Legislativa 28357 del seis de octubre de dos mil cuatro. Del mismo modo el veintiocho de mayo de dos mil dieciocho rubricó en París su adhesión a la *Convención anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) que entró en vigencia el veintiocho de junio de dos mil dieciocho. Todas ellas, reconocen que una función pública eficiente y transparente es la base de un buen gobierno.

24. Sobre el *bien jurídico*. Siguiendo a la escuela alemana el bien jurídico protegido en este delito es *el deber de lealtad y probidad del funcionario como expectativa normativa*, que se concreta en nuestra realidad mediante *el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la transparencia al realizar las contrataciones del Estado de conformidad con los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad*, es decir, que se cumpla el deber de adecuar su conducta a los patrones normativos fijados en la Ley de Contrataciones del Estado, *procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero* y que finalmente se culmine con la entrega de un servicio o una obra, debidas y adecuadamente ejecutadas, por un postor que ocupó su lugar de contratista, por ser la mejor opción posible, tras un proceso legítimo, transparente, limpio y sin presiones cumpliendo con proteger en todo momento el interés del pueblo peruano, ya que el funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas de la Administración Pública. Dicho proceder debe estar guiado por la exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales. [CASTILLO, 2015:22]⁵⁹⁶

25. La Administración Pública, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. [SALAZAR, 2007: 2 a 3]⁵⁹⁷ Para ello, actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas, por medio de la contratación pública. [GARCÍA, 2007, TI: 469]⁵⁹⁸

26. La contratación en el seno de la Administración Pública, ora con otra entidad estatal ora con los particulares, viene a constituir todo un ámbito normativo de regulación, dirigido a fijar las pautas y las condiciones que deben regir dicha vinculación jurídica. Para el profesor Roberto Dromi, el contrato es una de las técnicas de colaboración de los ciudadanos, sujetos del hecho administrado, con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económica – jurídica respecto de las personas públicas comitentes. [DROMI, 2004, TI: 470]⁵⁹⁹

27. La especificidad de los Contratos de Administración, por tanto ha definido la necesidad de crear una normativa destinada a regular esta materia de contratación,

⁵⁹⁶ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.22; BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2001) *Delitos contra la administración pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Mave, p.291; MALDONADO, Horacio (1978) *Manual de Derecho penal*, 2da. Edición, Buenos Aires: De Zavallia, p. 560; ESTRELLA, Oscar Alberto y GODY LEMOS, Roberto (2000) *Código Penal, PE*, T.3, Buenos Aires: Hammurabi, p. 432; DONNA, Edgardo Alberto (2003), *Derecho penal, PE*, 2da. Edición, T.III, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, p.316; SALINAS SICCHA, Ramiro (2014) *Delitos contra la administración pública*, 3ª- edición, Lima: Grijley, p. 568; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, Lima: Jurista Editores, p. 495.

⁵⁹⁷ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo (2007) *El concepto y los Factores de los Contratos de Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*, en Revista Derecho & Sociedad, Número 29, Lima: PUCP

⁵⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, (2007) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Versión Latinoamericana. Lima: Palestra Editores S.A.C.

⁵⁹⁹ DROMI, Roberto (2004) *Derecho Administrativo*, Parte I, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid: Editorial ciudad Argentina.

sustrayéndola del ámbito de regulación, que ofrece al respecto el Código Civil (CC), a través de los artículos 1351° y siguientes⁶⁰⁰ donde ya no se puede hablar de una consensualidad libérrima entre las partes (libertad contractual), en el sentido que la Administración Pública debe garantizar ciertos principios básicos, cuando contrata con particulares, en especial cautela los intereses generales así como la optimización de los servicios públicos, regido por tres criterios rectores: **Principio de imparcialidad**. Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la norma de contrataciones y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. **Principio de Razonabilidad**. En todos los procesos de selección de objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado. **Principio de Eficiencia**. Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. [PEÑA, 2015, TV:324 a 333⁶⁰¹ y DROMI, 2007: 39]⁶⁰²

28. La Constitución Política del Perú (CN), en el artículo 77°, prescribe que: *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrato y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes*. De modo tal, que la Carta Fundamental establece de forma expresa, la obligatoriedad que tienen que cumplir las instituciones públicas, cuando aquéllas pretenden ejecutar obras o proveerse de suministros, en aplicación de fondos públicos.

29. Es decir y salvo excepciones puntuales, la contratación estatal debe someterse a determinadas reglas, que incluye un conjunto de actos preparatorios (la existencia de un Plan anual de contrataciones y adquisiciones (PAC), la existencia de un expediente técnico y el presupuesto debido), la aprobación de las Bases del concurso, la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, así como una ejecución reglada de dicho contrato, sometida incluso a reglas especiales de resolución de conflictos en caso que estos se generen. [GUZMÁN, 2015: 1001]⁶⁰³ Así pues, los Contratos de Administración deben estar revestidos con una serie de presupuestos y formalidades en todo el decurso del procedimiento administrativo, debiéndose verificar en detalle, que la empresa ganadora de la Buena Pro, cumple a cabalidad con las exigencias contenidas en las Bases de la Licitación, concurso o adquisición públicas y a seguir en estricto el procedimiento de contrataciones regulado. Hasta alcanzar su máxima plenitud en la entrega cabal y oportuna de la obra o servicio contratado.

30. Sobre el juicio de subsunción. En lo que concierne al Código Penal (CP), la Sentencia recurrida ha utilizado de conformidad con el **artículo 399° del Código Penal** modificado por la Ley 28355 vigente desde el seis de octubre de dos mil cuatro hasta el

⁶⁰⁰ Artículo 1351° del Código Civil. **Noción de contrato**. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Artículo 1352°. **Perfección de contratos**. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. Artículo 1353°. **Régimen legal de los contratos** Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato. Artículo 1354°. **Contenido de los contratos** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Artículo 1355°. **Regla y límites de la contratación** La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Artículo 1356°. **Primacía de la voluntad de contratantes** Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

⁶⁰¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015) *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera edición, Tomo VII, Lima: IDEMSA.

⁶⁰² DROMI, Roberto (2007) *Licitación Pública*, Lima: Gaceta Jurídica

⁶⁰³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2015) *La Constitución Política, Contrataciones y adquisiciones del Estado*, Lima: Gaceta Jurídica

veinticinco de noviembre de dos mil trece, que reprime la conducta de quien siendo 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. En concordancia normativa con la **Ley de Contrataciones del Estado** (LCE) conforme al Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento el Decreto Supremo 184-2008-EF (RCE) ambos vigentes desde el uno de febrero de dos mil nueve hasta el ocho de enero de dos mil dieciséis.

31. Y para la declaración de certeza, la teoría que mejor permite tanto la persecución como la probanza de este delito es *la teoría de la infracción del deber*, entendido éste desde un punto de vista Jakobsiano que todo funcionario o servidor del Estado posee un estatuto funcional por el cual se vincula con un conjunto de deberes generales (de tutela del interés público) y específicos (de las funciones propias de su competencia), los cuales forman parte inherente de su cargo y por las cuales fue elegido o designado para el puesto público.

32. El delito de *negociación incompatible*, conocido también como delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios o interés particular en acto de oficio,⁶⁰⁴ ha sido tratado en la jurisprudencia suprema⁶⁰⁵ y en lo que concierne al presente caso, de obiter dicta (en su parte doctrinaria) es de considerar la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, que indica que el artículo 399° del CP es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación *-es un tipo penal general, de amplio espectro-* que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio, ni tampoco que la defraudación tenga contenido patrimonial (como en la colusión agravada) y por ello, es indispensable diferenciarlos en respeto al *principio de la proscripción de la doble persecución*. No basta, con que se haya verificado observaciones subsanables, al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado *mediante actos irregulares* su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición [o contrato], violando (defraudando) la confianza pública. [Fundamento 4.35] Y en cuanto, al elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. “*Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a [o podría] recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.*” [Fundamento 4.41]

33. En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria contenida en el **Recurso de Nulidad 2770-2011/PIURA**, del doce de setiembre de dos mil doce, con

⁶⁰⁴ Cfr. En la doctrina CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.13; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1991) *Actuación en interés propio en los fraudes de funciones del artículo 401 CP*, en Estudios penales, Barcelona: PPU, p.609; MANZINI, Vicenzo (1961) *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Yerra Redín, T.8, Buenos Aires: Ediar, p. 314.

⁶⁰⁵ Ver la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 841-2015/AYACUCHO**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del 21 de junio de 2016 que toca un tema muy específico como doctrina vinculante: “Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa”. La Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Wilfredo Oскорima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sicto Luis Ibarra Salazar, Rosaura Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles sobre delito de negociación incompatible en agravio del Estado, publicada el 08 de junio de 2017, que establece como doctrina, también vinculada a contrataciones pero vinculada a periodos de emergencia climática, en los fundamentos 4.35, 4.40, 4.41 y 4.42. Esta doctrina jurisprudencial al ser tan específica sólo puede ser aplicada en los casos que los asuntos materia de incriminación versen sobre defectos administrativos que la Legislación vigente de contrataciones del Estado, permita la regularización administrativa en casos de situación de emergencia por emergencia climática. Que no corresponde al caso que se juzga.

Ponencia del señor Javier Villa Stein, Caso Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera sobre supuestos delitos de aprovechamiento indebido del cargo, tipificado en el artículo 397° del Código Penal, en agravio del Estado - Municipalidad distrital de La Unión. Que establece:

“Fundamento 3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a) intervenir por razón de su cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone: **i)** que es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión o una parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración e interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizado aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público, el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en las que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública. 3.3. (...) cabe indicar que el omitir en un inicio el informe favorable del Supervisor de obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis...”

34. Lo propio ocurre con la Ejecutoria de la Sala Penal transitoria, **Casación No. 628-2015/LIMA**, Caso Jorge Ricardo Aparicio Nosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor César San Martín Castro, del cinco de mayo de dos mil dieciséis. Que en su Fundamento Segundo estableció:

“Que el delito (...) de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. (...) Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal del funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional) -. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero – no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario -. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la

generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho a favor de terceros o de él. El interesarse que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo – se trata de un interés económico – [FONTÁN, 1980:337]⁶⁰⁶; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico, [pero también puede existir otro interés indebido, materializado en defraudar la confianza pública, buscando otros intereses diversos y subalternos, por ello; no es un delito de daño o de resultado] para la Administración Pública [DONNA, 2008:362]⁶⁰⁷”

35. Sobre los hechos. De conformidad con lo debatido y juzgado el Ministerio Público sostiene: *En forma precedente*, que durante la Licitación Pública 001-2011 MDH, de fecha *cuatro de julio del dos mil once*, para la obra: “Ampliación y mejoramiento de agua potable y alcantarillado, en la localidad de Huaranchal – Otuzco- La Libertad”, por un valor referencial de S/ 4’388,824.83 soles; el alcalde **Segundo Edilberto Tocto Alvarado** designó al Comité Especial para llevar a cabo la adjudicación de la referida obra.

36. Con fecha nueve de agosto del dos mil once el Comité Especial conformado por los procesados **Néstor Gustavo Villaverde de la Cruz, Luis Ernesto Angulo Aguilar y Crecencia Meli Cruzado Rodríguez**, fueron los encargados de llevar a cabo el proceso de licitación pública y otorgaron la buena pro al “Consortio Libertad”, conformado por las empresas constructora LIBRA SAC y HOUSE BUSSINES EIRL, por la cantidad de S/ 4’805,305.19 soles; pese a que la cantidad superaba el precio base establecido en las bases como valor referencial. Así mismo, no existía asignación presupuestal correspondiente al monto por el cual se otorgó la buena pro, tal como era exigido en el artículo 76° del RCE (Reglamento de la Ley de Contrataciones, Decreto Supremo 184-2008- EF).

37. Posteriormente a fin de dar legalidad al acto de otorgamiento de buena pro, el quince de agosto del dos mil once, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, **Segundo Edilberto Tocto Alvarado** y la representante del “Consortio Libertad”, Jéssica Lorena Salazar Zavaleta, acordaron la reducción de la propuesta económica presentada por la empresa del 110% al 100% del precio base, estableciéndose en la suma de S/ 4’388,824.83 soles. La celebración de la conciliación extrajudicial, que consta en un acta, se realizó con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, pese a que la reducción de la oferta económica se debió realizar en el mismo acto de la buena pro, teniendo en cuenta que fue un acto público.

38. En la página electrónica del Ministerio de Economía y Finanzas, se advierte que la Municipalidad habría desembolsado para la ejecución de la obra antes mencionada durante los años 2010, 2011 y 2012 las sumas de S/ 36,744.00, S/ 3’245,150.00 y S/ 546,152.00 respectivamente, lo que hace un total de S/ 3’828,046.00. Además, existen comprobantes de pago que se habían realizado a la empresa constructora Libra SAC, la cual es una empresa integrante del consorcio, a quien se entregó la buena pro; comprobantes con número 443, 444, 445 y 446 de fecha quince de septiembre del dos mil once, por las sumas de S/ 876,072 soles, S/ 43,888.25, S/ 1’667,753.43 y S/ 87,726.50, también los comprobantes de pago 672 y 673, de fecha tres de noviembre del dos mil once, por la suma de S/ 234,987.01 y S/ 12,367.64, y los comprobantes de pago 1142 y 1143 por la suma de S/ 10,972.00 y S/ 208,469.06 de fecha *cinco de enero del dos mil doce*.

39. Pese a ello, el veintidós de noviembre del dos mil once, un representante de la fiscalía especializada en corrupción de funcionarios, conjuntamente con miembros de la Policía

⁶⁰⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos (1980) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo – Perrot

⁶⁰⁷ DONNA, Edgardo Alberto (2008) *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores

Nacional, se constituyeron al local de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, así como a la mencionada obra, en donde se pudo apreciar que la obra no había sido entregada y que aún se estaba ejecutando; además, que la laguna de oxidación no estaba operativa.

40. El periodo temporal del ilícito imputado por la Fiscalía ocurrió desde el *cuatro de julio del dos mil once* hasta el *cinco de enero del dos mil doce*.

41. SOBRE LA MATERIA IMPUGNATIVA. La defensa del procesado Angulo ha postulado en audiencia de segunda instancia, la revocatoria de la sentencia; en tanto que, el procesado Villaverde ha señalado tanto un pedido de nulidad, cuanto alternativamente, un pedido de revocatoria. Por lo que, en primer lugar, evaluaremos las impugnaciones relativas a la nulidad del procesado Villaverde, para posteriormente pronunciarnos sobre las objeciones de revocatoria de los procesados Angulo y Villaverde. Debe dejarse dicho que, la evaluación de la nulidad de la recurrida debe ser examinada conforme al *test de nulidad*, el mismo que para consolidarse debe reunir los requisitos de *taxatividad* (debe sustentarse en una regla procesal bajo sanción de nulidad, o vulneración a los Derechos Fundamentales), *oportunidad* (debe deducirse en la primera ocasión que se tenga) y *trascendencia* (no debe existir forma de subsanar o convalidar el acto que adolece de nulidad).

42. Sobre la nulidad por afección debido proceso del procedimiento de desvinculación. La defensa refiere que el Juez de primera instancia introdujo la desvinculación hacia el tipo penal de negociación incompatible por el que se ha sentenciado, cuando ya se había terminado la actividad probatoria en contravención de lo establecido el artículo 374° del CPP. Así pues, si partimos de la prescripción del numeral 1) de dicho artículo que establece: *“Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.”*

43. Ahora bien, como la objeción fundamental de la defensa del procesado Villaverde consiste en que la desvinculación fue introducida por el Juez cuando había concluido la actividad probatoria, revisado el Sistema integrado judicial (SIJ) en la audiencia de juzgamiento del lunes doce de noviembre de dos mil dieciocho, se escucha que el Juez inicia la misma señalando: *“Según el registro de audiencia del 30 de octubre del presente año, se suspendió la audiencia a efectos de continuar con la oralización de documentales de Angulo Aguilar y Villaverde De la Cruz”* (minuto 2:03 a 2:27), tras lo cual e incluso a instancia del Juez, el abogado defensor de Villaverde sustenta oralmente los documentos consistentes en el acta de sesión de Comité Especial encargado de llevar adelante el proceso de Licitación Pública número 001, que corre a fojas 199; la copia del oficio 002-2011 que obra a fojas 203; en la cual informan sobre la labor del proceso de selección y requieren informe sobre disponibilidad presupuestal, el acta de conciliación extrajudicial de fojas 204, entre la Municipalidad de Huaranchal y el Consorcio Libertad, para reajustar el monto de la adjudicación; y, la copia de los formatos de OSCE que acredita las publicaciones y cronograma de ejecución de la obra fojas 206, el Oficio 110-2011 de fojas 181 del Alcalde al Consorcio informando el otorgamiento de buena pro por S/. 4’388,824.85 nuevos soles. Luego de lo cual se produce el debate de dichos documentos, por todos sujetos procesales. [Escuchar minuto 7:01 a minuto 12:57]

44. No obstante, y antes pasar a la estación de alegatos de cierre, se dio cuenta del pedido Fiscal de acusación complementaria acusando a los procesados por el tipo penal de negociación incompatible, presentada el mismo doce de noviembre de dos mil dieciocho. El mismo que luego de sustentado y debatido, el Juez declaró Improcedente. Y luego de ello, el Juez de primera instancia emite la resolución dieciocho en la cual expresamente, fundamenta las razones por las cuales introduce la desvinculación, insistiendo varias veces, *“la posibilidad no necesariamente significa que haya ya una responsabilidad, la posibilidad que los hechos que ha traído Fiscalía no encajen en el delito de colusión, sino que cabría la posibilidad, y esto es en condicional que el hecho se adecúe al artículo 399° del Código Penal”*. Para luego resolver: *“**DESVINCULARSE** de la acusación fiscal formulada por Fiscalía, respecto al delito de colusión previsto en el artículo 384°, primer párrafo del Código Penal; al delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399°, con esta posibilidad que los hechos se adecúen al artículo 399° del Código Penal.”* [Escuchar minuto 36:16 a minuto 38:15]

45. Incluso la Fiscalía, la Procuraduría y la defensa de todos los procesados, estuvieron conformes; incluso, la defensa del procesado Tocto Alvarado solicitó que su defendido brinde declaración e incluso se admita prueba documental de oficio, con lo cual se reabrió la actividad probatoria. Y en particular el letrado Zarzoza Campos, defensor del procesado Villaverde de la Cruz, dijo expresamente *“no tengo ningún tipo de oposición, su judicatura está resolviendo de acuerdo a las potestades que señala norma”*. [Escuchar minuto 42:51 a 42:59]

46. En consecuencia, esta alegación de nulidad, no resulta atendible no solo porque fue postulada y practicada conforme a la regla procesal establecida en el artículo 374° del CPP antes de dar por concluida la actividad probatoria; lo que, es más, dentro de los alcances del **Acuerdo Plenario No. 04-2007/CJ-116**, de las Salas Supremas Penales, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticinco de marzo de dos mil ocho, sobre desvinculación procesal. Aunado al hecho que no es posible invocar nulidad por supuesto vicio convalidado por sus propios actos (*Teoría de los actos propios*) habiendo estado plenamente de acuerdo con lo ocurrido, como se tiene de su propia declaración asimilada⁶⁰⁸. Por lo que no puede argumentarse ahora agravio de nulidad, puesto que contraviene el precepto internacional de *Ius cogens* contenido en *principio del estoppel*,⁶⁰⁹ obligatorio conforme al mandato del artículo 55° de la CN, que entró en vigencia desde el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta [Suscrita el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331] y ratificada por el Perú conforme al Decreto Supremo 029-2000-RE del veintiuno de diciembre del año dos mil, reconocido como norma de vínculo jurídico de acuerdo a la

⁶⁰⁸ Artículo 221° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil del Decreto Legislativo 768 – Resolución Ministerial No. 10-93-JUS. **Declaración asimilada.** Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

⁶⁰⁹ El principio del estoppel es la fórmula anglo sajona o del common law que respalda el brocardo romano *venire contra factum proprium nulli conceditur*, o “nadie puede venir contra sus propios actos”. En el sistema del civil law se le conoce como teoría de los actos propios o de los propios actos. Según la práctica internacional cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio de la parte contraria o deterioro propio, no puede luego, en virtud del *principio del estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Ya que tal actitud se rige por la regla de *non concedit venire contra factum proprium*. (No se puede conceder la demanda - objeción o excepción - contra acto propio.) Este principio ha sido reconocido por la práctica jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como dan cuenta las Resoluciones 013 Neira Vs Perú. Excepciones preliminares. Sentencia del 11 de diciembre de 1991. IV.29; Resolución 050 Durand Vs Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia del 28 de mayo de 1999. VII.38; Resolución 066 Mayagna Vs Nicaragua. Excepciones preliminares. Sentencia del 01 de febrero de 2000.VI.57; Resolución 095 El Caracazo Vs Venezuela. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002.IV.52, 53; Resolución 119 Herrera Vs Costa Rica. Sentencia del 02 de julio de 2004. VII.83; entre otras.

prescripción del artículo 53° de la Convención sobre los Tratados o Convención de Viena.⁶¹⁰ En consecuencia, el pedido de nulidad, en este extremo es improcedente.

47. Sobre la afeción a la imputación necesaria. La defensa de los procesados Villaverde y Angulo indica que no han podido defenderse plenamente pues no se ha establecido si el interés indebido en su caso ha sido directo o indirecto. Al respecto, considerando no solo el procedimiento de desvinculación párrafos antes relatado, sino que se aprecia del propio Cuaderno de debates que en la sesión de juzgamiento del diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho tras la declaratoria de desvinculación [Folios 179/180] la propia defensa del mismo procesado nulidisciente ha articulado nuevos medios de prueba, que, si bien le fueron declarados inadmisibles, no ha sido obstáculo para que su derecho de defensa haya sido plenamente ejercido. De otro lado, la recurrida en los fundamentos 77 a 89 ha desarrollado lo que considera interés indebido de lo cual se colige con nitidez que éste resulta “*directo*” tal como aparece en el fundamento 82, lo que incluso ha permitido que el propio recurrente pueda aludir en sus objeciones revocatorias de apelación al indicar respecto de este procesado: “...*el Presidente del Comité, Néstor Villaverde de la Cruz, se dirige al Alcalde de Huaranchal, informándole sobre el ganador del proceso de selección y requiere informe sobre disponibilidad presupuestal el Comité Especial (...) [pues] no tenía la certeza de la existencia de la disponibilidad presupuestal el monto otorgado (S/ 4'805,325.19), lo que me permite colegir también que el Titular de la Entidad (alcalde) no había aprobado el otorgamiento de la Buena Pro con una propuesta económica mayor al valor referencial; no obstante, el Comité procedió al otorgamiento de la Buena Pro...*” [Ver folios 188 a 223]

48. Igualmente debe tenerse presente que el principio de imputación necesaria está conformado por el *sub principio de determinación no exhaustiva* que exige que los hechos no puedan ser desconocidos al procesado, así como se deba señalar expresamente en virtud de qué pruebas se le imputa un delito, lo cual aparece nítido en este caso; y, aun cuando la fórmula acusatoria puede poseer cierto grado de generalidad, no vulnera el principio porque ha resultado comprensible al entendimiento del acusado. La demostración más clara, es que le ha posibilitado impugnar la decisión de manera específica y en asuntos concretos y técnicos referidos a la incriminación fiscal, por lo tanto, no advertimos que se haya restringido en modo alguno el derecho de defensa, por desconocimiento de lo que se le imputa, o que se haya quebrantado el principio de imputación necesaria, en agravio del apelante. Luego esta alegación resulta también inatendible.

49. Sobre la indebida motivación. A pesar que este argumento defensivo de nulidad ha sido invocado por el procesado Villaverde, indicando que la venida en grado, se encuentra defectuosamente motivada. No obstante, cuando justifica las razones señala que lo es por cuanto el Juez ha realizado una indebida valoración probatoria, puesto que no ha realizado el análisis individual de la prueba actuada, como lo exige el artículo 393° numeral 2 del CPP. Es de apreciar, que esta objeción posee tres aspectos a considerar: primero, si tal defecto pudiera ser trascendente en clave constitucional del derecho a la debida motivación; segundo, si tal exigencia es un requisito de la sentencia; y, tercero, si se relaciona con la justificación externa de la sentencia. Para comenzar, la regla procesal que obliga al Juez a examinar las pruebas individualmente y luego conjuntamente con las demás, es técnica de valoración

⁶¹⁰ 53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens")*. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

probatoria no de justificación, por lo tanto, no afecta el derecho a la debida motivación que la sentencia no contenga expresa mención de este proceso racional ineludible para el Juez (examen individual y examen integral del caudal probatorio) al valorar las pruebas. Puesto que, en segundo lugar, en bloque de constitucionalidad, resulta exigible a la debida motivación de la sentencia penal, las condiciones del artículo 394° del CPP, en particular el numeral 3) que prescribe: “*La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique*”. Luego, el análisis que la defensa del procesado Villaverde exige no es un defecto ni taxativo ni trascendente, que justifique la nulidad de una sentencia.

50. En tercer lugar, la justificación externa de la sentencia por inadecuada valoración, es más propio un argumento de revocatoria y no de nulidad. Y tendrá que verificarse en los argumentos de revocatoria los defectos de justificación externa en la valoración de prueba, a los que alude el apelante. En consecuencia, la objeción de indebida motivación no resulta de recibo. Por lo que al no colmarse el test de nulidad no existe motivo para anular la venida en grado, luego no corresponde declarar el reenvío solicitado.

51. *SOBRE LA MATERIA IMPUGNATIVA DE REVOCATORIA.* Para el análisis de los postulados impugnativos supérstites, dado que las observaciones han sido variadas, las agruparemos por temas, ordenando por ítems; siendo que los dos únicos sentenciados con impugnaciones habilitadas, son los procesados Angulo y Villaverde cuyas apelaciones se encuentra en un solo escrito, desdoblado las objeciones revocatorias en dos apartados: los ataques a la premisa normativa y las denuncias respecto de la justificación externa de la premisa fáctica por inadecuada valoración.

52. *Sobre las objeciones a la premisa normativa. Respecto de la interpretación errónea de la ley.* La defensa del procesado Villaverde señala que existe una interpretación incorrecta de la normatividad de contrataciones del estado, que analizaremos en primer orden.

53. *Sobre el error en la interpretación normativa del RCE y el acta de transacción extrajudicial.* Por un lado, los procesados Angulo y Villaverde han alegado que se ha valorado erróneamente el acta de transacción, por cuanto dicho documento se colgó en el sistema, y en virtud a ello, se le da consentimiento, no existiendo ninguna relación entre la elaboración y suscripción del mismo (realizada el quince de agosto de dos mil once) y la legalización notarial de firma (fecha el veintidós de agosto de dos mil once) toda vez que no hay ley que exija, que sea legalizada la firma o que esta tenga que hacerse al momento de firmar el documento; siendo además, que la administración municipal requirió la legalización de la firma por seguridad. Los procesados olvidan que los procesos de contratación se rigen exclusivamente por la LCE y el RCE, tal como lo ordena el artículo 5° de la LCE; por tanto, se trata de actos administrativos formales, cuyas reglas no pueden ser alteradas, y solo suplidas en caso de vacío, bajo la rectoría del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley del procedimiento administrativo general o la Ley 27444, vigente en el tiempo de los hechos e incluso actualmente con el mismo tenor establece que es requisito conformativo del acto administrativo, bajo sanción de nulidad: la presencia del requisito de ***procedimiento regular***. Vale decir que el incumplimiento de las reglas establecidas en la LCE y en el RCE vuelven nulo el acto.

54. Así pues, en principio, no se niega la existencia del acta de transacción ni se duda de su autenticidad como invocan los procesados, el problema es que resulta un elemento no previsto en la legislación de contrataciones del Estado que debieron respetar los procesados, ya que lo irregular se encuentra en que se haya reducido la oferta económica a través de

dicha acta y no utilizando la regla fijada en el artículo 76° del RCE que prescribe: **“Otorgamiento de la Buena Pro a propuestas que excedan el valor referencial. En el caso previsto en el artículo 33° de la Ley,⁶¹¹ para que el Comité Especial otorgue la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial en procesos de selección para la ejecución de obras, hasta el límite máximo previsto en dicho artículo se deberá contar con la asignación suficiente de créditos presupuestarios y la aprobación del Titular de la Entidad, salvo que el postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total acepte reducir su oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial. En los procesos realizados en acto público, la aceptación deberá efectuarse en dicho acto; en los procesos en acto privado la aceptación constará en documento escrito. El plazo para otorgar la Buena Pro no excederá de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la Buena Pro, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”**.

55. De este artículo no es posible hacer una interpretación aislada y menos aun como lo pretenden los apelantes que habilite al Comité Especial a ejecutar un proceso de selección sin contar previamente con la certificación o habilitación presupuestaria, pudiendo esta ser aprobada una vez otorgada la buena pro, como lo han hecho. Por lo tanto, debe ser interpretado en función de lo dispuesto tanto en el artículo 12° de la LCE que exige bajo sanción de nulidad que antes de convocar a selección o como en este caso específico, antes de otorgar la buena pro por monto superior al 100% del valor referencial, se cuente con habilitación presupuestaria; cuanto en el artículo 6° del RCE que ordena entre otras cosas: **“Una vez aprobado el Presupuesto Institucional, el órgano encargado de las contrataciones revisará, evaluará y actualizará el proyecto de Plan Anual de Contrataciones sujetándolo a los montos de los créditos presupuestarios establecidos en el citado Presupuesto Institucional.”** En concordancia con el artículo 7, numeral 7.2 de la Directiva 005-2009-OSCE/CD que aprueba los lineamientos de los Planes Anuales de Contrataciones (PAC), al ordenar que sobre la Ejecución del Plan: **“El órgano encargado de las contrataciones deberá gestionar, oportunamente, la aprobación de la realización de los procesos de selección conforme a la programación establecida en el PAC. Asimismo, deberá obtener de la Oficina de Presupuesto de la Entidad o la que haga sus veces, la certificación presupuestal de la existencia de recursos disponibles para la ejecución de cada proceso de selección previsto en el PAC por el año fiscal vigente”**. (Resaltado adicional)

56. Los procesados Tocto y Villaverde al momento de expresar su defensa material, indicaron que el dieciocho de agosto de dos mil veinte [Ver folios 526 a 529] han reiterado, como lo expresaron en sus declaraciones de primera instancia, que existía habilitación presupuestal, antes de iniciado el proceso de selección del contratista en la Licitación Pública 001-2011 MDH, o sea el cuatro de julio de dos mil once. Incluso el procesado Tocto señaló que existían S/ 8'000,000.00, e incluso el procesado Villaverde expresó que contaba con la autorización que la obtuvo **“de forma verbal”** debido a que las oficinas estaban en la ciudad de Trujillo, y en la zona no había internet, precisando luego que el internet no era de calidad. Estas alegaciones no permiten la revocatoria que solicitan, no solo porque en los actuados no se ha acreditado la existencia de un presupuesto habilitante para la obra: **“Ampliación y**

⁶¹¹ Artículo 33° de la LCE. Validez de las propuestas. En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases. Las propuestas que excedan el Valor Referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el Valor Referencial en más del diez por ciento (10%) del mismo. El Reglamento de la presente norma señalará los límites inferiores en el caso de la ejecución y consultoría de obras. **Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el Valor Referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad y la disponibilidad necesaria de recursos.** (Resaltado adicional)

mejoramiento de agua potable y alcantarillado, en la localidad de Huaranchal – Otuzco- La Libertad”, menos de un monto de ocho millones de soles.

57. Por lo contrario la existencia del oficio 002-2011-MDH fechado el quince de agosto de dos mil once, [Folios 203 del Expediente judicial 02006-2018-94-1601-JR-PE-08, en adelante /EJ] suscrito por el propio procesado Villaverde, donde le comunica al Alcalde, el otorgamiento de la buena pro, y expresamente dice: “*luego de la consulta telefónica con su persona*”, tras lo cual señala que o se amplía el presupuesto si hubiera certificación presupuestaria o se declara nulo el proceso de selección y por ende el otorgamiento de la buena Pro. Y aunque no se ha acreditado la certificación presupuestaria previa a la Licitación Pública que nos ocupa hasta por la suma de S/ 4’388,824.83, la Fiscalía, posee como eje central de su imputación: la inexistencia de la certificación presupuestaria adicional y el incumplimiento del artículo 76° del RCE, en concreto que el otorgamiento de la buena pro fue por un monto mayor, para lo cual el Comité de selección, presidido por el procesado Villaverde, tuvo que requerir previamente la certificación presupuestaria por encima del monto del 100% de la convocatoria.

58. En segundo lugar, el oficio 002-2011-MDH antes referido, acredita con plena certeza, por lo contrario, a lo invocado por la defensa de los procesados Angulo y Villaverde, que la certificación presupuestaria por el monto mayor al 100% y hasta el 110% no existía, ni siquiera verbalmente, y tampoco la autorización escrita y debida del alcalde distrital. Porque de lo contrario no posee explicación alguna, que el presidente del comité de selección le haya dado a elegir al Titular de la Municipalidad: o autoriza la ampliación del monto de convocatoria por encima del 100% o declara nula la selección y otorgamiento de buena pro, lo que acredita con certeza que no existía la habilitación presupuestaria y por ello no existe el documento de certificación correspondiente para otorgar la buena pro, por un monto superior al 100% convocado, pero como consta del acta de sesión del Comité Especial, encargado de la selección y otorgamiento de la buena pro, en la Licitación Pública 001-2011-MDH [Ver folios 67 a 70; 199 a 202/EJ] suscrita el nueve de agosto de dos mil once, se otorgó la misma al Consorcio Libertad, pese a que días después se emite el oficio 002-2011-MDH, en que da cuenta que no existía la certificación presupuestaria por el monto mayor al 100% de la convocatoria, cuando lo que correspondía era suspender el otorgamiento para contar previamente con esa habilitación, considerando que solo existía un postor.

59. Mucho más grave, si se considera que la transacción extrajudicial posterior, la hizo el alcalde introduciendo en el proceso de contratación una fase que la ley no contempla, y por último desnaturaliza el consentimiento posterior de la buena pro ya que esta se había hecho por un monto total de S/ 4’805,325.19, y de ello, como advierte la Fiscalía, aparece la acreditación de dos consentimientos de la buena pro en la página pública virtual del SEACE tanto el quince de agosto cuanto el dos de setiembre de dos mil once [Folios 18 y 208 a 209/EJ]. En el primer consentimiento conforme a lo establecido en el artículo 75° del RCE concordado con el artículo 66° de la misma norma reglamentaria⁶¹², ocurrió el mismo nueve de agosto de dos mil once como lo acredita el acta de sesión de otorgamiento de la buena

⁶¹² **Artículo 66° RCE. Acto público de presentación de propuestas**

El acto se inicia cuando el Comité Especial empieza a llamar a los participantes en el orden en que se registraron para participar en el proceso, para que entreguen sus propuestas. Si al momento de ser llamado el participante no se encuentra presente, se le tendrá por desistido [...]

Artículo 75° RCE. Notificación del otorgamiento de la Buena Pro

El otorgamiento de la Buena Pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha, oportunidad en la que se entregará a los postores copia del acta de otorgamiento de la Buena Pro [...] (Parte pertinente. Resaltado adicional)

pro, pues como bien lo hace ver el A quo, estuvo presente el Consorcio Libertad, pues aparece suscribiendo el acta mencionada, ya que de lo contrario siendo el único postor tendría que haberse declarado desierta la convocatoria, si hubiera estado ausente algún representante del postulante ganador. [Ver folio 202/EJ]

60. En el segundo consentimiento inscrito ante el SEACE que aparece por la suma de S/ 4'388,824.83, es decir, en puridad de cosas, no puede hablarse de consentimiento, puesto que previamente habría tenido que modificarse el otorgamiento de la buena pro, por el mismo Comité y con aceptación del contratista ganador, no siendo correcto como afirman los impugnantes que la transacción extrajudicial se hizo en la fase contractual conforme a ley. Porque era de estricta aplicación el artículo 76° del RCE, (ver fundamento 55 de esta sentencia) y el Comité debió solicitar al Consorcio Libertad, en el mismo acto, la reducción del monto ofertado y no como se hizo, entre otras razones, para brindar la oportunidad a que los demás postores puedan volver a ofrecer o presentarse para ello, en respeto a los principios de transparencia y eficiencia.

61. Para mayor convicción la *Opinión No. 043-2009/DTC* del veinticuatro de mayo de dos mil nueve, y por ende vigente al momento de los hechos, el órgano técnico estatal de contrataciones ha establecido, al respecto en el punto 2.1.3: “...según se menciona en el tercer párrafo del artículo 33° de la Ley, para otorgar la buena pro a propuestas que superen el valor referencial hasta el límite antes establecido – se entiende, [hasta] diez por ciento (10%) del valor referencial – se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular de la Entidad. Es decir, aun cuando en este último caso, la oferta económica contiene un monto acorde con los límites establecidos en el citado artículo 33° de la Ley y el postor obtiene el mayor puntaje total en la evaluación de propuestas, no será beneficiado con la buena pro, si previamente no se obtiene la aprobación del Titular de la Entidad de que se cuenta con recursos suficientes para afrontar el mayor compromiso dinerario que resultaría de aceptar la oferta del postor. Ello debido a que lo ofertado excede la suma asegurada por la Entidad de forma previa a la convocatoria del proceso. En ese sentido, solo de contarse con la aprobación del Titular para la asignación de recursos, el Comité Especial podría otorgar la buena pro del proceso de selección”.

62. Igualmente, los procesados apelantes han señalado sobre este mismo asunto, que la Fiscalía no ha ofrecido como prueba la carpeta de contratación, [Ver apelación punto 7.14, folio 290 del cuaderno de debate]. Al respecto, revisado el expediente judicial, aparece de folios 18 a 70 el expediente administrativo del proceso de selección de la Licitación Pública 001-2011 MDH: “Ampliación y mejoramiento de agua potable y alcantarillado, en la localidad de Huaranchal – Otuzco- La Libertad”, en el cual no consta ni la certificación presupuestal previa a la convocatoria, ya razonada en los fundamentos anteriores; y en particular no aparece la certificación presupuestal específica para la ampliación hasta alcanzar el monto ofertado por el Consorcio Libertad superior al 100% convocado. Y, por lo contrario, dicho expediente, concluye con el Acta de sesión del Comité Especial, encargado de la selección y otorgamiento de la buena pro, en la Licitación Pública 001-2011-MDH [Ver folios 67 a 70; 199 a 202/EJ] en la cual incluso, se consigna expresamente: “...por la suma de S/ 4'805,325.19... debiéndose notificar en el término de la distancia de la presente en el SEACE, Proveedor y Sr. Alcalde de la Municipalidad distrital de Huaranchal, para que se proceda conforme a sus atribuciones; una vez que sea sometida deberá cumplir con la documentación necesaria para la suscripción del contrato”. (Sic) Luego, para el Comité el otorgamiento de la buena pro por el monto superior al 100% fue completo y por lo mismo irregular.

- 63.** Si a eso se añade que correspondía, en todo caso, a la defensa de los procesados ofrecer - en la etapa intermedia o cuando fuera pertinente - la carpeta de contratación, si la Fiscalía no lo ofrecía. Salvo que no existiera. Por lo que el fracaso de la debida diligencia en la defensa técnica, no resulta motivo atendible para revocar la venida en grado.
- 64.** En consecuencia, ni la actuación del procesado Tocto como alcalde distrital, ni de los procesados Villaverde, Angulo y Cruzado poseen justificación como lo exigen, sino que resultan irregularidades acreditadas, que evidencian un interés indebido para concretar un proceso, pese a los defectos que les hubieran exigido detener el proceso de selección.
- 65.** De otro lado, para la defensa de los procesados Villaverde y Angulo, el A quo interpreta equivocadamente que la reducción del monto de la licitación realizado por el procesado Tocto mediante transacción, que – según su alegato impugnativo - cumple los artículos 72° y 76° del RCE, que exigen que el otorgamiento de la buena pro sea público, como también la aceptación de la reducción de la oferta económica de la licitación sean públicos, habiendo equivocado el Juez el incumplimiento de las funciones del Comité Especial. Y aunque, el procesado Villaverde invoca en contrario sensu del artículo 76° del RCE, que señala que en los procesos en acto privado la aceptación constará por escrito, habiendo ocurrido el otorgamiento de la buena pro en proceso público, no era necesario realizarlo por escrito.
- 66.** No obstante, este argumento impugnativo carece de asidero, puesto que la forma irregular del proceder de los procesados que permite la inferencia indiciaria de un actuar ilícito e infracción de sus deberes, no está solo en el hecho que la Comité Especial haya declarado consentido el otorgamiento de la Buena pro, ni que no haya sido público, como alegan. Sino en el hecho de haber otorgado la buena pro al Consorcio Libertad, quien no se había registrado como postor, como da cuenta el Acta de sesión de Comité especial de otorgamiento de la buena pro en la Licitación Pública sub materia [Ver folios 67 a 70 y 199 a 202/EJ], en la que se consigna que verificados los registros de postulantes solo aparece inscrito la Corporación Constructora Libra SAC, sin embargo se declara ganador al Consorcio Libertad que no se había inscrito, irregularidad que se consolida con el hecho que todos los comprobantes de pago⁶¹³ fueron girados y pagados a la Corporación Constructora Libra SAC y no al ganador de la buena pro Consorcio Libertad.
- 67.** Y como incrimina la Fiscalía, los pagos realizados no coinciden con los pagos declarados ante el MEF según consulta aportada por el Ministerio Público del nueve de enero de dos mil trece [Ver folios 94/EJ] por un monto mayor no solo al acordado en el acta de transacción extrajudicial [Ver folios 71 a 72, 148 a 149, 204 a 205/EJ], sino fundamentalmente el monto tampoco coincide y es mayor al declarado en el SNIP⁶¹⁴ a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en donde se ha registrado que el monto total del Proyecto de Inversión Pública con registro 73441 “Ampliación y mejoramiento de agua potable y alcantarillado, en la localidad de Huaranchal – Otuzco- La Libertad” asciende a S/ 4’323,136.00 y según ha acreditado el Ministerio Público, la Municipalidad afectada ha desembolsado para la ejecución de la obra antes mencionada durante los años 2010, 2011 y 2012 las sumas de S/ 36,744.00, S/ 3’245,150.00 y S/ 546,152.00, respectivamente; cifra superior, incluso al valor referencial convocado. [Ver folios 95 a 99/EJ]

⁶¹³ Comprobantes: 443 del 15-09-2011 por S/ 833,876.72; 444 del 15-09-2011 por S/ 43,888.25; 445 del 15-09-2011 por S/ 1’667,753.43; 446 del 15-09-2011 por S/ 87,776.50; 672 del 03-11-2011 por S/ 234,987.01; 673 del 03-11-2011 por S/ 12,367.74; 1142 del 05-12-2011 por S/ 10,972.06 y 1143 del 05-12-2011 por S/ 208,469.18 (Ver folios 129 a 134/EJ)

⁶¹⁴ El SNIP es un sistema administrativo del Estado que a través de un conjunto de principios, métodos, procedimientos y normas técnicas certifica la calidad de los Proyectos de Inversión Pública (PIP).

68. La otra irregularidad del acto de otorgamiento de la buena pro, consiste como ya hemos dicho (Fundamento 58), la adjudicación y el consiguiente consentimiento del nueve de agosto de dos mil once, conforme lo ordena el artículo 77° RCE⁶¹⁵, [Ver folio 67 a 70 y 199 a 202/EJ] por un monto mayor al que finalmente se contrató, sin contar con habilitación o certificación presupuestaria adicional y haber distorsionado el proceso de licitación permitiendo que el monto consentido, haya sido modificado por el acto de transacción y no como parte del procedimiento de licitación, lo cual evidencia una infracción dolosa de los deberes y las funciones de los procesados como integrantes del Comité Especial, pues se evidencia en los procesados el “*querer que el negocio asuma una determinada configuración*” (**Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura, Fundamento 3.1.**) en particular porque aunque no se inscribió como postulante el Consorcio Libertad que obtuvo la buena pro, todos los pagos se hicieron a Corporación Constructora Libra SAC y por ende, el razonamiento interpretativo judicial es correcto.

69. En cuanto a que el artículo 33° de la LCE⁶¹⁶, los procesados alegan que no es ilegal ofrecer menos, incluso 90% del valor referencial; u ofrecer más, hasta el 110%, es más la ley permite negociar para rebajar el valor de la obra. Sin embargo, lo irregular no es la oferta, sino la aceptación de la misma, y el consiguiente otorgamiento de la buena pro por un monto mayor al valor referencial sin contar con habilitación presupuestaria adicional. Pero incluso entendiendo que posteriormente, el monto otorgado fue reducido en razón de la irregular acta de transacción extrajudicial [Ver folios 71 a 72, 148 a 149, 204 a 205/EJ] porque es posible legalmente la reducción de la oferta, no obstante, esta Regla está dirigida al Comité Especial que puede solicitar la reducción de la oferta, antes del otorgamiento de la buena pro, mas no como se ha hecho, por el alcalde, como si se tratase de la ejecución de la obra, que aún no había comenzado. Menos aun transando con el contratista ganador, porque entonces, se entiende que no hubo reducción de la oferta económica sino una negociación de los términos del contrato en afectación del proceso de selección, más bien, redundando en la conclusión de irregularidad acreditada y ocurrida como los mismos procesados señalan en la fase contractual que debía ser competencia del alcalde, por lo que permite reconocer como hecho probado que los procesados Villaverde y Angulo y la sentenciada Cruzado consintieron la buena pro, antes que el alcalde. El cual, además actuó como contratante pues pacta indebidamente con el contratista ganador el monto final, sin que a los procesados les haya parecido irregular, consolidando su actuar doloso, como lo acredita la existencia de dos consentimientos de buena pro inscritas en el SEACE (el quince de agosto y el dos de setiembre, ambos del año dos mil once) [Ver folios 18 y 208 a 209/EJ] y a la luz incluso de la inexistencia de certificación o habilitación presupuestaria antes del otorgamiento de la

⁶¹⁵ Artículo 77° RCE. Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro

[...]

En caso que se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

Una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro, el Comité Especial remitirá el Expediente de Contratación al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, el que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.

El consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro deberá ser publicado en el SEACE al día siguiente de producido.

(Parte pertinente, subrayado con fines énfasis)

⁶¹⁶ Artículo 33° de la LCE. Validez de las propuestas. En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases. Las propuestas que excedan el Valor Referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el Valor Referencial en más del diez por ciento (10%) del mismo. El Reglamento de la presente norma señalará los límites inferiores en el caso de la ejecución y consultoría de obras. ***Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el Valor Referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad y la disponibilidad necesaria de recursos.*** (Resaltado adicional)

buena pro, se la conceden al Consorcio Libertad y por un monto no autorizado de S/ 4'805,325.19, como lo acreditan tanto la propuesta económica del Consorcio Libertad [Ver folio 145/EJ], el Acta de sesión del Comité Especial encargado de llevar adelante el proceso de la selección y otorgamiento de la buena pro en la Licitación Pública 001-2011/MDH-CE [ver folios 67 a 70 y 199 a 202/EJ]; y, el oficio 110-2011-MDH fechado el dieciséis de agosto de dos mil once por el cual, el sentenciado Tocto como alcalde le informa al Consorcio Libertad que se ha otorgado la buena pro, por esa cantidad, incluso reconoce en su texto que quedó “*consentida en la fecha del otorgamiento de la misma con arreglo a ley*”. [Ver folios 150 y 181/EJ]. Luego los argumentos impugnativos al respecto resultan infundados.

70. SOBRE LAS DENUNCIAS SOBRE FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA. Señalada por los procesados en tanto consideran que no existe probanza de su actuar ilícito.

71. Sobre el cumplimiento de los elementos típicos según el juicio de subsunción. Dentro del análisis de la justificación de la premisa fáctica, resultan hechos probados no contradichos por los apelantes Villaverde y Angulo que, en el tiempo de ocurridos los eventos: **Segundo Edilberto Tocto Alvarado** era el alcalde de la Municipalidad distrital de Huaranchal; **Néstor Gustavo Villaverde de la Cruz** – Presidente del Comité Especial de licitación pública, **Luis Ernesto Angulo Aguilar**, **Crecencia Meli Cruzado Rodríguez** – como integrantes del Comité Especial de licitación pública; todos ellos fueron los encargados de llevar a cabo el proceso de licitación pública y otorgaron la buena pro al “Consorcio Libertad”. En consecuencia, en todos ellos se cumplen los elementos objetivos típicos de ser sujetos agentes del delito especial de negociación incompatible, por tratarse todos ellos de funcionarios públicos. Igualmente, se cumple el elemento modal “*intervenir en el contrato por razón de su cargo*”, en la fase preparatoria, de selección o precontractual y contractual. Por lo que los argumentos en contrario, carecen de asidero probatorio. Siendo que los aspectos de interesarse indebidamente de modo directo y el dolo como constitutivo del delito los que examinaremos, a partir de las objeciones impugnativas de valoración probatoria.

72. Sobre la falta de acreditación del perjuicio. La defensa de los procesados Villaverde y Angulo, sostiene que la Municipalidad no ha sufrido ningún detrimento económico, no se acreditó la inexistencia de disponibilidad presupuestal y tampoco falta de autorización del alcalde, por cuanto existió disponibilidad y certificación presupuestal para licitar dicha obra. Debemos precisar al respecto que este argumento es plenamente equívoco, puesto que como se dijimos en los fundamentos 31 y 32, al ser un delito especial por adelantamiento de punibilidad, no es esencial que exista perjuicio. Por lo tanto, este argumento no resulta atendible.

73. En segundo lugar, el *interés indebido y el provecho propio o de tercero*, como elementos típicos del delito de negociación incompatible, es necesario revisarlos desde la perspectiva de *la tesis del desdoblamiento*. En efecto, vinculado al **interés indebido** se encuentra el asunto de la acreditación del desdoblamiento. Al respecto debemos señalar tres cosas: En primer lugar, la finalidad de la prohibición contenida en este delito, proscribire el desdoblamiento del interés, es decir el hecho que pese a que todo funcionario público por su misma razón de ser, interviene representando al Estado, desvía la tutela del interés general, para respaldar, apoyar, preferir otro interés subalterno como el propio beneficio o el de un particular, en este caso la Corporación Constructora Libra SAC. No siendo necesaria ni la previa concertación, ni siquiera que el beneficiario conozca que se le está beneficiando. Este desvío del uso del poder que posee todo funcionario público, para usarlo en favor (beneficio)

de un interés particular, en este caso del contratista, es el que merece el reproche penal. Siendo la posición académica más consolidada, que lo indebido no solo se refiere a lo ilegal o irregular; sino también al fracaso del principio de exclusiva protección de los intereses públicos, o bien, a la defraudación de la confianza pública, lo que supone *el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la vulneración del principio de confianza depositado, con el consiguiente desprecio o postergación del interés público, al asumir el sujeto activo, roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses del Estado*. [Cfr. SALINAS, 2011:253]⁶¹⁷

74. De otro lado, no se trata, como señala la doctrina nacional y extranjera, que la norma sancione la tendencia subjetiva del funcionario, o el querer un interés de lograr un provecho, lo que podría permitir ubicar equivocadamente, a este ilícito, como un delito de peligro concreto. En realidad, lo que prohíbe y castiga es interesarse realizando determinados actos materiales que revelan una especial preocupación por defraudar la confianza pública, para favorecer a terceros o los objetivos particulares, lo que supone – en tercer lugar - por la desviación del poder, la postergación del deber de actuar guiado por el *principio de exclusiva protección de los intereses públicos*. [SANCINETTI, 1986:886]⁶¹⁸

75. Y tercero, no es necesario que el agente del delito se beneficie con su actuar, puesto que es suficiente que se pudiera realizar un beneficio incluso ajeno, aunque no lo logre, dada su *naturaleza de delito de peligro, por adelantamiento de la punibilidad*. Al igual que, tampoco es necesario que el beneficio potencial pudiera dirigirse a un tercero, menos aún que deba existir un concierto previo, dado que ese sería el delito de colusión. Y tampoco, es indispensable - insistimos - que el tercero sepa de antemano que pudiera ser beneficiado por el agente del delito de negociación incompatible, siendo que puede configurarse el delito cuando dolosamente el agente beneficia a un tercero, incluso por razones fútiles o bien, deleznable. En todo caso, el tercero debe exhibir dolo para que comprendido como cómplice (*extraneus*) le alcance reproche de certeza punitiva, cuya acreditación devendría en una condena. [CASTILLO, 2015:25]⁶¹⁹ En consecuencia, en este delito, lo que se debe demostrar es que el funcionario público, infringió sus deberes y defraudó la confianza pública para preferir intereses subalternos en lugar de la exclusiva defensa y protección de los intereses públicos.

76. En cualquier caso, es imposible atender esta objeción debido a que no se ha brindado elementos suficientes para pronunciarse en revisión, ya que, en los casos que se alega interpretación incorrecta de una regla de derecho o regla de contrataciones es ineludible que la parte apelante señale cuál sería la interpretación correcta al respecto; o bien, el respaldo jurisprudencial o doctrinal en el que se afinca para poner a revisar si la decisión del A quo es incorrecta, no basta con realizar conjeturas interpretativas abstractas que no poseen ningún asidero en el caudal probatorio actuado. En consecuencia, este alegato no resulta atendible.

77. *Sobre el error en el porcentaje adjudicado*. Los procesados Villaverde y Angulo alegan que, en el considerando 78 de la sentencia, se indica que el Comité Especial otorgó la Buena Pro, al **Consortio Libertad**, por un monto total de S/ 4'805,325.19 (110 % del valor referencial), cuando en realidad dicho monto representa el 109.49 % y no el 110%

⁶¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011) *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley

⁶¹⁸ SANCINETTI, Marcelo (1986) *Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, T. XXXIX, fascículo III, setiembre – diciembre, Madrid:ADPCP

⁶¹⁹ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC sostiene el autor que se cometería delito de negociación incompatible por el funcionario que direcciona un concurso de personal, para que gane la plaza la concursante a la que pretendía enamorar. Siendo que si la concursante advierte ese direccionamiento y no lo evita, peor si conoce las intenciones del actor, entonces sería responsable penalmente como cómplice de este delito en la forma de extraneus.

como indica la sentencia, importando una diferencia significativa de S/ 22,382.10. Este alegato no puede ser aceptado, más allá de la imprecisión o error de cálculo, por cuanto no destruye la conducta ilícita de los procesados, puesto que no se acreditó que exista justificación para haber escogido al postor pese a que su propuesta económica era mayor que el valor referencial, y menos sin contar con la previa autorización exigida en la legislación de contrataciones. Por lo contrario perfecciona el razonamiento inferencial de interés indebido por parte de los procesados Villaverde y Angulo, e incluso de los sentenciados Cruzado y Tocto, lo que se consolida con el hecho posterior, que una vez advertido el exceso, el sentenciado Tocto como alcalde, buscara conciliar con el Consorcio Libertad la reducción del monto adjudicado hasta el límite posible del monto licitado, es decir S/ 4'388,824.83, como lo acredita tanto el oficio 110-2012-MDH [Folios 150 y 181/EJ], cuando la propia acta de transacción extrajudicial [Folios 71 a 72, 148 a 149, 204 a 205/EJ] que correspondía al precio base o valor referencial licitado, con mayor razón si no existía aprobación (entiéndase escrita y expresa) del titular de la entidad (el sentenciado Tocto como alcalde) para otorgar una buena pro por encima del valor referencial, menos aún si no se ha acreditado la existencia de la certificación presupuestaria, como lo hemos señalado. En consecuencia, esta alegación no resulta de recibo.

78. *Sobre la existencia de habilitación presupuestaria.* La defensa de los procesados Villaverde y Angulo sostiene que existe una errónea valoración del órgano de prueba, es decir del declarante Tocto como alcalde, contenida en los fundamentos 79 a 82 de la recurrida, relacionados a la existencia o no de habilitación presupuestaria. En tanto, la defensa técnica de los procesados sostuvo en juicio que se contaría con tal disponibilidad porque así se lo comunicó el alcalde procesado Tocto verbalmente, aunque también reconoce que no se cuenta con el Expediente Técnico como prueba, por lo que no existiría acreditación idónea. El Juez sostiene que el oficio 002-2011-MDH, de fecha quince de agosto de dos mil once [folios 203 del expediente] suscrito por el procesado Villaverde como presidente del Comité Especial de selección de la licitación pública, en donde le informa sobre el ganador del proceso, indica que *“Por medio de la presente tengo a bien hacerle de su conocimiento que en el proceso de Licitación Pública No. 001-2011- DE- MDH, (...) se ha otorgado la Buena Pro al CONSORCIO LIBERTAD (...) por la suma de S/ 4'805,325.19 (...) luego de la consulta telefónica con su persona, supeditada al informe de disponibilidad presupuestal, sin embargo, no se consentirá la Buena Pro, en tanto no se otorgue la conformidad del mismo, previa verificación de la disponibilidad presupuestal; de no existir disponibilidad presupuestal, deberá de comunicarse a la Empresa a efectos de que de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones, rebaje su pretensión al 100% del Valor Referencial y con ello declarar consentida la Buena Pro, de no ocurrir ello, deberá declararse la Nulidad del proceso desde la etapa de Otorgamiento de la Buena Pro (...)”*

79. Con lo cual debemos convenir con el A quo, que no se requiere la existencia del Expediente Técnico para conocer sin duda alguna que cuando el Comité Especial otorgó la buena pro al CONSORCIO LIBERTAD no tenía aprobación presupuestaria para extender el otorgamiento de la misma por encima del valor referencial como lo exige la ley; y por tanto es un hecho probado que haber concluido el proceso de licitación pública, permite el razonamiento inferencial indiciario de la existencia del interés indebido por parte de los procesados Villaverde y Angulo y de los sentenciados Cruzado y Tocto, defraudando plena y dolosamente la confianza pública al preferir llevar adelante la licitación, sin que se tenga todos los requisitos exigidos por la ley como baremos mínimos (como la certificación presupuestaria y la autorización del titular de la entidad) para considerar que la selección del

contratista fue no solo la mejor opción en términos económicos sino en términos de eficiencia respecto que la opción ganadora sea la más calificada. Lo que se agrava mucho más si se optó por una propuesta económica mucho mayor de la que estaba prevista en las bases del proceso de licitación, otorgando a una persona que no se había inscrito como postulante (ver fundamento 66) y menos entendible el hecho que el sentenciado Tocto haya tenido que, buscar transar con el Consorcio la reducción del monto adjudicado hasta el límite posible del monto licitado, es decir S/ 4'388,824.83 soles. [Folios 150 y 181/EJ] a pesar de la expresa recomendación del oficio bajo examen, remitido por el procesado Villaverde.

80. El oficio 002-2011-MDH, por el argumento de reducción al absurdo, no sirve para probar de la existencia de certificación presupuestal habilitante, menos entenderla como verbal solo por la consigna *“luego de consulta telefónica con su persona”*, que el alcalde haya autorizado o delegado al Comité la facultad de otorgar la Buena Pro por un monto mayor al valor referencial. Y menos creíble resulta que se apoye tal razonamiento en que el sentenciado Tocto haya señalado que existía disponibilidad presupuestaria (en recursos propios, canon, sobre canon, u otros) porque si eso es verdad, entonces, no tiene ninguna explicación que se haya señalado en el oficio en mención *“de no existir disponibilidad presupuestal, deberá de comunicarse a la Empresa a efectos de que de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones, rebaje su pretensión al 100% del Valor Referencial”*. Incluso el procesado Villaverde ha insistido que no existía internet, o con mayor precisión no existía internet apropiado, y que existiendo la oficina de enlace y presupuesto en Trujillo y no en Huaranchal, no se puede exigir tanta formalidad. Pero, al contrario, esta documental acredita fehacientemente que no se tenía autorización ni existía esa disponibilidad presupuestaria. Mayor razón si el sentenciado Tocto irregularmente acordó con el Consorcio Libertad reducir el monto objeto del contrato al monto inicialmente licitado del valor referencial y lo consolida suscribiendo el contrato el ocho de setiembre de dos mil once, [Ver folios 152 a 159 y 182 a 190/EJ] por el monto licitado, menor al que se adjudicó por el Comité Especial.

81. Adicionalmente a ello, no resulta admisible, no solo desde el marco de la LCE y RCE sino también desde el plano pragmático que si se contaba previamente con la certificación presupuestaria o si esta existe o no, y la única forma que exista es que la oficina de planificación y presupuesto de la Municipalidad la otorgue o declare por escrito, y desde ese punto de vista ni porque el sentenciado Tocto lo diga, la certificación presupuestaria va a existir, porque no es la prueba idónea para acreditarlo. Mayor razón si existe el Estudio de Posibilidad de Mercado de junio de dos mil once, en el que se anota expresamente: *“10% adicional [al valor referencial] deberá ser autorizada por el titular de la entidad vía Resolución de Alcaldía, en caso exista una propuesta, en Buena Pro, por más de 100% de valor referencial.”* (Sic) [Folios 73 a 75 y 84 a 86/EJ] aunado a las pruebas antes mencionadas.

82. Sobre la falta de acreditación presupuestal. Por otro lado, la defensa de los mismos procesados insiste con otros argumentos, objetando que el A quo no haya considerado todas las pruebas sobre la fuente de inversión, en particular en el fundamento 85 de la venida en grado, en donde el Juez concluye que *“no se cuestiona que no haya existido tal disponibilidad, la cual ya existía desde junio de 2011, pero esta tenía un monto ((S/ 4'601,018.00); sin embargo, el Comité otorgó la Buena Pro por S/ 4'805.325.19”*. Este Tribunal tiene que realizar un esencial distingo, como dijimos: que se infiera que existiera disponibilidad presupuestaria es una cosa y que lo exista es otra. Además la incriminación no versa solo en que no existió disponibilidad presupuestaria, sino en que esta no fue

preexistente al proceso de otorgamiento de la buena pro al contratista **Consortio Libertad**, acreditando con fortaleza el razonamiento indiciario del interés indebido por parte de todos: los procesados Villaverde y Angulo, y sentenciados Cruzado y Tocto, toda vez que el Comité especial concluyó el proceso de licitación sin que les interesara contar con la misma, y el alcalde tanto telefónicamente (según señaló el procesado Villaverde en el oficio 002-2011-MDH) como por actos positivos convocó al Consortio ganador, para negociar su posición expectante, al margen de la regulación de contrataciones, demostrando más bien, un interés indebido al respecto, y la falta de certificación presupuestaria y autorización previa. Evidenciando, además, que dolosamente se movían por un interés subalterno, infringiendo los deberes que les imponía su cargo, el hecho que las órdenes de pago y las cancelaciones correspondientes se hicieran a la Corporación Constructora Libra SAC y no al Consortio Libertad. (Ver fundamento 66)

83. Y como señala el A quo, en el fundamento 86 de la sentencia recurrida *“el 15 de agosto de 2011, fecha de la celebración del acta de conciliación; tiene relevancia en cuanto, al día siguiente, 16 de agosto de 2011, el alcalde Edilberto Tocto Alvarado, mediante Oficio N° 110-2011-MDH, se dirige al Consortio Libertad, informándole sobre el otorgamiento de la Buena Pro, por el monto de S/ 4'388,824.83. En esa misma fecha se informa a OSCE el consentimiento de la Buena Pro.”* [Folios 150 y 181/EJ] Lo que acredita como hemos concluido que al momento de aprobar el Contrato el sentenciado Tocto y ejecutar el concurso los procesados Villaverde y Angulo y la sentenciada Cruzado, no contaban con la habilitación presupuestaria, y tan es que les resultó intrascendente este defecto que otorgaron la buena pro por un monto mayor, ya que habiendo infringido sus deberes y movidos dolosamente por un interés subalterno, no les importó que pudiera perjudicarse el buen funcionamiento, la transparencia y eficiencia en las contrataciones del Estado.

84. La propia Acta de transacción extrajudicial, del quince de agosto de dos mil once, [Ver folios 71 a 72, 148 a 149 y 204 a 205/EJ] contiene la demostración en contrario a los alegatos impugnativos, al igual que el oficio 002-2011-MDH antes examinado, respecto de la inexistencia de la certificación presupuestal para incrementar el monto de contratación. Consignando expresamente en la cláusula cuarta, que *“la Oficina de Contabilidad después de la revisión preliminar y por lo imperativo del momento en que se requirió el informe, y en función a los ajustes presupuestales efectuados para este efecto ha determinado finalmente **que no existe disponibilidad presupuestal suficiente para atender todos los gastos inherentes a la Ejecución de esta Obra**, por lo que se requiere un reajuste de los montos establecidos para la Ejecución de obra”*. (Sic) Acreditando con toda certeza el postulado incriminatorio de la Fiscalía.

85. Siendo además que, si el OSCE no hace observaciones no significa que el proceso es lícito o al menos regular; y por otro lado que, el consentimiento realizado de la buena pro por parte del Comité Especial y no por el alcalde, luego que se concilió un monto menor con el contratista no enerva la conducta ilícita; sino más bien, la consolida, puesto que el alcalde tiene que realizar actos conducentes a remediar el defecto incurrido, sin declarar la nulidad del proceso que hubiera sido lo óptimo, dado que la resolución criminal de todos los acusados estaba determinada en concluir la licitación aunque ello importe afectación al bien jurídico tutelado y la corrección en el proceso de contratación. En consecuencia, estas objeciones resultan infundadas, no encontrando error de valoración por parte del A quo.

86. *Sobre el valor probatorio de las declaraciones de los imputados.* La defensa de los procesados Villaverde y Angulo, ha denunciado que el Juez no ha valorado correctamente las declaraciones de los procesados Tocto y Villaverde. Esta denuncia no resulta de acogida

ni formal ni materialmente por la forma, pues las declaraciones recibidas en juzgamiento bajo la rectoría del *principio de inmediación*, en tanto el A quo no solo recibe el dato que en el caso de ser corroborado se convertiría en información, sino también los aspectos concurrentes que le brindan solidez, como la espontaneidad, la serenidad o nerviosismo del declarante, la dubitación, la elusión en la respuesta, incluso la convicción y hasta la certidumbre de la misma son elementos colaterales y circunstanciales que permiten consolidar la convicción judicial al momento de la valoración de la prueba personal. Por ello, el artículo 425° del CPP, establece que prescribe: *“La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas: pericial, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.”* Por lo que formalmente no tiene acogida esta alegación impugnativa, ya que no se ha actuado prueba personal en contrario, en esta segunda instancia.

87. A ello se suma que materialmente, las declaraciones de los acusados en un ilícito no pueden ser prueba alguna, por la prohibición convencional de auto inculpación del artículo 8°, numeral 1), literal g) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Decreto Ley 22231 del once de julio de mil novecientos setenta y ocho, que el Perú consagró Constitucionalmente su ratificación el doce de Julio de mil novecientos setenta y nueve por la Asamblea Constituyente, por ello, las declaraciones de los procesados solo puede ser consideradas prueba cuando reconocen incondicional y absolutamente los cargos para acceder al beneficio premial de la confesión sincera o la conclusión anticipada del juicio; o cuando lo dicho se encuentre corroborado por otras pruebas actuadas; o cuando declaran o reconocen hechos no objetados en sus apelaciones escritas (declaración asimilada). Ninguno de estos supuestos se refiere a la observación hecha por los apelantes, por lo que sus denuncias no resultan atendibles.

88. Sobre el retraso. Los procesados Villaverde y Angulo, denuncian que es incorrecta la afirmación del A quo que se ha generado el retraso de 29 días en la ejecución de la obra, por cuanto esta no se inicia con la firma del contrato, aunque no niegan la existencia de un retraso. En efecto, los procesados tienen razón en señalar que los 29 días no pueden contarse como retraso porque no se había firmado el contrato (Cfr. Artículo 184° RCE). Pero se equivocan al alegar que ese lapso no puede ser tomado en cuenta, porque afecta no solo el cronograma del proceso de selección que debió culminar a los 08 días de otorgada la buena pro, conforme al artículo 77° del RCE, y en esto tiene razón el A quo pues dicho tramo fue indebido desde la perspectiva que no resulta legítima ni regular la declaración de consentida la buena pro, ya que se había conferido por un monto que no contaba con certificación presupuestaria, en realidad el proceso en su conjunto no debió iniciar sin ello, como lo ordena el artículo 12° de la LCE⁶²⁰, y por ello, puesto en conocimiento el alcalde de esta falencia que afectaba el indebido interés que todos los procesados habían buscado en este proceso de contratación, es que deciden esperar, además deciden afectar y desnaturalizar el proceso, permitiendo el acto de transacción extrajudicial, que se subió incluso al sistema, y entonces

⁶²⁰ Artículo 12° LCE. Requisitos para convocar a un proceso. Es requisito para convocar a proceso de selección, bajo sanción de nulidad, que el mismo esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones y cuente con el Expediente de Contratación debidamente aprobado conforme a lo que disponga el Reglamento, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas, salvo las excepciones establecidas en el Reglamento. Se podrán efectuar procesos cuya ejecución contractual se prolongue por más de un (1) ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberá adoptarse la debida reserva presupuestaria en los ejercicios correspondientes, para garantizar el pago de las obligaciones. (Resaltado adicional)

pasado el tiempo que no debió existir se declaró de nuevo irregularmente consentido el otorgamiento de la buena pro. Dicha negociación, el lapso de tiempo transcurrido irregularmente pues afectó el cronograma del proceso de selección, el Acta de transacción extrajudicial y el consentimiento final del Comité Especial, no hace sino ratificar que todos los procesados, actuaron dolosamente, infringiendo sus deberes, interesándose indebidamente en un resultado contrario al preciso como transparente, regular, público y legítimo en la legislación de contrataciones. En consecuencia, no resulta de recibo este alegato.

89. *Sobre la falta de acreditación del dolo.* Debemos partir del hecho que la probanza del aspecto subjetivo de cualquier delito, como el dolo, mediante prueba directa resulta sino imposible, de alta complejidad. Por ello es pacífico admitir que la intención o finalidad (dolo directo o eventual) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Así lo reconoce el artículo 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Resolución Legislativa 25352 del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y uno) y el **Acuerdo Plenario No. 03-2010/CJ-116**, de las Salas Supremas Penales, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de diciembre de 2010, sobre el delito de **lavados de activos**. Fundamento 35. Por ello, lo señalado en los fundamentos anteriores sobre el particular, supera el estándar probatorio, por lo que este extremo impugnativo no resulta atendible.

90. *Respecto de la reparación civil.* Ninguno de los procesados apelantes ha impugnado el extremo civil. Por lo que, al ser la condena civil regida por las reglas procesales y sustanciales civiles **dispositivas**, sin apelación al respecto, sin objeciones al respecto, al no haber agravio expresado, resulta imposible inferir la apelación implícita, no teniendo potestad este Tribunal para actuar de oficio al respecto sin vulnerar el ***principio de congruencia procesal***, este Tribunal solo está obligado a las impugnaciones expresas que han sido concedidas en el Auto de elevación. Huelga decir, que el razonamiento de la procuraduría posee respaldo en tanto aparece un daño extrapatrimonial acreditado, en la antijuricidad de la conducta de todos los acusados, en tanto han incumplido el artículo 33° de la LCE, 76° del RCE y la Opinión No. 043-2009/DTC así como han incurrido en infracción de los deberes, por lo que corresponde al haberse desencadenado un daño inmaterial al Estado, el pago de la indemnización contenida en la condena civil. Luego el extremo civil debe ser consolidado.

91. *Sobre la impugnación de la determinación de la pena concreta de privación de libertad e inhabilitación.* Para el Ministerio Público, no está de acuerdo con la pena fijada por el Juez, por la comisión del delito ***negociación incompatible*** que contempla una pena abstracta no menor de 4 ni mayor de 6 años de pena privativa de libertad; porque al individualizar o ubicar la pena concreta de los sentenciados, empleando el sistema de tercios, lo traslada al tercio inferior de la pena, manifestando que solamente existen circunstancias atenuantes, que es la carencia de antecedentes penales. Sin embargo – afirma la fiscalía - nos encontramos frente a una fundamentación aparente, porque el juez no ha tomado en cuenta la circunstancia agravante de pluralidad de agentes. En tal sentido, correspondería determinar la pena a aplicar en el tercio medio y no en el tercio inferior. Y En cuanto a la inhabilitación los acusados son merecedores de 5 años de inhabilitación para obtener un cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público, conformidad a los incisos 1 y 2 del artículo 36° y el artículo 39° del CP, siendo estas las circunstancias que no han sido valoradas por el A quo de primera instancia al momento de graduar la pena concreta para autores. Vulnerando el principio de legalidad procesal y la motivación de las resoluciones.

Solicitando el incremento de las penas impuestas a todos los sentenciados Tocto, Villaverde, Angulo y Cruzado de pena privativa de libertad e inhabilitación por 5 años.

92. Por su parte la defensa del procesado Villaverde y la sentenciada Cruzado, ha invocado el principio de vigencia legislativa, tratándose de una norma material, argumento que resulta aprovechable, más que la invocación al principio de humanidad y a la proclama de inocencia del sentenciado Tocto y el procesado Angulo. Enfatizando el letrado Cotrina Vargas que la introducción del sistema de tercios con la incorporación del artículo 45°-A ocurrió mediante la Ley 30076 vigente a partir del diecinueve de agosto de dos mil trece, es decir, años después de ocurrido los hechos ilícitos.

93. Aun cuando el cálculo de tercios resulta de mayor predictibilidad y transparencia judicial, no es posible ignorar que el asunto abre una situación derrotable en el Derecho, ya que a pesar de su naturaleza de regla de procedimiento que vincula al juicio de determinación punitiva que forma uno de los tres aspectos decisorios de la jurisdicción y desde esa perspectiva lo ubicaría dentro del aspecto procesal; es una norma que se encuentra en el Código penal (norma material o sustantiva), por lo que posee, en todo caso, una doble dimensión. Siendo así, resulta una Regla derrotable (incluso si fuera exclusivamente procesal), resulta de imperativa aplicación el mandato constitucional del artículo 139° inciso 11) de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo VII numeral 4) del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

94. Si a eso se suma, que la jurisprudencia suprema se ha decantado por el criterio que las reglas que incrementan penas o prohíben beneficios penitenciarios sólo serán de aplicación a los delitos cometidos *desde la vigencia de las normas de prohibición y exclusión*, que por interpretación sistemática irradia a la aplicación de los tercios para la determinación judicial de la pena a hechos cometidos antes de la vigencia de la Ley 30076.⁶²¹ Sin ignorar, tampoco la situación de anormalidad producida por la emergencia sanitaria producto de la pandemia viral producida por el Sars Cov 2 – COVID19⁶²².

95. Siendo que, la distribución de tercios, se trata de una regla derrotable, en cuanto a su exclusiva naturaleza procesal y autoaplicativa, y sin menosprecio de su valía como método de predictibilidad de la imposición de una pena, los argumentos esgrimidos por la Fiscalía no poseen la capacidad revocatoria que invoca la apelante, y dado que en el caso concreto apreciamos que las penas privativas de libertad e inhabilitación de cuatro años, a todos los sentenciados se encuentran dentro del rango legal permitido legalmente; por lo tanto, el pedido fiscal de incremento, por las razones expuestas, resulta infundado. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada integralmente.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y lo actuado conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia, y de conformidad con los fundamentos expresados, la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

⁶²¹ Cfr. Leyes 30101 y 30332, Acuerdo Plenario 08-2011/CJ-116, de las Salas supremas penales, publicado en el Diario oficial “El peruano” el 10 de febrero de 2012, Acuerdo Plenario 02-2015/CIJ-116, de las Salas supremas penales, publicado en el Diario oficial “El peruano” el 21 de junio de 2016, entre otras.

⁶²² Ver STC 5436-2014-PHC/TC – Tacna, Caso CCB, del 26 de mayo de 2020.

3. DECLARAR INFUNDADAS las apelaciones deducidas por los procesados impugnantes y el Ministerio Público; en consecuencia:

4. CONFIRMAR la Sentencia contenida en la Resolución **VEINTITRÉS** del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, que aparece a folios ciento ochenta y ocho a doscientos veintitrés, **en los extremos** que:

4.1. CONDENÓ a los acusados **NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ** y **LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR** como **autores** del delito contra la administración pública en su modalidad de **Negociación Incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad,

4.2. IMPUSO a los condenados **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO, NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR** y **CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, como **autores** del delito contra la administración pública en su modalidad de **Negociación incompatible**, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**, la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**, a condición de que cumpla Reglas de conducta.⁶²³

4.3. IMPUSO la pena de **INHABILITACIÓN** para el sentenciado **SEGUNDO EDILBERTO TOCTO ALVARADO**, *para ejercer el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaranchal, Provincia de Otuzco, Departamento de La Libertad, o cualquier otro cargo público que esté ocupando para el Estado; además de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público*, por el plazo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

4.4. IMPUSO la pena de **INHABILITACIÓN** para para los sentenciados **NÉSTOR GUSTAVO VILLAVERDE DE LA CRUZ, LUIS RICARDO ANGULO AGUILAR** y **CRECENCIA MELI CRUZADO RODRÍGUEZ**, consistente en *privación de la función, cargo o comisión o empleo de carácter público*, por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36° del Código Penal.

4.5. Y FIJÓ por concepto de **Reparación civil**, la suma de **Ciento cincuenta mil soles (S/ 150,000.00)** a favor del Estado - Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, la misma que se cancelará en ejecución de sentencia, **solidariamente** por los cuatro acusados y como regla de conducta.

⁶²³ **Reglas de conducta:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a cargo de la ejecución de la sentencia; con conocimiento del Ministerio Público; b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva; c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil solidaria, en la suma de S/ 150,000.00 (Ciento cincuenta mil soles), a ser pagados dentro de los **TRES MESES siguientes de haber quedado firme la presente sentencia**; mediante certificado de depósito judicial y presentado en el Despacho Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a favor la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **Todo Bajo apercibimiento**, de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

5. ORDENAR que firme que sea la presente, los actuados se devuelvan al Juzgado de origen, para su ejecución una vez que quede firme la presente.

Interviniendo como director de debates y ponente, el señor Juez Superior Doctor Manuel Estuardo Luján Túpez.

Wilda Mercedes Cárdenas Falcón
Presidenta
Jueza Superiora Titular

Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza
Integrante
Juez Superior Titular

Manuel Estuardo Luján Túpez
Director de Debates y Ponente
Juez Superior Titular



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

SALA DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA LIBERTAD

Calle Los Fresnos 455 – Urbanización California. Distrito de Víctor Larco Herrera – Trujillo – Perú

EXPEDIENTE No.: 02082-2018-5-1601-JR-PE-01

DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
PROCESADOS : (**Autores**) SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA
(**Cómplices primarios**) CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES.
(**Contumaz reservada**) HEANNY LIZETH MENDOZA SÁNCHEZ
TERCERO CIVIL: CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN (Formada por Empresa A&J Contratistas EIRL y Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL)
AGRAVIADO: EL ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VÍCTOR LARCO
IMPUGNANTES: SENTENCIADOS CONDENADOS
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA EXTREMO CONDENATORIO
ACTOR CIVIL: PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD
ESPECIALISTA : VANIA MARILLIA CRUZ MINCHOLA

SENTENCIA SUPERIOR

Resolución TREINTA Y OCHO

Trujillo, veintidós de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS y OÍDOS en Audiencia de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, señores Jueces Superiores Titulares Magistrados **WILDA MERCEDES CÁRDENAS FALCÓN** (Presidenta de Sala), **JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA** y **MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ** (Director de debates y Ponente) y; en la que también intervinieron el letrado don Juan Antonio Alvarado Espinoza abogado particular del procesado Santos Apolinar Cerna Quispe – en adelante el procesado Cerna -, del letrado Diego Alexander Mauricio Quipuscoa abogado particular del procesado Patricio Baltazar Pérez Alvitres – en adelante el procesado Pérez -, del letrado Jesús Eduarvic La Rosa Espinoza abogado particular del procesado Leonardo Maz Montenegro Túmez – en adelante el procesado Montenegro -, del letrado Luis Alberto Condemarín Guanilo, abogado particular del procesado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez – en adelante el procesado Guanilo -, el letrado Jonathan Denis Donayre Arellano abogado particular de la procesada Elizabeth Gady Sánchez La Barrera – en adelante la procesada Sánchez -, del letrado Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, abogado particular del procesado Juan Manuel Bazán Palomino – en adelante el procesado Bazán -, y también del procesado Tomás Arturo Licham Gil – en adelante el procesado Licham -, del letrado Jorge Iván Linares Meléndez abogado particular del tercero civilmente responsable Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL representada por Michael Frank Balarezo Bazán – en adelante la Empresa J&F Balarezo -, de la letrada Karina Ruby Núñez Romero, Procuradora Pública Anticorrupción descentralizado de La Libertad por el Actor civil; así como la señora Fiscal Superior Ada Margoht Peñaranda Bolovich; con la concurrencia de los procesados Cerna, Pérez, Montenegro, Sánchez y Licham, sin la presencia de los demás.

IX. PLANTEAMIENTO IMPUGNATIVO

96. Viene en apelación la Sentencia contenida en la Resolución **VEINTE** del veintiuno de enero de dos mil diecinueve, en **los extremos que:**

9.1. CONDENÓ al acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, como *cómplice* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, EFECTIVA en su ejecución**, que deberá ser ejecutada según corresponda conforme al artículo 489° y 490° del Código Procesal Penal.

9.2. CONDENÓ a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA**, como **autores** y a los acusados **LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES** como **cómplices** del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**; sujeto a **Reglas de conducta**⁶²⁴.

⁶²⁴ **REGLAS DE CONDUCTA:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público. b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha

- 9.3. **IMPONE** la pena de **INHABILITACIÓN**, para los sentenciados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ, LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES**, consistente en *la privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público* e imposibilidad para obtenerlo por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.
- 9.4. **FIJÓ** por concepto de **REPARACIÓN CIVIL**, la suma de **TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelado por los sentenciados, *de forma solidaria y con los Terceros Civiles Responsables: Empresa A&J Contratistas EIRL y Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL* (que conformaron el **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**) en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta, que aparece a folios ciento treinta y cuatro a ciento ochenta y cinco.

X. ACTUACIÓN PROBATORIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

97. En el juicio de apelación como Segunda instancia, se admitió como medio de prueba el documento de **cargo del Informe No. 36-2010-MDP/A.J.** de fecha 09 de abril de 2010 que aparece a folios 341, la defensa del procesado Guanilo lo aportó con la finalidad de acreditar que su patrocinado como Asesor Jurídico advirtió al Alcalde que sobre el Contrato de adjudicación por exoneración, había emitido opinión jurídica; pero que no conoce que se haya cumplido con acreditar la constitución del Consorcio, y que obligado por el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Municipalidad distrital de Pacanga, debió visar el contrato, pero hace presente las omisiones para salvar su responsabilidad. La defensa del procesado Cerna objeta el razonamiento, en principio porque su patrocinado como alcalde de la Municipalidad distrital de Pacanga no conoce de la existencia del mencionado documento y que duda que ese documento exista en el acervo documentario edil, pero que además señala el Asesor Jurídico que *“no ha tenido a la vista la Constitución del Consorcio”* no que no exista, y se aprecia los medios de prueba allí aparece, así que es solo una estrategia para no ser responsable. La señora representante del Ministerio Público objeta el documento, no sólo porque teniendo fecha 09 de abril de 2010, mucho antes del inicio de la investigación, además de no tener la certeza de su publicidad, esencial para ser tomado en cuenta. En todo caso es un documento del propio procesado Guanilo que no debe ser considerado.
98. Igualmente, como prueba de oficio la Sala incorporó para su actuación la copia certificada de una parte del **Acta No. 004.2010.MDP Sesión extraordinaria de Concejo del 18 de febrero de 2010**, de la Municipalidad distrital de Pacanga. Los abogados defensores de los procesados Cerna y Pérez, consideran que la utilidad de

respectiva. c) No cometer nuevo delito doloso. d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en la suma de **TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00)** soles, a ser cancelados, **solidariamente** por los sentenciados y los Terceros Civiles Responsables, dentro de los **TRES MESES** siguientes de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.**

este medio de prueba es acreditar que la Convocatoria a la Sesión extraordinaria del 18 de febrero de 2010 que se ofreció como medio de prueba, fue para la Sesión extraordinaria plasmada en el Acta No. 004.2010.MDP, y que posterior a esa Sesión extraordinaria se hizo la Sesión extraordinaria de exoneración de del proceso de contratación materia del juicio que se contiene en el Acta No. 005.2010.MDP la que se desarrolló en seguida de la sesión extraordinaria del Acta No. 004.2010.MDP. La defensa del procesado Guanilo, enfatiza que su patrocinado presentó sus Informes jurídicos, pero en ningún momento fue citado a la Sesión extraordinaria del Concejo para exponer su informe.

99. En la Audiencia de segunda instancia del 25 de setiembre de 2019, declaró el procesado **Santos Apolinar Cerna Quispe** cuya declaración completa ha quedado registrada en el Audio correspondiente y al que en todo caso nos remitimos. De otro lado, siendo imposible admitir la Auto incriminación, salvo que se tratase de la confesión sincera para acceder a la bonificación premial de reducción de la pena, que no es el caso, la declaración del procesado solo se tendrá en cuenta en tanto, venga corroborada por otros elementos probatorios, de lo contrario sus dichos se asimilarán a su declaración material. Fundamentalmente señaló que *“como tenían los informes del Asesor jurídico y el Jefe de Desarrollo Urbano y Rural, y los informes son los que hablan y el problema era álgido, que él convocó verbalmente a la sesión extraordinaria y todos los regidores aceptaron, a pesar que eran de oposición política”*.
100. Igualmente, en la Audiencia del 09 de octubre de 2019 declaró también el procesado **Patricio Baltazar Pérez Alvitres**, cuya declaración completa ha quedado registrada en el Audio correspondiente y al que en todo caso nos remitimos. De igual modo, siendo imposible admitir la Auto incriminación, salvo que se tratase de la confesión sincera para acceder a la bonificación premial de reducción de la pena, que no es el caso, la declaración del procesado solo se tendrá en cuenta en tanto, venga corroborada por otros elementos probatorios, de lo contrario sus dichos se asimilarán a su declaración material. Fundamentalmente señaló que *“el alcalde los citó y que ellos aprobaron la exoneración porque había un problema de desajuste”*.

XI. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

101. El alegato impugnativo del procesado Cerna, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 400 a 401, en todo caso escuchar Audio minuto 1:21:14 a minuto 1:33:10] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva al procesado.
102. *En su propia defensa material* el procesado Cerna manifestó en esta Audiencia: *“Sí estoy de acuerdo con lo dicho por mi abogado y me considero inocente”*
103. El alegato impugnativo del procesado Montenegro, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 397 a 398, en todo caso escuchar Audio minuto 52:30 a minuto 58:49] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva al procesado.

104. ***En su propia defensa material*** el procesado Montenegro manifestó en esta Audiencia: *“Sí estoy de acuerdo, con lo dicho por mi abogado, tengo mi conciencia limpia y nunca he hecho nada indebido que vaya en contra del pueblo”*
105. El alegato impugnativo del procesado Guanilo, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 398 a 399, en todo caso escuchar Audio minuto 1:00:25 a minuto 1:08:03] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva al procesado.
106. ***Para su propia defensa material*** el procesado Guanilo no concurrió ejerciendo su derecho a ser defendido solo técnicamente.
107. El alegato impugnativo de los procesados Bazán y Licham, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 399 a 400, en todo caso escuchar Audio minuto 1:08:17 a minuto 1:21:13] ratificando y fundamentando sus pretensiones, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva a los procesados.
108. ***En su propia defensa material*** el procesado Licham manifestó en esta Audiencia: *“está de acuerdo con lo manifestado por su abogado, y no se considera responsable de los cargos que se le imputan”*
109. ***Para su propia defensa material*** el procesado Bazán no concurrió ejerciendo su derecho a ser defendido solo técnicamente.
110. El alegato impugnativo del procesado Pérez, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 401, en todo caso escuchar Audio minuto 1:34:25 a minuto 1:40:32] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva al procesado.
111. ***En su propia defensa material*** el procesado Pérez manifestó en esta Audiencia: *“Me declaro inocente de lo que me están culpando y si estoy de acuerdo con lo dicho por mi abogado”*
112. El alegato impugnativo de la procesada Sánchez, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 401, en todo caso escuchar Audio minuto 1:40:43 a minuto 1:45:59] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelva a la procesada.
113. ***En su propia defensa material*** la procesada Sánchez manifestó en esta Audiencia: *“Sí estoy de acuerdo con lo dicho por mi abogado y pido se me absuelva de todo lo que se me acusa”*
114. El alegato impugnativo del tercero civil responsable la Empresa J&F Balarezo, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 402, en todo caso escuchar Audio minuto 1:46:00 a minuto 1:52:05] ratificando y fundamentando su pretensión, pide que se revoque la sentencia y se deje sin efecto el pago solidario sentenciado.

XII.FUNDAMENTOS DE CONTRADICCIÓN

115. La señora representante del Ministerio Público en contradicción, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 402, en todo caso escuchar Audio minuto 1:52:05 a minuto 2:05:26] ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria integral de la Sentencia.

116. La señorita Procuradora Pública por el **actor civil**, en contradicción, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y al que nos referimos para una mejor precisión, un extracto resaltante en el Acta de la Audiencia del 09 de octubre de 2019 [Ver folios 402, en todo caso escuchar Audio minuto 2:05:27 a minuto 2:16:33] ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria de la Sentencia.

XIII. ANTECEDENTES.

117. En el presente Expediente no existe apelaciones diferidas ni incidentes que precisar.

XIV. FUNDAMENTOS DE LA SALA

118. Fundamento de competencia. Este Sala Superior examina de la sentencia conforme al canon jurisdiccional procesal penal y en tal sentido emite el siguiente razonamiento. Con la competencia para decidir conforme al mandato constitucional y la habilitación legal que aparece en el avocamiento Superior del presente Expediente. Limitado al contenido impugnativo y concedido, bajo el parámetro del *principio limitativo de rogación*⁶²⁵ y del *principio devolutivo* contenido en el artículo 409° del Código Procesal Penal;⁶²⁶ concordado con los artículos 149°, 150° y el inciso 3) del artículo 425° del Código Procesal Penal (CPP); la doctrina constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) **Expediente 2458-2011-PA/TC-AREQUIPA**, Caso Empresa TRIARC S.A. del 14 de setiembre de 2011, fundamento 7; y la doctrina jurisprudencial de la **Casación número 201 – 2014 – ICA**, del 30 de marzo de 2016, en el Caso de Walter Inocencio Sigwas Hinostroza absuelto del delito contra la libertad sexual – violación sexual en supuesto agravio de menor de dieciséis años KLCT, fundamento 7.

119. Respetando, asimismo, como Jueces de la Constitución, los Derechos y Garantías fundamentales, convencionalmente reconocidos; en la doctrina constitucional **STC Expediente 618 - 2005 – PHC/TC - LIMA**, Caso Ronald Winston Díaz Díaz del 08 de mayo de 2005, fundamento 21; así como las exigencias procesales reconocidas por la doctrina⁶²⁷ y la jurisprudencia suprema⁶²⁸ y constitucional⁶²⁹.

120. Análisis del caso. La Constitución Política del Perú (CN) ha establecido en el artículo 39°: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.*” Desarrollando que el Servicio Público como prestación del Estado para la satisfacción de las necesidades públicas, lo cual ocurre precisamente mediante el ejercicio de la carrera administrativa. (Art. 40° CN) Poniendo siempre por encima

⁶²⁵ Decisum extra petitem non valet. “La decisión fuera de lo pedido por las partes carece de validez, pues el Juez no puede pronunciarse fuera el petitorio concedido en alzada”

⁶²⁶ Tantum devolutum quantum appellatum. “El Tribunal Revisor sólo decidirá aquello que hubiera sido apelado, podrá declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”

⁶²⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2003) *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Citado por DOLORIER TORRES, Javier (2003) en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, No. 54, Marzo 2003, Lima: Gaceta Jurídica, p. 153.

⁶²⁸ Casación No. 003106-2001-UCAYALI, Caso Gilma Meléndez contra David Yamashiro Shimabukuro, sobre alimentos, del 31 de marzo de 2002, FJ.4. Casación 2195-2011-UCAYALI – Sentencia de Pleno casatorio del 13 de agosto de 2012, Caso Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro contra Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco sobre desalojo por ocupación precaria. FJ. 6.

⁶²⁹ PRECEDENTE VINCULANTE. STC EXP. No. 000987-2014-PA/TC-SANTA, Caso Francisca Lilia Vásquez Romero, del 06 de agosto de 2014, FJ. 31.

de cualquier caso, el interés estatal. *Lo que importa que debe procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero.*⁶³⁰

121. Siendo que uno de los fenómenos sociales más preocupantes, es sin duda la “*Corrupción*”, afirma y coincidimos plenamente con el Magistrado Fiscal Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre, lacra social que corroe las vísceras fundamentales del sistema jurídico – estatal, atrasando el desarrollo socio – económico de los pueblos, fenomenología que se incubaba en todo el aparato público, arrastrando a un gran número de funcionarios y servidores públicos en estas prácticas ilícitas, que tanto daño producen a la estructura democrática de nuestro país. [PEÑA, 2016, TV:505]⁶³¹
122. En correspondencia con la obligación internacional, el Perú ha alineado su actuar a la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, que fuera suscrita el año 1996, bajo la tutela de la Organización de Estados Americanos, pues el Perú la aprobó el 05 de marzo de 1997, vía la Resolución Legislativa 26757, siendo ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo de 1997. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC) o *Convención de Mérida*, adoptada en México, en diciembre de 2003, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. Fue ratificada por el Perú por Resolución Legislativa 28357 del 06 de octubre de 2004. Del mismo modo el 28 de mayo de 2018 rubricó en París su adhesión a la *Convención anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) que entró en vigencia el 28 de junio de 2018. Todas ellas, reconocen que una función pública eficiente y transparente es la base de un buen gobierno.
123. Sobre el *bien jurídico*. Siguiendo a la escuela alemana el bien jurídico protegido en este delito es *el deber de lealtad y probidad del funcionario como expectativa normativa*, que se concreta en nuestra realidad mediante *el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la transparencia al realizar las contrataciones del Estado de conformidad con los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad*, es decir, que se cumpla el deber de adecuar su conducta a los patrones normativos fijados en la Ley de Contrataciones del Estado *procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero* y que finalmente se culmine con la entrega de un servicio o una obra, debidas y adecuadamente ejecutadas, por un postor que ocupó su lugar de contratista, por ser la mejor opción posible, tras un proceso legítimo, transparente, limpio y sin presiones cumpliendo con proteger en todo momento el interés del pueblo peruano, ya que el funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas de la Administración Pública. Dicho proceder debe estar guiado por la exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales. [CASTILLO, 2015:22]⁶³²

⁶³⁰ Cfr. Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria en la *Casación 628-2015/LIMA*, del 05 de mayo de 2016, caso Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor Magistrado Supremo César San Martín Castro. Fundamento Segundo.

⁶³¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2016) *Derecho Penal Parte Especial*. Tercera edición, Tomo V. Lima: Idemsa

⁶³² Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.22; BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2001) *Delitos contra la administración pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Mave, p.291; MALDONADO, Horacio (1978) *Manual de Derecho penal*, 2da. Edición, Buenos Aires: De Zavallia, p. 560; ESTRELLA, Oscar Alberto y GODY LEMOS, Roberto (2000) *Código Penal, PE, T.3*, Buenos Aires: Hammurabi, p.

124. La Administración Pública, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. [SALAZAR, 2007: 2 a 3]⁶³³ Para ello, actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas, por medio de la contratación pública. [GARCÍA, 2007, TI: 469]⁶³⁴
125. La contratación en el seno de la Administración Pública, ora con otra entidad estatal ora con los particulares, viene a constituir todo un ámbito normativo de regulación, dirigido a fijar las pautas y las condiciones que deben regir dicha vinculación jurídica. Para el profesor Roberto Dromi, el contrato es una de las técnicas de colaboración de los ciudadanos, sujetos del hecho administrado, con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económica – jurídica respecto de las personas públicas comitentes. [DROMI, 2004, TI: 470]⁶³⁵
126. La especificidad de los Contratos de Administración, por tanto ha definido la necesidad de crear una normativa destinada a regular esta materia de contratación, sustrayéndola del ámbito de regulación, que ofrece al respecto el Código Civil (CC), a través del artículo 1351° y siguientes⁶³⁶ donde ya no se puede hablar de una consensualidad libérrima entre las partes (libertad contractual), en el sentido que la Administración Pública debe garantizar ciertos principios básicos, cuando contrata con particulares, en especial cautela los intereses generales así como la optimización de los servicios públicos, regido por tres criterios rectores: **Principio de imparcialidad**. Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la norma de contrataciones y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. **Principio de Razonabilidad**. En todos los procesos de selección de objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado. **Principio de Eficiencia**. Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben

432; DONNA, Edgardo Alberto (2003), *Derecho penal*, PE, 2da. Edición, T.III, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, p.316; SALINAS SICCHA, Ramiro (2014) *Delitos contra la administración pública*, 3ª- edición, Lima: Grijley, p. 568; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, Lima: Jurista Editores, p. 495.

⁶³³ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo (2007) *El concepto y los Factores de los Contratos de Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*, en Revista Derecho & Sociedad, Número 29, Lima: PUCP

⁶³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, (2007) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Versión Latinoamericana. Lima: Palestra Editores S.A.C.

⁶³⁵ DROMI, Roberto (2004) *Derecho Administrativo*, Parte I, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid: Editorial ciudad Argentina.

⁶³⁶ **Artículo 1351° del Código Civil. Noción de contrato.** El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. **Artículo 1352°.** **Perfección de contratos.** Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. **Artículo 1353°.** **Régimen legal de los contratos** Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato. **Artículo 1354°.** **Contenido de los contratos** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. **Artículo 1355°.** **Regla y límites de la contratación** La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. **Artículo 1356°.** **Primacía de la voluntad de contratantes** Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

observar criterios de celeridad, economía y eficacia. [PEÑA, 2015, TV:324 a 333]⁶³⁷
y DROMI, 2007: 39]⁶³⁸

127. La Constitución Política del Perú, en el artículo 77°, prescribe que: *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrato y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.* De modo tal, que la Carta Fundamental establece de forma expresa, la obligatoriedad que tienen que cumplir las instituciones públicas, cuando aquéllas pretenden ejecutar obras o proveerse de suministros, en aplicación de fondos públicos.
128. Es decir y salvo excepciones puntuales, la contratación estatal debe someterse a determinadas reglas, que incluye un conjunto de actos preparatorios (la existencia de un Plan anual de contrataciones y adquisiciones (PAC), la existencia de un expediente técnico y el presupuesto debido), la aprobación de las Bases del concurso, la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, así como una ejecución reglada de dicho contrato, sometida incluso a reglas especiales de resolución de conflictos en caso que estos se generen. [GUZMÁN, 2015: 1001]⁶³⁹ Así pues, los Contratos de Administración deben estar revestidos con una serie de presupuestos en todo el decurso del procedimiento administrativo, debiéndose verificar en detalle, que la empresa ganadora de la Buena Pro, cumple a cabalidad con las exigencias contenidas en las Bases de la Licitación Pública. Hasta alcanzar su máxima plenitud en la entrega cabal y oportuna de la obra o servicio contratado.
129. ***Sobre el juicio de subsunción.*** En lo que concierne al Código Penal (CP), la Sentencia recurrida ha utilizado de conformidad con el **artículo 399° del Código Penal** modificado por la Ley 28355 vigente desde el 06 de octubre de 2004 hasta el 25 de noviembre de 2013, que reprime la conducta de quien siendo funcionario público, indebidamente en forma directa, se interesa, en provecho 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. En concordancia normativa con la **Ley de Contrataciones del Estado (LCE)** conforme al Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento el Decreto Supremo 184-2009-EF (RCE) ambos vigentes desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 08 de enero de 2016.
130. Y para la declaración de certeza, la teoría que mejor permite tanto la persecución como la probanza de este delito es ***la teoría de la infracción del deber***, entendido éste desde un punto de vista Jakobsiano que todo Funcionario o servidor del Estado posee un estatuto funcional por el cual se vincula con un conjunto de deberes generales (de tutela del interés público) y específicos (de las funciones propias de su competencia), los cuales forman parte inherente de su cargo y por las cuales fue elegido o designado para el puesto público.

⁶³⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015) *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera edición, Tomo VII, Lima: IDEMSA.

⁶³⁸ DROMI, Roberto (2007) *Licitación Pública*, Lima: Gaceta Jurídica

⁶³⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2015) *La Constitución Política, Contrataciones y adquisiciones del Estado*, Lima: Gaceta Jurídica

131. El delito de *negociación incompatible*, conocido también como delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios o interés particular en acto de oficio,⁶⁴⁰ ha sido tratado en la jurisprudencia suprema⁶⁴¹ y en lo que concierne al presente caso, de obiter dicta (en su parte doctrinaria) es de considerar la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, que indica que el artículo 399° del CP es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación *-es un tipo penal general, de amplio espectro-* que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. No basta, con que se haya verificado observaciones subsanables, al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado *mediante actos irregulares* su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición [o contrato]. [Fundamento 4.35] Y en cuanto, al elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. “*Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.*” [Fundamento 4.41]
132. En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria contenida en el **Recurso de Nulidad 2770-2011-PIURA**, del 12 de setiembre de 2012, con Ponencia del Señor Juez Supremo Javier Villa Stein, Caso Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera sobre supuestos delitos de aprovechamiento indebido del cargo, tipificado en el artículo 397° del Código Penal, en agravio del Estado - Municipalidad distrital de La Unión. Que establece:

“Fundamento 3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a) intervenir por razón de su cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone: **i)** que es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión o una parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración e interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizado aparentando que se trata

⁶⁴⁰ Cfr. En la doctrina CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.13; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1991) *Actuación en interés propio en los fraudes de funciones del artículo 401 CP*, en Estudios penales, Barcelona: PPU, p.609; MANZINI, Vicenzo (1961) *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Yerra Redín, T.8, Buenos Aires: Ediar, p. 314.

⁶⁴¹ Ver la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 841-2015/AYACUCHO**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del 21 de junio de 2016 que toca un tema muy específico como doctrina vinculante: “Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa”. La Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sicto Luis Ibarra Salazar, Rosaura Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles sobre delito de negociación incompatible en agravio del Estado, publicada el 08 de junio de 2017, que establece como doctrina, también vinculada a contrataciones pero vinculada a periodos de emergencia climática, en los fundamentos 4.35, 4.40, 4.41 y 4.42. Esta doctrina jurisprudencial al ser tan específica sólo puede ser aplicada en los casos que los asuntos materia de incriminación versen sobre defectos administrativos que la Legislación vigente de contrataciones del Estado, permita la regularización administrativa en casos de situación de emergencia por emergencia climática. Que no corresponde al caso que se juzga.

de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); c) **el objeto del interés del funcionario o servidor público, el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en las que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, d) **requiere dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública. 3.3. (...) cabe indicar que el omitir en un inicio el informe favorable del Supervisor de obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis...”

133. Lo propio ocurre con la Ejecutoria de la Sala penal transitoria, **Casación No. 628-2015-LIMA**, Caso Jorge Ricardo Aparicio Nosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor César San Martín Castro, del 5 de mayo de 2016. Que en su Fundamento Segundo estableció:

“Que el delito (...) de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. (...) Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal del funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional) -. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero – no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario -. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho a favor de terceros o de él. El interesarse que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo – se trata de un interés económico – [FONTÁN, 1980:337]⁶⁴²; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, 2008:362]⁶⁴³”

134. **Sobre los hechos.** De conformidad con lo debatido y juzgado el Ministerio Público sostiene que: en el formato SNIP No. 03, correspondiente al año 2007, se registró el Proyecto de Inversión Pública denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*”, con código SNIP No. 56900 - 2007. Con fecha 30 de enero de 2010 se publica en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo No. 049-2010-EF, a fin de habilitar la transferencia presupuestaria para la realización de la obra ya referida, otorgándose una transferencia estatal de S/ 8’044,730.50 soles; como consecuencia de ello, con fecha 15 de febrero de 2010, el Alcalde de la Municipalidad de Pacanga y hoy acusado **Santos Apolinar Cerna Quispe**, ordena que se cite a los miembros del Concejo Municipal de la referida Municipalidad, para una sesión extraordinaria a llevarse a cabo tres días después; es decir el **18 de febrero 2010**, con la finalidad que los miembros del Consejo Municipal, discutan y aprueben la exoneración del proceso de selección de la obra, por un supuesto desabastecimiento de servicio de agua potable y alcantarillado. Siendo que el 15 de febrero de 2010, día en el que el alcalde de la Municipalidad de Pacanga convoca a

⁶⁴² FONTÁN BALESTRA, Carlos (1980) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo – Perrot

⁶⁴³ DONNA, Edgardo Alberto (2008) *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores

la sesión, aún no se contaba con ningún tipo de informe, de ninguna naturaleza, ni técnico ni legal, que pudiera justificar la convocatoria bajo el supuesto desabastecimiento; informes que constituya una exigencia del artículo 133° de la Ley de Contrataciones del Estado.

135. El día 16 de febrero de 2010, luego de la citación, el acusado **Juan Manuel Bazán Palomino**, quien se desempeñaba como Jefe de la División Urbana y Rural de la Municipalidad, emite Informe No. 071-2010-DDUR-MDP, en donde recomienda que el Concejo Municipal declare el desabastecimiento inminente y autorice la exoneración del proceso de selección para su ejecución. No obstante que el día 12 de febrero de 2010, el señor Bazán Palomino había emitido el Informe No. 064-2010, en donde se recomendaba la ejecución de la obra, vía contrata y por el sistema de suma alzada; que en dicho documento no se hace mención a situación de emergencia o desabastecimiento, existiendo una notoria contradicción con las intenciones de los acusados, de coadyuvar a la exoneración del proceso de exoneración.
136. El día 17 de febrero de 2010, se emite por parte del acusado **Carlos Enrique Guanilo Rodríguez**, quien era Asesor jurídico de la Municipalidad, el Informe Legal No. 015-2010-MDP/AJ, en el cual se avaló el supuesto estado de desabastecimiento de servicios de agua y alcantarillado de la Municipalidad de Pacanga, opinando por que se apruebe la exoneración del proceso de selección.
137. Que tanto Juan Manuel Bazán Palomino como Jefe de la División Urbano y Rural y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez como Asesor Jurídico; a sabiendas que no había ningún motivo para poder esgrimir alguna situación de emergencia o desabastecimiento en el servicio de agua potable y alcantarillado, emiten los informes; informes que no tienen sustento real, pues se hizo solo para justificar una supuesta situación de desabastecimiento, a efectos de cumplir con la exigencia del artículo 20° de la Ley de Contrataciones, y el artículo 129° inciso d) del Reglamento de la Ley. Lo que evidencia la existencia de un interés indebido directo, a fin de beneficiar al consorcio al cual se le otorgó la buena pro de la obra - Consorcio Virgen del Carmen, integrado por la empresa J&F Balarezo Ings S.C.R.L y A& J Contratistas E.I.R.L.
138. Que **Leonardo Max Montenegro Tumez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres**, en calidad de regidores de la Municipalidad, con conocimiento de que no procedía ningún tipo de exoneración en la obra, aprobaron por unanimidad el pedido de exoneración que en su oportunidad se planteó, según se puede advertir del Acta de Sesión Extraordinaria No. 005-2010, de fecha 18 de febrero de 2010. A efectos de hacer viable la exoneración del proceso, los miembros del Comité especial de selección, los acusados **Tomás Arturo Licham Gil**, Gerente Municipal de la Municipalidad de Pacanga; **Juan Manuel Bazán Palomino**, Jefe de la División Urbano y Rural de la Municipalidad de Pacanga; y **Elizabeth Gady Sánchez La Barrera**, quien se desempeñaba como Jefa de la unidad de Abastecimiento de la Municipalidad de Pacanga, también intervinieron en la consumación de los hechos, traducido en la designación del proceso de selección a favor del **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, integrado por la empresa J&F Balarezo Ings. S.C.R.L. y A& J Contratistas E.I.R.L.
139. El día 23 de febrero de 2010, los miembros del Comité especial se reunieron, con la finalidad de seleccionar a la persona jurídica que se encargaría de ejecutar la obra

exonerada del proceso de selección, recayendo está en el **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, integrado por la Empresa **J&F Balarezo Ings S.C.R.L.** y **A& J Contratistas E.I.R.L.**, determinándose que ésta empresa al momento de ser seleccionada contaba con una capacidad de contratación de S/ 116'178,883.45 soles. La elección de la empresa más idónea, básicamente fue puesta en escena ficticia con la finalidad de permitir que la empresa **J&F Balarezo Ings. S.C.R.L.**, ejecute en la práctica la obra, utilizando indebidamente la figura de **CONSORCIO**, pese a que no reunía las exigencias técnicas para actuar como postor; es decir, que se formó de manera deliberada el **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**.

- 140.** A pesar que la acusada **Elizabeth Gady Sánchez La Barrera**, era la encargada de la Oficina de Logística en la Municipalidad, emite un resumen ejecutivo de estudio de mercado, de fecha 19 de febrero de 2010, a modo de advertencia, en donde se indica que por la naturaleza de contratación no existe posibilidad de distribuir la buena pro, pese a eso, se aprueba otorgar la Buena Pro al **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, consumándose la irregularidad. A dicho consorcio encargado de la ejecución de la obra, no se le exigió una serie de actos administrativos esenciales para poder efectuar la obra, como la presentación de la garantía de seriedad de oferta, exigencia plasmada en la Ley de contrataciones; además, se le permitió la presentación de garantías por prestaciones accesorias, lo que denota la tesis del favorecimiento sostenido por la fiscalía. Probará que una vez que se logró adjudicar la buena pro al **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, en la etapa de la firma del contrato, el consorcio presenta una carta fianza de fiel cumplimiento del Banco Continental, por una vigencia de seis meses, contrario a lo establecido en lo señalado en las bases, en donde se señalaba que el plazo de vigencia de la carta fianza debería ser de ocho meses; la carta fianza fue emitida a favor de una de las Empresas consorciadas **J&F Balarezo Ings. S.C.R.L.**, quien tenía una capacidad de contratación absolutamente disminuida respecto a la otra empresa, quedando claro que no se corroboraba la garantía en el caso de que hubiera algún tipo de imprevisto en la ejecución de la obra.
- 141.** **Juan Manuel Bazán Palomino** y **Carlos Enrique Guanilo Rodríguez**, emiten los informes No. 118-2010-DDUR/MDP, en el caso del primero de los mencionados el 12 de marzo de 2010 y el Informe Legal No. 28-2010-MDP/AJ, de fecha 26 de marzo de 2010, otorgando el visto bueno del documento presentado, es decir la carta fianza, a fin de poder viabilizar la firma del contrato respectivo. La persona de **Elizabet Gady Sánchez La Barrera** advierte el hecho con el Informe No. 039-2010- MDP-UL, de fecha 12 de marzo de 2010. Una vez materializada la firma del contrato, el representante del **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN** solicita tres adelantos de pago, dos por materiales y el otro por pago directo; respecto al pago por materiales se efectuó un primer pago a favor del consorcio por la suma de S/ 79,500.00 soles; para garantizar el pago se presenta por parte del **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, la Carta Fianza No. 0501-2010, de fecha 19 de marzo de 2010; el pedido del adelanto de materiales fue aprobado mediante un proveído, por **Juan Manuel Bazán Palomino**, además contó con la aprobación de **Tomás Arturo Licham Gil**, quien era Gerente Municipal, quien materializó con el memorándum No. 175-2010. El segundo pago por adelanto de materiales se efectuó en la suma de S/ 700,000.00 soles, en esa oportunidad el beneficiado presenta la carta fianza No. 010180755 de fecha 09 de abril de 2010, y también cuenta con el

visto bueno de los acusados mencionados. Sobre el tercer pago, que fue por concepto de adelanto directo, se desembolsó la suma de S/ 79,500.00 soles y esta fue cobaturada por una carta fianza No. 0500-2010, de fecha 19 de marzo de 2010, en la que se efectuó el visto respectivo, dando conformidad por parte de los funcionarios **Juan Manuel Bazán Palomino y Tomás Arturo Licham Gil**.

142. Los adelantos fueron amparados con cartas fianzas irregulares, fueron emitidas consignando únicamente el nombre de la Empresa J&F Balarezo Ings. S.C.R.L., mas no incluyendo a la otra empresa conformante del **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, con lo cual no se incluyó a la empresa que tenía mayor capacidad de contratación y por ende se puso en peligro la ejecución de las cartas fianzas; las cuales fueron emitidas a favor de una empresa que no tenía capacidad de contratación a fin de tener satisfactoriamente la cobertura de las cartas, ello plasmado en una opinión técnica de la directiva de OSCE No. 055-2012.
143. Durante la ejecución de la obra, la empresa Consorcio Virgen del Carmen, efectúa una serie de valorizaciones, entre ellas la 04, en donde se evidencia un gasto de S/ 104,377.64 soles por conceptos de trabajos a la perforación y mejoramiento del pozo tubular, se deja en evidencia que los trabajos fueron efectuados bajo la modalidad de sub contrata, por la Empresa PERFOTEC, representado por Gilberto Gálvez Vásquez y la Empresa Hidrogeotecnia, representada por Vásquez Bernal. A pesar que la modalidad de la sub contratación a favor de las empresas, en la ejecución de la obra en concreto, solo estaba permitido si las Bases estipulaban de manera taxativa tal posibilidad; en el presente caso las bases no estipularon tal posibilidad, inclusive el Contrato de obra N° 024-2010-MDP, en la cláusula vigésima se estableció que no se podía transferir total o parcialmente la ejecución de la obra, aludiendo a las modalidades de sub contratación; es decir, que en el propio contrato estaba proscrita la modalidad de sub contratación, cosa que se efectuó por parte del **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, a favor de las empresas mencionadas, todo con conocimiento de los acusados.
144. De todo lo expuesto, se puede evidenciar un abierto y marcado favorecimiento, en contra del interés del Estado a favor de terceros, representado por consorcio Virgen del Carmen, integrado por las empresas antes mencionadas, situando a los acusados como autores del delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, al haber subordinado los intereses públicos a intereses privados, en detrimento del Estado. El periodo temporal del ilícito imputado ocurrió entre el **30 de enero del 2010 al 30 de agosto del 2010**.⁶⁴⁴
145. **SOBRE LA MATERIA IMPUGNATIVA.** Para el análisis de los postulados impugnativos dado que todos atacan el cumplimiento de los elementos típicos, partiremos de esa objeción y ordenaremos los demás ítems haciendo mención al procesado a quien concierne para una mejor distribución de los argumentos, sin iterar los alegatos que redunden sobre un mismo tema.
146. **Sobre la acreditación de los elementos típicos del juicio de subsunción.** Han sido hechos no contradichos por los apelantes que, en el tiempo de ocurridos los eventos: **Santos Apolinar Cerna Quispe** era el Alcalde de la Municipalidad distrital de Pacanga; **Tomás Arturo Licham Gil** era Gerente Municipal y Presidente del Comité de Selección de la obra bajo examen de la Municipalidad

⁶⁴⁴ Fecha en que se requiere la verificación y pago de las perforaciones realizadas por los subcontratistas, de los pozos tubulares.

distrital de Pacanga; **Juan Manuel Bazán Palomino** era el Jefe de la División de desarrollo urbano y rural e integrante del Comité de Selección de la obra bajo examen de la Municipalidad distrital de Pacanga; **Elizabeth Gady Sánchez La Barrera** era Jefe de la Unidad de Abastecimiento y Logística e integrante del Comité de Selección de la obra bajo examen de la Municipalidad distrital de Pacanga; **Carlos Enrique Guanilo Rodríguez** era Asesor Jurídico de la Municipalidad distrital de Pacanga; **Leonardo Max Montenegro Túmez** y **Patricio Baltazar Pérez Alvitres** eran Regidores de la Municipalidad distrital de Pacanga. En consecuencia, en todos ellos se cumplen los elementos objetivos típicos de ser Sujetos agentes del delito especial de Negociación incompatible, por tratarse todos ellos de funcionarios públicos. Igualmente, se cumple el elemento modal “*intervenir en el contrato por razón de su cargo*”, algunos sólo en la fase de selección o precontractual, otros incluso en la fase de ejecución del contrato. Por lo que los argumentos en contrario, carecen de asidero probatorio. Siendo que los aspectos de interesarse indebidamente de modo directo y el dolo como constitutivo del delito los examinaremos, a partir de las objeciones impugnativas de valoración probatoria.

- 147. Sobre la aplicación de la jurisprudencia casatoria.** La defensa de los procesados Bazán y Licham, sostiene lo ocurrido es solo el incumplimiento de normas administrativas y conforme a la jurisprudencia suprema tales no constituyen el delito imputado, como la Casación 841-2015/Ayacucho. En el caso del delito de negociación incompatible, se han emitido dos jurisprudencias vinculantes: la **Casación No. 841-2015-AYACUCHO** que versa sobre la regularización de los contratos y operaciones del Estado en situaciones de emergencia (acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional) que no constituye delito de negociación incompatible y la **Casación No. 23-2016/ICA** que versa sobre la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, esta última aprovechable en su parte doctrinaria. En ambas se expresa que las meras irregularidades advertidas por Contraloría General de la República o el hallazgo del incumplimiento de la Ley no es suficiente para acreditar la responsabilidad penal. Si componemos estas Reglas de derecho punitivo fijadas por la Corte Suprema de la república con la **Teoría del precedente**⁶⁴⁵ o (Case System), tal como se aplica en los sistemas anglosajones,

⁶⁴⁵ **Sobre la Teoría del precedente.** Denominado Case System, la teoría del precedente de origen inglés y reformado por el sistema judicial norteamericano, es el sistema judicial por el cual se resuelve un conflicto jurídico tomando como referencia la resolución judicial histórica y anterior que sobre el mismo asunto se haya resultado. Posee dos supuestos: a) El antecedente judicial (comúnmente llamado precedente) **Case System**, por el cual cualquier resolución judicial de cualquier instancia y de cualquier distrito confederado en los Estados Unidos puede servir para resolver el caso presente, siempre que las notas esenciales entre ambos casos sean idénticas; y b) La jurisprudencia vinculante o **Leading case**, caso emblemático referente, por el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reconociendo el uso frecuente, longevo y consuetudinario de un caso antecedente judicial, lo admite como un caso referente para resolver casos futuros, incluso en el writ of certiorari, (escrito de certeza) puede llegar a impedir que demandas de ese estilo sean postuladas. No debe perderse de vista que la teoría del precedente parte del supuesto que la fuente de derecho no es la ley; ni que por otro lado cualquier Juez puede apartarse de un Leading case utilizando su facultad de distinción (distinguishing) mientras que en un case system sólo es suficiente que declare la diferencia de su caso con el antecedente. Lo que importa reconocer, la capacidad suprema uniformizadora de la doctrina casatoria o constitucional, pero con razonabilidad, cuando tratándose de asuntos derrotables, deba imperar la independencia y autonomía del Juez. Por lo mismo a diferencia de la legislación que posee Reglas de derecho, en las que impera la subsunción del caso a la norma, en la casuística el ejercicio jurisdiccional consiste en componer el caso presente con el caso precedente y sólo de un juicio de identidad puede desplegarse análogas consecuencias. [//] Precisamente la facultad de distinción (distinguishing) ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico peruano en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo 767 – Decreto Supremo 017-93-JUS, que prescribe: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en

cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.” (Resaltado adicional) [//] Tratándose de la Ley el Juez no puede realizar una aplicación lineal, sino que debe interpretarla previamente y sólo entonces aplicarla al caso concreto. Tampoco puede considerar las interpretaciones jurisprudenciales al precedente o a la jurisprudencia anterior como excepciones a la Regla de derecho (como se ha hecho en la recurrida) sino que debe realizarse más bien un juicio de composición o de descomposición, donde las interpretaciones son criterios, pero no Reglas menos cerradas o absolutas. Luego, insistimos, según la Teoría del precedente, el análisis judicial para aplicar la jurisprudencia vinculante no es una tarea de subsunción como si fuese Ley, en donde la Regla de Derecho que la contiene se emite por generalidad de las cosas (Artículo 103° CN) sino que las Reglas Procesales, las Reglas jurisprudenciales y eventualmente las Reglas de Derecho que pudieran surgir implícitas, se emiten por casuística (por la diferencia del caso concreto). Por ende la tarea judicial con relación a la jurisprudencia vinculante, exige tres pasos: a) La **equiparidad**, que supone determinar que el caso presente es semejante en todas sus notas esenciales con el caso precedente, puesto que de lo contrario no es posible aplicar la jurisprudencia al caso que se resuelve ya que no le sería pertinente; b) La **denotación**, que exige reconocer e identificar en la Sentencia vinculante los enunciados que son Regla procesal o Regla Jurisprudencial para los casos futuros, como dijimos antes, eventualmente también las Reglas de derecho; y c) La **pertinencia constitucional**, que exige el Juez que si bien se hubiese superado los pasos anteriores, no exista una interpretación de mayor optimización o de mejor justicia que deba aplicarse, por lo que debe justificar y sustentar en la decisión, conforme a su potestad el apartamiento del precedente, por razones superiores constitucionales o convencionales y fundamentales de justicia, que se conoce como la facultad de distinción (distinguishing). [//] Ello supone reconocer también, que un Sistema normativo puede y es imperfecto, por ende, posee intersticios [Los intersticios del derecho se dividen en vacíos o lagunas y defectos, como las antinomias, vaguedad, oscuridad, ambigüedad, texto abierto, concepto jurídico indeterminado. Así que incluso, en la adopción de una antinomia, igual se tendría que recurrir a los Principios del Derecho. MORESO, Juan José & VILAJOSANA, Josep María (2008) Introducción a la teoría del Derecho, Madrid: Marcial Pons] que deben ser solucionados mediante una interpretación concordante, sistemática e integral que permita la completitud y armonía del Sistema normativo de tal manera que las exclusiones de prescriptos vigentes sean excepcionales y sólo cuando se hubieran agotado todos los medios posibles de armonización. [ALCHOURRON, Carlos Eduardo & BULYGIN, Eugenio (1987) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 34 a 43] En ese sentido, la opción de criterios de solución de intersticios de indeterminación o de derrotabilidad del derecho, recurriendo a principios, debe ser de última razón, cuando se haya descartado todas las posibilidades de interpretación que permitan la subsistencia de las prescripciones jurídicas en cuestión, legales o jurisprudenciales. [RODENAS, Ángeles (2012) Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, p. 71] [//] Recurriendo a una interpretación de concordancia práctica y de concordancia constitucional, bajo la rectoría del **principio a favor del juez** (pro bonum iudex) “*debe agotarse la posibilidad de extraer el sentido o significado que se expresa a través de las palabras, sea que provengan del texto legal o del texto constitucional, pasando de los significantes a los significados*” [ZAGREBELSKY, Gustavo (2008) *El derecho dúctil*, Traducción Marina Gascón, 5a. ed., Madrid: Trotta, pp. 7 a 11]. Para ello, nuestra primera opción es revisar si el significado de la Regla procesal o la Regla jurisprudencial se compone con el texto Constitucional o concuerda con él (**Principio de concordancia constitucional**), luego encontrar la interpretación que permita concordarlas entre sí de modo armónico, (**Principio de concordancia práctica**) partiendo de la presunción que el Juez emite Jurisprudencia vinculante uniformizadora y no controversial mucho menos derrotable (**Principio a favor del Juez**) En la autorizada palabra del gran Juez alemán que resulta de recibo en este caso: “*La Constitución no debe modificarse a menos que no pueda ser interpretada de otra manera... debiendo permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica, y en tanto que tal, sometida a cambios históricos*” [Véase HESSE, Konrad (2001) *Escritos de Derecho Constitucional*, edición de Pedro Cruz y Miguel Azpitarte Sánchez en Democracia y Derecho, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Político Constitucionales, pp. 17 a 21] [//] Considerando que en la interpretación jurídica el significante es la disposición y el significado es la norma, descifrando la norma que deriva del mismo. [GUASTINI, Riccardo (2007) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta S.A., pp. 29 a 53] Por ende, en casos de derrotabilidad (sea de la ley, con mayor razón de la jurisprudencia), antes de apartarnos del precedente vinculante, es necesario encontrar o mejor aún descartar la existencia de alguna interpretación que permita su supervivencia y hegemonía uniformizadora. Tal acción posee los límites de interdicción a la arbitrariedad y de razonabilidad, y resulta indispensable en un Estado Constitucional de Derecho, como lo reconoce la doctrina: “*salvo en los inusuales casos en los que el sentido del precepto jurídico aparece como único, evidente y claro, en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de un nuevo Derecho en el caso [...] que dicha interpretación venga realizada por los Tribunales, o al menos por aquellos que se sitúan en la cúspide del Sistema Judicial... en la mayoría de las ocasiones la labor interpretativa conlleva en cierta medida creación, ya que el enunciado legal no se deduce siempre de forma indubitada un único contenido normativo o una única respuesta a un caso concreto...*” [WROBLESKI, Jerzy (1985) *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Madrid: Civitas, p.110; DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2008) *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*, en Revista Quid iuris, Año 3, Volumen 6, Agosto 2008, Chihuahua – México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 9] [//] Adicionalmente a ello, un precedente vinculante, precisamente porque no se dicta por la generalidad de los casos, sino por un caso específico (Case System o Casuística), no obstante que pueda contener una Regla procesal, e incluso que pretenda una vocación legislativa definiendo una Regla de derecho, al no ser la técnica de la subsunción (Caso – hipótesis legal) la que rige su aplicación es menester interpretarla a la luz de los criterios antes acotados, esgrimiendo una decisión razonable y por ello de justicia material que merezca mayor profundidad, que la mera aplicación positivista de la Regla procesal o la Regla jurisprudencial, previa superación de la equiparidad, denotación y pertinencia. Tal posición ha sido acogida por el propio Tribunal Constitucional e incluso por la Corte Suprema de Justicia como lo revelan los siguientes casos. Tómese como ejemplos: **A NIVEL CONSTITUCIONAL**: 1) la **STC Expediente 05057-2013-PA/TC – JUNÍN**, Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, **PRECEDENTE VINCULANTE**, del 16 de abril de 2015; que ha sido modulada por la **STC Expediente 06681-2013-PA/TC – LAMBAYEQUE**, Caso Richard Nilton Cruz Llamas, del 23 de junio de 2016 y luego por la **STC 00698-2017-PA/TC – SULLANA**, Caso Bernardo Ignacio Asencio Mendoza del 15 de noviembre de 2017, FJ. 7 - Dígase de paso obrero chofer de Seguridad ciudadana de la Municipalidad provincial de Talara, que fue repuesto por el Tribunal Constitucional. En la misma línea de protección constitucional aparece la **STC Expediente No. 06497-2015-PA/TC – HUAURA**, Caso Nilo Salinas Pérez, del 22 de febrero de 2017; 2) la **STC Expediente No. 3052-2009-PA/TC - CALLAO, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Yolanda Lara Garay, del 14 de julio de 2010, FJ. 36 en donde se estableció que “El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo”, fue modulada por la **STC Expediente No. 06459-2009-PA/TC - LIMA, Sentencia Plenaria de interpretación del Precedente vinculante**, Caso Carla Fabiola Navarro Gonzales, del 11 de noviembre de 2015, FJ. 13, en donde el Tribunal Constitucional ha modulado su precedente, interpretando que “*la consignación o depósito que realice el empleador por concepto de indemnización por despido no impedirá la reposición del trabajador si es que se acredita que éste no aceptó el pago de dicha indemnización*»; 3) La Sentencia del precedente Vinculante “Amado Nelson Santillán Tuesta”, contenida en el **Expediente No. 02616-2004-AC/TC – AMAZONAS, PRECEDENTE VINCULANTE** Caso Amado Nelson Santillán Tuesta, del 12 de setiembre de 2005, por la cual se fijó como Regla procesal que “*la bonificación del Decreto de Urgencia No. 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud*” [Fundamento 13]. Sin embargo, años después, el mismo Tribunal Constitucional, **modula** la Regla procesal antes fijada señalando expresamente que la Regla procesal del precedente vinculante “Santillán Tuesta” posee en realidad dos Reglas procesales, la Regla de exclusión de los servidores del Sector Salud y la Regla de inclusión de los Servidores de dicho sector que acrediten no encontrarse en la escala diferenciada número 10. Cfr. **SENTENCIA PLENARIA INTERPRETATIVA. Expediente No. 05337-2008-PC/TC – ICA**, Caso Félix Antonio Flores Felipa del 09 de Noviembre de 2010. Debemos recalcar que incluso esta Sentencia lleva la firma de los siete Magistrados Tribunos: Mesía Ramírez – Vergara Gotelli – Beaumont Callirgos – Calle Hayen – Eto Cruz – Álvarez Miranda – Urviola Hani. 4) la **STC Expediente No. 04853-2004-PA/TC – LA LIBERTAD, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, del 19 de abril de 2007, que en la práctica permitió el Recurso de agravio constitucional (RAC) también a los demandados cuando la Constitución (202° inciso 2) CN) únicamente permite legitimidad para el RAC al demandante. Este precedente vinculante fue derogado por la **STC Expediente No. 03908-2007-PA/TC – LAMBAYEQUE**, Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS – Nacional), del 11 de febrero de 2009, que por cierto también es **PRECEDENTE VINCULANTE**, señalando que por vía interpretativa no se puede modificar la Constitución, en consecuencia, el texto constitucional sólo habilita al demandante cuando su pedido constitucional es desestimado o denegado. No obstante, la realidad jurídica ha desbordado este segundo precedente vinculante y pese a que su Regla procesal era clara y precisa, ha tenido que admitir excepciones a esta Regla procesal cerrada y vinculante. Afirmando que en cuatro casos es posible que el demandado pueda acudir por medio del RAC directamente al Tribunal Constitucional: 1) **Tráfico ilícito de drogas. Sentencia del Expediente No. 2663-2009-PHC/TC – LIMA**, Caso Edwin Walter

encontraremos que el órgano jurisdiccional no puede aplicar el precedente como lo hace con la ley, puesto que ambas fuentes del derecho no son equivalentes. La Ley se emite por la generalidad de las cosas y el precedente por un caso concreto y específico, incluso cuando posee consecuencias abstractas (*erga omnes*). Por ello mientras con la ley se usa la técnica de la subsunción; en cambio el precedente, usa la técnica de la homologación o equivalencia o simetría.

- 148.** Así pues, en un Estado Constitucional de Derecho, el Juez se somete con estricta obligación a la Constitución y a los Derechos Humanos, no a la Jurisprudencia ni siquiera a la ley, que fueran incompatibles con aquellos. Porque ello posicionaría el comportamiento judicial en el reconocimiento a un Estado legal de Derecho o a un Estado jurisprudencial del Derecho, que no es el nuestro, sin desconocer que el Juez se sujeta al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia que fuera compatible con el Estado constitucional y convencional de Derecho. Por ello, incluso en el sistema anglo sajón donde el Estado jurisprudencial del Derecho parece primar, todo Juez invoca un caso anteriormente resuelto, siempre y cuando primero analice analógicamente que las mismas notas características en ambos casos son semejantes o idénticas y luego, equipara la conclusión bajo el apotegma *“ubi ratio ibi ius”* que es una argumentación *“a pari”*, pues donde existe la misma razón, existe el mismo derecho. Luego, aunque la misión del precedente es uniformizar sus decisiones para volverlas predecibles, entre los casos anteriores, previamente debe establecerse que ambos casos poseen características semejantes, por muy generales que fueran las reglas jurisprudenciales.
- 149.** Igualmente, incluso en el sistema inglés del precedente o Case System, el Juez no obstante, llegar a la conclusión que existe semejanza o identidad en los casos, puede apartarse hasta de los *“laeding case”* (casos modelo) lo que en nuestro ordenamiento viene a llamarse *“jurisprudencia vinculante”*, mediante la facultad de distinción (*distinguishing*), y el usar esta facultad no lo vuelve impredecible; cuando las consecuencias que se provoque o son irrazonables o son injustas, facultad que

Martínez Moreno del 12 de agosto de 2010 por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público demandado y vencido, podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de Tráfico ilícito de drogas; 2) **Aplicación fraudulenta de la Constitución cuando se contraviene bienes, valores, principios jurídicos constitucionales.** Sentencia del Expediente No. 2663-2009-PHC/TC – LIMA, Caso Edwin Walter Martínez Moreno del 12 de agosto de 2010 por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público o el Procurador (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de ejercicio abusivo del derecho o aplicación fraudulenta de la Constitución siempre que se contravenga principios, valores, bienes o disposiciones constitucionales; 3) **Lavado de activos.** Sentencia del Expediente No. 02748-2010-PHC/TC – LIMA, Caso Alexander Mosquera Izquierdo del 11 de agosto de 2010, por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de TID o lavado de activos; y, 4) **Terrorismo.** Sentencia del Expediente No. 1711-2014-PHC/TC – LIMA, Caso Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, del 08 de abril de 2014, por el que se dispuso que por excepción el INPE (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de Terrorismo. Y **A NIVEL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** 1) **La Casación No. 383-2012-LA LIBERTAD, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL,** Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, en el caso Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en su calidad de Gerente General de las empresas “Corporación Minera San Manuel S.A.” y de la “Minera Sayaatoc S.A.” y contra Carlos Montori Alfaro, en su calidad de Director Gerente de la “Compañía Minera Sayapullo S.A.”, como autores del delito de contaminación del ambiente, en la modalidad de vertimientos contaminantes al suelo, el subsuelo y a las aguas terrestres o subterráneas, en agravio del Estado, la sociedad y la población de Sayapullo, en su representación la Municipalidad Distrital de Sayapullo, del 15 de octubre de 2013. La **Casación No. 442-2015-DEL SANTA, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL,** Caso Guzmán Fajardo Sánchez por el delito de usurpación en la modalidad de despojo, en agravio de Lizberti Irma Choquehuanca Ramos, publicada el 11 de febrero de 2018. Y la **Casación No. 332-2015-DEL SANTA, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL,** Caso Jeancarlos Miguel Escribano Calderón y Juan Carlos Chuquiruna Padilla por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de lesiones leves, previsto y sancionado en el artículo ciento veintidós, primer párrafo, del Código Penal, en agravio de Rully Alexander Paredes Cabrera, Kenny Aníbal Vega Cadillo y Juan Carlos Vásquez Imán, publicada el 14 de marzo de 2018, Fundamentos cuarto, quinto, octavo, noveno y undécimo. Las tres sentencias, con más o menos términos fija una Regla **“El plazo de suspensión del artículo 339.1 del CPP es perentorio y equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo.”** Lo que ha generado la demanda recurrente del foro de sólo un plazo extraordinario para exigir que prescriba la acción penal. No obstante, posteriormente se emite la **Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente, Casación No. 779-2016-CUSCO, Sentencia interpretativa de doctrina jurisprudencial,** Caso Pedro Efraín Caviedes Catalán, Ruth Eusebia Olivera Pareces, Víctor German Boluarte Medina y Freddy Quiroz Zarate por delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en la modalidad de administración fraudulenta en agravio del Colegio de Abogados del Cusco, del 26 de julio de 2017, que interpreta todos los precedentes y señalan que la Regla fijada correcta es: **“El artículo 339.1 del CPP fija una suspensión procesal “sui generis”, que no deroga ni modifica, directa ni indirectamente las reglas de prescripción del Código Penal, posee un plazo equivalente a un plazo ordinario más la mitad, como lo establecieron el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116, el Acuerdo Plenario No. 03-2012/CJ-116 y la Casación 383-2012-LA LIBERTAD, la suspensión consiste solamente en un intervalo que no se computa; cesada la causa de la suspensión, se cuenta el tiempo anterior a ella, si lo hubo, y sigue corriendo el término originario de prescripción extraordinaria”.**

alcanza incluso a la potestad jurisdiccional de apartarse de la ley inconstitucional o defectuosa. Por ello, para asimilar la sentencia a una decisión anterior, debe primero establecer la similitud casuística con la jurisprudencia vinculante, para descartar que su decisión genere injusticia material. Por ende, la aplicación sin más de una jurisprudencia anterior sin análisis al caso que resuelve, es una motivación aparente. Y desde esa perspectiva la invocación de los apelantes Bazán y Licham no resultan atendibles.

150. La Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 841-2015/AYACUCHO, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del 21 de junio de 2016 que toca un tema muy específico como doctrina vinculante:

“Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el derecho penal. Ello porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé este tipo de contratación como la única que admite regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.”

151. Lo que, supone que, al ser una doctrina tan específica, requiere desarrollar la teoría del caso, en primer lugar, ya que la Casación no está definiendo Reglas jurídicas, sino que establece que se exorbita del campo penal los defectos administrativos pasibles de subsanación (efectos procesales). Lo que importa reconocer “caso por caso” si el asunto sub materia es posible de ser regularizado administrativamente, ya que existen prohibiciones expresas en la Ley de contrataciones del Estado que no permiten aprobar contratos, operaciones, pagos, adjudicaciones en vía de regularización. ***Por consecuencia, esta doctrina jurisprudencial al ser tan específica sólo puede ser aplicada en los casos que los asuntos materia de incriminación versen sobre defectos administrativos que la Legislación vigente de contrataciones del Estado, permita la regularización administrativa, es decir vicios que pudieran subsanarse al interno de la contratación administrativa.*** Y como ese no es el caso del presente proceso, tal invocación jurisprudencial no es pertinente.
152. Por otro lado, está también la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, caso Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sicto Luis Ibarra Salazar, Rosauro Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles sobre delito de negociación incompatible en agravio del Estado, publicada el 08 de junio de 2017, que establece como doctrina, también vinculada a contrataciones en periodos de **emergencia climática**, que tampoco concierne al asunto materia de impugnación, por los mismos fundamentos tampoco resulta aplicable.
153. **En cuanto a la Casación 231-2017/PUNO.** La defensa de los procesados Bazán y Licham la invocan para excluirse de la responsabilidad. Así pues, es verdad que la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es del parecer que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, como da

cuenta la Ejecutoria Suprema, **Casación 231-2017/PUNO**, del 14 de setiembre de 2017, en el caso José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Melgar, Ponencia del señor Cevallos Vegas, con los votos de los señores Hinojosa Pariachi, Figueroa Navarro, Chávez Mella y el voto en discordia del señor Sequeiros Vargas, Fundamento Décimo tercero. No obstante, esta posición no es uniforme a nivel de la jurisprudencia suprema, como da cuenta la **Sentencia de la Sala Penal Especial Expediente 07-2016**, del 14 de setiembre de 2018, en el caso Francisco de Paula Boza Olivari por presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Corte Superior de Ucayali, con Ponencia del juez supremo Guerrero López, y firmas de los Señores Salas Arenas y Neyra Flores, Fundamento 12. *“es necesario aclarar es que lo expresado en la referida Casación [231-2017/PUNO] no es una posición sólida o plasmada en derroteros jurisprudenciales consolidados”* Afirmando luego que la doctrina más bien lo considera un **delito de peligro abstracto**, porque busca adelantar la barrera de punibilidad (ARISMENDIZ AMAYA, Eliu (2018) *Manual de delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, p. 776; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2011) *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Editorial Palestra, p.453) y en la parte resolutive Disponen que se Oficie a la Presidencia del Poder Judicial, para que de estimarse se convoque a Pleno Casatorio con relación al tema y por lo dictado en la Casación 231-2017/PUNO, con el fin de desautorizarla.

154. En la misma línea la Ejecutoria Suprema de la Sala penal transitoria **Recurso de Nulidad 2068-2012/LIMA**, del 19 de abril de 2013, Caso Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila, Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – CORPAC, ponencia del Señor San Martín Castro, con firma de los Señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Neyra Flores, Fundamento Sexto; Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria **Recurso de Nulidad 1674-2013/AYACUCHO**, del 12 de marzo de 2014, Caso Raúl Héctor López Chávez, Lupe Ccasani Huamán y Eugenia Marcelina Quispe Medina por delito de aprovechamiento indebido en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Huanta, ponencia del Señor San Martín Castro, con firma de los Señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Salas Arenas y Príncipe Trujillo, Fundamento Séptimo; Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria **Recurso de Nulidad 666-2016/ANCASH**, del 29 de mayo de 2017, Caso Konnia Luz Carrillo San Martín, Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga y Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Pomabamba, ponencia del señor San Martín Castro, con firmas de los Señores Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo, Fundamento Noveno. Por lo tanto, estos alegatos no resultan atendibles.
155. **Sobre la tesis de la ausencia de desdoblamiento.** Vinculado al **interés indebido** se encuentra el asunto de la falta de acreditación del desdoblamiento alegado por los procesados. Al respecto debemos señalar tres cosas: En primer lugar, la finalidad de la prohibición contenida en este delito, proscribire el desdoblamiento del interés, es decir el hecho que pese a que todo Funcionario Público por su misma razón de

ser, interviene representando al Estado, desvía la tutela del interés general, para respaldar, apoyar, preferir el interés del particular. No siendo necesaria ni la previa concertación, ni siquiera que el beneficiario conozca que se le está beneficiando. Este desvío del uso del poder que posee todo Funcionario Público, para usarlo en favor (beneficio) de un interés particular, en este caso del contratista. Siendo la posición académica más consolidada, que lo indebido no solo se refiere a lo ilegal o irregular; sino también al fracaso del principio de exclusiva protección de los intereses públicos.

- 156.** En segundo lugar, no se trata, como señala la doctrina nacional y extranjera, que la norma sancione la tendencia subjetiva del funcionario, o el querer un interés de lograr un provecho (lo que incluso la jurisprudencia suprema, como vimos antes, ver fundamentos 38 y 58), lo ubica equivocadamente como un delito de peligro concreto. En realidad, lo que prohíbe y castiga es interesarse realizando determinados actos materiales que revelan una especial preocupación por favorecer a terceros o los objetivos particulares, lo que supone – en tercer lugar - por la desviación del poder, la postergación del deber de actuar guiado por el *principio de exclusiva protección de los intereses públicos*. [SANCINETTI, 1986:886]⁶⁴⁶
- 157.** Por lo tanto, que el procesado **Santos Apolinar Cerna Quispe**, haya convocado a una sesión extraordinaria, sin las formalidades debidas, para tratar la exoneración de la contratación del Proyecto de Inversión Pública denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*”, con código SNIP No. 56900 - 2007 sabiendo que existía desde el año 2007, el formato SNIP No. 03, correspondiente al año 2007, [Ver folios 66 a 70 del Expediente 02082-2018-4-1601-JR-PE-10, en adelante Expediente judicial] en el que se registró el mencionado, incluso sabiendo que contaba con estudio de pre inversión. Que haya sometido a conocimiento del Concejo Municipal solo los Informes técnico y legal favorables, sabiendo que existía un Informe técnico 064-2010-DDUR/MDP del 12 de febrero de 2009 que era desfavorable, pues “*solicitaba a la Gerencia Municipal ordenar a la sección de Logística iniciar la ejecución de la obra por contrata y por el Sistema de Contratación de SUMA ALZADA*”; incluso – como dijimos - que contaba con un Estudio de Pre inversión a nivel de perfil desde el 25 de julio de 2007 [Ver folios 71 a 87 del expediente judicial]
- 158.** Al igual que la existencia de una Convocatoria que ha sido adulterada, añadiendo a manuscrito la hora 05:00 pm, para la Sesión extraordinaria del 18 de febrero de 2010, firmada por los procesados Montenegro y Pérez (entre otros) [Folio 90 del Expediente Judicial] Y lo peor, que haya convocado verbalmente para la sesión extraordinaria de exoneración del Proceso de Selección, en abierta contravención al artículo 13° de la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley 27972 (LOM) que prescribe: “*En la sesión extraordinaria sólo se tratan los asuntos prefijados en la agenda; tiene lugar cuando la convoca el alcalde o a solicitud de una tercera parte del número legal de sus miembros*”. Por lo que resulta inadmisibles incluso la propia versión de los procesados Cerna, Guanilo, Bazán y Licham, que la Convocatoria escrita para la sesión del 18 de febrero de 2010, incluye tanto la que

⁶⁴⁶ SANCINETTI, Marcelo (1986) *Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, T.XXXIX, fascículo III, setiembre – diciembre, Madrid:ADPCP

se realizó contenida en el Acta 004 y la posterior del Acta 005, porque la misma solo consigna como Agenda “*Puntos diversos*”, cuanto la LOM exigía que en la convocatoria conste expresamente el asunto de la exoneración del Proceso de selección. La cual solo podía dispensarse en caso de emergencia, situación que no es posible calificar el asunto, ya que de las pruebas actuadas se demuestra que el problema sanitario y de alcantarillado existía desde el año 2007 y que se agudizó el año 2010, lo que, en forma alguna, como lo reclama el Ministerio Público puede ser considerado imprevisible, catastrófico, emergencia, o inesperado desabastecimiento. Lo que viene reforzado por la declaración del procesado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, que la verdadera razón de la exoneración y en ese sentido hizo su informe era con la finalidad que los fondos no fueran revertidos, por lo que se buscó una salida considerando el artículo 22° de la LCE que permitía la declaración de desabastecimiento del desagüe en Pacanga. [Escuchar Audio de la audiencia del 26 de noviembre de 2018, minuto 45:39 a minuto 1:19:32]

- 159.** En Audiencia se ha presentado copia certificada del Acta de Sesión Extraordinaria No. 004-2010, de fecha 18 de febrero de 2010, la cual no solo presenta las inconsistencias advertidas por la señora Fiscal que tienen como hora de inicio 14:00 horas cuando la supuesta convocatoria se citó a las 03:00 p.m. y a manuscrito añadido 05:00 p.m. sino que además, no se ha presentado el Acta íntegra sino parte de ella, por lo que no posee la potencia probatoria que alegan los procesados Cerna y Pérez, sino que no desmerece ni desacredita la conclusión que la Sesión extraordinaria para la exoneración no contó con la convocatoria válida, ya que no tiene en la agenda el punto específico de exoneración como lo exige la Ley Orgánica de Municipalidades sino “asuntos diversos” lo que es indebido, sino que de acuerdo a las declaraciones del procesado Pérez, la citación fue verbal. Por lo que tal medio de prueba no permite concluir acreditación alguna exculpativa, al procesado Cerna, o extensible a los demás, en el presente caso.
- 160.** Todo ello se suma, no solo a que los Informes técnico y legal con los que se justificó el Acuerdo no tuvieran la documentación o evidencias de respaldo, sino únicamente opiniones e informes, aunado al hecho que no le llamara la atención la celeridad inusitada desde que se exonera el Proyecto (jueves 18 de febrero de 2010), se aprueba las Bases de exoneración (lunes 22 de febrero de 2010), se realiza el proceso de selección de la Empresa A&J Contratistas EIRL (martes 23 de febrero de 2010), se inscribe el Consorcio posterior a la Selección (miércoles 24 de febrero de 2010), se adjudica la Buena Pro al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN que no fue seleccionado (jueves 25 de febrero de 2010); se suscribe el Contrato de obra con el CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN el mismo día (jueves 25 de febrero de 2010) y lo peor a pesar que el Consorcio recién se formaliza, con fecha 02 de marzo de 2010, cuyas firmas se legalizan incluso el 05 de marzo de 2010, como se aprecia de los folios 110 a 112 del expediente judicial, lo que importa indicios graves en concurrencia con los demás de una festinación del trámite de contratación.
- 161.** Así pues, son todos indicios reveladores que en conjunto demuestran un interés indebido al haber infringido el deber de actuar guiado por el principio de exclusiva protección de los intereses públicos. No siendo posible admitir, como señaló en su propia defensa material que no posee estudios superiores, puesto que las respuestas brindadas en su declaración del veinticinco de setiembre de dos mil diecinueve,

[Escuchar audio, conforme al Acta de folios 386 a 391] a las preguntas tanto de su defensa como del Ministerio Público, dan cuenta que conoce y domina temas técnicos de contratación estatal.

162. Objeta, también, que se le atribuya haber firmado el Contrato de obra, pese a los cuestionamientos existentes sobre la Carta Fianza que el procesado Cerna afirma haber desconocido como lo acreditaría el Informe 039-2010-MDP-UL de fecha 12 de marzo de 2010 [Folios 129 del expediente judicial], sin embargo tal objeción no resulta atendible, toda vez que al alcalde no se le reprocha conocer cuestiones técnicas que corresponden a las áreas respectivas, pero sí que haya suscrito el Contrato sin exigir la previa revisión del área legal, o que éste se ajuste estrictamente al procedimiento convocado en las Bases de la exoneración, menos aún se explica que no le llame la atención que el Consorcio se firmó después de la selección de uno de sus integrantes, la rapidez y celeridad en un trámite que tenía desde el año 2007 de existencia, en particular que la Carta Fianza que respaldaba el fiel cumplimiento aparecía emitida a cargo y por orden y cuenta de EUROTUBO SAC, o menos aun que no le preocupara recibir una previa orientación de las áreas comprometidas al respecto. Por lo que los alegatos del procesado Cerna devienen en infundados, en especial porque el Informe 039-2010-MDP-UL, formaba parte del Expediente de contratación y le fue puesto con todo el expediente a su conocimiento.
163. En lo concierne al procesado **Juan Manuel Bazán Palomino**, el que haya emitido dos Informes que se contradicen: Informe técnico 064-2010-DDUR/MDP del 12 de febrero de 2009 desfavorable pues solicitaba contrata a suma alzada [Folios 94 a 95 del Expediente judicial] en contraste con el Informe 071-2010-DDUR/MDP del 16 de febrero de 2010 [Folios 96 a 98 del Expediente judicial], sin que medie una justificación suficiente para tal discrepancia, con la finalidad que se exonere el Proyecto de Inversión Pública denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*”, con código SNIP No. 56900 – 2007 y el Estudio de Pre inversión a nivel de perfil desde el 25 de julio de 2007, pese a que él mismo figura en ambos como Responsable de la Unidad ejecutora [Ver folio 66 y 73 del Expediente judicial] e intervenir en la selección de un postor que no tenía la fianza suficiente; puesto que como lo ha fijado el Organismo Supervisor en Contrataciones del Estado - OSCE, a través de la Dirección Técnico Normativa, en la Opinión 055-2012/DTN del 11 de abril de 2012, que examina la legislación vigente de contrataciones al tiempo de los hechos, señala que mediante el Oficio No. 5196-2011-SBS del 27.ENE.2011, la SBS manifestó lo siguiente:

“...La carta fianza es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza)... En este escenario, en la medida que un consorcio no constituye una persona jurídica, a efectos de que las obligaciones asumidas por sus integrantes estén adecuadamente protegidas, es necesario que la carta fianza que se emita mencione expresamente a todas y cada una de las empresas que lo conforman pues, dado el carácter literal en comento, la garantía no podrá ser ejecutada válidamente, si la conducta que determina dicha situación es atribuida a persona distinta a la mencionada en su texto. Es importante precisar que aun cuando la Ley de Contrataciones del Estado dispone que los integrantes del consorcio se obligan solidariamente, ello es sólo para efectos de sus relaciones con la entidad convocante mas no afecta de modo alguno la cobertura de la garantía la cual alcanza –exclusivamente– a las personas expresamente enunciadas en su literalidad.” (El subrayado es agregado).

*Concluyendo que: Por tanto, conforme a lo indicado por el ente rector del sistema financiero y de seguros y tomando en cuenta la literalidad de la carta fianza, resulta necesario precisar que **cuando ésta sea emitida a favor de un consorcio debe consignarse en su texto el nombre de todas y cada una de las personas naturales o jurídicas que lo integran; de lo contrario, dicha garantía no podrá ser ejecutada válidamente**”.*

- 164.** De lege lata, debemos señalar que la opinión de la SBS y del OSCE, se han materializado en la Directiva 016-2012-OSCE/CD, del 30 de setiembre de 2012, sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado, en la que se establece que si bien en los consorcios, basta que uno de sus integrantes se haya registrado como participante en el procedimiento de selección, para lo cual dicho integrante debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), correspondiente al objeto del procedimiento y los demás integrantes es suficiente que cuente con inscripción vigente en el RNP. Para el caso de las *garantías* que presenten los consorcios, para el perfeccionamiento del contrato, durante la ejecución contractual y para la interposición de los recursos impugnativos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 39° de la Ley, **deben consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, en calidad de garantizados, de lo contrario no pueden ser aceptadas por las Entidades.** No se cumple el requisito antes indicado si se consigna únicamente la denominación del consorcio. (Apartado 6.5.3) La misma redacción aparece en la Directiva 002-2016-OSCE/CD, del 30 de enero de 2016, apartado 7.5.3; y la Directiva 006-2017-OSCE/CD, del 30 de marzo de 2017, apartado 7.5.3. Si bien son normas posteriores a los eventos, no puede soslayarse que todas ellas hacen suyos los criterios de la Superintendencia de Banca y Seguros expresados el año 2010.
- 165.** Y si bien, el procesado Bazán como denuncia actúo en cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 039-2010 que lo designa como integrante del Comité de Selección, el reproche penal como declaración de certeza, es que premunido de ese cargo infringió su deber de tutelar por los intereses del Estado, al admitir la postulación y adjudicar la buena pro a una Empresa que no fue seleccionada, que no contaba con las garantías suficientes, pues no presentó la Carta Fianza de Seriedad de la Oferta que le era exigible, ni las posteriores de fiel cumplimiento tampoco cubrían a la Empresa A&J Contratistas EIRL y eran por un periodo mucho menor, lo que constituyen indicios reveladores de actuar interesado indebido. Por lo que su afirmación que no ha cometido ninguna infracción dolosa, carece de respaldo en la prueba. Y considerando que el delito imputado, no exige consumación, y por el contrario es un delito de adelantamiento de la punibilidad y de peligro abstracto,⁶⁴⁷ no es necesario demostrar un perjuicio ni un peligro efectivo al patrimonio estatal, solo la infracción al deber, como se ha dicho.
- 166.** Por lo tanto, no modifica su responsabilidad que el procesado Bazán haya emitido Informes sin contener una opinión de favor o de interés indebido, porque las infracciones a sus deberes de tutelar los intereses del Estado, y cuidar en todo momento, que el proceso de selección sea el óptimo, deben ser primordiales. Por ende, resulta inexplicable la solicitud de exoneración contenida en el Informe 071-

⁶⁴⁷ Sobre este punto véase el fundamento 61.

2010-DDUR-MD, puesto que no solo ataca su propio antecedente pidiendo la selección por concurso contenida en su Informe 064-2010-DDUR/MDP; sino que no existía razones de desabastecimiento imprevisto, ni una emergencia, ni una catástrofe climática, por lo que el clamor popular aunque tenga respaldo en el Oficio 260-2009-GRLL-GGR/GS—RED CHEPÉN/C.S.PACANGA del 12 de diciembre de 2009 del Centro de Salud de Pacanga [Folio 80] informando que en diciembre de 2009 tres calles donde el sistema de desagüe se encontraba obstruido, o el Informe 039-2009 de la Sección de Servicio al Ciudadano de la Municipalidad distrital de Pacanga [Folio 79] que da cuenta que el 60% del sistema de agua y desagüe se encontraba colapsada, tampoco justifica por más que pueda ser una situación grave, que se trate de un desabastecimiento imprevisto, que justifique conforme a las reglas de la legislación de contrataciones del Estado, la exoneración del Proceso de selección, como se hizo, por lo que tales pruebas no modifican la conclusión de responsabilidad a la que arribó el Ad quo. Al contrario, constituyen indicios reveladores del interés indebido y de la responsabilidad del procesado. Y no puede admitirse que el clamor popular justifique el delito, como la defensa sostiene, por cuanto lo que puede ser masivamente exigido no necesariamente es lo jurídica y legítimamente correcto. En consecuencia, la impugnación de los procesados Bazán y Cerna al respecto resultan infundadas.

- 167.** Los mismos argumentos respecto sobre las Cartas fianzas insuficientes, resultan indicios reveladores de la infracción de deberes que permiten acreditar el interés indebido al haber omitido el control que le era ineludible al procesado **Tomás Arturo Licham Gil**, no sólo porque el Plazo de la Carta Fianza de fiel cumplimiento No. 0011-0280-9800040435-54 [Ver folio 114 a 115 del expediente judicial] estaba extendida por un plazo de seis meses, del 11 de marzo de 2010 al 10 de setiembre de 2010, contrariamente a lo prescrito en el artículo 158° del RCE que establece: “*[la garantía de fiel cumplimiento] deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.*” Y en todo caso, excepcionalmente podía haberse aceptado una Fianza por con vigencia de un (01) año, dada la duración corta del contrato pactado a entrega en 240 días calendario. [Ver Resumen ejecutivo de folios 107 a 108 del expediente judicial y cláusula décimo octava, apartado 10.2 del Contrato de Obra, folio 122 del expediente judicial], menos aun incumpliendo la cláusula tercera del Contrato de Obra que así lo exigía [Folios 116 a 126 del expediente judicial].
- 168.** Sino por lo expresado en los fundamentos 70 y 71, debido a que el Gerente Municipal y Presidente del Comité de Selección permitió la contratación del CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN, que no contaba con garantía suficiente, pues la Carta fianza de fiel cumplimiento No. 0011-0280-9800040435-54 [Ver folio 114 a 115 del expediente judicial] únicamente garantizaba a la Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL; y menos se aprecia que cumpla con el Decreto Supremo 184-2008-EF (RCE) como lo exigía la cláusula décima del Contrato de Obra [Folios 116 a 126 del expediente judicial]. Asimismo, permitió que se gestionaran, tramitaran y pagaran adelantos de materiales y adelanto directo, sin que las Cartas Fianza que tenían el mismo defecto, fueran garantía suficiente, sin mencionar que

fue emitida a cargo y por orden y cuenta de EUROTUBO SAC que no tenía ninguna participación en el Contrato de obra exonerado. Al igual, que pese a conocer que el CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN sub contrató con la Empresa PERFOTEC, por más que como señala solo haya sido para la construcción de Pozos tubulares, sin que como Gerente Municipal haya actuado defendiendo los intereses estatales, por lo contrario, su actuación de ponerse del costado, frente a todas estas irregularidades evidencia un interés indebido en favorecer al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN que resultó beneficiado de estas infracciones de sus deberes.

- 169.** Sobre la intervención de la Empresa PERFOTEC, además de ser una infracción abierta a la cláusula vigésima del contrato que le prohibía al contratista CONSORCIO transferir parcial o totalmente la ejecución de la obra, salvo autorización de la Entidad municipal que no ha sido acreditada que exista [Ver contrato de obra, folio 123 del expediente judicial]; se tiene como hechos graves que no solo están las valorizaciones de folios 177 del expediente judicial, en donde el CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN valoriza como parte de la obra realizada por su parte la Perforación y mejoramiento de pozos, pese que la propia Empresa PERFOTEC documenta el 03 de junio de 2010 haberlos realizado en Pacanga a cuenta del CONSORCIO bajo la Supervisión de la Municipalidad distrital de Pacanga, **según lo pactado en el contrato** [Véase folios 178 a 183 del expediente judicial] lo que se consolida con la Carta que dirige el Ingeniero Gilberto Gálvez Vásquez, Gerente de PERFOTEC, fechada el 02 de agosto de 2010, en donde expresamente le indica “*estamos alcanzando el informe de la prueba de bombeo, realizado en el pozo tubular que se taladró en el distrito de Pacanga: el mismo que se ejecutara del 21 al 23/07/2010 con 36 horas de bombeo continuado las mismas que fueron convenidas en el contrato...*” (Sic) Lo que concuerda cabalmente con la declaración del absuelto Walter Javier Montalván Bernal, [Escuchar audio de la Audiencia del 04 de diciembre de 2018, minuto 07:21 a minuto 25:25] quien dijo entre otras informaciones que intervino para supervisar la obra, luego que fuera seleccionado y contratado. Siendo que en la obra aparece un camión perforador en Pacanga, quien realiza los trabajos de dos pozos tubulares, los cuales no formaban parte del Expediente técnico, su persona cursó una carta en el mes de julio de 2010 a la Municipalidad, informándole que no se había comunicado a la supervisión, acerca de la perforación de los dos pozos, no tuvo respuesta y la máquina siguió perforando, y presentó por escrito su observación.
- 170.** Del mismo modo, aparece el hecho de haber admitido y seleccionado como contratista, según el Acta de selección de persona natural o jurídica para el Proceso exonerado a la Empresa A&J Contratistas EIRL, fechada el 23 de febrero de 2010 [Folios 104 del expediente judicial], sin que se haya presentado o seleccionado al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN, pese a que finalmente fue quien suscribió el contrato, ni que se haya mencionado a la Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL, lo que se contrasta con la Promesa Formal del Consorcio fechada y suscrita el 25 de febrero de 2010 [Folios 109 del expediente judicial], es decir posterior a la selección del contratista, documentos contradictorios con el Acta de consentimiento de Buena pro, del 25 de febrero de 2010 de folios 113 del expediente judicial, en donde el Comité de Selección otorga la Buena Pro al consorcio que como dijimos no fue seleccionado previamente, por lo que el mismo proceso de selección sería irregular.

Este relajamiento de los requisitos de selección para luego formalizar en un Consorcio, si se contrasta que las Cartas Fianzas no son giradas a nombre de la Empresa A&J Contratistas EIRL y sin que aparezca un mayor rol contractual en la ejecución de la obra, son signos indicativos reveladores del razonamiento indiciario fiscal de la configuración de un interés indebido por parte los integrantes del Comité de Selección. Por lo que el argumento exculpatario del procesado Licham resulta inadmisibles, no teniendo la fuerza argumentativa en contrario, indicar que únicamente cumplieron el Acuerdo edil, lo cual es extensivo a los procesados Bazán y Sánchez, que tienen parecidos alegatos.

171. En relación al procesado **Carlos Enrique Guanilo Rodríguez**, su defensa se ha concentrado en señalar que él únicamente cumplió sus obligaciones, en cuanto a las Cartas fianzas, él se limitaba a verificar que estuvieran emitidas por el Sistema bancario y financiero adscrito a la SBS. Igualmente ha presentado como medio de prueba exculpatario el cargo original del Informe 036-2010-MDP/A.J. del 09 de abril de 2010, que se ha actuado en esta Segunda instancia, sin embargo, este documento posee varias deficiencias que no permiten un valor exacto. Primero, si bien la Sala superior admitió a trámite en respeto al contradictorio y al derecho a probar, no significa que pueda desconocerse que pueda valorarse como una prueba nueva, y más bien encubre solo la negligencia de su defensa técnica, toda vez que siendo de data anterior al inicio de las investigaciones fiscales, no se explica la razón de su presentación tardía, máxime si lo que se presenta no es el documento obrante en las oficinas ediles sino el cargo que tenía en poder el propio procesado. En segundo lugar, llama la atención que teniendo nueve años de antigüedad, no lleve el sello de post firma del procesado Guanilo, tal como aparece en el Informe 015-2010-MDP/A.J. fechado el 17 de febrero de 2010, [Folios 99 a 102 del expediente judicial], sino que se haya consignado su nombre y cargo impreso, mucho menos creíble si se toma en cuenta que en la post firma original no aparece sino su sello de abogado, y en cambio en la documental tardíamente aportada aparece su cargo de Asesor Jurídico MDP. Y, por último, también resulta inaceptable el contenido, porque, aunque tiene la apariencia de una salvaguarda de responsabilidad, culmina señalando que no tiene más remedio que visar el contrato, desconociendo su deber de objeción de conciencia siendo el asesor jurídico edil. Por lo que este documento no aporta información de calidad, que pueda considerarse con fines de probanza.
172. En contrario, el Informe 015-2010-MDP/A.J. del 17 de febrero de 2010, [Folios 99 a 102 del expediente judicial] que por la ***declaración probatoria asimilada***⁶⁴⁸ del propio procesado impugnante afirma haberlo entregado el 18 de febrero de 2019 a las 09:40 horas, bajo el pretexto que no se puede continuar con el Proyecto de Inversión del SNIP No. 56900 – 2007 denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*” con código DNPP 056428, por cuanto desde la publicación del Decreto Supremo 049-2010-EF publicado el 30 de enero de 2010, han transcurrido más de 15 días calendario, por lo que según la Jefatura de la División de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad distrital de Pacanga se estaría

⁶⁴⁸ Artículo 221° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil del Decreto Legislativo 768 – Resolución Ministerial No. 10-93-JUS. **Declaración asimilada.** Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

fuera del plazo. Y en lugar, de brindar soluciones para proseguir con el trámite a fin de garantizar al mejor proveedor luego de un proceso de selección público, aconseja declarar la situación de desabastecimiento, para poder exonerar del proceso, y no incurrir en la reversión de lo ya presupuestado y asignado. Sustentando que su consejo se respalda en el Informe 071-2010-DDUR/MDP del 16 de febrero de 2010 [Folios 96 a 98 del Expediente judicial] y afirma que *“nos encontramos ante un hecho certificado que nos permite sostener la adecuación de la realidad a lo regulado normativamente”* en referencia a los artículos 20° y 22° de la LCE y 129° del RCE. Este solo hecho permite indiciariamente colegir que el procesado Guanilo infringió no solo los deberes especiales de Funcionario público, sino los deberes especiales de asesor jurídico edil, puesto que determina al titular de la entidad y a los Regidores a una salida aparente para un problema antiguo, sacrificando la transparencia, publicidad e imparcialidad con la que deben realizarse todas las contrataciones a una aparente adecuación normativa, más grave si se considera que la partida presupuestaria comprometía más de ocho millones de soles.

173. Lo que permite indiciariamente inferir el interés indebido en no perder la partida ya trasladada a la Municipalidad, buscando en el Informe técnico, una situación, que como insistimos no era inminente, ni extraordinaria ni imprevisible, porque era una realidad ya conocida desde el año 2007 que por cierto, debido a la negligencia en la gestión se agudizó, pero no la califica como situación de desabastecimiento, ni siquiera desde el título del proyecto que señala “Mejoramiento y Ampliación”, situaciones muy lejanas a una emergencia, como la prevista en los artículos de la legislación de contrataciones en comento.
174. Sobre la situación de desabastecimiento, objeto que el Ad quo en sus fundamentos 92 a 96, se respalda en la Opinión 158-2015/DTN, sin considerar que los hechos datan del año 2010, y que el año 2012, la LCE fue modificada por la Ley 29873 y en el RCE fue modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF que incluye el desabastecimiento de las obras que no era contemplado en la legislación de contrataciones de 2010. Al respecto, debe estarse a lo ya considerado en los fundamentos 63, 71, 77 y 78 anteriores de esta Sentencia. Enfatizando que la interpretación como una situación de desabastecimiento pese a las disposiciones expresas de los artículos 20° y 22° del LCE y 129° del RCE lo equiparan a una situación catastrófica y de emergencia, que en este caso no se da, disposiciones vigentes al año 2010. Por lo que el apoyarse en las interpretaciones del órgano técnico del OSCE para reforzar de obiter dicta la conclusión indiciaria no es una objeción atendible, en cualquier caso, es un alegato muy débil.
175. Igual debilidad argumentativa posee la objeción al fundamento 111 de la Sentencia impugnada, en tanto se le reputa que como Asesor Jurídico no haya advertido de las insuficientes garantías, o no haber revisado el Contrato de Obra [Folios 116 a 126 del expediente judicial], puesto que como lo acredita con el Informe 118-2010-DDUR/MDP del 12 de marzo de 2010 [Fs. 127 del expediente judicial], dirigido por el procesado Bazán al procesado Licham, adjuntando los documentos para la firma del Contrato, por lo que afirma en su impugnación el procesado Guanilo, que él no tuvo conocimiento y que se limitó a emitir la opinión sobre la Carta Fianza, es un hecho que no posee respaldo probatorio, pues el documento de folios 127 del expediente judicial, posee el Decreto denominado Proveído de Pase a la OAF/UA para la elaboración del Contrato con los documentos adjuntos.

- 176.** En audiencia de juzgamiento, ha señalado el procesado Guanilo, que él no confeccionó el contrato, y tomando que las iniciales “OAF/UA” no son de su oficina, dando a entender que el Contrato fue elaborado por otra área edil y que él lo conoció cuando ya se había suscrito, y que desconoce del Acuerdo de concejo y del proceso de exoneración, es una versión que resulta inverosímil, en primer lugar, con su propia función de Asesor Jurídico, que precisamente tiene el deber de verificar la consecuencia de los asuntos que emite Informe, como es el haber propuesto se declare el desabastecimiento y la consecuente exoneración; así como revisar y proyectar los documentos jurídicos como el Contrato de obra; segundo, puesto que Contrato de obra posee una redacción técnico jurídica y se basa precisamente en los documentos aportados, es más el Informe 028-2010-MDP/A.J. de su autoría fechado el 26 de marzo de 2010 con respecto a la Carta Fianza [Fs. 128 del expediente judicial] señala “derivado a esta Oficina de administración y finanzas” (OAF) da cuenta que el trámite regular en lo concerniente a la contratación era derivado por la OAF a su despacho, por lo que su versión carece de asidero probatorio; pero más que nada, en tercer lugar, si todas esas observaciones podían hacerse al procedimiento, llama la atención que se haya limitado a decir que la Carta Fianza está bien concedida, sin advertir de todas estas irregularidades.
- 177.** Para mayor gravedad, el propio Informe sobre la Fianza, se limita a señalar su validez y ejecutabilidad, sin expresar razonamiento alguno sobre la insuficiencia de su garantía, o el incumplimiento de las Bases de la Exoneración del 001-2010-MDP-CECA, Acuerdo de Concejo 005-2010-MDP, aprobadas por Resolución de Alcaldía 109-2010/MDP del 22 de febrero de 2010 [Ver folios 130 a 164 del expediente judicial], o – como insistimos – sobre el proceso de exoneración mismo y el Contrato de obra ya suscrito que supuestamente no confeccionó, es más sin mencionar que no ha conocido de la suscripción del contrato de los defectos que pudiera existir, aunado al hecho que no le llamara la atención la celeridad inusitada como quedó explícita en el fundamento 65 de esta sentencia, son razones más que suficientes para acreditar indiciariamente del interés indebido y de la infracción de los deberes especiales que poseía el procesado Guanilo, no siendo correcto que su responsabilidad solo radique en haber elaborado los Informes legales analizados, en particular porque el Informe 15-2010-MDP/A.J. del 17 de febrero de 2010 fue tomado en cuenta para el Acuerdo 005-2010-MDP y exonerar del proceso de selección, no resultando atendibles las interpretaciones que pudieran provenir del Dirección Técnica Normativa del OSCE⁶⁴⁹, en tanto existe norma explícita, y cláusulas expresas o Bases en contrario, primando frente al *obiter dicta* (doctrina especializada), la norma o disposición expresa, menos si existe opinión del propio OSCE en contrario. (Ver fundamento 68)
- 178.** Objeta también, con respaldo dogmático y jurisprudencial, que no es suficiente para ser cómplice como se le ha imputado, haber emitido Informes legales, lo cual es su función. Sin embargo, en el presente caso, el interés indebido y la infracción dolosa de su deber, no supone simples irregularidades. Sino que cumple a cabalidad la posición dolosa y también la acreditación de la declaración de certeza, no solo es una mera imputación objetiva, como se ha fundamentado, eso sin mencionar que

⁶⁴⁹ En relación a la Opinión 013-2009/DTN o la Opinión 022-2009/DTN

desconoce por completo la teoría de la infracción del deber que le es aplicable, a partir de la cual la complicidad no está determinada por el grado de intervención en el hecho, sino si la intensidad del deber infringido determinó o no, el resultado ilícito, por lo que los alegatos impugnativos del procesado Guanilo resultan infundados.

- 179.** Sobre la procesada *Elizabeth Gady Sánchez La Barrera*. La primera objeción tiene que ver con el recaudo probatorio, ya que afirma que solo se ha realizado por medio de aporte documentario. Al respecto corresponde recordar que rige en el Perú, para el proceso penal el sistema de libertad probatoria y libre valoración de la prueba, regla procesal amparada en el artículo 157° del Código Procesal Penal (CPP), por lo tanto, la resta de mérito a los documentos que propone la impugnante no es atendible y en lo que concierne al razonamiento por indicios nos ocuparemos en seguida.
- 180.** *Sobre el razonamiento probatorio por indicios*. La procesada Sánchez y todos los apelantes alegan que todas las condenas se basan solo son conjeturas del Ad quo, y en un exceso de enfoque administrativista que no ha logrado demostrar la responsabilidad de los procesados. Así pues, en principio como se dijo en el fundamento 60, lo indebido posee dos dimensiones la dimensión de irregularidad o incumplimiento de reglas expresas fijadas en el procedimiento y el fracaso del principio de exclusividad derivado del principio constitucional de lealtad al Estado⁶⁵⁰ que sujeta a todo Funcionario o Servidor público, por ende, más bien el razonamiento increpador de la defensa de la procesada Sánchez y de los procesados Bazán y Licham, debe ser inverso, no se trata que lo indebido administrativo carezca de contenido punitivo, sino que si algo es indebido desde el enfoque del derecho administrativo o desde el enfoque de contrataciones del Estado, es un indicio que corroborado con otros indicios conlleva a la inferencia de la comisión dolosa de un ilícito especial como la negociación incompatible. Al igual, que si una irregularidad administrativa de contrataciones es subsanable al interno de la Entidad o Corporación administrativa, entonces, carecería de antijuricidad; lo que no ha ocurrido en el presente caso.
- 181.** El razonamiento por indicios se encuentra regulado en el artículo 158° del CPP, fijando las reglas procesales que deben respetarse. El razonamiento por indicios es la técnica del razonamiento judicial que permite la existencia del elemento acreditador del hecho y la responsabilidad criminal, su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. La prueba por indicio no es un medio de prueba adicional, es un mecanismo para la fijación de los hechos, es una técnica de valoración de prueba y de aplicación general a cualquier delito, en especial para los clandestinidad y organización delictiva. El indicio debe estar plenamente acreditado, es el hecho base la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley.

⁶⁵⁰ Consagrado en el artículo 38° de la CN en tanto prescribe que todos los ciudadanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

182. Las *reglas de la prueba indiciaria* son: a) El hecho indicio debe estar acreditado por prueba indiscutible; b) Debe existir un enlace causal según las reglas de la sana crítica que genere un juicio de probabilidad cualificada; c) Inexistencia de prueba en contrario. Del hecho indicio o del hecho presunto, o del nexos causal. (O sea otra regla que arroje conclusiones diferentes). La *contra prueba* crea duda en el Juez sobre el indicio, que el hecho indiciario que no existe, probando que existe otro hecho indiciario que genera distinta conclusión. La contra prueba directa destruye el indicio. La contra prueba indirecta busca la prueba directa de otros hechos que por su compatibilidad con el indicio o destruye el mismo es el contra indicio o la coartada. *Prueba de lo contrario* (se dirige al hecho presunto), si desvirtuó el hecho presunto, por la concurrencia de prueba, entonces el indicio que desvirtúa no existe. *Exclusión de otras conclusiones presuntivas*. Los indicios, según Serra Domínguez son polisémicos depende de la probabilidad probatoria, grave o fuerte o débil o leve, si es lo primero se está más cerca de la certeza lo segundo más lejana. Por ejemplo: el modus operandi que se rige por el principio de normalidad, que significa que, si un individuo posee una determinada conducta reiterada en el tiempo, será de consuetudo que la seguirá teniendo. Como lo precisa el doctor César San Martín Castro, “*indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado.*” [SAN MARTÍN, 2003: 856; CALDERÓN y CHOCLÁN, 2002: 385 y **RECURSO DE NULIDAD No. 1912-2005/PIURA, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Agustín Eleodoro Romero Paucar sobre delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, del 06 de setiembre de 2005, FJ. 4.]⁶⁵¹
183. En este caso, como lo hemos venido fundamentando la convergencia de indicios nos permite considerar que el razonamiento judicial supera las reglas procesales que resultan aplicables, los indicios se encuentran plenamente acreditados, no existe contraindicios que los pudieran debilitar y tampoco contra prueba o prueba de lo contrario. Precisamente, en ese haz de razonamientos, en efecto si consideramos que la procesada Sánchez ha emitido el Resumen ejecutivo Estudio de Mercado como preparatorio del 19 de febrero de 2010 [Folios 107 a 108 del expediente judicial], así como el Informe 039-2010-MDP-UL de fecha 12 de marzo de 2010 [Folios 129 del expediente judicial] en ambos hace advertencia más bien de irregularidades, a su Superior el procesado Licham que era Gerente Municipal, y como quedó expresado no le llamó la atención, menos se condujo en la línea de establecer si dichas observaciones poseen o no asidero. Por ende, desde la perspectiva de comportamiento, tales acciones por lo contrario a lo señalado por el Ad quo, son reveladoras de un actuar debido, no colmando en estos puntos el tipo penal, por ausencia del requisito interés indebido. Sin embargo, esta conclusión no permite enervar plenamente la responsabilidad de la procesada Sánchez, ya que su segunda intervención dentro de la tesis de la incriminación de la fiscalía se ha dado al momento de su participación como parte del Comité de Selección, en donde por lo contrario, aprueba con la celeridad ya advertida en el fundamento 65, la entrega de la Buena Pro al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN, que no sólo ella misma

⁶⁵¹ SAN MARTÍN CASTRO, César (2003) *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Lima: Editorial Grijley; CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; (2002) *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson.

sabía que no había sido seleccionado conforme al Acta de selección del 23 de febrero de 2010 [Ver folios 104 del expediente judicial], sino que peor a pesar que ella misma tenía objeciones sobre su suficiencia fiduciaria, por la Carta Fianza no presentada de seriedad de la oferta y la Carta fianza de fiel cumplimiento emitida a cargo y por orden y cuenta de EUROTUBO SAC que no tenía ninguna intervención en el proceso de selección.

- 184.** Y no se trata que sea un Título Valor ilegal, sino que no cumple con las exigencias ni del contrato, ni de las Bases, ni de la Legislación de contrataciones del Estado, que establecen estándares más elevados para el tráfico cartular que el simple intercambio de garantías entre privados. Por lo tanto, lo que le hubiera valido para exonerarla del proceso en su intervención como Jefa de la Unidad de Abastecimiento y la Oficina de logística, y como se resalta alude su defensa técnica, en un actuar diligente y debido; es aniquilado por completo, al intervenir, consentir y no realizar observación alguna como integrante del Comité de selección, pese a que ella misma había advertido las deficiencias, importan indicios reveladores de su responsabilidad, de la actuación dolosa que se le imputa, así como de la infracción de sus deberes, tal como ha concluido el Ad quo, no obstante, el detalle advertido de su debida diligencia deberá considerarse al momento de establecer el quantum de las penas, en el caso que le pudiera corresponder.
- 185.** El hecho que haya intervenido en este proceso por mandato de ley o que haya conformado el Comité de Selección por disposición de la Autoridad edil, no resultan roles neutrales que pudieran configurar una imputación objetiva, como parece sugerir al defensa técnica, sino que corresponde analizar si en concreto a lo largo de todo el proceso en juzgamiento, desde la convocatoria para la exoneración hasta la ejecución de la obra, en alguna parte – no necesariamente en todo el recorrido – la procesada ha tenido alguna intervención, lo que ha sido advertido, acreditado y valorado en la venida en grado, sin desconocer – como se dijo – que la intensidad de su intervención ha sido menor que la de los procesados Cerna, Bazán, Guanilo y Licham, pero que no influye ni el juicio de subsunción ni en la declaración de certeza.
- 186.** Al mismo tiempo, no se trata solo de objetar la imputación en su calidad de autor o partícipe, en específico si fue autora o coautora. Debe señalarse que tales distinciones son propias de la teoría del dominio del hecho, que rige en los delitos comunes, pero no resulta aplicable en la teoría de la infracción del deber, en donde la pregunta no es que grado de ejecución del itinerario criminal del ilícito se desarrolló, sino si la imputada tenía o no deberes que cumplir respecto de su participación en los eventos acusados. Ahora si la relación funcional con la entidad agraviada es accidental o inexistente (como en el caso del extraño: *extraneus*) entonces podemos hablar de complicidad. Entonces, todos los que intervienen y han fracasado en parte o en todo en el cumplimiento de sus deberes (haciendo u omitiendo los mismos) responden en calidad de autores, salvo que el deber infringido no sea determinante para la ejecución del ilícito. Si se prefiere hay una autoría paralela como señala el profesor Ramiro Salinas Siccha, luego esta objeción no resulta de recibo. Y si bien, podríamos discrepar si partiendo de la teoría de infracción del deber, los funcionarios públicos no son cómplices porque infringen poco sus deberes y autores cuando los infringen mucho o todo, porque la infracción sea de la intensidad o tamaño que fuere, tal diferenciación sería una exquisitez o

filigrana doctrinaria que no corresponde, ya que con fines prácticos, el legislador penal ha previsto que tanto el autor como el cómplice primario reciben la misma pena. Con lo cual, siendo que, las demás objeciones impugnativas se han contestado a lo largo de los fundamentos anteriores de esta Sentencia, el pedido revocatorio de la procesada Sánchez deviene en infundado.

- 187.** Con relación al procesado **Leonardo Maz Montenegro Túmez** la objeción impugnativa versa en denunciar la subjetividad de la sentencia condenatoria y su afectación al derecho y garantía a la debida motivación, lo que supone no argumentos de revocación sino de nulidad de la sentencia. Alegando defectos de argumentación errónea en los considerandos 89 y 154 de la recurrida, señala que el único medio de prueba con el que se imputa responsabilidad al procesado Montenegro es el Acta de Sesión Extraordinaria No. 005-2010, de fecha 18 de febrero de 2010 en la cual se aprobó la exoneración del proceso de selección de la obra de *Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*. Y sin aludir expresamente, señala que el rol desempeñado por el procesado Montenegro fue neutral y debido, conforme a lo establecido en el artículo 10°.5 de la LOM y que emitir un voto a favor o en contra es el rol que cumple un Regidor municipal, y que haber emitido un voto a favor es un acto plenamente legal, en el ejercicio de su función y que actuó de esa forma pues existían los Informes técnico (Informe 071-2010-DDUR/MDP del 16 de febrero de 2010) y legal (Informe 15-2010-MDP/A.J. fechado el 17 de febrero de 2010) así como este extremo se encuentra carente del pronunciamiento sobre el dolo como se verifica del fundamento 143 de la Sentencia apelada.
- 188.** Por su parte en la misma línea impugnativa, el procesado **Patricio Baltazar Pérez Alvitres**, considera que existe un error en la valoración de las pruebas, realizada por el Ad quo, que lo condena como cómplice, no ha considerado el contexto de desabastecimiento inminente del servicio de desagüe en Pacanga, lo que ya fue respondido en considerandos anteriores. [Ver fundamentos 63, 71, 77 a 79] Y no es que se pretenda demostrar con documentos del 2007 una situación del 2010, sino que, si el 2007 ya existía el problema con la misma contingencia, no puede ser una situación inminente, imprevisible e inusitada que califique como desabastecimiento, lo ocurrido el año 2010. Menos como insistimos puede llamarse de esa manera si el propio proyecto se denomina *“Mejoramiento y ampliación”*. Lo propio ocurre con respecto a la falta de sustento de los Informes técnico y legal, o sobre la versión del procesado Guanilo sobre la reversión del dinero por falta de ejecución, debe estarse a lo ya expresado en los fundamentos 65, 71 y 77 anteriores.
- 189.** En ese orden de ideas, un análisis integral de los agravios impugnativos, nos permiten apreciar que tanto el procesado Montenegro como el procesado Pérez son imputados de la realización de un acto que se encuentra dentro de la esfera de sus potestades en su condición de Regidores de la Municipalidad distrital de Pacanga, no obstante, la declaración de certeza respecto del interés indebido que acredita su intervención en la Sesión extraordinaria del 18 de febrero de 2010, que se acredita no sólo con el Acta de Sesión Extraordinaria No. 005-2010, de fecha 18 de febrero de 2010 [Folios 91 a 93 del expediente judicial], sino también de la Convocatoria Citación 003.2010-MDP del 15 de febrero de 2010 [Folios 90 del expediente judicial] que evidencia que a pesar que dentro de sus funciones también está el

“*Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal*” artículo 10° inciso 4) de la LOM – Ley 27972, aceptaran ser convocados a una Sesión extraordinaria, sin que exista la agenda específica, conociendo que era un tema ya tratado anteriormente por existir el Proyecto de Inversión Pública denominado “*Mejoramiento y Ampliación del Sistema de agua potable y alcantarillado, en el Distrito de Pacanga, Provincia de Chepén-La Libertad*”, con código SNIP No. 56900 – 2007 y el Estudio de Pre inversión a nivel de perfil desde el 25 de julio de 2007 [Ver folio 66 y 73 del Expediente judicial].

- 190.** Y en todo caso, resulta inexplicable que no les llamara la atención que un Proyecto de tal envergadura por comprometer más de ocho millones de soles, se exonere, con sólo dos Informes que fueron comunicados en la misma sesión, que hayan aceptado ser convocados verbalmente como lo han reconocido los procesados Cerna y Pérez, y que además se hiciera con la celeridad tan inusitada, sin mencionar que no se ha acreditado que hicieran seguimiento a tal Acuerdo o si se cumplieron a cabalidad la legislación de contrataciones. Todo lo cual son indicios evidentes de infracción del deber y de un interés indebido doloso que los vuelve responsables del ilícito imputado, sin desconocer que el grado de intervención como cómplices del ilícito, no tanto desde la teoría de dominio del hecho, sino que la infracción de los deberes por omisión ha sido de alguna manera determinada, aunque no al grado de exonerarlos de responsabilidad, en haber descuidado sus deberes de fiscalización, dado su grado de instrucción lectiva.
- 191.** En cuanto al *Tercero civilmente responsable*, afirma que la obra fue ejecutada por el **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**, del cual formaba parte la empresa de su patrocinado Michel Frank Balarezo Bazán, es decir la Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL. Señala que su actuación fue regular y ajustada a los lineamientos del Contrato.
- 192.** La vulneración advertida de no haber presentado la Carta Fianza de seriedad de la oferta, el presentar Cartas Fianzas que no cumplían los requisitos exigidos por la legislación de contrataciones del Estado, Bases y Contrato, el haber obtenido la Buena pro, y suscrito el Contrato posterior, sin haber sido seleccionados, el haber formalizado el Consorcio, luego de la Firma del Contrato, el haber sub contratado la perforación de pozos tubulares, pese a la prohibición de la legislación de contrataciones y del propio contrato firmado, y el no haber respondido a las observaciones del Supervisor de Obras Walter Javier Montalván Bernal, acreditan suficiente y cumplidamente, la existencia de indicios evidentes de un comportamiento indebido y por tanto, fuera de la LCE y el RCE, y por consecuencia, como tales actos no son explicable desde un comportamiento honesto y de buena fe, menos desde la corrección de fidelidad y lealtad al Estado a la que están sujetos como contratistas, por lo tanto su responsabilidad civil queda más que acreditada y por ende les corresponde afrontar las consecuencias civiles de la condena, y desacredita por completo sus alegatos de apelación, mucho menos que su actuar haya sido inocuo. Siendo indiferente en este delito que hayan conocido anticipadamente del beneficio que se obtuvo, menos aún que haya existido una previa concertación, ni que exista perjuicio económico.
- 193.** Por todas estas razones, las impugnaciones introducidas resultan infundadas, debiendo confirmarse la Sentencia de condena, al haberse superado el juicio de subsunción y haberse acreditado con indicios evidentes la declaración de certeza.

De otro lado, en la recurrida tampoco encontramos vicio o vulneración de las garantías y derechos fundamentales que le asisten a los procesados, al igual que la Sentencia se encuentra suficientemente motivada, y los defectos que posee no son de trascendencia como la declarar su nulidad, debiendo estarse a los fundamentos de integración o corrección que en la presente decisión se expresan.

- 194. *Sobre la determinación de la pena.*** Estando al expreso pedido del procesado Guanilo, y las apelaciones implícitas, toda vez que todos los impugnantes requieren la revocatoria de la condena por su reforma en absolución, entonces, conlleva implícitamente la impugnación de la pena impuesta, la que pasamos a revisar. Para ello debe determinarse la colección de circunstancias que a cada procesado atañe, de conformidad con el artículo 46° del CP. En ese sentido, respecto de Santos Apolinar Cerna Quispe, Juan Manuel Bazán Palomino y Carlos Enrique Guanilo Rodríguez poseen como atenuantes: carecer de antecedentes penales y como agravantes que la conducta se ejecutó sobre recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad y que se ejecutó por motivo fútil de evitar la reversión del presupuesto al erario nacional; en cuanto a Tomás Arturo Licham Gil, tiene como atenuantes: carecer de antecedentes penales y su edad de 64 años y 11 meses cuando ocurrieron los hechos y como agravantes que la conducta se ejecutó sobre recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad y que se ejecutó por motivo fútil de evitar la reversión del presupuesto al erario nacional; sobre Elizabeth Gady Sánchez La Barrera tienen como atenuantes: carecer de antecedentes penales y el móvil de advertir que no se podía exonerar y que la Carta Fianza no era suficiente y como agravantes que la conducta se ejecutó sobre recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad; y respecto de Leonardo Max Montenegro Túmez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres; tienen como atenuantes: carecer de antecedentes penales y el móvil de remediar un problema antiguo, no habiendo participado en las demás etapas de ejecución del contrato y como agravantes que la conducta se ejecutó sobre recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad.
- 195.** En cuanto a la determinación de la pena partiendo de la pena conminada para este caso no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP. Y habiendo advertido en este caso, la existencia de las siguientes circunstancias diversas respecto de cada procesado. Incluso admitiendo que, por tratarse de un delito especial, el agravante genérico del artículo 46.2.b del CP, se encuentra implícito en el delito por ser contra la Administración Pública, peor, si se parte de la existencia de más agravantes genéricas.
- 196.** En el caso de los procesados *Cerna, Bazán y Guanilo*, la determinación de la pena nos ubicaría en el tercio superior (conurrencia de un atenuante con dos agravantes, artículo 45-A.3.b del CP), la pena se ubicaría entre cinco años y cuatro meses hasta seis años. Partiendo del mínimo del Tercio Superior se suma el valor de los 2 agravante genéricos, en el caso concreto, el espacio punitivo del tercio que es de ocho meses dividido entre catorce agravantes, genera un valor aproximado de 17 días, y luego restado el valor de la atenuante genérica, que se obtiene de dividir el espacio punitivo entre ocho atenuantes, resulta 01 mes. Produce una pena concreta final de *Cinco años, cinco meses, cuatro días*. Mismo tratamiento que debería corresponderle a la Inhabilitación, que debería ser de *inhabilitación por Seis años, diez meses y veintiún días*. Eso sin mencionar que la Fiscalía no ha imputado las

conductas realizadas en toda su intensidad, como hubiera correspondido, en cuyo caso les hubiera correspondido una pena mayor. Y como quiera que la pena impuesta es inferior, por el principio de *prohibición de reforma en peor*, la pena impuesta de cuatro años debe ser confirmada.

197. **Sobre el pedido del carácter suspendida de la pena.** El procesado Guanilo solicita que se le debe extender una pena con carácter suspendido, más allá que las razones usadas por el Ad quo de si hayan sido o no las legítimas, o bien, del hecho que si la Fiscalía hubiera impugnado no sólo el procesado Guanilo sino también a los demás procesados, en especial Cerna y Bazán, en respeto al principio de legalidad les hubiera correspondido penas mayores a las impuestas de cuatro años, lo que hubiera generado la imposición de pena efectiva para los demás sentenciados. Este Tribunal Superior no puede desconocer dos hechos, el primero que conforme al mandato del artículo 25° del Código Penal, al cómplice doloso, le corresponde *“la pena prevista para el autor”*. Y de conformidad con el principio de legalidad si a los autores en este caso se les ha impuesto la pena de cuatro años con carácter de suspendida, al cómplice por el Derecho fundamental a la igualdad no habría manera de imponerle una pena con carácter de efectiva, salvo que razones personales permitan diferenciarlo con un incremento. Puesto, que siendo el principio de reformatio in peius una cláusula de cierre en este caso, resulta incoherente mantener a quien intervino con la misma intensidad en la infracción de deberes (que la Fiscalía lo califica de cómplice primario) con una pena, si bien idéntica en el tiempo, pero con carácter más gravoso. Por lo que ajustando, por razonabilidad, nuestra decisión corresponde extender el mismo carácter de suspendida a su ejecución punitiva.
198. La segunda razón, es que si el Ad quo invoca la existencia de antecedentes, corresponde a su obligación de introducir dicha información debidamente acreditada, puesto que de lo contrario sólo sería un conocimiento personal subjetivo y sorpresivo, y por ello violatorio del principio de imparcialidad. Este Tribunal Superior dado que se trata de información pública, ha requerido los antecedentes judiciales del procesado Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, los mismos que como se aprecia de folios 404 a 405: *“No registra antecedentes”*. En consecuencia, careciendo el procesado de la condición de reincidente o habitual, y teniendo como dato solo su conducta en este proceso, que no resulta ni más ni menos grave que las conductas de los procesados Cerna y Bazán a quienes con un rol de autor, les ha correspondido una pena igual pero con carácter de suspendido. No existe manera de extender un pronóstico conductual desfavorable, sin que la Fiscalía haya ofrecido pruebas de lo contrario, corresponde atender lo solicitado y extender al procesado Guanilo una pena con el carácter de suspendida por el mismo plazo, y bajo las mismas reglas que los demás sentenciados.
199. Respecto del procesado **Licham**, la determinación de la pena nos ubicaría en el tercio medio (conurrencia de dos atenuantes con dos agravantes, artículo 45-A.3.c del CP), la pena se ubicaría entre cuatro años y ocho meses hasta cinco años y cuatro meses. Partiendo del mínimo del Tercio Medio se suma el valor de los 2 agravante genéricos, en el caso concreto y luego restado el valor de la atenuante genérica, como en el caso anterior. Produce una pena concreta final de **Cuatro años, ocho meses, cuatro días**. Ahora, si bien con relación a la inhabilitación utilizando el mismo procedimiento, entre los seis meses hasta los diez años de pena conminada conforme al artículo 38° del Código Penal, ubicando la pena básica en el Tercio

medio, el espacio punitivo del tercio en la inhabilitación sería de 38 meses, lo que genera un valor de atenuante de 04 meses y 23 días, y un valor de agravante de 02 meses y 22 días, la inhabilitación debería tener un lapso punitivo de *Tres años, diez meses y veintiún días*, pero no se puede soslayar que la Fiscalía no ha imputado las conductas realizadas en toda su intensidad, como hubiera correspondido, en cuyo caso les hubiera correspondido una pena mayor al procesado Licham. Y como quiera que la pena impuesta es inferior, por el principio de *prohibición de reforma en peor*, la misma debe ser confirmada en todos sus alcances.

- 200.** En cuanto a los procesados *Sánchez, Montenegro y Pérez*, la determinación de la pena nos ubicaría en el tercio inferior (conurrencia de dos atenuantes con un agravante, artículo 45-A.3.a del CP), la pena se ubicaría entre cuatro años hasta cuatro años y ocho meses. Partiendo del máximo del Tercio Inferior se resta el valor de los 2 atenuantes genéricos, en el caso concreto y luego se suma el valor de la agravante genérica. Produce una pena concreta final de *Cuatro años, seis meses, diecisiete días*. Ahora, con relación a la inhabilitación utilizando el mismo procedimiento, entre los seis meses hasta los diez años de pena conminada conforme al artículo 38° del Código Penal, ubicando la pena básica en el Tercio Inferior, el espacio punitivo del tercio en la inhabilitación sería de 38 meses, lo que genera un valor de atenuante de 04 meses y 23 días, y un valor de agravante de 02 meses y 22 días. La pena se ubicaría entre seis meses hasta cuarenta y cuatro meses. Partiendo del máximo del Tercio Inferior se resta el valor de los 2 atenuantes genéricos, en el caso concreto y luego se suma el valor de la agravante genérica. La inhabilitación debería tener un lapso punitivo de *Tres años, un mes y seis días*. Considerando que la procesada Sánchez su responsabilidad proviene de la etapa de selección del CONSORCIO como parte del Comité y de los procesados Montenegro y Pérez de su intervención exonerando al proceso, aunque la pena privativa de impuesta es inferior, por el principio de *prohibición de reforma en peor*, la misma debe ser confirmada en todos sus alcances, no obstante, en el extremo de la pena de inhabilitación debe ser reformada en atención al principio de legalidad al tiempo menor que corresponde, según se ha fundamentado.
- 201. *Sobre el extremo civil.*** La objeción de la procesada Sánchez es que el Juez no ha fijado una proporcionalidad, la alícuota que parece exigir corresponde a una sanción mancomunada. No obstante, en respeto a su objeción impugnativa y considerando su proceder entonces, debemos partir del hecho antijurídico que provoca en este caso, la composición del monto indemnizatorio, el cual proviene de dos valores, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Previamente, coincidimos con la Procuraduría que ha sido acreditado por el delito, el hecho antijurídico que es la comisión del delito de negociación incompatible, el daño por el delito, que resulta la infracción de los deberes en este caso de la procesada Sánchez como integrante del Comité de Selección cuyo nexo de causalidad la ubica como responsable civil a la procesada, al haber aprobado irregular dación de la Buena pro al CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN, que no había seleccionado, y tampoco contaba al momento de la adjudicación con los requisitos suficientes, conducta infractora del deber, espacio punitivo al cual alcanzaría el factor de atribución por mandato legal (Artículo 1321° del Código Civil) la obligación de indemnizar, tomando en cuenta los expresado en los fundamentos 88 y 89.

202. Y habiendo determinado la propia Procuraduría en su pretensión que no ha existido *daño emergente* o *lucro cesante*. Corresponde examinar si el *daño inmaterial* causado al Estado, sentenciado como daño punitivo o indemnizatorio por la vulneración a los deberes funcionales, fijado en la suma de **S/ 300,000.00** (menos del 4% del monto del Contrato ejecutado), considerando que se ha afectado la imparcialidad, la lealtad al Estado peruano y el buen funcionamiento de la administración en los contratos públicos, sustituyendo el bien común por el beneficio particular, se ha vulnerado las reglas pactadas de la prohibición de subcontratación y sobre todo que las garantías ofrecidas eran diminutas e insuficientes. Y al hecho, que el daño inmaterial deriva de un hecho antijurídico que compromete a un servicio básico (provisión de agua y desagüe), la gravedad de los hechos, el monto del contrato comprometido, la vulneración del correcto funcionamiento de la administración municipal de Pacanga, siendo todos valores y bienes abstractos, para tomar como punto de referencia el lucro cesante no solicitado, de las penalidades no cobradas que deberían haberse ejecutado por el 10% del monto del contrato, por la subcontratación y la insuficiencia de las Cartas fianzas, no solicitado por el actor civil, por tomar un baremo para el análisis de ponderación y proporcionalidad, por lo que la cantidad fijada se encuentra dentro de los parámetros civiles razonables.
203. Ahora bien, atendiendo al pedido de la apelante Sánchez, respecto a que se ha fijado un monto solidario sin atender a las responsabilidades exactas o a la intervención de los procesados. No puede desconocerse que el razonamiento civil es diverso del razonamiento penal, puesto que el artículo 1969° del Código Civil señala que la obligación de indemnizar es consecuencia del nexo de causalidad del daño, sea doloso o culposo, incluso conforme al artículo 1981° del CC tanto el autor directo como el indirecto están sujetos a la responsabilidad solidaria, por lo que no existe manera de ingresar al examen del grado de intervención, o la intensidad de la actuación, menos aún si se parte de la teoría de la infracción deber. Como lo anunciamos en el fundamento 91.
204. De otro lado, la víctima de un delito merece ser resarcida efectivamente, en respeto al Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva material, no pudiendo desconocer dicho Derecho fundamental en privilegio de los procesados. Razonar en contrario sería aniquilar la sana expectativa que posee la víctima del delito. Incluso se incurriría en revictimización, en el caso de los responsables por alícuota insolventes, puesto que la víctima no tendría manera alguna de cobrar la deuda, volviendo el asunto en mera lírica. Ahora bien, la intensidad de la intervención de la procesada Sánchez, en este caso, queda a salvo, de acuerdo a las reglas fijadas en el artículo 1983° del CC, de conformidad con el cual, las obligados a la indemnización solidaria (entre ellos la procesada Sánchez) al momento de repetir el pago a sus co deudores, pueden exigir al Juez discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, según la intensidad de su intervención.
205. Con respecto a los demás procesados ninguno ha impugnado este extremo por lo que, al ser la condena civil regida por las reglas procesales y sustanciales civiles dispositivas, sin apelación expresa al respecto, resulta imposible inferir la apelación implícita, no teniendo potestad este Tribunal para actuar de oficio al respecto sin vulnerar el *principio de congruencia procesal*, por lo que el extremo civil debe ser confirmado, en todos sus extremos.

206. Sobre la acusada contumaz **HANNY LIZETH MENDOZA SÁNCHEZ**, no habiéndose presentado a juzgamiento, debe mantenerse reservado el juzgamiento hasta que sea habida o se ponga a derecho, debiendo renovarse los oficios de ubicación y captura.

XV. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y lo actuado conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia, y de conformidad con los fundamentos expresados, la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

6. **CONFIRMAR** la Sentencia contenida en la Resolución **VEINTE** del veintiuno de enero de dos mil diecinueve, en **los extremos que:**

6.1. **CONDENÓ** al acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, como *cómplice* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad.**

6.2. **CONDENÓ** a los acusados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA**, como **autores** y a los acusados **LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES** como **cómplices** del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Pacanga, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**; sujeto a **Reglas de conducta**⁶⁵², y al **apercibimiento de Revocatoria en caso de incumplimiento.**

6.3. **IMPONE** la pena de **INHABILITACIÓN**, para los sentenciados **SANTOS APOLINAR CERNA QUISPE, JUAN MANUEL BAZÁN PALOMINO, TOMÁS ARTURO LICHAM GIL, CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, consistente en la *privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público* e imposibilidad para obtenerlo por el periodo de **CUATRO AÑOS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

6.4. **FIJÓ** por concepto de **REPARACIÓN CIVIL**, la suma de **TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00)**, a favor del Estado representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelado

⁶⁵² **REGLAS DE CONDUCTA:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público. b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva. c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, dentro de los **TRES MESES** siguientes de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.**

por los sentenciados, *de forma solidaria y con los Terceros Civiles Responsables: Empresa A&J Contratistas EIRL y Empresa J&F Balarezo Ings. SCRL* (que conformaron el **CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN**) en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta.

7. **REVOCAR** la Sentencia contenida en la Resolución **VEINTE** del veintiuno de enero de dos mil diecinueve, en **los extremos** siguientes:

7.1. La pena impuesta al acusado **CARLOS ENRIQUE GUANILO RODRÍGUEZ**, en cuanto al modo de su ejecución; y **REFORMÁNDOLA: DISPONE** que la pena de CUATRO años de pena privativa de libertad, **SE SUSPENDA** en su ejecución por el periodo de **TRES AÑOS**; sujeto a las siguientes **Reglas de conducta**: a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público. b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva. c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionado por su delito, pagando la reparación civil, dentro de los **TRES MESES** siguientes de haber quedado firme la sentencia; mediante certificado de depósito judicial en el Banco de la Nación a favor de la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. **Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.**

7.2. La pena de **Inhabilitación** impuesta a los procesados no confirmadas en el resolutive 1.3. anterior; y **REFORMÁNDOLA: IMPONE** la pena de **INHABILITACIÓN**, para los sentenciados **ELIZABETH GADY SÁNCHEZ LA BARRERA, LEONARDO MAX MONTENEGRO TÚMEZ y PATRICIO BALTAZAR PÉREZ ALVITRES**, consistente en la *privación de la función, cargo o comisión, empleo de carácter público* e imposibilidad para obtenerlo por el periodo de **TRES AÑOS, UN MES Y SEIS DÍAS**, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

8. **REITERAR** la Reserva de juzgamiento de la acusada contumaz **HANNY LIZETH MENDOZA SÁNCHEZ**, hasta que sea habida o se ponga a derecho, debiendo renovarse los oficios de ubicación y captura; y, **DECLARAR FIRME, por consentimiento** todo lo demás que contiene la sentencia.

9. **ORDENAR** que firme que sea la presente, los actuados se devuelvan al Juzgado de origen, debiendo precisarse que los plazos de las penas suspendidas en su ejecución se computan desde que la decisión penal quede firme.

Interviniendo como director de debates y ponente, el señor Juez Superior Doctor Manuel Estuardo Luján Túpez.

Wilda Mercedes Cárdenas Falcón
Presidenta
Jueza Superior Titular

Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza
Integrante
Juez Superior Titular

Manuel Estuardo Luján Túpez
Director de Debates y Ponente
Juez Superior Titular



PODER JUDICIAL

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO

CALLE LOS FRESNOS N° 455 - URB. CALIFORNIA, DISTRITO VÍCTOR LARCO HERRERA - TRUJILLO

EXPEDIENTE N° : 2675-2015-39-1601-JR-PE-05
ACUSADAS : GIULIANA KATHERINE TIRADO GARCÍA Y MARÍA ELENA PÉREZ
ORBEGOSO
DELITO : COLUSION SIMPLE
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
LA LIBERTAD
AGRAVIADO : EL ESTADO – MUNICIPALIDAD PROVINCIAL
DE TRUJILLO
ESPECIALISTA LEGAL : JOSÉ ALBERT VERGARAY GONZALES

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° VEINTICINCO

Trujillo, veintiocho de octubre de dos mil diecinueve

VISTO Y OÍDO el presente proceso en audiencia pública de apelación de sentencia por la Sala Superior de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, integrada por los señores magistrados **WILDA MERCEDES CÁRDENAS FALCÓN** presidenta y directora de debates, y los señores

JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA y **MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ**, y actuando provisionalmente como Sala Penal de Apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios, en mérito de las resoluciones administrativas N° 191.2019-CEPJ y 0452-2019, audiencia a la que concurrieron la señora Fiscal Adjunta Superior Patricia Rabines Briceño, la señora Karina Ruby Núñez Romero, procuradora pública anticorrupción descentralizada de La Libertad, los señores abogados Jaime Manuel Cheng Amaya defensor de la acusada Giuliana Katherine Tirado García y Sergio Augusto Bobadilla Alvarado defensor de la acusada María Elena Pérez Orbegoso, quien concurrió a la Audiencia, con la ausencia de la acusada Tirado García y la asistencia de la especialista que suscribe.

I. ASUNTO:

Viene a esta Sala el proceso número 2675-2015-39, en apelación de la sentencia contenida en la resolución número diecisiete de fecha treinta de enero de dos mil diecinueve, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, en el extremo que condenó a las acusadas María Elena Pérez Orbegoso como autora y Giuliana Katherine Tirado García en calidad de cómplices primarios, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión simple, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tales se les impuso la sanción punitiva de tres años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por un periodo de un año, bajo cumplimiento de reglas de conducta; al pago de una reparación civil de veinte mil nuevos soles en cuatro cuotas mensuales de cinco mil soles cada una, fijada como regla de conducta, todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta. Asimismo, se les condena a la pena de inhabilitación a los tres sentenciados consistente en la privación de la función, cargo, comisión o empleo de carácter público e inhabilitación para obtenerlo, por el período de tres años, sin costas procesales.

PRETENSIONES IMPUGNATORIAS

La sentencia de instancia ha sido apelada por la acusada María Elena Pérez Orbegoso, cuyo abogado defensor solicitó sea revocada y se absuelva a su patrocinada. También fue apelada por la acusada Giuliana Katherine Tirado García, cuyo defensor solicitó se declare nula la sentencia de instancia. Por su parte la representante del Ministerio Público solicitó se confirme y la representante de la Procuraduría solicitó se confirme el extremo de la reparación civil.

II. ACTUACIÓN DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se ha realizado ninguna actividad probatoria en esta instancia, ni se ha solicitado ninguna oralización, por lo que el proceso está expedito para sentenciar, asumiendo competencia para ello, y en tal sentido emite el presente pronunciamiento:

III. FUNDAMENTOS DE LAS APELACIONES Y CONTRADICCIONES

3.1. De la defensa técnica:

a) **De doña María Elena Pérez Orbegoso:** los cargos atribuidos a su patrocinada consisten en haber concertado con Alejandro Cortés Solaeche para que elabore el spot marca Trujillo en forma fraccionada por cincuenta y tres mil cien soles y que Cortés no tenía registro nacional de proveedores, no se siguió el debido procedimiento para contratar; el delito es colusión, que significa concertación y defraudación al Estado. En el considerando noventa y uno de la sentencia el juez para probar tal concertación y defraudación usa la prueba indiciaria, y que con ella se ha acreditado la responsabilidad por tratarse de indicios plurales y sin contraindicios, siendo que uno de esos indicios es el fraccionamiento. El juez interpreta los artículos 19 y 20 de la Ley de Contrataciones del Estado vigente al año 2013, en función a que se hicieron seis contratos sobre el mismo spot, cuando debió hacerse concurso, y para evitar ello fraccionó. No ha tomado en cuenta lo postulado por la defensa respecto al numeral ochenticinco de la Directiva Técnico Normativa de OSCE, según la cual si bien es anterior a las modificaciones del fraccionamiento, se consultó si en un proceso de selección cuando hay varios ítems con relación o no, si se convoca separadamente, pues según la directiva técnica de OSCE es necesario verificar si los bienes y servicios a contratar tienen características singulares o no. El Juez hace hincapié en el artículo 19 de la ley de contrataciones del Estado sobre viabilidad técnica, económica y administrativa para convocar a un proceso de selección. El Ministerio Público nunca probó la vinculación entre las acusadas para no hacer un único proceso por tratarse de un solo requerimiento y haberse realizado seis.

Argumentó también que la conformidad del servicio según el Ministerio Público la realizó Pérez Orbegoso, pero no se dio, los entregables se dieron después, vía correo electrónico; no hay procedimiento para compras inferiores a tres UITs, existe una resolución sin firma de la Municipalidad Provincial de Trujillo, y por lo tanto no tiene validez y de la conformidad adelantada no es cierto lo que se afirma. Respecto a la conformidad adelantada por valor referencial: al hacer el requerimiento técnico ya se habían incluido precios, no se necesitó tener más propuestas, porque ya estaban definidos e incluidos.

En cuanto a que el proveedor no estaba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores el artículo 3.3. i. de la ley exceptúa este requisito para compras inferiores a tres UITs, y en compras directas no era requisito indispensable. Si bien se ha condenado a su patrocinada Tirado García a inhabilitación, sin embargo, el tipo original vigente a la fecha de los hechos, esto es el artículo 384 del Código Penal no contemplaba la inhabilitación en el delito de colusión simple. Finalmente, el juez ha vulnerado el debido proceso y no se han evaluado debidamente los hechos y las pruebas y por ello solicita la nulidad de la sentencia.

b) **De doña Giuliana Katherine Tirado García:** el delito de colusión exige dos características bien definidas, que son tener, según el Manual de Organización y Funciones (MOF), la función especial o específica para contratar y su patrocinada Pérez García no tenía capacidad para contratar ni realizar pagos, por tanto el juez no ha probado esas dos características del tipo objetivo en su patrocinada, y si no hay tipo objetivo no hay dolo ni tipo subjetivo. La función de Pérez García fue promover el servicio proyecto Trujillo del Perú para el mundo de la marca Perú. Además de contratar, dio la conformidad; no hubo concertación porque no hubo tipo objetivo ni dolo; eso era competencia de la sub gerencia de contrataciones. Si dio la conformidad es porque el proveedor cumplió, la gestión 2015-2018 hizo uso de la marca, por lo tanto no hay agravio al Estado por parte de Pérez ni de Solaeche. La sentencia tiene incongruencias, así: no hay menciones aparentes ni presupuestos objetivos del artículo 384 del Código Penal y los hechos son sobre funciones específicas de la funcionaria, quien tiene derecho a una sentencia legal pues al aplicarse el mencionado artículo se vulnera el artículo 139 incisos tres y cinco de la Constitución del Estado, el debido proceso más la presunción de inocencia.

Solicita una revisión objetiva de la sentencia y la absolución de su patrocinada, pues además se trata de un trasfondo y motivación política.

3.2. De la defensa material:

- a) **De doña María Elena Pérez Orbegoso:** dijo estar conforme con lo expuesto por su abogado y agregó en su descargo que no ha cometido ninguna infracción a la ley ni menos un delito, que su actuación fue correcta y está documentada conforme a ley.
- b) **de doña Giuliana Katherine Tirado García** no se presentó a la audiencia, haciendo de esta manera renuncia a su defensa material.

3.3. De las contradicciones:

a) **Del Ministerio Público:** El servicio se dividió en seis partes por cincuenta y tres mil cien soles, de manera directa se contrata a Cortés conforme a los pedidos números del ocho al catorce suscritos por la funcionaria Pérez Orbegoso como gerenta de Imagen Institucional, cuidando que no superen las tres UITs. Pérez contó con la complicidad de Tirado para contratar a Cortés, que no figuraba en el registro nacional de proveedores; el contrato es anterior a la orden de servicios, por lo que hubo irregularidades. Los defensores alegan nulidad de la sentencia porque no se han evaluado las pruebas y cuestionan los indicios entre las trabajadoras municipales. La defensa de la acusada Pérez alega que su conducta es atípica, sin embargo ella era área usuaria, hizo los requerimientos y dio la conformidad; por su condición de jefa del área usuaria fraccionó el contrato y los pagos, ejecutó el contrato, elaboró los términos de referencia en forma fraccionada para que los contratos también sean fraccionados. Respecto a la concertación el juez se ha basado en indicios, las máximas de la experiencia y otros elementos, como los comprobantes de pago que son anteriores a la orden de servicio y la conformidad de pago que se dio antes del servicio. Otros indicios reiteró, es el fraccionamiento. La defensa de la acusada Tirado no prueba que el fraccionamiento fue justificado y es indebido y así lo dice el Juez, enumerando y analizando cada fase, concluye que no debió ser dividido en seis partes porque todas fueron simultáneas. Además, se exigía personas especializadas, pero lo hace una sola persona; la conformidad de servicio no fue observada. Por oficio del mes de marzo Pérez remite facturas para que Tirado pague, antes de las entregas de informes. Hubo favorecimiento directo al contratista para evitar procedimiento regular; no se exigió registro de proveedor, el tipo penal materia de acusación sí está sancionado con inhabilitación. La sentencia está debidamente fundamentada y sí hubo contrato indebido.

b) **De la Procuraduría:** No se ha desvirtuado lo actuado en primera instancia, por lo que solicita se confirme la sentencia, en atención a que están probados los elementos de la responsabilidad civil, hay antijuricidad porque se hizo el contrato omitiendo requisitos con aporte doloso de Tirado. El acuerdo colusorio es para el fraccionamiento indebido. Pérez hizo los términos de referencia y fraccionó las fases a sabiendas que estaba prohibido por el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado; las facturas todas son de la misma fecha, antes de que se emitan las órdenes de servicio. Se condicionó el precio; la conformidad del servicio en sus seis fases fue de fecha doce de marzo de dos mil trece y se ejecutó entre el trece de marzo y abril del mismo año; el RUC del proveedor estaba suspendido; las órdenes de servicio se emiten entre el seis y siete de marzo y la certificación presupuestal fue en abril. La antijuricidad también está en infringir el bien jurídico protegido

como es la corrección en el ejercicio de la función, todos los medios probatorios de los veintinueve comprobantes han sido analizados. Existe también relación de causalidad entre la conducta y el resultado de daño y el factor de atribución que es el dolo.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

4.1. COMPETENCIA DE LA SALA SUPERIOR

Esta Sala Superior es competente dentro del parámetro del principio devolutivo contenida en el artículo 409° del Código Procesal Penal: *“El tribunal revisor tiene competencia para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”*. Concordante con el artículo 425° inciso 3 del Código Procesal Penal, en el cual la sentencia de segunda instancia puede: *“a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar; b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad”*.

4.2. LA POTESTAD DEL ESTADO PARA CONTRATAR

El Estado, a fin de realizar sus fines, ejecutar sus políticas y velar por el bienestar y la satisfacción de necesidades de la población, realiza actividad contractual de distinta naturaleza, para lo cual delega la potestad contractual y de contratación, a las diversas entidades que lo conforman, de tal manera que, para que exista orden, transparencia, eficiencia y cuidado de los recursos públicos, ha establecido que la contratación estatal sea una actividad reglada, para lo cual ha emitido normas de diversa naturaleza, como las administrativas, civiles, penales y algunas otras especiales regulatorias de la actividad económica del Estado y de las relaciones entre este, con sus organismos y los particulares. Dentro de este contexto, se encuentran, entre otros, los contratos para la adquisición de bienes y servicios.

4.3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública tiene por finalidad la satisfacción del interés general y constituye una modalidad de administración y ejecución de los recursos públicos; por ello se requiere que dicha actuación se desarrolle de forma ética, transparente y responsable⁶⁵³. Esa es la razón fundamental por la cual el Estado la considera una actividad reglada y por ello ha expedido normas civiles, administrativas y penales, a fin de que la actividad contractual del Estado tenga entre sus objetivos la adecuada administración de los recursos públicos, el buen

⁶⁵³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *“Los avances y problemas de la contratación con el Estado”*. En: DERECHO PUCP. N° 66. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. P. 110

funcionamiento de la Administración Pública, los funcionarios actúen con lealtad y probidad y procuren el beneficio del Estado por encima de cualquier interés particular.

La contratación pública se realiza en el marco de cualquier tipo de operación, contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con participación estatal. En algunos casos no es necesario que esté regido por la Ley de Contrataciones del Estado, como cuando la adquisición del bien o servicio es inferior a tres unidades impositivas tributarias (en adelante UITs) pero en su mayoría los contratos del y con el Estado sí tienen que ajustarse a las reglas que él mismo ha impuesto.

La infracción de las normas que regulan la contratación estatal, pueden generar responsabilidades administrativas, civiles y penales, y en este último caso, se han previsto una serie de delitos dentro del rubro delitos de corrupción de funcionarios, como la negociación incompatible o la colusión, en sus variantes de agravada y simple.

4.4. EL DELITO DE COLUSIÓN

Entre los delitos que sancionan la corrupción en la contratación estatal, encontramos el delito de colusión, el cual se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal. Este delito sanciona al funcionario o servidor público que, interviniendo en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, concierta con uno o varios interesados para defraudar al Estado (colusión simple). Así también se sanciona si, como producto de tal concertación, se llegara a defraudar patrimonialmente al Estado (colusión agravada). La defraudación patrimonial, en la colusión simple, como se puede apreciar, la colusión es un delito de peligro, cuyo elemento principal es la **concertación previa**, que debe tener el funcionario público con facultades para negociar o influir en la adquisición o contratación pública. Esta concertación, además, debe cumplir dos requisitos: debe ser dolosa e ilícita. **La defraudación como tal no requiere ser concretada dado que basta la potencialidad de la misma para que el tipo penal se configure.**

En los delitos que son tipos penales de infracción como el de colusión, constituye bien jurídico protegido no solo el patrimonio del Estado, y si bien se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales. Es objeto de protección el deber del agente activo de la colusión de obrar con rigurosidad y usar con eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público.

En este delito, un elemento fundamental es el acuerdo o la **concertación previa** que debe realizar el funcionario público con facultades para contratar o ejercer influencia en el proceso de adquisición de bienes o servicios en la contratación pública. Para esa concertación, se exigen dos requisitos: el acuerdo doloso y la ilicitud. La defraudación como tal no requiere ser concretada dado que basta la potencialidad de la misma para que el tipo penal se configure. En el entendido de que ese acuerdo colusorio por lo general es previo y clandestino y su probanza ofrece varias dificultades, en el ámbito penal se acude a la prueba indirecta, siendo una de ellas el indicio. Según la **Casación 628-2015, Lima**, de cinco de mayo de dos mil dieciséis⁶⁵⁴: *“la concertación establece como requisitos para llegar a una adecuada conclusión incriminatoria válida, la concurrencia de forma copulativa de: a) que los hechos indicadores o base, sean varios y versen sobre el hecho objeto de la imputación nuclear, y que deben estar interrelacionados y ser convergentes; b) que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados; c) que la inferencia realizada a partir de aquellos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de la experiencia fiables, entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado*

⁶⁵⁴ CASO JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI: Importancia de motivación de la sentencia en la prueba indiciaria.

(debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica el enlace ha de ser preciso y directo); **d)** que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158, inc. 3, del CPP”. A fin de que los indicios permitan sostener la imputación del delito de colusión deben cumplir los requisitos señalados por la Corte Suprema.

V. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS ATRIBUIDOS A LAS ACUSADAS

El representante del Ministerio Público ha calificado las conductas de las acusadas dentro de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos en su modalidad de colusión agravada, pero en la audiencia de quince de enero de dos mil diecinueve por resolución número catorce, se produjo la desvinculación de la acusación fiscal en el extremo que se imputa a los acusados el delito de colusión agravada tipificado en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal a colusión simple tipificado en el artículo 384 primer párrafo del Código Penal, según la modificación contenida en la ley 29758, que señala: **“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.** Al respecto se tuvo la conformidad de la Fiscalía, la Procuraduría y los abogados de los tres acusados.

VI. NORMAS VIGENTES EN LA ÉPOCA DE ACONTECIDOS LOS HECHOS

El delito de colusión está previsto en la norma penal glosada en el párrafo precedente, y en la época de los hechos estaba vigente el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante LCE, modificado por ley 29758, vigente desde el 21 de julio de 2011 al 25 de noviembre de 2013, su reglamento decreto supremo 184-2008-EF modificado por el decreto supremo 138-2012-EF, en adelante RLCE

VII. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

LOS HECHOS IMPUTADOS: INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS IMPUTACIONES Y PARTICIPACIONES

De acuerdo a las denuncias de parte de don Fredy Solano Ortiz, la Procuraduría de la Municipalidad Provincial de Trujillo, y la teoría del caso del Ministerio Público, se ha acreditado a las acusadas las siguientes conductas:

7.1. María Elena Pérez Orbegoso: en la época de los hechos tuvo la calidad de gerenta de Imagen Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo, persona encargada de elaborar los términos de referencia (TDR) del proyecto para la elaboración del spot publicitario “Trujillo del Perú para el mundo”, habiendo fijado el costo total del servicio en 53,100 soles, para lo cual se coludió con el proveedor y hoy sentenciado Alejandro Cortés Solaeche, con la finalidad de que dicho servicio también se realizara desagregado en seis partes, etapas o fases independientes, cada una de ellas con un costo individualizado, a fin de evitar realizar el concurso de precios, habiendo otorgado la conformidad del servicio sin haber supervisado el proceso de ejecución ni haberse emitido previamente los informes finales de cada fase por parte del proveedor, pese a lo cual se le canceló la suma total de cincuenta y tres mil cien soles.

Concretamente, su conducta consistió en la formulación de los requerimientos ocho, nueve, diez, once, doce y trece, de fecha seis de marzo de dos mil trece, en remitir los requerimientos al área de Abastecimiento y dar conformidad al servicio sin supervisión de la ejecución y en forma adelantada.

Como responsable del área usuaria, Pérez Orbegoso con fecha seis de marzo de dos mil trece emitió los seis requerimientos signados con los números del ocho al trece dirigidos a la sub gerenta de Abastecimiento Tirado García para la ejecución del spot ya mencionado a fin de promocionar la marca Trujillo, cada uno correspondiente a cada fase del servicio, como si fueran productos independientes y no un solo proyecto. Dichas fases tuvieron la siguiente nomenclatura:

SPOT PUBLICITARIO PARA PROMOCIONAR TRUJILLO

Número de fase	Denominación
Fase 1	Estado situacional de la provincia de Trujillo del spot publicitario “Promocionar Trujillo”
Fase 2	Identidad local, encuentro de fortalezas y debilidades
Fase 3	Diseño de la estrategia para la campaña
Fase 4	Desarrollo de estrategias de posicionamiento de la campaña
Fase 5	Programación y difusión de la campaña
Fase 6	Seguimiento, Supervisión y elaboración de la campaña

Además, como ya se dijo, dio la conformidad del servicio. De esto se desprende que, como alega su defensa, no contrató a Cortés, pero realizó toda la actividad de preparación y también la culminó con la expedición de la conformidad sin haber supervisado la ejecución del servicio ni contar con los informes finales por parte del contratado

Respecto a la concertación de la acusada con Cortés Solaeche, existe prueba indirecta dada por los siguientes hechos: la propuesta de Cortés fue por el mismo monto de 53,100 soles que aprobó la señora Pérez; asimismo, desagregó en seis etapas el proyecto a fin de que pueda proceder el contrato del señor Cortés sin que tenga otros competidores por el monto de cada fase o etapa; la ejecución no se evaluó por haberse presentado informes después de la conformidad.

7.2. Giuliana Katherine Tirado García: en la época de los hechos tuvo la calidad de sub gerenta de Abastecimientos de la misma Municipalidad, y se le atribuye haber emitido las órdenes de servicio sin conocer si existía presupuesto para el pago del servicio, haber procedido a realizar la contratación del proveedor Cortés Soaleche, no obstante que no cumplía con los requisitos establecidos en los Términos de Referencia (TDR) ni tampoco estaba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores del Estado (RNP) y

cuyo registro único de contribuyente RUC estaba en situación de baja temporal en la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT).

Su participación también se ha concretado en la emisión de las órdenes de servicio siguientes:

Número	Monto en soles	Fecha
00373-2013	7249.92	06 marzo 2013
00384-2013	7249.92	07marzo 2013
00390-2013	10450.08	07 marzo 2013
00394-2013	7249.92	11 marzo 2013
00404-2013	10450.08	12 marzo 2013
00422-2013	10450.08	12 marzo 2013

7.3. Sobre la contratación para el spot Trujillo del Perú para el Mundo:

De acuerdo a lo denunciado y debatido en el proceso, la contratación no se ha realizado con respeto a las normas sobre contrataciones con el Estado, por lo siguiente:

7.3.1. De los términos de referencia, los pedidos y su íter administrativo

Con fecha seis de marzo del año dos mil trece se emiten los pedidos ocho, nueve, diez, once, doce y trece-dos mil trece/MPT/A/GII conforme al siguiente detalle:

Fase Pedido	Precio	Nº y fecha Orden Servicio.	Fecha Certif.Pptal	Fecha de Conform.	Fecha de Informe	Registro de Informe	Registro SIAF de Facturas
1 / 8	7249.92	373/13 06.03-13	02-4-2013	12-3-13	14-3-13	462	2086
2 / 9	7249.92	384/13 07-03-13	02-4-2013	12-3-13	19-3-13	500	2087
3 / 10	1050.08	390/13 07-03-13	02-4-2013	12-3-13	28-3-13	571	2108
4 / 11	7249.92	394/13 11-03-13	02-4-2013	12-3-13	28-3-13	+	2109
5 / 12	1050.08	404/13 12-03-13	02-4-2013	12-3-13	01-4-13	580	2111
6 / 13	1050.08	422/13 12-03-13	02-4-2013	12-3-13	05-4-13	630	2112
Total	53100.00						

+ Existe un registro número 663 de fecha ocho de abril de dos mil trece

Además, todas las facturas fueron emitidas con fecha ocho de marzo de dos mil trece, todas ellas con número correlativo desde el veinte al veinticinco, y en cuyos respectivos oficios de remisión de la misma fecha doce de marzo, se menciona “al dar conformidad formal a la prestación del servicio” habiéndose cancelado también todas

juntas el ocho de abril de dos mil trece, pues la certificación presupuestal debió tenerse incluso antes de la orden de servicio, de su conformidad y del propio informe.

De esto último y del cuadro que antecede, se puede apreciar que las órdenes de servicio han sido emitidas entre el seis y el doce de marzo sin tener la certificación presupuestal sin que se haya acreditado en juicio su existencia previa y la única referencia de la misma que fue emitida recién el dos de abril siguiente.; es decir que no existía aun asignación presupuestal. Esto se detalla en el Informe Especial número 022-2015-2-0424 procedente del Órgano de Control Institucional, que precisa: “*Se advierte que la funcionaria encargada de las contrataciones de la entidad emitió las respectivas órdenes de servicio a nombre del único proveedor que realizó las seis fases de la campaña publicitaria sin contar a la fecha de contratación con presupuesto asignado, además no verificó si dicho proveedor cumplía con los requisitos exigidos en los términos de referencia establecidos por el área usuaria y si este se encontraba autorizado para contratar con el Estado*”. Asimismo aparece que las fechas de informes del proveedor son posteriores a la conformidad, la misma que solo se ha mencionado en los oficios de remisión por parte de la gerenta de Imagen Institucional, conforme se verifica de los medios probatorios que obran en el proceso.

7.3.2. De otros elementos corroborantes

a) Sobre la presentación de los informes del proveedor a la Gerencia, existe el Acta Fiscal de la página 125 (antes 540) respecto a la verificación del Libro de Cargos con el número de registro de los informes supuestamente recibidos, habiéndose constatado que **“en todos los asientos se ha utilizado líquido corrector y se ha escrito sobre el mismo”**, por lo que, para verificar la autenticidad de los registros de recepción de los informes entregados por el proveedor, la Fiscalía dispuso la actuación de un informe pericial de grafotecnia, el mismo que corre en la página trescientos quince (antes 645), en cuyas conclusiones y luego del riguroso estudio de las anotaciones, concluyó que en el cuaderno de recepción de cargos de la Gerencia de Relaciones Públicas de la Municipalidad Provincial de Trujillo, en los registros de la columna siete del cuadro a que se contrae el numeral 3.7.1. de esta resolución, han sido alterados, habiendo precisado el dictamen pericial que las escritura o anotaciones originales han sido borradas con líquido blanco y sobre el mismo se ha sobrescrito todos y cada uno de los registros. En consecuencia, no se han presentado los informes antes de la cancelación, y sin ellos no procedía realizar ni la conformidad del servicio ni menos el pago.

b) De acuerdo al documento **Términos de Referencia** (en adelante TDR) de la página ochenta y nueve (antes 599), se detallan las fases que tendrá la campaña, con sus objetivos incluidos y lo que se deberá realizar, detallando el contenido que tendrán los informes de cada fase. Asimismo, los requisitos que deben cumplir los proveedores sean persona natural o jurídica. En ellos se exige entre otros, título universitario, estudios de posgrado, conocimiento de la realidad nacional traducido en artículos, experiencia en estrategias de publicidad, haber desarrollado por lo menos un branding a nivel nacional, experiencia como ejecutivo o consultor de marcas para el mercado externo, sin embargo ninguna de las dos acusadas exigió al proveedor favorecido la acreditación de esos requisitos.

c) En toda la documentación se verifica que la gerenta de Imagen Institucional no estableció un plazo expreso ni un cronograma para la ejecución de cada una de las fases, como tampoco lo hizo la encargada de contratar, razón por la cual tampoco se supervisaron por la acusada Pérez, los avances y si esos avances de cada fase cumplían las metas y los objetivos determinados en los términos de referencia.

d) Tampoco existe prueba ni evidencia de la realización o ejecución del servicio contratado, y pese a ello la acusada Pérez otorgó la conformidad; además los informes fueron presentados con posterioridad. La acusada Tirado no verificó la existencia ni de los informes ni de las conformidades de cada una de las fases.

e) Asimismo, la acusada Pérez Orbegoso no ha actuado en consecuencia con lo que ella misma estableció en los TDR, pues en este documento se contemplaba la participación de varios profesionales y ella recomendó a uno solo, y su recomendación fue acogida por la sub gerenta de Abastecimientos Tirado García. Tratándose de un solo proveedor, no tenía sentido desagregar o separar la contratación.

f) De acuerdo a la lógica y las máximas de la experiencia, el objetivo descrito en los TDR señala el desarrollo del spot publicitario denominado Marca Trujillo: del Perú para el Mundo, es decir elaborar un producto final para usar en una campaña de promoción de la ciudad; tal producto final era el spot, o como se ha detallado en la fase seis: creación de un guion de TV de la campaña para la promoción de Trujillo. Siendo ello así, resulta obvio que se requiere de un proceso de elaboración en base a fases vinculadas entre sí, concatenadas e interdependientes, teniendo como punto de partida un diagnóstico, al que se le ha llamado estado situacional, y así seguir una secuencia de actividades alineadas al producto final; pero en el rubro de productos entregables, la fase seis se refiere a que el producto seis es un informe que contenga los resultados del posicionamiento de la campaña. Pero ese no es el único problema, puesto que la fase dos consiste en estudiar las fortalezas y debilidades relevantes para crear la estrategia publicitaria, sin embargo, se precisa que el producto de esa fase será el informe que determine las preferencias del público objetivo. La acusada Pérez Orbegoso pasó por alto esta irregularidad, lo que explica porque tenía un acuerdo con el proveedor. Se hace esta referencia para puntualizar que, como no se han insertado los informes o productos en forma independiente tal como se contrataron, no es posible saber si se cumplieron a cabalidad las metas y objetivos o hacer cualquier otra evaluación, y sin embargo se procedió a la cancelación de las facturas.

7.3.3. De la concertación ilegal

La colusión ilegal requiere de la concertación previa o concurrente por ser delito de peligro, y el daño puede ser potencial o efectivo. En ese caso, cabe preguntarse ¿Cómo se enteró el señor Cortés de la necesidad de la Municipalidad Provincial de Trujillo, si no hubo convocatoria alguna en los medios de comunicación ni se ha acreditado que la haya habido en el portal web institucional? No resulta admisible argumentar que fue por azar o casualidad, más aun si según su documento de identidad, el proveedor Cortés reside en la ciudad de Lima. Asimismo, ¿cómo es que las valorizaciones contenidas en los seis pedidos contienen céntimos y no cifras redondas? La respuesta es porque los seis contratos deberían totalizar los cincuenta y tres mil cien soles. ¿Cómo es que la acusada Pérez, no obstante haber establecido requisitos personales y profesionales y haber previsto varios proveedores o profesionales en los TDR, resulta aceptando la participación de un solo proveedor para todas las fases, que ni siquiera presentó –según lo actuado- referencias curriculares ni experticia? Obviamente para favorecer al sentenciado Cortés. Ahora bien, ¿por qué si el monto a contratar era mayor a cincuenta mil soles en total, no se buscaron, como señala el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado, “alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento(...)?” También resulta obvio que no se hizo aquello para favorecer al sentenciado Cortés. Otro elemento a tener en cuenta para inferir que hubo concertación es que la acusada Tirado García no verificó dos requisitos fundamentales para contratar con el Estado: poseer RUC y tener inscripción en el RNP y otros elementos como

por ejemplo el plazo o plazos de ejecución para cada fase, o la certificación presupuestal; y eso porque actuó en complicidad con la acusada Pérez Orbegoso.

Adicionalmente, se tiene como probada la colusión y la concertación ilegal por lo siguiente: las órdenes de servicio se emitieron entre el seis y el doce de marzo de dos mil trece, y las facturas las emitió el proveedor el día ocho del mismo mes y año, puesto que sabía de antemano que iba a ser contratado sin concurso alguno. Asimismo, la adulteración del cuaderno de cargos de la oficina de la acusada Pérez, al haber borrado la escritura original con corrector blanco y haber sobrescrito registros de supuestos informes para “cuadrar” fechas, informes cuya existencia no se ha acreditado, como tampoco los informes de conformidad, y ello se debe a que el acusado Cortés no había presentado los informes oportunamente, y siendo ello así, se adulteró el cuaderno de cargos para aparentar la recepción de los informes.

No existe explicación lógica sobre cómo es que los oficios donde consta la supuesta conformidad del servicio todos ellos de fecha doce de marzo de dos mil trece son anteriores a las certificaciones presupuestales fechadas todas ellas recién el dos de abril del mismo año y que los informes se hayan emitido por el proveedor entre el catorce de marzo y el ocho de abril, y que la tramitación de las supuestas conformidades se haya realizado el mismo día.

Las acusadas han permitido que el proveedor presente facturas canceladas el ocho de marzo, cuando las órdenes de servicio trescientos noventa y cuatro, cuatrocientos cuatro y cuatrocientos veintidós recién se emitieron el once y el doce de marzo, y esas supuestas fases terminaron el veintiocho de marzo, el primero y el cinco de abril. Nótese que la conformidad data del doce de marzo.

VIII. CONCLUSIÓN

En el presente proceso ha quedado acreditado que los indicios en que ha basado el a quo el fallo emitido, son contingentes, convergentes y concordantes entre sí y con otros indicios, por lo que resultan suficientes para acreditar la concertación o acuerdo colusorio entre la acusada Pérez Orbegoso con la acusada Tirado García y el sentenciado Cortés Solache, por lo que los fundamentos de la apelación carecen de sustento probatorio, en consecuencia no son atendibles por cuya razón la sentencia debe ser confirmada.

IX. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, en base al análisis de los hechos y los medios probatorios, valorados estos bajo las reglas de la lógica, las máximas de experiencia, facultados por el criterio de conciencia sustentado en las reglas de la sana crítica, el marco jurídico y todo lo actuado en el proceso, la Sala Especializada Transitoria en Extinción de Dominio sede La Libertad, con competencia provisional y extraordinaria para conocer procesos sobre corrupción de funcionarios, de conformidad con las normas citadas en esta resolución, **RESUELVE:**

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada contenida en la resolución número diecisiete de fecha treinta de enero de dos mil diecinueve, expedida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, **en el extremo** que condenó a las acusadas **MARÍA ELENA PÉREZ ORBEGOSO** como autora, y **GIULIANA KATHERINE TIRADO** en calidad de cómplice primaria, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión simple, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Trujillo, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tales se les impuso la sanción punitiva de **tres años de pena privativa de**

la libertad, suspendida en su ejecución por un periodo de un año, bajo cumplimiento de reglas de conducta; entre ellas al pago de una reparación civil de veinte mil nuevos soles en cuatro cuotas mensuales de cinco mil soles cada una, en forma solidaria, todo bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta. Asimismo, se les condena a la **pena de inhabilitación** a los tres sentenciados consistente en la privación de la función, cargo, comisión o empleo de carácter público e inhabilitación para obtenerlo, **por el período de tres años**, sin costas procesales. Habiendo quedado firme los demás extremos no impugnados.

3. **DISPONER** que una vez que sea firme la sentencia, sean devueltos los actuados al juzgado de procedencia, con la precisión de que la pena suspendida se ejecuta y computa desde que esta resolución tenga la calidad de firme.-
Intervino como directora de debates la señora Jueza Superior Wilda Mercedes Cárdenas Falcón.

Wilda Mercedes Cárdenas Falcón
Jueza Superior Titular – Presidenta
Directora de Debate-Ponente

Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza
Juez Superior Titular

Manuel Estuardo Luján Túpez
Juez Superior Titular



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

SALA DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA LIBERTAD

Calle Los Fresnos 455 – Urbanización California. Distrito de Víctor
Larco Herrera – Trujillo – Perú

EXPEDIENTE N° : 03529-2018-87-1601-SP-PE-08
IMPUTADOS : OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA Y OTRO
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y OTROS
IMPUGNANTES : DEFENSOR DEL ACUSADO MALCA SALDAÑA
ACTOR CIVIL : PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DE LA LIBERTAD
AGRAVIADO : EL ESTADO
MOTIVO : APELACION DE SENTENCIA CONDENATORIA
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ESPECIALISTA : ELENA CRISTHINA AGREDA GAITÁN

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCION NUMERO: DIECIOCHO

Trujillo, catorce de febrero de dos mil veinte

VISTA Y OÍDA la presente causa en audiencia de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Sala Superior de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, señores Jueces Superiores, Wilda Mercedes Cárdenas Falcón (Presidenta, Directora de Debates y Ponente), y señores Juan Segundo Rodolfo Zamora Barboza y Manuel Estuardo Luján Túpez, órgano jurisdiccional que actúa como Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - en virtud de las Resoluciones Administrativas N° 191-2019-CE.PJ, y N° 0452-2019-P-CSJLL -; audiencia en la que intervinieron los señores Marco Antonio Meléndez Valle, abogado del sentenciado y apelante OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA, el recurrente OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA, la letrada María Elena Solís Mendoza, por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad; así como la señora Fiscal Superior Ada Margoth Peñaranda Bolovich, emite la presente sentencia de vista.

1. PRELIMINARES

1.1. ASUNTO

Viene en apelación la sentencia contenida en la resolución número seis de noviembre de 2018, que resuelve condenar al acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA como autor del delito contra la Administración Pública en su modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública Descentralizada de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de cuatro años de pena privativa de la libertad, la misma que se suspende en su ejecución por el período de tres años, con reglas de conducta; más inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal, por el período de tres años; impone ciento ochenta días multa, y el pago por reparación civil a favor del Estado, en la suma de 7,000 soles a cancelar en ejecución de sentencia y como regla de conducta.

1.2. COMPETENCIA

Conforme al avocamiento realizado en su oportunidad, a lo normado por el artículo 409.1 del Código Procesal Penal⁶⁵⁵ y a lo dispuesto por la Constitución del Estado, esta Sala se encuentra habilitada para conocer y decidir en este proceso; competencia que se circunscribe a los extremos apelados y el concesorio de la apelación⁶⁵⁶, de acuerdo al principio devolutivo contenido en el referido dispositivo legal, concordante con los artículos 149, 150 y el inciso 3) del artículo 425 del Código Procesal Penal (CPP) y corroborada con la doctrina constitucional emitida por el Tribunal Constitucional⁶⁵⁷.

1.3. PLANTEAMIENTO IMPUGNATIVO

La pretensión impugnativa ha sido planteada por el defensor del sentenciado Malca Saldaña, a fin de que se revoque la sentencia expedida por el Juez de Instancia y se absuelva a su patrocinado por los hechos materia de la acusación fiscal, por advertir errónea valoración de los medios probatorios actuados en el juicio oral, falta de motivación, motivación aparente y falta de justificación de la premisa interna por carecer de razones válidas y coherentes que sustenten la decisión.

1.4. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

⁶⁵⁵ “La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”.

⁶⁵⁶ Tantum devolutum quantum appellatum. “El Tribunal Revisor sólo decidirá aquello que hubiera sido apelado, podrá declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”

⁶⁵⁷ STC EXP. No. 000987-2014-PA/TC-SANTA, Caso Francisca Lilia Vásquez Romero, del 06 de agosto de 2014, **PRECEDENTE VINCULANTE:** FJ. 31.

En el juicio de apelación se ha actuado la declaración del acusado, mas no se ha actuado ninguna nueva prueba por no haber sido ofrecida y no se pidió oralización de piezas.

1.5. DECLARACIÓN DEL PROCESADO EN EL JUICIO DE APELACIÓN

El apelante Oscar Adolfo Malca Saldaña declaró en la audiencia de apelación, conforme es de verse del acta de su propósito.

2. CONSIDERACIONES NORMATIVAS

2.1. SOBRE EL DEBIDO PROCESO

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene toda persona, está íntimamente vinculado con el supra principio denominado Debido Proceso previsto en el artículo 139 inciso tercero de la Constitución Política del Estado (en adelante CPE); pues cuando se vulnera el primero, o cualquier otro principio también se vulnerará el debido proceso. Al respecto la Corte Suprema ha establecido que *“El debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas y de obtener sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal”*.⁶⁵⁸ *“El debido proceso es el conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos sometidos a cualquier cuestión litigiosa, con el fin de asegurarles una cumplida y recta administración de justicia, en orden de procurarles seguridad jurídica y al hecho que las decisiones se pronuncien conforme a derecho”*⁶⁵⁹

A ello se agregan también dos principios fundantes de la actividad jurisdiccional, cuales son la debida motivación de las resoluciones judiciales como deber ineludible de los jueces y derecho de los justiciables, contenido en el artículo 139.3 y el principio de presunción de inocencia (inciso 24 – art. 2 de la CPE, este último aplicable en el ámbito penal, y que preside a todo proceso hasta que sea desvirtuado fuera de toda duda.

2.2. SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

2.2.1. SOBRE LA TIPIFICACIÓN LEGAL DEL DELITO

El artículo 399⁶⁶⁰ del Código Penal tipifica el delito de negociación incompatible en los siguientes términos: *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”*.

2.2.2. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

De la redacción del artículo 399 del Código Penal, se derivan las siguientes precisiones que autorizada doctrina ha establecido. Tales son:

A) CONDUCTA TÍPICA

Es mostrar un interés en determinado contrato u operación (directa, indirecta o por acto simulado) cuando el agente es –según la fórmula genérica del tipo–, funcionario o servidor público. Esa referencia genérica a funcionario o servidor responde a que la Administración Pública y los organismos del Estado son entidades de ejecución y gestión y funcionan de forma coordinada, e incluso muchas veces dependiente entre cada una de sus oficinas,

⁶⁵⁸ (Cas. No. 3202-2001-La Libertad, El Peruano, 01.01-2002 p. 8944).

⁶⁵⁹ Cas. No. 1491-1999-Ica, El Peruano, 02.05-2002, p. 8680.).

⁶⁶⁰ Texto vigente en virtud de la modificación por la ley 30111 publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/3013

departamentos, direcciones o jefaturas. Con lo cual, es razonable prever que el interés en cierta negociación pueda nacer en la oficina A y tener repercusión en la oficina B, justamente en razón de interdependencia apuntada. De otro lado, es necesario destacar que la “muestra de interés” puede llevarse a cabo mediante un acto propio de las funciones del servidor público o, incluso, puede tratarse de acciones que trasgredan sus funciones. El verdadero desvalor penal de la conducta radica en que el agente delictivo lleve a cabo conductas de interés que nacen en, cuanto menos, dos formas: i. que exista un abuso del cargo: es decir, que el funcionario desconozca o no respete las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal) o que, teniendo una cuota de poder, se exceda en sus competencias directas y decida contratar por sí mismo festinando trámites o cumpliéndolos, abuse del cargo, inclusive a través de actos indirectos y simulados.

En este sentido, nada impide que la frase “en razón de su cargo” también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, el mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, puede incluir un conjunto muy variado de operaciones. Todo contrato constituye un proceso con varias etapas hasta perfeccionarse y sobre cada una de ellas se protege el mismo bien jurídico, o lo que es lo mismo, el delito de negociación incompatible puede materializarse en cualquier etapa y a través de cualquier muestra de interés razonable o no.

B) SUJETOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público⁶⁶¹ que indebidamente se interesa por cualquier contrato u operación estatal en que interviene por razón de su cargo.

Tal intervención en razón del cargo implica que debe existir una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado; esto quiere decir, que el funcionario formalmente puede actuar integrando alguno de los niveles decisorios o completando legalmente el negocio jurídico.

El sujeto pasivo de este delito es el Estado en forma general, y específicamente la entidad, a quien el funcionario servidor público perjudica al dejar de actuar en base al interés general.

C) LA CONDUCTA SANCIONADA: INTERESARSE INDEBIDAMENTE

El término *interesarse* significa preocuparse, inquietarse, sentirse atraído, atañer, incumbir, concernir, preferir, comprometer o importarle algo al sujeto; motivo por el cual una persona se enfoca y destina su voluntad a obtenerlo o alcanzarlo⁶⁶²

El interesarse indebidamente en un contrato u operación estatal debe entenderse como una “actuación sesgada, parcializada, interesada”. La cual implica una acción unilateral por parte del funcionario que va en contra de los parámetros de la legalidad y el orden jurídico; es decir, superpone un interés privado sobre el interés público que le demanda el ejercicio de su cargo⁶⁶³

⁶⁶¹ En los términos a que se refiere el artículo 425 del Código Penal

⁶⁶² SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 2º Edición. Lima: Grijley, 2011. P. 554 y 555.

⁶⁶³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2º Edición. Lima: Palestra, 2003. P. 510.

D) OBJETO DEL DELITO: UN CONTRATO O UNA OPERACIÓN CON/PARA EL ESTADO

El objeto sobre el que recae este delito es cualquier contrato u operación a cargo del Estado. Por ello, es importante tener en cuenta que se hablará de contrato cuando el Estado, a través de sus funcionarios, intervenga como parte suscribiente frente a un tercero en torno a un negocio jurídico; mientras que la operación será entendida como aquellos actos unilaterales que realice la administración pública frente a sus administrados.

Es irrelevante la etapa en la que se encuentre el contrato u operación, pues el interés indebido puede manifestarse desde la etapa de tratativas hasta la conclusión definitiva del acto.

E) FORMA DE MANIFESTARSE EL INTERÉS INDEBIDO: DIRECTA, INDIRECTA O POR ACTO SIMULADO

Existen distintas modalidades de manifestar el interés indebido por parte del funcionario: i) de forma directa, ii) de forma indirecta y iii) a través de un acto simulado.

Interesarse de forma directa implica que el funcionario personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares sobre el contrato u operación; por lo cual lleva a cabo todos los actos necesarios para alcanzar el resultado deseado.

Interesarse de manera indirecta significa que el funcionario se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros agentes estatales, para lograr la ejecución de su interés sobre el contrato u operación⁶⁶⁴. El acto simulado se produce cuando el funcionario actúa aparentando defender los intereses de la Administración Pública, pero en realidad estos son personales o particulares.

F) EL PROVECHO PROPIO O DE TERCERO

De otro lado, cuando el delito de negociación incompatible hace referencia al provecho propio o de tercero, se entiende que este aspecto debe ser parte de lo que guíe la conducta del funcionario. Así, el agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica y/o se propone obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo obtener un provecho o mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

G) LA NO EXIGENCIA DE AFECTACIÓN PATRIMONIAL

El delito de negociación incompatible no exige ni la concertación con particulares ni la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado, pues ello no está contenido en la tipificación. De igual forma, se configurará el delito si es que, por el contrario, representa incluso una ventaja patrimonial para el Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia al señalar que: *“en efecto no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resultan atendibles, menos aun enervan la configuración del delito anotado”*⁶⁶⁵.

H) CONSUMACIÓN

Para la consumación del delito de negociación incompatible no resulta necesario que el funcionario público obtenga un provecho económico o alcance la finalidad prevista. Se consume con la sola verificación de conductas que expresen el interés particular del funcionario en los contratos u operaciones y sin que ello genere un beneficio económico o un perjuicio para el Estado. Por tal razón se trata de un delito de mera actividad y de peligro para la imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

I) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Todos los tipos penales del Título XVIII del Código Penal resguardan el “correcto funcionamiento de la administración pública”, siempre que se entienda con ello a la protección del fin objetivo, legal y prestacional en la

⁶⁶⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública. Lima: Jurista Editores, 2014. P. 505.

⁶⁶⁵ Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.

gestión de los recursos públicos, llámese bienes o servicios. Este bien jurídico está compuesto, además, por una serie de principios y deberes que se descargan sobre ciertas personas que decidieron ubicarse entre los recursos del Estado y sus destinatarios, es decir, sobre los llamados funcionarios públicos, únicas personas capaces de vincular al Estado con sus actos.

La incompatibilidad de una negociación con el bien jurídico protegido radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos. No obstante, este delito de manera específica busca proteger la objetividad o imparcialidad en el ejercicio de la función pública, resguardando a la administración del interés privado de sus agentes y de que estos antepongan sus intereses en los contratos u operaciones en las que interviene el Estado⁶⁶⁶.

J) SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Siendo la negociación incompatible un delito contra la Administración Pública, resulta pertinente señalar lo que se entiende por Administración Pública. Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines y funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos. Por tanto, por función pública debe entenderse el mecanismo a través del cual se manifiestan las potestades públicas en el ejercicio de la autoridad inherente al Estado, atribuidas por la ley a los servidores públicos o a los particulares, dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo de la organización política. En el delito de negociación incompatible el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad en la realización de actividades contractuales, como por ejemplo las adquisiciones de bienes o servicios. Con el concepto de función pública se pretende abarcar, en sentido amplio, todo lo que atañe al Estado.

K) SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO:

Igualmente es también pertinente exponer el concepto de funcionario público, toda vez que el acusado tiene esa calidad: para determinar quién puede ser autor del delito de negociación incompatible, más allá de lo señalado por el Derecho Administrativo, debemos sujetarnos a lo descrito por el artículo 425° del Código Penal; es decir, son funcionarios o servidores públicos: a) Los que están comprendidos en la carrera administrativa, b) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, c) 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, d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, e) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y f) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

3. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

⁶⁶⁶ GUIMARAY MORI, Erick. “Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible”. En: Boletín Proyecto Anticorrupción N°39. Lima: IDEHPUCP, 2014. P. 11 Y 12. Disponible en: <https://bit.ly/2Y01Qak>. Consulta: 10 de julio de 2019. Asimismo, ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2007. P. 818.

Para que una sentencia tenga validez, conforme al artículo 157 del Código Procesal Penal, debe establecerse que los hechos objeto de prueba hayan quedado acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Según los cánones de valoración probatoria, el juez debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos así como los criterios adoptados (artículo 158 incisos 1 y 2 del anotado Código concordante con su artículo 393 inciso 2). Asimismo, constituye uno de los requisitos de la sentencia *“la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas e improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique.”* (artículo 394 inciso 3 del Código Procesal Penal).

En base a estas precisiones, se expondrán los argumentos que el Juez de Instancia expuso para adoptar la decisión que es materia de revisión por esta Sala Superior.

El Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Corrupción de Funcionarios, fundamenta su sentencia condenatoria en base a los siguientes argumentos: El acusado ha realizado cada uno de los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 399 del Código Penal, pues en el momento de acontecer los hechos, tenía la calidad de funcionario público, situación que se enmarca en el artículo 425 del Código Penal ocupando el cargo de sub gerente de Logística, por lo tanto tenía relación funcional para la adquisición de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la municipalidad y sus funciones estaban descritas en el Manual de Organización y funciones de la Municipalidad. El interés indebido reside en la contratación directa del proveedor John Alexander Terrones Huamán, con una rapidez inusual en la administración pública, de lo que colige que los bienes ya estaban listos para ser entregados. Además, cita el dicho del propio acusado explicando el procedimiento a seguir para las compras: *“el área usuaria hace el requerimiento, se deriva a Gerencia Municipal, quien autoriza la compra y lo pasa a Logística para que haga el estudio de mercado, una vez que se establece el costo, se pasa para que se otorgue la certificación presupuestal, se hacía la orden de compra y luego se pasa a Administración y Finanzas cuando ya se realizó la compra”, por lo que el subgerente de Logística no puede por sí mismo disponer la contratación, sino que la misma debe ser autorizada previamente por el gerente municipal, procedimiento que el acusado ha omitido*”. Tal conducta ha causado perjuicio a la municipalidad por el favorecimiento al tercero Terrones Huamán, quien se benefició con la conducta de Malca Saldaña.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el Juez cita la resolución recaída en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008/Lima, según la cual ese aspecto subjetivo puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima (...). Para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones realizadas antes del hecho delictivo. El acusado, con su conducta externa pese a que tenía varios años desempeñando el cargo, trasgredió sus deberes como funcionario público.

También la sentencia apelada señala que el acusado no se encuentra dentro de los supuestos del artículo 20 del Código Penal, tiene capacidad plena, con conocimiento de las prohibiciones dentro de su función, por lo que del análisis de lo actuado y de la compulsión de los medios probatorios, se ha determinado de modo incuestionable la existencia del delito de negociación incompatible, y por tales razones emitió pronunciamiento condenatorio.

4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Disconforme con lo resuelto por el Juez de Instancia, el defensor del acusado interpuso recurso de apelación, sustentándolo básicamente en que el juez ha incurrido en errores de hecho y de argumentación y errónea valoración de los medios de prueba.

No ha tenido en cuenta que la aparente notoria celeridad es una costumbre propia de la administración pública, su razonamiento es muy limitado, pues las regularizaciones en trámites ya iniciados en los que urge realizar algún tipo de adquisición de bienes y servicios en montos menores de tres URPs se hace con la finalidad de dar eficacia a los actos de la administración.

Sobre la supuesta omisión de procedimientos que revelaría la conducta dolosa de su patrocinado, es también erróneo puesto que en ese caso concreto había urgencia de adquirir los uniformes para ser entregados oportunamente. Es una apreciación subjetiva del Juez que la celeridad sea una inobservancia de los principios y denoten un interés indebido. Es una incorrecta valoración de los hechos y una desnaturalización de la declaración y de los documentos ofrecidos por la Fiscalía. En realidad, lo que existió puede ser una falta administrativa sin trascendencia jurídico punitiva. En conclusión, la sentencia contiene una motivación aparente y defectuosa. Finalmente sustentó agravio legal y económico.

La pretensión concreta expuesta en la apelación es que se revoque la sentencia y se absuelva al apelante.

5. FUNDAMENTOS DE LA CONTRADICCIÓN

Tanto la Fiscalía como la Procuraduría han mantenido sus pretensiones contradictorias en la audiencia de apelación, así como en sus alegatos finales

6. SOBRE LOS ALEGATOS FINALES DE LA DEFENSA

El defensor del acusado luego de resumir la tesis fáctica del Ministerio Público de haberse realizado todo el proceso en un mismo día, según la Directiva N° 006-OSCE, la compra realizada no se rige por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, y es conforme que el servidor público debe respetar los principios de la ley, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional para la validez de los contratos; y en este caso se le acusa a su patrocinado de haber violado dichos principios, tal como lo señala la Fiscalía y la sentencia apelada.

Tales principios debieron ser desarrollados en la sentencia apelada, para determinar las responsabilidades respecto a: i) si hubo vulneración y qué normas fueron vulneradas; ii) establecer si eso conlleva a una infracción administrativa pero no a delito. Además la sentencia apelada es muy general y no precisa en qué ha consistido la violación de principios ni cuáles serían esos principios, y finalmente por qué la supuesta violación tiene relevancia penal, aspecto que ni el Ministerio Público ni la sentencia han precisado. Por ello debe absolverse a su patrocinado.

Acto seguido, al analizar la sentencia venida en grado, negó la existencia de interés indebido y excesiva rapidez en el proceso de compra, el juez no analiza el contexto; además el Fiscal y el Juez aplican requisitos propios de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento que no son aplicables. No se realizó el estudio de mercado pero sí se solicitaron cotizaciones por teléfono, no siendo necesario en ese contexto tener más de una cotización ni realizar cuadro comparativo para la compra. Teniendo en cuenta los criterios sobre quebrantamiento de principios de la Casación N° 231-2017 Puno, no hizo ningún acto fuera de su rol para interesarse, no hay nada fuera de sus funciones, más bien realizó trámites bajo los principios de eficiencia, celeridad y economía y con aprobación de la gerencia desde el 24 de Febrero.

La celeridad a que se refieren el Fiscal y la sentencia en su fundamento 59, es interpretada subjetivamente, la confección del logo sublimado no demora; la coordinación previa con el proveedor fue dentro de su rol y en su oficina, lugar público. El fundamento 60 yerra al afirmar que Malca Saldaña autorizó la compra, pues lo hizo el gerente. Sobre la compra del día 27 de febrero y la firma del gerente el uno de marzo, se dio por tratarse de una vía de regularización, lo cual es usual en la administración pública y no solo intervino Malca sino otros funcionarios, incluso el gerente fue absuelto por estos mismos hechos.

Respecto a los elementos subjetivos del tipo, según el fundamento 73 de la sentencia se ha interesado por favorecer a un tercero, y que el dolo reside en haber trabajado antes en la Administración Pública, habiendo puesto en peligro potencial a la entidad privándola probablemente de otras ofertas mejores. Según la casación N° 67-2017, considerando 38, las acciones parciales no son punibles, por eso la sentencia es subjetiva y atenta contra la sana crítica

7. SOBRE ALEGATOS FINALES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA PROCURADURÍA

La señorita Fiscal Superior señaló que la sentencia está debidamente razonada, con valoraciones adecuadas, pues se acredita que Malca Saldaña favoreció a Terrones por la contratación directa y haber realizado todo el proceso de compra desde el requerimiento hasta la entrega de los implementos en un solo día y no observó los procedimientos mínimos. No hay nada en el proceso que ampare sus dichos. Dijo el acusado que según su experiencia los precios eran menores del mercado; al declarar cómo eligió el proveedor afirmó que cursó invitación a Terrones y a otro proveedor que no recuerda, pero no hay prueba de ello y por eso no hizo el cuadro comparativo, pero en esta audiencia dice que hizo que un trabajador llamara por teléfono. Pero no solo es la rapidez en el trámite, sino que se extralimitó en sus funciones porque no había certificación presupuestal, pues el informe 96 precisa que no se hizo, para después decir que sí lo hizo, y luego declarar que la pidió. En cuanto al dolo está acreditado porque no cumplió a sabiendas con los principios que rigen en la Administración Pública.

La señorita Procuradora señaló que no se ha desvirtuado en este juicio de apelación la argumentación de la sentencia, se ratificó en la reparación civil y señaló que el daño al Estado se encuentra acreditado, el acusado infringió los principios y deberes de probidad y lealtad para con los intereses del Estado. Su conducta es a todas luces antijurídica y culpable.

8. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

8.1. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

La base fáctica expuesta por la Fiscalía, la hace consistir en lo siguiente: el acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA en la época de los hechos desempeñaba el cargo de jefe de Logística en la Municipalidad Provincial de Chepén. El día 18 de febrero de 2014 don José Vásquez Vargas, sub gerente de Educación, Cultura y Deportes de la Municipalidad, dirigió el requerimiento número 039-2014/SGeCJD-MPCH de la misma fecha, al gerente municipal, Aldo Sánchez Romero, para la confección de 162 uniformes completos de deporte consistentes

en 162 juegos de camisetas deportivas con logo sublimado, 162 shorts con logo sublimado y 162 calcetines largos. Este documento fue remitido y recibido el **27 de febrero de 2014** en esa dependencia, y con fecha **27 de febrero de 2014** fue remitido a la jefatura de Logística que desempeñaba el acusado.

El mismo día **27 de febrero de 2014** el acusado Malca Saldaña en su condición de sub gerente de Logística, emite la orden de compra número 0190 de fecha **27 de febrero de 2014**, a favor del proveedor John Alexander Terrones Huamán por la suma de S/ 8,100.00 soles. Luego el **27 de febrero de 2014**, se emite la llamada PECOSA (pedido comprobante de salida) solicitada por la sub gerencia de Educación, Cultura y Deporte, para que los uniformes adquiridos salgan del almacén y sean entregados a la persona de José Vásquez Vargas responsable de esta dependencia, quien recibió los uniformes deportivos también el **27 de febrero de 2014** para fines de premiación a los equipos participantes de la Academia Municipal de Chepén; documento que contiene las firmas de solicitante y receptor, del sub gerente de Logística y del jefe de Almacén.

Asimismo, con fecha **27 de febrero de 2014**, se emitió y recibió la boleta de venta emitida por Confecciones Dyrón a la Municipalidad de Chepén por la suma de S/ 8,100.00 soles.

La Fiscalía sostiene que el acusado Malca Saldaña se interesó indebidamente por favorecer a la persona de Jhon Alexander Terrones Huamán, con quien contrató directamente para adquirir por la suma de S/ 8,100.00, los 162 juegos de uniformes deportivos, consistentes en 162 polos o camisetas deportivas, 162 unidades de shorts deportivos y 162 pares de calcetines de color blanco.

Agrega la Fiscalía que el acusado no realizó estudio de mercado, no cursó cartas de invitación, no recibió cotizaciones, no elaboró un cuadro comparativo de precios, sino que de manera directa contrató con el proveedor Terrones, con una rapidez que es inusual en la administración pública, porque todo se tramitó en un solo día, incluyendo la entrega de los bienes adquiridos. Cabe señalar que el comprobante de pago tiene como fecha de emisión el 08 de abril de 2014, pero todo lo realizado no es propio de los trámites de ese tipo, como ha sucedido en el presente caso.

8.2. CONTRASTACIÓN DE LOS HECHOS CON EL MATERIAL PROBATORIO

Delimitada que ha sido la base fáctica, corresponde sustentar los hechos con los medios probatorios aportados, admitidos, actuados y valorados en la sentencia apelada.

En primer lugar, conforme a las normas que rigen las adquisiciones de bienes y servicios en el ámbito de las entidades públicas incluidos los gobiernos locales, se requiere la existencia de fondos, de un presupuesto y de la certificación presupuestal. Sin la existencia de ese documento no procede ningún procedimiento de adquisiciones, y de hacerlo, es totalmente irregular. En el presente caso, el informe número 096-2015 de 21 de agosto del mismo año, emitido por el gerente municipal Javier Tucto Ruiz, pone en conocimiento que a la fecha de la emisión de la orden de compra 190 de 27 de febrero de 2014, no se había remitido ningún memorándum a la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto solicitando certificación presupuestal para la compra de los uniformes.

El procedimiento total se realizó en un solo día desde que se recibió el requerimiento número 039-2014/SGECJD-MPCH por la sub gerencia de Logística que desempeñaba el acusado. Así, el 27 de febrero se recibe el requerimiento y con esa misma fecha, en un solo día se llevaron a cabo todos los pasos necesarios para perfeccionar la compra, a saber: recepción de requerimiento, remisión a Logística, emisión de orden de compra, solicitud de PECOSA, emisión de PECOSA, firma por funcionarios, ingreso a almacén cuyo jefe suscribió la PECOSA e hizo la entrega de uniformes al funcionario José Vargas y se emite boleta de venta, es decir se llevaron a cabo nueve procedimientos o pasos desde que se recibió el requerimiento a las 10:15 am, tal como consta después del proveído recaído en el requerimiento 039 hasta la finalización de la jornada laboral, lo cual carece de toda razonabilidad; peor todavía, sin haberse previamente constatado la existencia de certificación presupuestal, cuyo documento - memorándum- no fue emitido, según lo señalado por el gerente municipal señor Javier Tucto Ruiz en su informe número 096-2015-MPCH-GM de 21 de agosto de 2015, en el que textualmente señala: “(...) que previa búsqueda en los Registros de Documentos Emitidos por la Gerencia Municipal durante el año 2014, se ha podido verificar que la Gerencia Municipal durante el año 2014 no ha emitido memorándums(sic) dirigidos a la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto, solicitando Certificaciones Presupuestales para los pagos a favor de (...) Confecciones Dyrón de John Alexander Terrones Huamán, por la adquisición de implementos deportivos...”.

Si bien es cierto que por el monto contratado de S/ 8,100.00 soles, no se requería concurso de precios, también lo es que en materia de contrataciones en que es parte el Estado deben primar los principios de la ética de la función pública, la eficiencia y la transparencia en el manejo de los recursos, así como la transparencia, tal como lo tiene

puntualizado el Tribunal Constitucional^{667 668} y otros pronunciamientos jurisprudenciales de la Justicia Ordinaria; y así también lo sostiene la Fiscalía en su imputación. El procesado no realizó un estudio de mercado, lo que quiere decir que mínimamente debió indagar sobre los precios en los establecimientos o talleres del medio acerca de los precios para los implementos por adquirir. Y si bien en su declaración en esta Sala ha referido que ello no fue necesario porque ningún proveedor quería atender a la Municipalidad y que los precios ofrecidos por Terrones eran bajos, lo cual no causó perjuicio al Estado o a la Municipalidad, también lo es que constituye una irregularidad, que aunada a las otras irregularidades como el no cursar cartas de invitación, no solicitar cotizaciones ni elaborar cuadro comparativo de precios y sobre todo contratar directamente con Terrones Huamán, conducen a determinar la conducta ilícita del acusado, que se encuadra en el tipo penal de negociación incompatible, la que se encuentra también reforzada con la orden de compra y la entrega al área usuaria a través de José Eduardo Vásquez Vargas.

A ello hay que agregar que en ningún medio probatorio consta que haya existido conformidad de la cantidad y calidad del producto adquirido por parte de ninguna de las dependencias involucradas, sin embargo, se giró orden de pago de fecha 08 de abril y que supuestamente se hizo efectiva el 10 de abril, dato este último consignado por el proveedor y no por el encargado de pagar.

La defensa del acusado en su momento, alegó que sí existió cotización, la misma que fue emitida por el área de Logística, pero esa era la dependencia jefaturada por el acusado; que sí hubo certificación presupuestal, lo cual no ha sido demostrado y más bien es una afirmación rebatida con el informe 096-2015 ya glosado en párrafo anterior sobre la inexistencia de tal documento, que constituye requisito indispensable para iniciar el procedimiento de adquisición. Como bien lo afirma la defensa, sin certificación presupuestal hubiera sido imposible cancelar el dinero, pero se canceló mediante la orden de pago número 2123.

A todo lo señalado se agrega la imputación de la Fiscalía en el sentido de que la conducta materia de este proceso, no fue ni la primera ni la única por parte del acusado, sino una práctica usual de su parte, para lo cual aportó como medio de prueba de esta imputación, el comprobante de pago número 1706 sin fecha por la suma de S/ 10,900 soles a favor del mismo Terrones Huamán, por la compra de polos cuello V color blanco de diferentes tallas, pero sin especificar tipo o calidad de tela, si eran sublimadas o no, cancelación que se realizó según la firma de Terrones, el 01 de abril de 2014.

Es necesario tener en cuenta que, si bien el artículo 3.3 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo 1017⁶⁶⁹ no obliga a la aplicación de las normas sobre contrataciones, esto es que se pueden llevar a cabo sin observar las disposiciones respecto de aquellas que sean inferiores a tres UITs (Unidades Impositivas Tributarias) vigentes al momento de la contratación o transacción, es deber de la entidad y del funcionario o servidor salvaguardar el uso de los recursos públicos; por lo tanto no se pueden vulnerar los principios previstos en el artículo 4 de la misma ley, como son los de eficiencia, economía, imparcialidad, razonabilidad en materia contractual con el Estado. Tal vulneración genera la invalidez del mecanismo de adquisición, asimismo constituye una infracción a los principios de la ley de Contrataciones del Estado, que es una ley de desarrollo constitucional del artículo 76 de la Constitución del Perú.

No se debe perder de vista que en el requerimiento número 139-2014/SGECJD-MPCH, el responsable del área usuaria sub gerencia de Educación, Cultura y Deporte a cargo de profesor José Eduardo Vásquez Vargas, puso el proveído de fecha 27 de febrero de 2014, en el que de su puño y letra pone que pase a Logística para "*su evaluación y atención correspondiente de acuerdo a ley*". Este documento fue recibido en Secretaría a las 10:15 am., y como la disposición era que debía ser evaluado y atendido "de acuerdo a ley", el acusado debió seguir los procedimientos regulares con la diligencia debida, más aun si es un profesional con experiencia en otros gobiernos locales. Pero lejos de realizar la evaluación y seguir los procedimientos establecidos, hizo contratación directa sin cotizaciones ni cuadro comparativo ni indagación de precios para el mismo producto en el mercado; emitió comprobante de pago, PECOSA, y todo el proceso de adquisición.

En su defensa el acusado en sede de instancia justificó su conducta indicando que realizó las cotizaciones, situación que se daba cuando el gerente municipal no se encontraba, de lo cual no hay ninguna evidencia ni prueba. Más bien, de acuerdo a los procedimientos, tal como explicó el propio acusado, el requerimiento del área usuaria se remite a la gerencia municipal, órgano que autoriza la compra y deriva a Logística para el estudio de mercado y establecer los costos; se deriva para otorgamiento de certificación presupuestal, con ello se elabora la orden de compra y finalmente se remite al área de Administración y Finanzas después de haberse realizado la compra. Esto

⁶⁶⁷ Sentencia EXP. N° 00017-2011-PI/TC publicada en el Peruano el 07 de junio de 2012 Caso Peláez Bardales Fiscal de la Nación contra la ley 29703

⁶⁶⁸ Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos N° 12 y 16). "16.(...)la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]" .

⁶⁶⁹ Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, lo cual no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia

quiere decir que el acusado como jefe de Logística, primero debió recabar la autorización a la gerencia municipal y la certificación presupuestal, pero el acusado no lo realizó. Más bien, recabó la firma autoritativa para la compra por parte del gerente municipal con posterioridad al procedimiento realizado motu proprio en vía de regularización. Es decir, festinó trámites para favorecer al proveedor Terrones Huamán. Respecto a que los proveedores no querían presentar cotizaciones, no está probado porque no existen cartas o correos o cualquier comunicación indubitable de invitación a ninguna empresa del medio dedicada al mismo rubro que el proveedor Terrones.

La conducta del acusado infringió sus deberes defraudando la confianza pública depositada en él, y afectando el bien jurídico.

En su declaración en el Juicio de Apelación, justificando su conducta el acusado Malca Saldaña, respondiendo a las preguntas de su abogado defensor, explicó que en la Municipalidad existía un programa sobre ciclo vías y se suscitó una urgencia por atender el pedido materia de este proceso, pero como no estaba el gerente desde el 22 o 23 de febrero, que era quien autorizaba las compras, hizo las coordinaciones para continuar el trámite y cumplir en la fecha solicitada por el área usuaria que había pedido la compra a la gerencia general. Al llegar el requerimiento a la oficina de Logística, sucedió que laboraban varios trabajadores, y respecto a compras, se contaba con dos servidores, uno para adquirir bienes y el otro para servicios; el primero hace estudio de mercado y recaba cotizaciones, pero en el caso concreto no recuerda cuántas se hicieron o se presentaron. A la pregunta de cómo se hace un estudio de mercado para adquirir bienes y cómo se guían para hacerlo, dijo que el estudio de mercado en sí no se encuentra establecido, no existen normas al respecto, pero se hace la compra con una sola cotización como se hizo, porque los otros proveedores no querían presentar por motivo de que el pago es tardío y el señor Terrones fue el único que quiso atender, el que vendió sin cotización. Para ello, antes se consultó a OSCE por los múltiples problemas que existían con la Contraloría. El pronunciamiento recaído en la consulta 54-17 ⁶⁷⁰ OSCE no dice el número de fuentes para las cotizaciones o valores históricos; en la web de OSCE no se especifican procedimientos, y en la Municipalidad de Chepén no había norma que regulara compras inferiores a tres UITs. Agregó que es conforme que la gerencia Municipal autoriza las compras, por ello regularizó después.

Preguntado si tuvo contacto previo con Terrones Huamán y dónde, dijo que lo hizo llamar a su oficina porque ya era proveedor; lo que se le compró tenía valor menor al precio de mercado, incluso aceptó vender sin aumentar el precio pese a la demora en el pago. Agregó que es la UAF –Unidad de Administración y Finanzas donde se determinó la orden de compra para el 27 de febrero, pero como no había gerente, pero sí autorización para el requerimiento y también disponibilidad presupuestal, con la conformidad del área usuaria que remite a administración que también da su conformidad, para autorizar el pago, se procedió a la adquisición para después regularizar.

A la señora Fiscal respondió que no recuerda la fecha en que del área usuaria de Cultura y Deporte se emitió el requerimiento, pero que fue entre el 22 y el 23 de febrero, y pasó a gerencia municipal para la autorización; luego se remitió por gerencia municipal a Logística para el trámite de la adquisición, donde se ve al proveedor y se contrata, pero como la municipalidad pagaba poco y tarde, nadie quería contratar. Reiteró que en Logística había un encargado de compras de servicios y otro de bienes, quien llamó a varios proveedores y fue Terrones el que acudió al llamado del servidor, sin recordar qué día llegó Terrones a la oficina del declarante. Admitió haberse adelantado a comprar porque el gerente estaba de licencia; que constató que la cotización ofrecida por Terrones era la menor del mercado –que como ya se ha señalado no existe prueba de ello- pues conoce los precios y además tenía experiencia, por ello no perjudicó a la institución. Además sí había certificación presupuestal (lo cual no se ha acreditado, más bien se informó que no se emitió el documento respectivo).

Sobre el informe número 96-2015 del funcionario Tucto de que no se había emitido autorización presupuestal, dijo que ese funcionario no era competente para emitir pedido de certificación presupuestal; eso es competencia de Logística y sí se emitió tal certificación, para lo cual hay un procedimiento directo. También admitió haber coordinado previamente con el proveedor dos días antes, y en cuanto a la confección con logos y sublimado, es un procedimiento rápido que se hace en pocas horas.

A las preguntas de la Procuraduría respondió haber seleccionado directamente al proveedor Terrones; que es cierto que el administrador recién asumió funciones el primero de marzo de dos mil catorce, pero en ese caso la orden de compra no requería firma previa del administrador, basta con la del responsable de Logística. En cuanto a que el administrador firmó con fecha 27 de febrero si recién ingresó el 01 de marzo, dijo que sí autorizó el pago, revisó los documentos y verificó.

Interrogado por la Sala, afirmó que el proveído para la compra sí existía, y decía se autoriza o proceda, pero no contenía valorización presupuestal pues es Logística la que establece el costo, la documentación no queda en gerencia sino en administración; le explicó al funcionario Lázaro que estaba regularizando, y la conformidad de compra la dio el área usuaria a cargo del señor Armando.

Respecto al dolo del agraviado, se trata de un profesional con experiencia en gestión pública, y más específicamente en gestión municipal, puesto que según su declaración en sede de instancia, dijo que ostentaba su cargo desde hacía

⁶⁷⁰ PRONUNCIAMIENTO N° 057-2017/OSCE-DGR-SIRC.- SUNEDU

cuatro años y que anteriormente ha prestado servicios en otras municipalidades antes de laborar en la Comuna Provincial de Chapén. En efecto, prestó servicios en los municipios de distritales de Marcabal y Sinsicap en el desempeño del mismo cargo, esto es, como responsable del área de Logística.

Ello significa que conocía las normas contables, económicas y financieras de una municipalidad, los procedimientos para la adquisición de bienes y servicios y los principios que rigen el comportamiento de un funcionario o servidor; conocía que no debe hacerse contratación directa en situaciones ordinarias, solo en emergencias debidamente probadas y sustentadas con una resolución, y la premiación a equipos de la Academia Municipal no se encontraba dentro de ese supuesto. La defensa señala que hubo premura por atender el pedido y que la falta de firma del gerente municipal se regularizó administrativamente, es decir después de realizado todo el proceso, pero tal regularización es excepcional y extraordinaria, y de acuerdo a la resolución casatoria que invoca el señor abogado del acusado, N° 841-2016, tal regularización procede en situaciones de emergencia, que en este caso no existían, tal como se ha puntualizado líneas arriba.

El dolo se encuentra tanto en la festinación de trámites para realizar nueve pasos de un proceso de adquisición en un mismo día, así como en la contratación directa con Terrones Huamán. El acusado ni su defensa han desvirtuado este elemento del tipo, que ha quedado acreditado con todo el caudal probatorio incluyendo las declaraciones del propio encausado.

9. DEFENSA MATERIAL DEL PROCESADO

Al pronunciar la última palabra, el acusado Malca Saldaña expuso que todo lo ha realizado dentro de los parámetros de legalidad, no ha causado ningún perjuicio al Estado ni a la institución, no ha cometido delito, habiéndose limitado únicamente a acelerar el trámite para la adquisición de lo requerido y no hubo ninguna sobrevalorización, por lo que pide ser absuelto.

10. SOBRE LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA PENA IMPUESTA

Los artículos 45, 46 y siguientes del Código Penal, establecen los parámetros para determinar la pena dentro de los límites fijados por la Ley, respetando los principios de proporcionalidad y legalidad. El Juzgador al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta además de los criterios contenidos en estos artículos, lo que establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil referido a la proporcionalidad de las sanciones. Ello debido a que la sanción punitiva no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho.

En este extremo, en la sentencia apelada el juzgador de instancia ha realizado una argumentación dentro de los parámetros y etapas establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, con raciocinio de razonabilidad y proporcionalidad dentro del espacio punitivo concreto a que se refiere la ley. Asimismo ha expuesto los argumentos sobre el carácter de la pena y ha optado por aplicar una pena suspendida por ser privativa de libertad no mayor de cuatro años y los demás elementos contenidos en el artículo 57 del Código Penal.

Igualmente respecto a la inhabilitación impuesta, ha tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 426 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, concordante con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del mismo cuerpo legal.

11. SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL

Habiéndose determinado la responsabilidad civil del acusado y principalmente el daño causado, debe tenerse en cuenta que la reparación civil al amparo del Art. 92° y siguientes del Código Penal, comprende la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios; el monto se fija en atención a la magnitud del daño irrogado así como el perjuicio producido, se tiene en consideración la forma y circunstancias del evento delictivo y la condición económica del agente, debiendo ser proporcional. Su base se asienta en la responsabilidad del agente.

Por tal motivo, el interés y el bien jurídico protegido debe ser reparado a través de un resarcimiento pecuniario dado por la reparación civil, que ha sido fijada por el Juez en la suma de mil soles.

Sin embargo, la Procuraduría como titular de la reparación civil, no ha formulado apelación respecto al monto fijado en la sentencia apelada, por lo que este extremo debe confirmarse

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, valorados los hechos y las pruebas, los argumentos de las partes, por el mérito de lo actuado, en aplicación de las normas legales citadas en esta resolución y en la apelada, lo dispuesto por el artículo 399 del Código Penal, conforme a la facultad concedida por la Constitución Política del Estado, en base a las reglas de la lógica, la sana crítica y las reglas de la experiencia, la Sala Superior de Apelaciones Transitoria especializada en Extinción de Dominio, actuando provisoria y excepcionalmente como Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios,

RESUELVE:

- 2. CONFIRMAR** la sentencia apelada contenida en la resolución número seis de seis de noviembre de dos mil dieciocho que falla:
- e) **CONDENANDO** al acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA como autor del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Descentralizada de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, a la sanción punitiva de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, que se suspende en su ejecución por el período de tres años, bajo las reglas de conducta a que se refiere la sentencia venida en grado;
 - f) Impone la pena de inhabilitación para el acusado OSCAR ADOLFO MALCA SALDAÑA consistente en la privación de ejercer función, cargo, comisión o empleo de carácter público, por el período de tres años. De conformidad con los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal
 - g) Impone la pena accesoria de 180 días multa que se fija en S/ 1,395.00 soles, que será pagada dentro de los diez días siguientes de haber quedado firme la sentencia
 - h) Fija por concepto de reparación civil la suma de S/7,000.00 (SIETE MIL SOLES), la misma que será cancelada por el acusado en ejecución de sentencia, en la forma indicada como regla de conducta, esto es en dos cuotas mensuales de S/ 3,500 soles cada una, una vez firme la sentencia.

Consentida o firme que sea esta sentencia: regístrese donde corresponda y expídanse los boletines de condena al Registro Distrital de Condenas, devuélvase al Juzgado de origen para el cumplimiento de lo decidido y la ejecución de la sentencia, y CUMPLIDO: ARCHÍVESE el proceso en el modo y forma de ley. Interviniendo como directora de debates y ponente, la señora Jueza Superior Doctora Wilda Mercedes Cárdenas Falcón.

Wilda Mercedes Cárdenas Falcón
Presidenta y DD
Jueza Superior Titular

Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza
Integrante
Juez Superior Titular

Manuel Estuardo Luján Túpez
Integrante
Juez Superior Titular



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
TERCERA SALA PENAL SUPERIOR**

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

EXPEDIENTE Nº 5050-2015-55

Sumilla. Los acusados en calidad de funcionarios públicos del Hospital Regional Docente tenían que para la adquisición de las lámparas cialíticas, que en razón al monto de S/ 16,200.00, debía realizarse un proceso de adjudicación de menor cuantía; pero a efectos de no superar el monto de las tres unidades impositivas tributarias previsto en los artículos 3.3.i y 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, procedieron a fraccionarla en dos partes, evidenciándose de esta manera la intención de contratar en forma directa a la empresa Mary Import EIRL, la misma que ni siquiera formaba parte del Registro Nacional de Proveedores, configurándose el comportamiento doloso de los acusados en el delito de negociación incompatible.

SENTENCIA DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO CATORCE

Trujillo, dos de mayo del dos mil diecinueve

Imputados	: Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal
Delito	: Negociación incompatible
Agraviado	: Estado – Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad
Procedencia	: Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad
Impugnante	: Imputados
Materia	: Apelación de sentencia condenatoria
Especialista	: Elizabeth Neri Arqueros

VISTOS: Los recursos de apelación interpuestos por los imputados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal contra la sentencia condenatoria contenida en la resolución número siete del doce de junio del dos mil dieciocho, emitida por el Juez Santos Teófilo Cruz Ponce del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad. La audiencia de apelación se realizó el diecisiete de abril del dos mil diecinueve, en la sala de audiencias de la Tercera Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con la presencia de los Jueces Superiores Titulares Sara Pajares Bazán, Carlos Merino Salazar y Giammpol Taboada Pilco (Director de Debates), la Fiscal Superior Ada Peñarana Bolovich y el abogado Jaime Manuel Cheng Amaya por el imputado.

Interviene como ponente el Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**.

ANTECEDENTES:

Acusación

1. Con fecha *dieciséis de junio del dos mil diecisiete*, el Fiscal César Gustavo Espinola Carrillo de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, formuló acusación contra los imputados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Hospital Regional Docente de Trujillo, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad, tipificado en el artículo 399 del Código Penal; solicitando la imposición de una pena privativa de libertad de cuatro años, inhabilitación por el mismo plazo y el pago de una reparación civil de tres mil soles (S/ 3,000.00) cada uno a favor de la parte agraviada.
2. El hecho punible consiste en que en octubre del dos mil diez, el acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra en calidad de Jefe del Área de Adquisición y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, y, el acusado Freddy Vargas Roncal en calidad de Jefe de Logística de la misma institución, adquirieron tres lámparas cialíticas por el importe de S/ 16,200.00 (dieciséis mil doscientos soles); pero fraccionado en dos órdenes de compras, con la guía de internamiento N° 1981 y 2009. La primera por el monto de S/ 10,800.00 (diez mil ochocientos soles) y la segunda por el monto de S/ 5,400.00 (cinco mil cuatrocientos soles); a pesar de haber podido realizar una sola compra, como lo establece la Ley de Contrataciones del Estado; sin

embargo, realizaron la compra de manera directa, sin ningún proceso de contratación, demostrando interés indebido al contratar con la Empresa Mary Import EIRL, que en esa fecha no contaba con registro de proveedores en el OSCE. La responsabilidad penal de los acusados además acreditada con mediante las órdenes de compra e internamiento, y, el informe del OSCE que señala que la empresa contratante no se encontraba registrada, y con el MOF del Hospital Regional Docente de Trujillo, donde se establece las funciones de los acusados como funcionarios del aludido nosocomio. Por tanto, se imputa al acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra tener la calidad de autor y al acusado Freddy Vargas Ronca como cómplice del delito de negociación Incompatible.

Sentencia de primera instancia

3. Con fecha *doce de junio del dos mil dieciocho*, el Juez Santos Teófilo Cruz Ponce del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, dictó la sentencia contenida en la resolución número siete, *condenando* a los acusados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra como autor, y, Freddy Vargas Roncal como cómplice del delito de negociación incompatible, en la modalidad de interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero, delito previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado – Hospital Regional Docente de Trujillo, representado por la Procuraduría Anticorrupción de La Libertad, imponiendo la sanción de cuatro años de pena privativa de libertad para Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y tres años y seis meses de pena privativa de libertad para Freddy Vargas Roncal; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo de dos años; bajo el cumplimiento de reglas de conducta. Se impuso además pena de inhabilitación, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados, por el periodo de dos años y finalmente se fijó por concepto de reparación civil la suma de S/ 6,000.00 (seis mil soles), a favor del Estado; la misma que se cancelará de forma solidaria por los dos sentenciados, en ejecución de sentencia.

Recurso de apelación

4. Con fecha *diecinueve de junio del dos mil dieciocho*, los imputados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal presentaron recursos de apelación contra la sentencia condenatoria por el delito de negociación incompatible, solicitando bajo idéntico argumentación que se revoque y se “anule” la sentencia, pese a que la consecuencia lógica-jurídica de la revocatoria de una condena es la absolución de la acusación fiscal, por ello, lo correcto es entender la pretensión impugnatoria como absolución, señalando como agravio esencialmente que los imputados han realizado la compra de tres lámparas cialíticas para el Hospital Regional Docente de Trujillo, sin que se haya vulnerado lo previsto en el artículo 3.3.i, concordante con el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a que sus normas no son aplicables para las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres Unidades Impositivas Tributarias, como ha sucedido con la compra fraccionada de las lámparas cialíticas por montos inferiores al límite legal.
5. Con fecha *veintiuno de junio del dos mil dieciocho*, mediante resolución número ocho, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, *concedió* el recurso de apelación interpuesto por ambos imputados y elevó los actuados al Superior en grado. Luego, con fecha *diez de*

enero del dos mil diecinueve, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad admitió y corrió traslado del recurso de apelación por el plazo de cinco días a los demás sujetos procesales, no habiendo procedido a absolverlo ni tampoco se ofrecieron nuevos medios de prueba; finalmente, con fecha *diecisiete de abril del dos mil diecinueve* se realizó la audiencia de apelación, habiendo solicitado el representante del Ministerio Público que se confirme la sentencia venida en grado; mientras que el abogado de los imputados solicitó se anule la sentencia, señalándose el *dos de mayo del dos mil diecinueve* la expedición y lectura de la sentencia.

CONSIDERANDOS:

6. La Casación 213-2017-Puno, de catorce de setiembre del dos mil diecisiete ha explicado que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo está ubicado en la sección IV del Código Penal -Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una **modalidad de corrupción**, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa [fundamento 10]. El bien jurídico que protege es el **normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública**, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella [fundamento 12].
7. Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un **delito de peligro concreto**, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico -el correcto funcionamiento de la administración pública- [Casación 213-2017-Puno, fundamento 13]. Al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un “interés indebido”, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública [fundamento 14].
8. El delito de negociación incompatible materia de acusación contra los imputados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal, se encuentra tipificado en el artículo 399 del Código Penal con la siguiente proposición normativa: “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". En el presente caso, conforme al hecho punible descrito en la acusación fiscal, la concurrencia de los elementos típicos del delito de negociación incompatible son: la calidad de funcionarios públicos del Hospital Regional Docente de Trujillo de los imputados; la compra de lámparas cialíticas, la relación funcional de los acusados con el contrato de compra venta de lámparas cialíticas; el interés indebido en la contratación y el provecho de tercero empresa May Import EIRL.

9. Respecto a la calidad de funcionarios públicos de los imputados en la fecha de la compra de las tres lámparas cialíticas rodables, el acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra se desempeñaba como Jefe del Área de Adquisición y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, y el acusado Freddy Vargas Roncal se desempeñaba como de Jefe de Logística de la misma institución, lo cual ha sido reconocido en sus respectivas declaraciones, corroborado con las órdenes de compra-guía de internamiento N° 0002009 y N° 0001981 donde constan sus sellos y firmas (hecho no controvertido).
10. La compra de tres lámparas cialíticas está acreditado con la orden de compra-guía de internamiento N° 0002009 de fecha veinticinco de octubre del dos mil diez, que tiene por objeto la compra de dos lámparas cialíticas rodables, cada una por el precio de S/ 5,400.00 (cinco mil cuatrocientos soles), haciendo un total de S/ 10,800.00 (diez mil ochocientos soles); así como en la orden de compra-guía de internamiento N° 0001981 de fecha veinticinco de octubre del dos mil diez, por la compra de una lámpara cialítica rodable por el precio de S/ 5,400.00 (cinco mil cuatrocientos soles), teniendo como proveedor en ambas compras a la empresa May Import EIRL, lo cual también ha sido reconocido por los acusados en sus respectivas declaraciones (hecho no controvertido).
11. La Casación 213-2017-Puno, de catorce de setiembre del dos mil diecisiete sobre la ***vinculación funcional del agente con el contrato u operación***, ha considerado que la regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley [fundamento 19]. Dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos”, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación [fundamento 20]. En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro [fundamento 21].
12. La relación funcional del acusado Wilson Gutiérrez Salvatierra, en calidad de Jefe de Adquisiciones y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, en la compra de las lámparas cialíticas, está probado con el Manual de Organización y Funciones, donde se establece que son funciones específicas del Jefe del Área de Adquisiciones y Negociaciones: “Efectuar los procesos técnicos de la adquisición de

bienes y servicios. Dirigir y controlar la compra de bienes programados y no programados, de acuerdo a las normas vigentes y disponibilidad presupuestal. Adquirir los bienes y servicios aplicando criterios técnicos de calidad, oportunidad, calidad y precio. Supervisar y controlar la oportuna atención y ejecución de las órdenes de compra por parte de los proveedores. Supervisar la adquisición de bienes y servicios de acuerdo a los procedimientos de adquisiciones y contrataciones del Estado” (hecho no controvertido).

13. La relación funcional del coacusado Freddy Vargas Roncal en calidad de Jefe de Logística del Hospital Regional Docente de Trujillo, en la compra de las lámparas cialíticas, está probado con las órdenes de compra- guía de internamiento N° 2009 y 1981, en la cuales obra su firma y sello; contribuyendo de esta forma a la realización del hecho delictivo, sin lo cual la compra no se hubiera efectuado; pese a tener entre sus funciones establecidas en el MOF el de dirigir y supervisar la programación de las necesidades de bienes y servicios de las diferentes unidades orgánicas del Hospital, priorizando su adquisición de acuerdo a políticas institucionales, normas y dispositivos vigentes – programar y controlar la adquisición de bienes y servicios del Hospital.
14. Los recurrentes cuestionan la existencia de un *interés indebido* en la contratación de las lámparas cialíticas para el Hospital Regional Docente de Trujillo, como elemento objeto del tipo penal de negociación incompatible. La Casación 213-2017-Puno, de catorce de setiembre del dos mil diecisiete sobre el *interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero*, ha considerado que la conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo [fundamento 16]. El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: **a)** Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. **b)** Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. **c)** Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente [fundamento 18].
15. La sentencia recurrida ha considerado correctamente que está probado que la adquisición de las tres lámparas se realizó de manera fraccionada, pues se emitieron dos órdenes de compra, por el mismo producto, en la misma fecha y a favor del mismo proveedor, por tanto, se realizó de manera deliberada a efectos de evadir la realización de un proceso de selección y la correspondiente aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, pues se realizaron dos compras teniendo en cuenta que los precios no excedan las tres unidades impositivas tributarias (equivalente a S/ 10,800.00 a la fecha de los hechos). Además, ambas órdenes de compra tienen como fecha veinticinco de octubre del dos mil diez. Si bien los acusados han indicado que ante la falta de presupuesto solo adquirieron dos lámparas, pero ante la reiterada solicitud del área usuaria se adquirió una más, este argumento no tiene asidero si consideramos que el

requerimiento inicial fue por un total de quince lámparas cialíticas y ante el supuesto de que no había dinero no se entiende cómo es que en la misma fecha se adquirió una lámpara más.

16. La Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, es clara en señalar que sus normas no son aplicables para las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres Unidades Impositivas Tributarias -UIT (la UIT para el año 2010 fue S/ 3,600.00, según Decreto Supremo N° 311-2009-EF), vigentes al momento de la transacción; salvo que se trate de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenio Marco (artículo 3.3.i). En ese sentido, queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual (artículo 19). Por su parte, el artículo 20 del Reglamento de la Ley aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008- EF, precisa que la prohibición de fraccionamiento a que hace referencia el artículo 19 de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo de proceso de contratación.
17. El provecho de tercero identificado con la empresa Mary Import EIRL, como vendedor de las lámparas cialíticas, está acreditado con la información sobre inscripción en el Registro Nacional de Proveedores de la OSCE de fecha seis de abril del dos mil dieciséis donde consta que dicha empresa, con número de RUC N° 20124272123, en octubre del dos mil diez, tenía como estado de inscripción “NO APROBADO”, por lo que no podía contratar con el Estado. Recién fue inscrita en el Registro Nacional de Proveedores el seis de enero del dos mil once, vulnerándose lo previsto en el artículo 9.1 de la Ley de Contrataciones respecto a que para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado. En consecuencia, si se hubiera realizado un proceso de selección, la empresa Mary Import EIRL, se hubiera encontrado en la imposibilidad de ser proveedora del Hospital Regional Docente de Trujillo, pues no se encontraba registrada; por ello, los acusados procedieron a efectuar una adquisición directa, denotándose que el interés indebido se encontraba destinado a favorecer específicamente a esta empresa, pese a adolecer incluso de los requisitos para ser proveedor estatal.
18. La participación dolosa en el delito de negociación incompatible del acusado Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra se debe al ejercicio del cargo de Jefe del Área de Adquisición y Negociaciones del Hospital Regional Docente de Trujillo, al disponer la realización del proceso de compra de las tres lámparas cialíticas a la empresa Mary Import EIRL, en forma fraccionada, emitiéndose dos órdenes de compra, para evitar el proceso de selección por Adjudicación de Menor Cuantía previsto en los artículos 3.3.i y 19 de la Ley de Contrataciones del Estado. La participación dolosa del acusado Freddy Vargas Roncal también quedo acreditada con las órdenes de compra- guía de internamiento N° 2009 y 1981, en la cuales obra su firma y sello en calidad de Jefe de Logística del Hospital Regional Docente; contribuyendo de esta forma a la realización del hecho delictivo, sin lo cual la compra no se hubiera efectuado; pese a tener entre sus funciones establecidas en el MOF el de dirigir y supervisar la programación de las necesidades de bienes y servicios de las diferentes unidades orgánicas del Hospital, priorizando su adquisición de acuerdo a políticas institucionales, normas y dispositivos vigentes – programar y controlar la adquisición de bienes y servicios del Hospital.

19. La sentencia apelada también ha descartado con suficiencia el argumento de defensa de los acusados en cuanto a que la compra se hizo debido al estado de emergencia por la peste bubónica y la gripe N1N1, con la finalidad de salvaguardar la vida de los pacientes y cumplir con el requerimiento de quince lámparas cialíticas. Si bien el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado, establecía que en estado de emergencia la Entidad tenía que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y la seguridad nacional, quedando exonerada de la tramitación del expediente administrativo; pudiendo ordenar la compra de lo estrictamente necesario. Sin embargo, ha quedado probado que la resolución que declaró la situación de emergencia había vencido, según versión de los acusados, el quince de octubre del dos mil diez; pues a la fecha de la compra –veinticinco de octubre del dos mil diez- la resolución de emergencia había vencido y no había sido ampliada. El acusado Gutiérrez Salvatierra se encontraba obligado a realizar las compras observando los procedimientos establecidos. No siendo aplicable para la compra realizada por los acusados, lo previsto en el artículo 20.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto establece que no se considera fraccionamiento cuando con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una contratación, salvo que respecto de la contratación programada aún no se haya aprobado el expediente de contratación.
20. Por lo expuesto, deberá **confirmarse** la sentencia condenatoria contra los acusados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra, como autor y a Freddy Vargas Roncal, como cómplice del delito de negociación incompatible, en la modalidad de interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero, delito previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado – Hospital Regional Docente de Trujillo, en todos sus extremos, al no haber sido materia de impugnación la determinación de la pena ni tampoco a la cuantía de la reparación civil.
21. Finalmente, conforme al artículo 504.2 del Código Procesal Penal corresponde imponer costas a cargo de los condenados recurrentes Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal, por haber interpuesto sus recursos impugnatorios sin éxito.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, por **unanimidad**:

- I. **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución número siete de fecha **doce de junio del dos mil dieciocho**, expedida por el Juez Santos Teófilo Cruz Ponce del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, **condenando** a los acusados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra como autor y a Freddy Vargas Roncal como cómplice del delito de negociación incompatible, en la modalidad de interesarse indebidamente de forma directa, en provecho de tercero, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado – Hospital Regional Docente de Trujillo, representado por la Procuraduría Anticorrupción de La Libertad, imponiendo la sanción de cuatro años para Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y tres años y seis meses para Freddy Vargas Roncal, de pena privativa de la libertad; la misma que se suspende en su ejecución por el periodo

de dos años; bajo el cumplimiento de reglas de conducta. Se impuso además pena de inhabilitación, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados por el periodo de dos años y finalmente se fijó por concepto de reparación civil, la suma de S/ 6,000.00 (seis mil soles), a favor del Estado; la misma que se cancelará de forma solidaria por los dos sentenciados, en ejecución de sentencia; con todo lo demás que contiene.

- II. IMPUSIERON** el pago de costas en segunda instancia a los condenados Wilson Santiago Gutiérrez Salvatierra y Freddy Vargas Roncal.
- III. DISPUSIERON** que se dé lectura a la presente sentencia en audiencia pública. **Y DEVOLVIERÓN** los autos al órgano jurisdiccional de origen.-

S.S.

PAJARES BAZAN

MERINO SALAZAR

TABOADA PILCO

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
Avenida América Oeste S/N. Natasha Alta – Trujillo.
Telefax N° 482260 ANEXO 23638

PROCESO PENAL N° 06494-2014-20-1601-JR-PE-06

Sumilla: Al haberse demostrado que los acusados infringieron su deber especial, en el rol que les corresponde como Alcalde, Concejales y Jefe de la OPIP, de velar por el interés público en todo tipo de contratación con el Estado, desplazando este interés por el interés privado, al aprobar e informar en favor de la contratación del extranei, pese a que tenía serios problemas financieros, no tenía el personal ni la logística ni experiencia suficientes, configura el delito de negociación incompatible. Y, si el Alcalde se defiende alegando el principio de confianza, no es suficiente su solo dicho, sino que corresponde a éste acreditar su concurrencia, y no al Fiscal, puesto que éste ha demostrado la infracción al deber en que ha incurrido, al igual que los demás acusados.

PROCESO PENAL N° : 06494-2014-20-1601-JR-PE-06
ESPECIALISTA : LUIS MIGUEL ALAYO RUIZ
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
IMPUTADOS : WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALEZ
JOSE AMARO VENTURO CUEVA
MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO
HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA
CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO
AGRAVIADO : ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO
RECURRENTE : IMPUTADOS
MATERIA : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA SUSPENDIDA
PROCEDENCIA

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° VEINTISÉIS

Trujillo, Veintisiete de Agosto

Del Dos Mil diecinueve.-

VISTA Y OÍDA; La Audiencia Pública de Apelación de Sentencia Condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, **Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Presidente de la Sala y Director de Debates), Doctor MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIAN (Juez Superior Titular) y Doctor RAUL IPANAQUÉ ANASTACIO (Juez Supernumerario)** en la que interviene como parte apelante el imputado **CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO** y ejerciendo su defensa el **Dr. MARIO ALEJANDRO DEZA CASTAÑEDA;** el imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA** asistido por el **Dr. EMMANUEL JOSUE QUISPECORNEJO;** los imputados **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLES, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO y TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE** representados por su defensa técnica **Dr. LUIS ANTONIO NUREÑA ROMERO;** y finalmente el imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA** ejerciendo su propia defensa. Asimismo, se contó con la presencia del **Dr. HECTOR MARTIN REBAZA CARRASCO** – Fiscal Adjunto de la Quinta Fiscalía Penal Superior de La Libertad.

IV. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

79. Que, viene el presente proceso penal en apelación de la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO,** que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA,** como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA,** en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS,** bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución Se les **IMPUSO** la **PENA DE INHABILITACION** por el plazo de **CUATRO AÑOS** la privación del cargo y/o su incapacidad o impedimento para obtener un cargo público, según sea el caso de cada imputado, se les **IMPUSO** además la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA** a cada uno de los imputados, fijándosele de forma individual en atención a su salario mensual; y se **FIJO** el monto de **S/. 60 000.00 (SESENTA MIL CON 00/100 SOLES)** por concepto de **REPARACION CIVIL,** a favor del **ESTADO, Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad,** cancelándose de forma solidaria por los acusados en ejecución de sentencia, como regla de conducta.
80. Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por los abogados defensores de los imputados **Walter Felipe Escobedo Gonzales, Milton Colbert Minchola Merino y Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Carlos Enrique Vásquez Llamo;** quienes solicitan que la sentencia venida en grado sea **REVOCADA,** y reformándola se **ABSUELVA** a su

patrocinado de los cargos imputados por el Representante del Ministerio Público.

81. Asimismo, la defensa de **José Amaro Ventura Cueva**, a través del recurso de apelación interpuesto, solicita que la venida en grado sea **REVOCADA**, y reformándola se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos, *y subsidiariamente*, se declare la **NULIDAD** de la misma.
82. Además, el imputado Hugo Gary Sánchez Espezúa, ejerciendo su propia defensa, mediante su recurso impugnatorio, solicita que se declare la **NULIDAD** de la resolución venida en grado, en consecuencia, se disponga de la realización de un nuevo juicio oral ante un Juzgado Distinto; *y subsidiariamente*, se **REVOQUE** la misma.
83. Por otro lado, el Representante del Ministerio Público solicita se **CONFIRME** la resolución apelada por cuanto se encuentra arreglada a derecho en todos sus extremos.
84. Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el *Ad quo*; y teniendo en cuenta la tipología que distingue el caso fácil y el caso difícil, **desde el punto de vista normativo es un caso fácil**, puesto que no hay laguna de derecho, antinomias, ni conflicto con normas constitucionales o convencionales; y **respecto a la premisa fáctica, es un caso difícil**, debido a que la valoración del caso a la luz de los medios de prueba requiere el empleo de prueba indiciaria; y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

V. CONSIDERANDOS:

5.1.PREMISA NORMATIVA:

Garantías procesales del imputado en el proceso

85. El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el “*Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...*”.
86. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4 del Tribunal Constitucional).
87. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, esta Sala Penal entiende que se trata de un derecho fundamental que “*tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea*

revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (STC 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51 del Tribunal Constitucional). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

- 88.** Conforme lo establecen las garantías del Debido Proceso el numeral e), inciso 24 del Art. 2° de la Constitución Política del Perú, Art. 11.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Art. 14.2° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad. El Principio de Presunción de Inocencia escolta a todo ciudadano sometido a un proceso penal, configura una norma directa y vinculante para todos los poderes públicos, siendo de trascendental importancia en el régimen jurídico de la prueba penal. En tal sentido este principio determina la obligación del Ministerio Público, en su condición de órgano persecutor del delito de incorporar las pruebas de cargo que desvirtúen la Presunción de Inocencia y que los Jueces al momento de sentenciar, valorando la prueba incorporada, tanto de cargo como de descargo, lleguen a la conclusión, fuera de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad penal.
- 89.** Que, el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2,24,e, de la Constitución, obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones. La doctrina establece que "esta garantía se asienta en dos ideas fundamentales, esto es: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción"⁶⁷¹ .
- 90.** El **Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal**, regula el principio de Presunción de inocencia, que en su primer inciso prevé, que *"Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales...En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado"*. Que, para enervar la inicial presunción constitucional de inocencia que ampara a todo procesado, debe constatarse la objetividad de la prueba y que ésta haya sido válidamente adquirida y practicado, además, ella debe ser suficiente, ya que no basta que se

⁶⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC Recaída en el Exp. N° 0618-2005-PHC/TC, f.j. 22

hayan utilizado medios de prueba sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a su vez fundar razonablemente la acusación.⁶⁷²

91. En la doctrina del Tribunal Constitucional, “[...] uno de los contenidos del derecho al **debido proceso** es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. El **artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú**, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, razones que deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso⁶⁷³.

Del delito materia de imputación

92. El tipo penal de **Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo** se haya contemplado en el **Art. 399°** del Código Penal, el cual establece que “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma **directa** o indirecta o por acto simulado **se interesa**, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.
93. El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario.⁶⁷⁴ La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión o intrusión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para la misma.

Sobre la valoración de la prueba en Segunda Instancia

94. Según el **artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal** “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de

⁶⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. R.N. N° 2509-99-LIMA

⁶⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el Exp. N° 1480-2006-AA/TC del 27 de marzo de 2006. F. J. N° 2.

⁶⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

apelación, y las pruebas pericial, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. Sin embargo, esta norma se debe concordar con la previsión contenida en el Artículo 409° y en el 425° inciso 3 a), las que otorgan a la Sala Superior, declarar la nulidad de todo o parte de la sentencia apelada.

95. En similar sentido, la **Casación 385-2013 San Martín** señala que el Art. 425°, apartado dos, del Código Procesal Penal impone una limitación al tribunal de apelación a fin de no infringir el principio de inmediatez, y que si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el *Ad quem* **está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia**. Que, es distinto controlar la valoración probatoria del *Ad quo* en contraste a que el *Ad quem* realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

5.2. PREMISAS FÁCTICAS

De los hechos materia de imputación y decisión de instancia:

96. Los hechos materia de imputación precisados en el requerimiento acusatorio precisan que el 14 de enero de 2014 se realizó una sesión de concejo en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, con participación de ocho (08) regidores y bajo la dirección del Alcalde Carlos Enrique Vásquez Llamo, siendo que en dicha sesión entre otros puntos, se “ACORDÓ: APROBAR la iniciativa privada denominada “MODERNIZACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VÍCTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD”, presentada por el Grupo Gerstein SAC, la misma que fue declarada de interés mediante Acuerdo de Concejo N° 60-2013-MDVLH, de fecha 11 de septiembre de 2013; lo cual fue plasmado mediante Acuerdo de Concejo N° 05-2014-MDVLH (fs. 205-207), de fecha 15 de enero de 2014. En la aludida de Sesión de Concejo participaron los siguientes regidores: Rosa María Villareal García, Víctor Daniel Velásquez Padilla, Marisol Córdova de Aguirre, Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas (quienes votaron en contra), Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa y Milton Colbert Minchola Merino (quienes votaron a favor). El Alcalde, usando su voto dirimente, votó a favor.
97. Como consecuencia de dicho acuerdo en mayoría, en el que se ENCARGA al Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) de la Municipalidad la realización de las acciones a seguir, incluida la negociación de la versión definitiva del Contrato de Participación de la Inversión Privada, es con fecha 13 de marzo de 2014, se suscribe el “CONTRATO DE CONCESION PARA LA MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA

LIBERTAD", entre José Amaro Venturo Cueva, representante del OPIP de la Municipalidad de Víctor Larco, y Rodolfo Carlos Gerstein Gonzáles, representante del Grupo GERSTEIN SAC. En dicho Contrato, en la cláusula sexta "Monto de la Concesión", se establece que "El costo referencial de las obras que comprenden el objeto del presente contrato asciende a la suma de S/. 3 742 042.37 (TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS Y 00/100 NUEVOS SOLES)" En esta misma cláusula se aprecia un "Cronograma Tentativo del Proyecto de Inversión", en el que no se detalla cuáles serían las obras a realizar, precisándose solo que el 50% de las mismas se ejecutarían en el primer trimestre y el otro 50% en el segundo trimestre. En el mismo Contrato, cláusula octava *"Plazo se establece que la concesión se otorga por un plazo de veinticinco años contados desde la fecha de suscripción del presente contrato, sin embargo, dicho plazo puede prorrogarse a solicitud del concesionario..."*

- 98.** Es necesario precisar que previo al Acuerdo de Concejo de fecha 14 de enero de 2014, ya con fecha 11 de diciembre de 2012, a través de la Ordenanza Municipal N° 17-2012.MDVLH, el Concejo de la Municipalidad acordó declarar de interés distrital la promoción de la inversión privada dentro del Distrito, en materia de activos, empresas, proyectos, servicios, obras para la implementación y operación de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos y designar a la Gerencia Municipal como instancia técnica del OPIP. Posteriormente con fecha 16 de enero de 2013, la Empresa GRUPO GERSTEIN SAC, presenta la iniciativa privada "Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo, La Libertad". Luego, con fecha 11 de septiembre de 2013, mediante ACUERDO DE CONCEJO N° 60-2013 se acuerda DECLARAR DE INTERES el proyecto presentado por el Grupo GERSTEIN SAC y con fecha 26 de septiembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" y en el diario "La República" la Declaratoria de Interés del Grupo Gerstein SAC, en obtener la concesión materia del presente contrato.
- 99.** No obstante lo mencionado, resulta llamativo que antes de otorgarse la concesión (14 de enero de 2014) y de firmarse el Contrato respectivo (13 de marzo de 2014) e incluso antes de la publicación de la Declaratoria de Interés (26 de septiembre de 2013) el Grupo GERSTEIN SAC habría venido realizando de los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, conforme se evidenciaría con la Declaración Testimonial de Máximo Morales Ávila, Secretario General del Sindicato de Trabajadores Menoristas de Venta de Pescados y Mariscos, quien refiere que el Señor Rodolfo Gerstein Gonzáles desde inicios del año 2012 colocó puertas, destruyó paredes y mesas de los comerciantes minoristas, así como, extrañamente, paga el Suministro de Energía Eléctrica.
- 100.** Esta última situación mencionada se corroboraría con los documentos remitidos por Hidrandina SAC mediante Carta GC-4287-2014, recibida en este Despacho el 20 de junio de 2014 (fs. 273-310) en el que se aprecia que el Titular del Suministro con N° 471115060 hasta el 21 de julio de 2013, era el Terminal Pesquero, no obstante, a partir del 22 de julio de 2013 se cambia los datos del titular a favor del Señor Rodolfo Carlos Gerstein Gonzáles, conforme se evidencia

del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica (fs. 282 y ss.) y Boleta de Atención (fs. 281) que obra en la Carpeta Fiscal. Asimismo, es de resaltar que la Concesión que finalmente se otorgó al Grupo Gerstein SAC se realizó sin tener en cuenta la experiencia que esta empresa tenía en el rubro para el cual presentó su proyecto de inversión; proyecto que, por cierto, presentaba una serie de errores y omisiones, conforme se aprecia del Informe N° 284-2014-gODU/MDVLH, de fecha 06 de mayo de 2014, emitido por el Ing. Juan Simón Ruidías Ojeda; Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, en el que se consignan 26 observaciones al expediente técnico presentado por la Empresa beneficiada con la Concesión.

- 101.** Como un dato posterior se tiene que en la Verificación Fiscal realizada el día 02 de junio de 2014, en las instalaciones del referido Terminal Pesquero, con participación de Administrador del local, Señor Dante Herrera Ocampo, se comprobó, por un lado, que la gestión y administración del terminal seguía a cargo de la Municipalidad de Víctor Larco y no del Grupo Gerstein y, por otro, que no se habían realizado mejoras de ningún tipo en dicho local.
- 102.** Ahora bien, en este orden de ideas, y considerando todos los elementos recogidos hasta el momento, se formula como hipótesis delictiva que el entonces Gerente Municipal responsable de la Oficina de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, Economista JOSE AMARO VENTURO CUEVA, mostró interés indebido en favorecer al Señor RODOLFO CARLOS GERSTEIN GONZALES, representante legal del GRUPO GERSTEIN SAC en la Concesión para la “Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera”. Del mismo modo, habrían mostrado interés indebido que el Alcalde, Señor Carlos Enrique Vásquez Llamo y los cuatro regidores que votaron a favor de dicha concesión Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezuía y Milton Colbert Minchola Merino.
- 103.** Que, los hechos así descritos fueron tipificados como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra previsto y sancionado en el Código Penal, específicamente en el **Art. 399°** del Código Penal establece que **“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”**.
- 104.** De la revisión del proceso se determina que ante el Juzgado Penal Unipersonal de Chepén se actuaron las siguientes pruebas: Parte del **Ministerio Público**, Las testimoniales: **a)** Examen de la testigo Rosa María Villareal García, **b)** Examen del testigo Víctor Daniel Velásquez Padilla, **c)** Examen de la testigo Marisol Córdoba de Aguirre, **d)** Examen de la testigo Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas, **e)** Examen del testigo Máximo Morales Ávila, **f)** Examen del testigo Dante Herrera Ocampo, y g) Examen del testigo Juan Simón Ruidías Queda. Y se oralizaron las siguientes documentales: **h)** Acta de Verificación Fiscal y CD

correspondiente a dicha diligencia, **i)** Copia fedateada de la sesión Ordinaria de Concejo, **j)** Acuerdo de Concejo N° 05-2014-MDVLH, **k)** Consulta RUC 20481155194, **l)** Copia fedateada del Informe N° 284-2014-GODU/MDVLH, **m)** Copia fedateada del "CONTRATO DE CONCESION PARA LA MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD", **n)** Copia fedateada de la Ordenanza Municipal N° 17-2012-MDVLH, **o)** Copia fedateada del Acuerdo de Concejo N° 60-2013-MDVLH, **p)** Partida N° 11042722, **q)** Carta GC-4287-2014 y anexos, **r)** Copia fedateada del Informe N° 1220-2014 SGLYSG/MDVLH, **s)** Oficio 127-2014-GM-MDVLH, **t)** Copia del Proyecto de Concesión a través de la Participación en Asociación para la Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, y **u)** Copia de la Resolución General N° 713-2014-GM-MDVLH, **v)** Oficio OP3-106499-2015 y anexos.

- 105.** Luego de culminada la actividad probatoria desarrollada en juicio oral, valorando las prueba actuadas, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios expidió la Que, viene el presente proceso penal en apelación de la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE** de fecha **TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO**, que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS**, bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución Se les **IMPUSO** la **PENA DE INHABILITACION** por el plazo de **CUATRO AÑOS** la privación del cargo y/o su incapacidad o impedimento para obtener un cargo público, según sea el caso de cada imputado, se les **IMPUSO** además la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA** a cada uno de los imputados, fijándosele de forma individual en atención a su salario mensual; y se **FIJO** el monto de S/. 60 000.00 (**SESENTA MIL CON 00/100 SOLES**) por concepto de **REPARACION CIVIL**, a favor del ESTADO, **Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, cancelándose de forma solidaria por los acusados en ejecución de sentencia, como regla de conducta.

Declaración del acusado en segunda instancia

- 106.** En audiencia de apelación se ha contado con la declaración del sentenciado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, a quien, luego de haber sido informado sobre sus derechos, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, declaró que (*Lo penalmente relevante*): (**Ante el interrogatorio por parte de su defensa**) Mi profesión es ser Economista, y me desempeñaba como Gerente

Municipal en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera. El proceso de inversión privada difiere de los procesos de contrataciones del Estado, básicamente en que, para poder convocar un proceso de selección al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado se requiere la existencia de un Expediente Técnico como parte de la Convocatoria, mientras que, en un proceso de concesión, este expediente nace a partir del contrato, una vez otorgada la concesión. Mediante una Ordenanza Municipal se designó a la Gerencia Municipal como el ente técnico encargado de conducir un proceso de inversión privada, en ese sentido, las unidades especializadas, como la Gerencia de Desarrollo Económico Local, era la Unidad Usuaria, porque el Mercado Mayorista Pesquero, según la estructura orgánica de la Municipalidad, formaba parte de esa Gerencia, de manera tal que, para trasladar al Consejo para la aprobación de una Concesión es necesario el Informe Técnico del área usuaria, y el Informe Técnico del Área de Asesoría Legal. El Mercado Mayorista Pesquero funcionaba en cuestionables condiciones de salubridad, e incluso se tenía oficios reiterativos de Fiscalía de Prevención del delito para que intervengamos, así también oficios de la Gerencia Regional de Salud en el mismo sentido, frente a eso, y estimando una inversión de 3 millones de soles, que cubría totalmente el presupuesto institucional para inversiones, significaba que si la municipalidad tomaba la decisión de intervenir en el Mercado Mayorista Pesquero, no habría ninguna inversión más en el ejercicio fiscal para el Distrito de Víctor Larco, de tal manera que buscamos una alternativa de financiamiento que lo constituya la inversión privada. No se presentó ninguna irregularidad, y en todo momento, como ente técnico, cuide que el proceso se sujete a lo que dice la ley, en todos sus procedimientos. **(Ante el Interrogatorio de la Defensa de los coimputados)** *[Acerca de los terrenos donde se ejercía ese servicio donde funciona el Terminal Pesquero, debo precisar que]* el Mercado Mayorista Pesquero recibe un terreno de la Municipalidad Provincial de Trujillo para que se dedique al Mercado, pero ese terreno, otorgado o cedido en uso por la Municipalidad Provincial de Trujillo, ocupa la parte posterior donde físicamente desempeñaba sus funciones el Mercado, ese terreno era propiedad de un tercero, no de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco. *[Acerca de la Gerencia de Desarrollo Económico Local como área usuaria, y la opinión de esta Gerencia, en mérito a la declaratoria de interés de este proyecto, debemos indicar que]* sí consta en el expediente dicha Opinión, después de evaluar la propuesta técnica presentada por el postor, hay un informe favorable respecto a la solvencia del proyecto, e inclusive, respecto a las presentaciones de entidades financieras que lo presentaban de mejor manera al postor; es decir, hay una Evaluación Técnica, porque a esa Área Usuaria le correspondía la evaluación. *[Acerca del procedimiento de Legalidad, después del pronunciamiento del Área Usuaria y a qué otra área se acudió, digo que]* se trasladó la documentación a la Gerencia de Asesoría Jurídica, para obtener su pronunciamiento *[acerca de]* si el procedimiento estaba dentro del marco legal; cuando se tiene estos dos pronunciamientos, técnico y legal, se eleva al Consejo Municipal para su debate.

Pretensiones de las partes en la audiencia de apelación

- 107.** Que, en Audiencia de Apelación no se han actuado nuevos medios probatorios, no se ha producido la oralización de ningún documento, sólo se ha contado con los alegatos de las partes, los mismos que constan a continuación:
- 108.** La defensa del imputado **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO** esbozó sus alegatos finales como sigue: **1)** A mi patrocinado, en su condición de Alcalde, se le imputa haber votado y con ello haberse interesado en una propuesta, y en ese momento, en una iniciativa totalmente inviable supuestamente, con su voto, puesto que a la fecha 14 de enero de 2014, la empresa no contaba con experiencia en el rubro, y tampoco con un proyecto real y viable, sin embargo, se hizo notar en juicio oral que mi patrocinado conjuntamente con los regidores habían obrado en el marco del principio de confianza, puesto que cada una de las áreas comprometidas con la aprobación de esta iniciativa había dado su visto bueno sobre cada uno de los requisitos que la empresa debía tener para llevar adelante esta iniciativa de inversión privada. Existe una documental, el Informe N° 077-2013 de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local, área técnica comprometida para verificar la solvencia económica, financiera y contable de la propuesta ofrecida por el Grupo Gerstein SAC. que acreditaría en el plano probatorio, desde el punto de visto objetivo, un principio de confianza pleno, el que indica que *“asimismo, se precisa que se ha realizado un análisis de la capacidad técnica-financiera de la empresa para gestionar un proyecto como el presentado indicando que si cumple con los requerimientos necesarios, en los que destacan un respaldo patrimonial, recomendaciones de entidades financieras”* y finalmente se señala que la entidad privada proponente a cumplido con presentar lo consignado en el artículo 15° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, y es sobre la base de este informe que, a su vez, se emite el Informe Legal N° 022-2014, donde se precisa que habiéndose verificado los informes de todas las áreas correspondientes, se debe proceder a la aprobación de dicho procedimiento de inversión privada; y en base no solo de la actuación de las instancias previas, sino sobre todo de estos informes se da la votación. La defensa expuso en todo momento, que se trata de un aporte neutro coberturado por el principio de confianza, haciendo hincapié que hasta ese punto no se ha advertido ningún desborde de ninguno de los miembros integrantes de cada una de las áreas, de sus ámbitos de competencia, y tampoco se ha demostrado la omisión o renuencia actuada según su roles y competencias.
- 2)** Nunca se verificó un comportamiento delictuoso o criminal, puesto que los actos hasta este momento analizados siempre se suscribieron dentro de sus ámbitos de competencia, de ahí que no se satisface la tipicidad objetiva. Sin embargo, el *Ad Quo* indica que el principio de confianza no es absoluto y puede desvirtuarse cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, es decir, no se puede invocar cuando se evidencia la falta de idoneidad de la persona a la que se confiaba. Si bien ello se precisa, se hace una interpretación desatinada, ya que el principio de confianza no tiene que ver con terceros ajenos al grupo, sino con los integrantes de una actividad grupal, en este caso los integrantes del Concejo Municipal, es

decir, los gerentes de las áreas comprometidas, y el Ad Quo no nos dijo cuál de todos los Gerentes comprometidos sería un personaje inidóneo, y tampoco indica cual infringe la ley o el reglamento para verificar objetivamente un comportamiento delictivo.

Siendo estos los argumentos, solicito, se **REVOQUE** la sentencia venida en grado y se proceda a **ABSOLVER** a mi patrocinado de los cargos que se le imputan.

109. La defensa de los imputados **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALEZ, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO** y **TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE** expuso, como alegatos finales que: **1)** El Representante del Ministerio Público señaló que mis patrocinados se habían interesado indebidamente en llevar a cabo la iniciativa privada del Grupo Gerstein SAC ignorando dos cuestiones, que no contaba con la experiencia en el grupo y porque no se había planteado un proyecto de inversión real y viable; siendo todo esto falso. Lo que no se ha tenido en cuenta, es que en el transcurso de la elaboración de la iniciativa tenemos que, con fecha 13 de septiembre de 2013, el Consejo de la Municipalidad resolvió declarar de interés el proyecto, habiendo intervenido previamente entes técnicos. **2)** El día 14 de enero de 2014, mis patrocinados emitieron un voto a favor de la aprobación de la propuesta técnica, pero previamente, el 09 de enero de 2014 se tiene otro Informe Legal N° 022-2014, que incluso que debía efectuarse la adjudicación directa en cuanto no había otros postores; de ahí que, mis patrocinados, en virtud al principio de confianza emiten los votos, al habérseles alcanzado previamente dichos documentos, y en ese sentido, ¿quién más que las unidades especializadas podrían dar la conformidad?, emitiendo mis patrocinados un voto positivo, no existiendo un rebasamiento de los deberes que a ellos les competían. **3)** El Ad Quo niega la existencia de este principio al haber una "inidoneidad", sin embargo, téngase en cuenta que tal razonamiento no resulta correcto, al no haberse precisado los siguientes puntos a) no se individualizó los órganos de confianza; b) no se precisó quién era el órgano inidóneo, c) no se indicó las razones por las que sostenía esta falta de idoneidad en el órgano técnico, d) el sustento material y probatorio junto con las razones que le permitían concluir la inidoneidad de ese órgano; sin embargo, de la revisión de la venida en grado, se ha limitado a concluir y no a dar razones. **4)** En lo que corresponde al interés, el Juez de primera instancia agrega un elemento subjetivo a través de una suerte de prueba indiciaria, sin embargo, confunde esta cuestión, puesto que indica haberse acreditado la tipicidad objetiva del delito, por lo que procedió a pronunciarse acerca de la tipicidad subjetiva para destruir el principio de confianza, cuando ello no se puede, porque se trata de dos análisis distintos.

Y en atención a tales argumentos solicito se **REVOQUE** la sentencia impugnada y **REFORMANDOLA** se **ABSUELVA** a mis patrocinados de los cargos atribuidos.

110. Continuando con el desarrollo de la audiencia, se tiene los alegatos finales de la defensa del imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA: 1)** Debemos hacer hincapié en que el presente caso se da en el marco de un proceso de promoción de inversión privada, a diferencia de los procesos de la Ley de Contrataciones, estos tienen unas exigencias menores, no se requiere de la presencia de un expediente técnico, sino solo el cumplimiento del artículo 15° del Decreto Supremo

Nº 196-2008-EF, requisitos verificados. Esas exigencias mínimas se explican porque el Estado no pone en juego el pago al eventual postor, es el postor quien invierte y asume los riesgos de la operación, sin embargo, esto no implica que se va aprobar cualquier iniciativa. El Mercado del Terminal Pesquero se encontraba en condiciones de salubridad bastante lamentables y no se contaba con presupuesto para invertir en ese mercado sin que se corra el riesgo de afectar el presupuesto para las demás obras. **2)** Lo que se le atribuye a mi patrocinado, es que en calidad de Representante del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), se le atribuye haberse interesado directamente en el Contrato de Concesión del Mercado Mayorista, a favor del Grupo Gerstein SAC, pues su persona suscribió el contrato bajo tres hechos: que se le había otorgado la concesión por 25 años, que no se había considerado que la empresa no contaba con experiencia en ese rubro, y la tercera que no contaba con un proceso real viable, ello demostraría la comisión de los elementos del tipo. Mi patrocinado se desempeñaba en un entre corporativo, tenía personal encargado de la evaluación específica de estas iniciativas, aun cuando jerárquicamente era el superior. Respecto al plazo de concesión, con un criterio subjetivo, se plantea que el plazo de 25 años es excesivo, sin embargo, ese tiempo es establecido en base a una evaluación técnica-económica específica, obedece a una evaluación de los flujos financieros que iba a reportar el inversor en su momento, claro está que este opta por su beneficio y no por el interés social y eso es válido, de ahí que entre el Estado a tallar. Tal como se advierte, el Grupo Gerstein SAC solicitó que la concesión sea de 45 años, la Gerencia de Desarrollo Económico Local con su Informe Nº 77-2013, lo reduce a 25 años. Fijar un plazo menor, habiendo indicado que ese plazo es para que la Empresa de la Propuesta recobre su inversión, implicaba que tendría menos tiempo para recobrar su inversión y tener ganancias razonables, por lo que, si se disminuía ese tiempo, para que la Empresa recupere su inversión de manera más rápida, esta subiría los precios, ocasionando una molestia para las personas que trabajan en el Mercado, para el Estado y nadie saldría ganando, de ahí que 25 años era un plazo razonable y no existe ningún Informe como medio probatorio de Fiscalía que contraría este hecho. **3)** Respecto a la experiencia en el rubro, existe una penosa confusión, se inventan que hay una exigencia acerca de la experiencia en el rubro, sin embargo, en el artículo 15.2, h), se requiere experiencia en "*proyectos similar envergadura*", que es una cosa distinta al rubro al que se dedica la empresa, por lo que el razonamiento del Ad Quo se encuentra errado, habiéndose demostrado que el Grupo Gerstein SAC estaba en la capacidad de operar un proyecto de esta envergadura, de la corroboración de sus estados financieros, análisis que arrojó que dicha Empresa tenía un flujo de caja cercano al millón de soles. **4)** Respecto a que, indican que el proyecto no era real ni viable, hacemos mención también al principio de confianza, indicando que hay criterios que pasaremos a mencionar posteriormente. **5)** Recordemos que el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa privada en el Expediente 0948-2013, eso es lo que evalúa la Gerencia de Desarrollo Económico y la Gerencia de Asesoría Jurídica, y el 14 de Enero de 2014, en sesión de Consejo se Aprueba la iniciativa y se ordena a la OPIP a que suscriba y negocie el Contrato, ese día mi patrocinado suscribe el Contrato y establece la

obligación para el Grupo Gerstein SAC de presentar el Expediente Técnico que dé sustento a su proyecto, hasta ahí acaba la participación de mi patrocinado, luego de ello, el Grupo presenta el Expediente Técnico N° 7130-2014; posterior a ello, el Ad Quo indica que el Proyecto no era viable, porque el Informe N° 0284-2014 presentado por Juan Simón Ruidíaz Gerente de Desarrollo Urbano presenta 26 observaciones al Expediente, pero ¿a cuál expediente? Es al Expediente N° 7130-2014, al expediente técnico posterior, entonces el Juez refiere que este Informe hace una evaluación a la Iniciativa Privada N° 0948. Entonces, el Informe no advierte ninguna irregularidad anterior, habiendo una confusión neurálgica. **6)** Respecto a los indicios en los que el Ad Quo da por acreditado el interés, señala que el proceso fue célere, lo cual es mentira, el 16 de enero de 2013 el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa y nueve meses después se da trámite, sin contar el resto de plazos a los que se ajustó el proceso, plazos contemplados en la Ley. El otro indicio es que el Sr. Gerstein venía ejerciendo administración de este bien inmueble, se ha corroborado que ha tenido derechos de propiedad superpuestos sobre el Mercado, de ahí que Hidrandina le haya otorgado suministros.

De ahí que, en tales considerandos, solicito la **REVOCATORIA** de la sentencia, y se **ABSUELVA** a mi patrocinado, o en todo caso, *de manera subsidiaria*, se declare la **NULIDAD** de la misma.

- 111.** En lo que corresponde al imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA**, ejerciendo su propia defensa, expuso como sigue sus alegatos finales: **1)** El Juez de primera instancia no ha valorado debidamente la prueba que hubo de actuarse en primera instancia. Por ejemplo, el Juez señala que han existido actos de administración o de disposición de parte de la Empresa Gerstein, puesto que, del numeral 34 de la sentencia se advierte la existencia de un CD donde consta la entrevista del Fiscal con personas como la Bióloga Pesquera y refieren que el Grupo Gerstein no ha dispuesto ni administrado el Mercado, Fiscalía se basa únicamente en el cambio de titularidad del servicio de luz, sin embargo, no se ha observado que ello se ha debido a un proceso administrativo, por cuanto si se ha acreditado que ha existido una propiedad del Grupo Gerstein, no habiéndose valorado entonces tal Acta de Verificación. **2)** De la Copia Fedateada de la Sesión de Consejo de 13 de enero de 2014, se indica que los Regidores imputados no habían tenido en cuenta las observaciones advertidas por los Regidores de Oposición, y en este acto, debemos advertir que no se ha valorado mi intervención, puesto que aprobé en mérito a los informes técnicos de los que se desprendía una opinión favorable. Además, los Regidores de Oposición nunca dejaron constancia de la existencia de documentación que cuestionaba la capacidad económica del Grupo Gerstein, y tampoco fue probada que esta tenga denuncias. **3)** Si bien había 26 observaciones al Expediente Técnico, ello no fue evaluado por mi persona porque no obraba en autos para ser materia de debate, eso se presentó a raíz de la suscripción del Contrato. **4)** Este procedimiento se inició con una Ordenanza Municipal aprobada por todos los regidores, documental no valorada por el Ad Quo, por lo que los regidores han declarado sin prueba alguna solo para atribuir responsabilidad a los regidores que no estaban de acuerdo con su pensamiento, de ahí que, la recurrida, en su fundamento g) se entiende que es

parte del procedimiento realizar una votación, no se quiso beneficiar a un tercero, con esto se evidencia que, los regidores inicialmente estuvieron de acuerdo. **5)** En el inciso *h)* de la misma sentencia, consta la documental donde se declara el interés del proyecto. También los regidores de oposición estuvieron de acuerdo en declarar viable esta iniciativa, de ahí que una regidora de oposición indique en el Acta de Sesión de Consejo del 16 de septiembre de 2013, donde aprobó el Acuerdo, mostrando su conformidad. **6)** En el inciso *jj)*, mediante Carta GS-4287-2014, el Gerente de Hirandina indica que el Grupo Gerstein había probado su posesión y titularidad.

Por lo tanto, solicito que se declare la **NULIDAD** de la sentencia impugnada, en consecuencia, se disponga la realización de un nuevo juicio oral con otro juzgado distinto, *o en su defecto*, se **REVOQUE** la misma.

- 112.** Finalmente, se tienen los alegatos finales del **Representante del Ministerio Público**, quien refirió que: **1)** El 14 de enero de 2014 se llevó a Cabo la Sesión de Consejo donde se aprueba la iniciativa del Grupo Gerstein SAC. Debemos hacer mención que los informes mencionados por la Defensa no obran en el expediente judicial. Por lo contrario, obra la sesión de Consejo donde se hacen cuestionamientos a la Concesión del Grupo Gerstein SAC., e incluso se puso en duda los Informes Técnicos de las Gerencias. **2)** Respecto a que el Juez supuestamente confundió términos al pronunciarse sobre la ejecución de proyectos de "similar envergadura" debemos indicar, que el Grupo Gerstein SAC tampoco hubo de acreditar ese requisito, muy por el contrario, no tenía proyectos porque solo contaba con dos trabajadores, resultándole imposible tener proyectos como el que se pretendía realizar. Se ha hecho referencia también a los flujos económicos de la Empresa, sin embargo, se advierte de la revisión de los actuados, que no pudo haber realizado el proyecto por no tener la capacidad económica suficiente. Es un hecho probado, además, que la Empresa se encuentra en INFOCORD, además, tenía la calificación E, con respaldo dudoso. Se había presentado documentación acerca de la existencia de cartas fianzas de parte del Banco Financiero a favor del inversor, sin embargo, el mismo Banco informó que no se tenía cuentas en ese banco. **3)** Debemos hacer mención a la posesión que ya venía ejerciendo el Grupo Gerstein a través de su Gerente en el Terminal, indicándose que era del Sr. Gerstein y no de la Municipalidad, sin embargo con el Oficio 1220-2014, se indica que ese Terminal Pesquero si pertenece a la Municipalidad, y que ahí viene funcionando, y no en otra área, también está el Oficio 4282-2014, donde se advierte que antes de la celebración de ese Contrato, el Grupo Gerstein cambio la titularidad del suministro poniéndolo a su nombre, cuando con anterioridad pertenecía a otro nombre, advirtiéndose que sí se venía realizando actividades. **4)** Se ha mencionado que una cosa es la iniciativa privada y otro el Expediente Técnico, sin embargo, si bien, son independientes, estos se relacionan, puesto que una iniciativa privada se hace viable y posible, y se advierte, justamente en el Expediente Técnico, donde se determina su viabilidad. **5)** En la cláusula décimo segunda se tienen las condiciones del contrato, y en la Escritura Pública se determinaba que no reunía las condiciones para ese rubro se indicaba, es decir, no desempeñaban dichas funciones. **6)** Debemos hacer hincapié en mencionar,

que si se ha evidenciado un favorecimiento porque el artículo 17°, incs 2) del Decreto supremo 146-218, ellos podían suspender dicho proceso al advertir irregularidades en su tramitación, sin embargo, lejos de ello, decidieron suscribir un contrato a pesar de las advertencias que se presentaban en esa tramitación. **7)** No existe ningún vicio de nulidad, puesto que la sentencia venida en grado es correcta, y no podemos aceptar un principio de confianza, puesto que, pese a que había informes, se advirtió irregularidades en la elaboración de dichos informes. Si bien los regidores de manera unánime lo aprobaron inicialmente, después ya no respaldaron tales irregularidades. **8)** Se advierte una total irregularidad y favorecimiento es cuando se revisa el Expediente Técnico, puesto que la Ordenanza donde se declara de interés es el 12 de diciembre del año 2012, sin embargo, del Proyecto que presentan y que adjunta, ahí se verifica que es de abril de 2012, entonces, antes que se advierta la necesidad, ya el Grupo Gerstein venía realizando actividades.

Por todo lo expuesto, la sentencia venida en grado debe ser **CONFIRMADA** en todos sus extremos.

113. Palabras finales del imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA:** *(Lo penalmente relevante): He escuchado al Sr. Fiscal y aprecio serias contradicciones en los conceptos, dice que la empresa no contaba con capital, cuando una empresa obtiene una buena pro de un proyecto valorizado en 10 millones, no necesita tener 10 millones para ejecutar 10 millones, en la práctica comercial, sucede que la Empresa, al obtener la buena pro consigue un apalancamiento financiero; señala el señor Fiscal que la Empresa no era constructora y que no tenía capacidad para cumplir con el proyecto, sin embargo, cuando se otorga la buena pro, la concesión, no se exige que esta empresa lo haga, sino que perfectamente puede contratar a otra para que lo haga, y que esa parte de infraestructura sea conforme el convenio; me sorprende que, mientras que la OPIP, a mi cargo, eleva para su aprobación al Consejo un Informe que reconocía la solvencia económica de la Empresa, una entidad especializada de la Municipalidad sí lo hizo a través de la lectura de los Estados Financieros y del Balance, no tiene sustento lo alegado por el Fiscal respecto a que no tiene solvencia económica; cuando se aprueba la concesión, ya en ejecución contractual, establezco cuales son las exigencias técnicas que debe tener el Expediente Técnico, y le otorgo un plazo para que cumpla con las mismas, entonces, no resulta razonable que nos estén sentenciando cuando se dice que el Expediente Técnico tenía 23 observaciones, cuando estas observaciones son las mismas exigencias técnicas que suscribí en el Contrato de Concesión.*

114. Palabras finales del imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA:** *(Lo penalmente relevante) Comparto la apreciación del sentenciado José Venturo porque hay imprecisiones en los conceptos de la Administración Pública, buscando perseguir un delito que no se ha configurado, y se sustentan en medios de prueba que según ellos son contundentes. Puede haber una solicitud de una Empresa, o de una persona acerca de que se realice un determinado proyecto, pero ello siempre sigue un procedimiento. Se ha indicado que ha existido actuaciones del Grupo Gerstein SAC de manera anterior a la Declaratoria de Interés, sin embargo, dicha*

iniciativa debe cumplir un procedimiento, no resulta que de frente se eleve al Consejo para su aprobación. La Ordenanza Municipal del 2012 fue de interés general, para cualquier persona que quiera presentar un proyecto, y al proyecto que se presente tiene que analizarse y ver si procede una declaratoria de interés, como es el caso del Grupo Gerstein, pero aun así, el Decreto Legislativo N° 1012, indica que luego de ello, tienes que publicarlo durante 3 meses para que cualquier persona pueda presentar observaciones, un proyecto mejor quizá y ser así debatido, no solo por el Consejo Municipal, sino primero en el Área Técnica, que era la OPIP. Comparto lo que se ha mencionado acerca de la capacidad económica, toda empresa debe presentar una Carta Fianza del 10% de la obra, es decir, ni siquiera en esos procedimientos se exige el monto de la obra o un monto mayor.

5.3. ANÁLISIS DEL CASO.

De los puntos controvertidos y objeto de análisis en segunda instancia:

115. Según la exposición de las teorías que sustentaron ambas partes en la audiencia de apelación, esta Sala Superior de Apelaciones advierte que el punto controvertido que sustenta la presente apelación deviene en:

- 1) Determinar, a partir del análisis sobre la imputación objetiva, si se ha acreditado la responsabilidad penal de los imputados, teniendo en cuenta además, si se ha realizado una correcta valoración de las pruebas actuadas, y con ello, advertir si la decisión condenatoria del Ad Quo se encuentra justificada.

De la actividad probatoria en segunda instancia:

116. A nivel de segunda instancia no se oralizaron documentales, ni se ofrecieron nuevos medios probatorios, en consecuencia el análisis de la actividad probatoria en sede de apelación debe circunscribirse a la actuada en primera instancia; reexamen de la actividad probatoria que se realiza con las limitaciones previstas en el artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal⁶⁷⁵.

117. Con la exposición de los hechos incriminados, y en atención a los cuestionamientos formulados por las partes, esta Sala Penal, tomando en consideración las pruebas actuadas –testimoniales y documentales- ofrecidas por ambas partes, corresponde efectuar el análisis del acervo probatorio antes mencionado a efectos de determinar las proposiciones fácticas que el Juez Penal consideró probados y, teniendo por consiguiente que, la presente Sala Superior

⁶⁷⁵Art. 425.2 del NCPP: La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatoria sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

tiene la facultad de analizar si el fallo condenatorio cuenta con sustento y motivación correcta que lo llevaron a establecer conclusiones sobre los hechos de la causa; siendo así, es válido proceder a evaluar lo cuestionado por la defensa y por el Actor Civil, a fin de concluir si existe soporte en sus planteamientos. Existen pruebas de cargo que son personales, y de conformidad con las **Casaciones N° 05-2007- Huaura y 385-2013-San Martín**, procederemos a realizar un control de las declaraciones prestadas en juicio, teniendo en cuenta las reglas de la lógica, la ciencia y las reglas de experiencia., de ahí que, para tal propósito, en algunos casos se haya realizado una transcripción en parte de dichas declaraciones.

Fundamentos de la Sala de Apelaciones:

- 118.** Este Tribunal Superior, habiendo analizado los hechos materia de imputación conjuntamente con las pruebas actuadas en juicio oral, se pronuncia de la siguiente manera en razón del punto controvertido antes señalado:
- 119.** Así, procederemos a: **1) Determinar, a partir del análisis sobre la imputación objetiva, si se ha acreditado la responsabilidad penal de los imputados, teniendo en cuenta además, si se ha realizado una correcta valoración de las pruebas actuadas, y con ello, advertir si la decisión condenatoria del Ad Quo se encuentra justificada;** y esto debido a que la defensa de los imputados refiere que estos últimos habrían actuado dentro de los parámetros del principio de confianza al existir pronunciamientos técnicos-legales acerca de la idoneidad del Grupo Gerstein y de la viabilidad del proyecto, por lo que, no resultarían responsables de la comisión de algún ilícito penal. Aunado a ello, señalan que las razones que el Ad Quo expone en la sentencia venida en grado respecto a la teoría de la defensa, no resulta siendo satisfactoria, al haber advertido, a decir de la defensa, insuficiencias en su fundamentación, no pronunciándose sobre aspectos importantes respecto al principio de confianza; de ahí que los indicios construidos por el Ad Quo no revistan de suficiente contundencia. Incluso refieren, que no se ha valorado sendos medios probatorios que acreditarían la tesis de la defensa.
- 120.** A manera de introito precisamos que, en el delito de Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra en el Capítulo II “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, Sección IV “Corrupción de funcionarios”, Art. 399° del Código penal el bien jurídico protegido es el de la **transparencia en los procesos de contratación, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos**⁶⁷⁶, a partir de la identificación del bien jurídico protegido, se determina que el alcance de la norma penal se limita a los contratos y operaciones estatales, de contenido económico y bajo los cuales se ventilen intereses públicos. Tal como se indica en el **Acuerdo Plenario N° 01-2010-CJ-116** del 16 de noviembre de 2010, no todos los delitos comprendidos en lo referente a la corrupción de funcionarios tienen contenido patrimonial. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto

⁶⁷⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. *Negociación incompatible*. Pacífico Editores S.A.C., 2015, p. 15.

a la Administración Pública, por lo que **basta la inobservancia de la imparcialidad** requerida por la norma penal – importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública-. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.⁶⁷⁷ Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, que la existencia del elemento objetivo típico del delito de negociación incompatible debe analizarse restrictivamente, esto es, que la inobservancia en el trámite regular del acto que el funcionario público realice en el ejercicio de sus funciones y a la luz de la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, no amerita indefectiblemente la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible, sino que además requiere la concurrencia de un riesgo inminente para la Administración Pública, así pues lo ha señalado la **Casación N° 231-2017, Puno**: *“Fundamento décimo tercero: Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico – el correcto funcionamiento de la administración pública-. (...) Fundamento décimo quinto: En consecuencia, este ilícito penal [negociación incompatible], debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado (...) que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés.”*⁶⁷⁸

- 121.** Habiendo precisado lo anterior y antes de iniciar el examen pertinente es necesario señalar que, al no haberse actuado pruebas en esta instancia, corresponde observar lo dispuesto en el **Artículo 425° inciso 3**, sobre **la prohibición de la Sala Superior de dar una valoración distinta a la prueba personal practicada en juicio oral**. Sin embargo, su aplicación no debe ser absoluta, e imposibilitar así, todo tipo de control sobre la prueba personal. Así, al parecer lo destaca la **Casación No. 05-2007-HUAURA**⁶⁷⁹, que establece que *“(...) con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no*

⁶⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RN N° 2068-2012 – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

⁶⁷⁸ Casación N° 231-2017. Expediente N° Expediente N° 00229-2016-11-2111-SP-PE-01, 14 de setiembre de 2017, f.j. 13 y 15.

⁶⁷⁹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N°. 05-2007-HUARA, San Martín Castro, Salas Gamboa y otros.

está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas **zonas opacas**–, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediatez (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc) no son susceptibles de supervisión y control de apelación; no pueden ser variados. Pero existen **zonas abiertas**, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de 1ra instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de 1ra instancia sume como hecho probado, no siempre es incontestable, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto, el testigo no dice lo que menciona el fallo; **b)** puede ser oscuro, impreciso dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (...).”

- 122.** En virtud a la peculiar naturaleza del delito de Negociación Incompatible, expuesta en líneas anteriores, correspondería en primer lugar, corroborar la calidad de servidor o funcionario público que tendrían que ostentar los acusados, sin embargo, dicho análisis resulta ocioso en esta instancia, no solo porque no ha sido cuestionado tal alcance por las partes que se han manifestado ante este Tribunal, sino además, porque de los actuados y de las declaraciones de los testigos en juicio oral, se advierte que los imputados ejercían cargos públicos, existiendo incluso suficiente documentación en ese sentido, por lo que, efectivamente **Carlos Enrique Vásquez Llamo** ostentaba el cargo de **ALCALDE** de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; y por otro lado los imputados **Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezuá y Milton Colbert Minchola Merino**, tenían el cargo de **REGIDORES** de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; además, que el imputado **José Amaro Venturo Cueva** actuaba en representación del **Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, OPIP)**; por lo que todos los imputados satisfacen de manera plena la cualidad que exige el artículo 399° del Código Penal.
- 123.** Expuesto lo anterior, al estar los hechos materia de imputación referidos a un proceso de promoción de la inversión privada, conviene precisar, que el mismo debía acogerse, entre otras, especialmente a las disposiciones normativas contenidas en la **Ley N° 28059** “Ley de Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada”, al **Decreto Legislativo N° 1012** que aprueba la “Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, así como a su Reglamento contenido en el **Decreto Supremo N° 146-2008-EF**, normas vigentes al momento de la comisión de los hechos, aunque ya derogados en la presente fecha.

- 124.** Nos encontramos entonces, ante un “proceso de iniciativa privada” que era el mecanismo mediante el cual el Sector Privado presentaba proyectos de asociación Público-Privada a las entidades del Estado, las cuales eran clasificadas en auto sostenibles o cofinanciadas, realizándose las primeras sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, infraestructura pública, servicios públicos, y/o servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado; y es en ese contexto que el **Grupo Gerstein SAC** presenta un proyecto de iniciativa privada denominado “**MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD**”, dándose trámite a la iniciativa, donde luego se emitió la declaratoria de interés, se aprobó la iniciativa privada, se le adjudicó de manera directa, se celebró el contrato de concesión, y posteriormente, cuando el Grupo Gerstein SAC presentó el proyecto se advirtió irregularidades, habiéndose realizado veintiséis observaciones, tal como consta en el **INFORME N° 284-2014-GODU/MDVLH** (a fojas 35), corroborándose además, mediante diligencia fiscal, la misma que consta en el **ACTA DE VERIFICACION FISCAL** (a fojas 32) de fecha 02 de junio de 2014, adjuntándosele la **DOCUMENTAL FILMICO CD ROOM** (a fojas 33), que no hubo de realizarse ninguna mejora al Mercado Mayorista Pesquero, apreciándose las condiciones lamentables de salubridad en el que se encontraba el mencionado local. Esos son a grandes rasgos los hechos, sin embargo, analicemos como es debido y de manera minuciosa a efectos de determinar la presunta comisión del delito en cuestión y responsabilidad penal si la hubiera.
- 125.** Inicialmente, el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa privada respecto a “**MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD**”, el mismo que consta en el Expediente Nro. 948-2013 y que con Resolución Gerencial Nro. 068-2013-GM-MDVLH se resuelve admitir a trámite tal iniciativa⁶⁸⁰. Las iniciativas privadas de proyectos de inversión debían ser presentadas ante el OPIP competente en virtud al **Artículo 15°, inc. 1** del **Decreto Supremo N° 146-2008-EF** (Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012), y de conformidad con el **Artículo 16°** del mismo texto legal el OPIP debía tener en cuenta, para efectos de su evaluación, entre otros, los siguientes criterios, como contenido mínimo exigido: “(...) a) *La capacidad financiera y solvencia técnica del proponente para desarrollar proyectos de magnitud similar al propuesto; b) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable; c) Si el proyecto de inversión no es pasible de generar afectación al ambiente, al paisaje de una zona declarada como área natural protegida y/o al Patrimonio Cultural de la Nación.*”
- 126.** Finalizado su evaluación, el OPIP emite el **Informe Nro. 0001-2013/MDVLH/OPIP**, donde “de conformidad a las normas aplicables y luego de haber realizado la evaluación correspondiente, propone declarar de interés la iniciativa privada *Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del*

⁶⁸⁰ Aun cuando no consta en el expediente judicial ambos documentos, la información de su existencia se encuentra acreditada con la Copia Fedateada del Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH (a fojas 57) de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera de fecha 11 de septiembre de 2013, pág. 02, primer párrafo.

Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo – La Libertad, por lo que recomienda elevar la presente propuesta para ser aprobada en Sesión de Concejo”, constando así en el Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH, (a fojas 58) de fecha 11 de septiembre de 2013, donde finalmente se “(Artículo Primero) [Declaró] de interés el proyecto de Iniciativa Privada (...).”

- 127.** Detengámonos en este punto. No cabe duda que el actuar del Representante de la OPIP debe ajustarse a la comprobación de la concurrencia de los requisitos mencionados, siendo ése el deber que se desprende de la norma mencionada. En primer lugar, la capacidad financiera de una empresa se relaciona principalmente con su solvencia económica, con su nivel de endeudamiento y con su capital de trabajo; obra en el expediente la **DOCUMENTAL** emitida por **EQUIFAX-INFOCORP** (a fojas 188), de fecha 31 de mayo de 2015, de cuyo informe anexo a tal documental, se desprende que el Grupo GERSTEIN SAC se encontraba en INFOCORP, reportándosele endeudamientos. En segundo lugar, en lo que concierne a la experiencia para la ejecución de proyectos de similar envergadura, es decir, a si la empresa venía realizando de manera prolongada proyectos parecidos, decimos que, la misma en realidad, no había sido constituida para realizar actividades similares, sino que, tal como se desprende de la lectura de su **ESTATUTO contenido en la PARTIDA N° 11042722** (a fojas 63), su objeto social era, “OBJETO: Dedicarse a: - Alquiler de maquinaria y unidades móviles, distribución y comercialización de artículos de oficina de toda índole, compra y venta de insumos para limpieza de toda índole, limpieza externa e interna de vehículos (...)”, de ahí que exista serios cuestionamientos a la supuesta acreditación de su experiencia en el rubro que correspondía al proyecto de mejoramiento de Mercado Mayorista.
- 128.** En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta, que la normativa administrativa facultaba al imputado **VENTURO CUEVA** a proceder conforme el artículo 17.2 del mismo texto legal, el mismo que autoriza a la OPIP a “[poder] requerir información adicional al titular de la iniciativa pudiendo condicionar la continuación de la evaluación a la entrega de la información requerida dentro de un plazo prudencial no mayor de 30 días hábiles”. Aun ante tales circunstancias, el Representante del OPIP no solicitó información que resulte pertinente, y emitió un pronunciamiento favorable a la propuesta del Grupo GERSTEIN SAC, dejando en evidencia, que sus dinámicas estuvieron encaminadas en la ilegalidad, puesto que, esa inobservancia y transgresión a la norma, beneficiaba de manera directa al Grupo GERSTEIN SAC. Indicamos también, que el actuar del imputado VENTURO CUEVA resulta siendo manifiestamente doloso, puesto que, en su calidad de funcionario público, tenía perfecto conocimiento de las normas que resultaban aplicables al caso, y aun así no las consideró a cabalidad al momento de emitir su pronunciamiento. Aquí se aprecia claramente la infracción del deber en que incurre, al desplazar el interés público por el privado.
- 129.** Conforme consta en el **Acuerdo de Concejo Nro. 05-2014-MDVLH** (a fojas 28), de fecha 15 de enero de 2014, la **OPIP** se pronunció mediante **Carta Nro. 0001-2014-MDVLH-OPIP** de fecha 08 de enero de 2014, donde indicó que habiendo transcurrido el plazo previsto en el artículo 16, y evidenciándose que no ha existido

propuesta alguna de terceros que hubieran manifestado su interés en el Proyecto o en otro alternativo, remite el expediente a la Gerencia de Asesoría Jurídica para opinión legal, respecto a la aprobación de la iniciativa privada propuesta y la adjudicación directa de la Empresa Grupo GERSTEIN SAC. Obra en el expediente, el **Informe Legal N° 022-2014-GAJ-MDVLH** (a fojas 136), de fecha 09 de enero de 2014, que emite el Gerente de Asesoría Jurídica para OPIP, donde menciona que, en atención a lo informado por el Gerente Municipal, quien presidía el OPIP, respecto al cumplimiento del Grupo GERSTEIN SAC al presentar la Carta Fianza, y habiendo transcurrido el plazo que prevé la ley, "(...) considerado que concurren las condiciones de hecho y de derecho, para que se eleven los actuados al Concejo Municipal, para que en ejercicio de las atribuciones (...) proceda a la aprobación del Proyecto (...)"

- 130.** Es en ese contexto, que se lleva a cabo la Sesión de Concejo Municipal a efectos de determinar la aprobación del proyecto, teniéndose para acreditar dicho evento, el **ACTA Nro. 2-2014** de la **SESION ORDINARIA DE CONCEJO [MUNICIPAL] DE [FECHA] 14 de ENERO DE 2014** (a fojas 12) reuniéndose el Alcalde Carlos Vásquez Llamo y los siguientes regidores: Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Rosa María Villareal García, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezua, Milton Colbert Minchola Merino, Marisol Córdova de Aguirre, Víctor Daniel Velásquez Padilla y Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas, donde se tenía como punto de Agenda tratar el Expediente Nro. 948-2013 "Acerca de la Aprobación de Iniciativa Privada "Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad", documento en el que se deja constancia de la participación del **Regidor Víctor Daniel Velásquez Padilla** quien expuso lo siguiente: "Una cuestión previa, es cierto que el 10 de septiembre hemos aprobado esta iniciativa privada y ya se ha iniciado la aprobación de la concesión y no se ha tomado en cuenta los antecedentes policiales y judiciales, este señor está reportado a INFOCORP y Usted pueda pedir que se suspenda este proceso para que se pida al Ministerio Público, Poder Judicial, INFOCORP, una persona en estas condiciones no podría firmar con el Estado y para no exponernos queremos alertar para que esta Concesión no se lleve a votación." Posteriormente la **Regidora Rosa María Villareal García** refirió que: "Más que todo por la parte social y se han alcanzado 51 denuncias, yo voy a votar en contra acerca de esto". En su momento, el **Regidor Walter Felipe Escobedo Gonzáles** indicó que: "Por acuerdo de Concejo se declaró de interés sobre el mercado mayorista pesquero y se ha hecho la publicación en el Diario La República y no ha habido otros que presenten propuestas y nosotros mismos lo hemos aprobado y no podemos volver atrás y ya se dio ya está la Carta Fianza y se está cumpliendo". También se hubo de pronunciar el **Regidor Hugo Gary Sánchez Espezua**, quien dijo: "Tenemos el Informe del Asesor Legal en el expediente donde figura su opinión, mi voto es no solo de esperar el informe legal, es así que he podido observar que hay muchos informes que respaldan y se cumplen con los requisitos" Por otro lado, la **Regidora Marisol Córdova de Aguirre**, manifestó: "Como manifestaba el Regidor no es una cuestión de mero trámite y según EQUIFAX tiene dos personas trabajando y presenta deudas con SUNAT, y

presenta riesgo y sobre la capacidad financiera y la experiencia”. Incluso la **Regidora Rosa María Villarreal García** indicó que “Todos queremos una mejor calidad para los vecinos aquí lo que está en duda es la transparencia de este Señor y por evitar la corrupción mi voto en contra”, finalmente, se tiene el pronunciamiento del **Regidor Víctor Daniel Velásquez Padilla** quien concluyó: “No me ha dado respuesta a mi cuestión previa, que conste en actas que no se me ha dado el derecho como corresponde y no se ha pronunciado el Asesor Jurídico del Concejo y debo insistir ya que no se va a llevar a cabo la votación de la cuestión previo [sic] y veo que no tiene la intención de transparentar las cosas”. Indicando por tanto el **Alcalde**: “No existen cuestiones previas en nuestro RIC que quede claro y que el Asesor Legal del Concejo después de haber escuchado las opiniones y quiero pedirle al Asesor del Concejo bajo lo que se ha podido verte y los dictámenes se les está haciendo un bien a Víctor Larco. Se pronuncia además el Asesor Legal, quien refiere: “Con respecto al tema en cuestión el Informe Legal que Usted tiene a la mano se ha dado de acuerdo al expediente todo el procedimiento conforme lo están leyendo y expresando y es una etapa de este procedimiento que determina que el Concejo deberá decidir su aprobación. Con respecto a los argumentos del Regidor Velásquez debo expresar que toda persona tiene el derecho de presunción de inocencia y a nadie se le debe privar de los derechos fundamentales, a ninguna persona se le puede privar de sus derechos mientras no tenga una condena, expreso mi ratificación a mi informe.” Acordándose finalmente: **“Artículo Primero: Aprobar la Iniciativa Privada denominada “Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad” presentada por el Grupo GERSTEIN SAC, la misma que fue declarada de interés mediante el Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH, de fecha 11 de septiembre de 2013. Artículo Segundo: Aprobar la adjudicación directa del proyecto de Inversión Privado (...) al proponente Grupo GERSTEIN SAC. Artículo Tercero: Encargar al órgano de promoción de la inversión privada (OPIP) de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera la realización de las acciones a seguir conforme a la normativa aplicable. El presente encargo alcanza a la negociación de la versión definitiva del Contrato de Participación de la Inversión Privada a suscribirse, la cual no podrá exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la adopción del presente acuerdo, plazo conforme al numeral 19.2 del artículo 19° del Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 1012 podrá ser ampliado hasta por 15 (QUINCE) días hábiles adicionales.”, con 4 votos en contra (de Villarreal García, Velásquez Padilla, Córdova de Aguirre, Arévalo Armas), y 4 a favor (de Escobedo Gonzáles, Aguilar Ballarte, Minchola Merino), y conforme a Ley, el Alcalde hace valer su derecho al voto dirimente y vota a favor.**

131. En este punto, debemos resaltar, que lo indicado por los regidores que se mostraron en contra de la aprobación de la propuesta, incidían en aspectos centrales para la evaluación de dicho proyecto: sobre la capacidad financiera de la empresa ante supuesta posibilidad de que el Grupo GERSTEIN SAC se encuentre en INFOCORP; y sobre su experiencia, la misma que se exige sea idónea para la realización del proyecto. Corresponde precisar, que el artículo 5 de la Ley de

Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada⁶⁸¹ indicaba que los gobiernos locales, desarrollan dentro de sus funciones [inc.3] la supervisión, en su ámbito, del cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada. Aunado a ello, la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 5, precisa que: “El concejo municipal (...) está conformado por el alcalde y los números de regidores (...) El concejo municipal ejerce funciones normativas y fiscalizadoras”

132. De ahí que, en el presente caso, aun advirtiéndose serios cuestionamientos sobre el Grupo GERSTEIN, y lejos de siquiera absolverlos, como oficiando a la OPIP para que solicite la información adecuada que el Grupo GERSTEIN SAC aclare su situación, se continuó con el acto democrático de elección, y habiéndose dando el empate técnico, el Alcalde, haciendo uso de su voto dirimente, voto a favor.

133. Una vez más damos por acreditada la responsabilidad penal de estos imputados, puesto que, habiendo, los Regidores y el Alcalde, tomado conocimiento de las circunstancias que rodeaban a la postulación del Grupo GERSEIN SAC, nunca se llegó a tomar medidas que involucre el esclarecimiento de los hechos, aun cuando en su calidad, se encontraban autorizados para ello. El no cuestionamiento en dicha fase del proceso, le generó un beneficio directo al Grupo GERSTEIN SAC, quien no se vio emplazado a efectos de que determine su situación y la aclare, por el contrario, se aprueba su proyecto y se la adjudica de manera directa, evidenciándose el actuar delictivo de los funcionarios presentes en dicha sesión. En lo que corresponde al dolo, como elemento subjetivo del tipo penal, indicamos que el mismo se cumple, ya que, al ostentar el cargo de funcionarios públicos, les atañe tener en cuenta a la ley, su conocimiento y su debida observancia.

134. Ahora, con fecha 13 de marzo de 2014, el Representante de la OPIP suscribe el **Contrato de Concesión** a título gratuito en mérito a su carácter de autosostenible, indicándose, en la “(...) cláusula sexta: que el costo referencial de las obras que comprenden el objeto del presente contrato asciende a la suma de S/. 3 742 042.37 (tres millones setecientos cuarentidós [sic] mil cuarentidós y 37/100 nuevos soles), y que el costo referencial anual de la Operación y Mantenimiento del proyecto asciende a la suma de S/. 144 000.00 (ciento cuarenta y cuatro mil 00/100 nuevos soles)”, además, se establece como obligaciones del concesionario “(...) Sección III- De las prestaciones a cargo de las partes: (...) 1° Diseñar, financiar, construir, encargarse de la operación y mantenimiento de las obras del Mercado (...) 3° Remodelar en su totalidad el mercado mayorista pesquero (...)” precisándose características técnicas.; además, se especifica en “(...) cláusula octava: Plazo: La concesión se otorga por un plazo de veinticinco años, contados desde la fecha de suscripción del presente contrato (...)”; se precisa además, en la cláusula décimo séptima: acerca de la entrega del control de proyecto “(...) se realizará dentro de un plazo no mayor a 15 días calendarios”; de ahí que, con fecha 21 de abril de 2014 el representante del Grupo GERSTEIN SAC presenta el **PROYECTO DE CONCESION A TRAVES DE LA PARTICIPACION EN ASOCIACION PARA**

⁶⁸¹ Derogada a la fecha, pero vigente al momento de la comisión de los hechos.

LA MODERNINACION [SIC], MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA (a fojas 164), el mismo que pasó a constar en el **Exp. N° 7130-2014-F2**. Posteriormente, se tiene el **INFORME N° 284-2014-GODU/MDVLH** (a fojas 35) de fecha 06 de mayo de 2014, emitido por el Ing. Juan Simón Ruidias Ojeda en su calidad de Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, dirigido al Gerente Municipal Luis Alberto Llempén, mediante el cual pone en conocimiento 26 observaciones al Contrato de Concesión para la Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera. Finalmente, mediante **RESOLUCION GERENCIAL N° 713-2014-GM-MDVLH** (a fojas 186), de fecha 17 de diciembre de 2014, se **RESUELVE** el contrato de Concesión, en consecuencia, se determina la **CADUCIDAD** de dicho contrato por la causal de incumplimiento de las obligaciones contractuales del concesionario.

- 135.** Del contrato, cuya negociación estaba a cargo de la OPIP, debe advertirse, en primer lugar, el monto correspondiente a la inversión en el proyecto, el mismo que asciende a más de 3 millones de soles, monto que sobrepasa enormemente el capital social de la Empresa GERSTEIN SAC, y aun cuando se ha indicado que no se exige tener un capital que satisfaga plenamente el monto a invertir, en el caso en concreto, debe observarse también que tal Empresa cuenta con endeudamientos, y no cumple con tener la solvencia financiera que se requiere; en segundo lugar, el plazo fijado para la concesión, si bien es menor al solicitado por la Empresa GERSTEIN SAC (40 años), y la normativa indica que el período no puede sobrepasar los 60 años, de todas maneras el tiempo fijado debe obedecer a criterios razonables, proporcionales y necesarios, los mismos que no han sido consignados en el contrato, por lo que, el mismo resulta injustificado e incluso arbitrario.
- 136.** Entonces, por todo lo expuesto, tenemos que, el imputado José Amaro Venturo Cueva, en su calidad de Representante de la OPIP, no cumplió con evaluar la iniciativa propuesta por el Grupo GERSTEIN SAC de manera debida y como la norma administrativa le exige, y aun cuando era el órgano encargado del proyecto de inversión privada, durante su transcurso no realizó ningún tipo de cuestionamiento u observación a tal Empresa, aun cuando se evidenciaba que no contaba con la capacidad financiera que se exigía, así como con la experiencia que se exigía en el presente proyecto, circunstancias todas que beneficiaban de manera directa a la Empresa GERSEIN SAC. Además, este imputado negoció el contrato, fijando 25 años de concesión, lapso que no se encuentra justificado, por lo que, de manera evidente, buscaba favorecer indebidamente a la Empresa Gerstein SAC. Además, los imputados Vásquez Llamo, Escobedo Gonzáles, Aguilar Ballarte, Sánchez Espezúa y Minchola Merino, conformantes del Concejo Municipal, y contando por ello con deberes fiscalizadores, enterados de la posible existencia de circunstancias que incidían principalmente sobre los presupuestos que establece la norma para la aprobación de un proyecto (cuestionamientos a la capacidad financiera de la Empresa, entre otros), lejos de suspender la aprobación y proceder a realizar actos de investigación o de solicitud a la Empresa para que absuelva los cuestionamientos, proceden a realizar la votación,

aprueban el proyecto y le adjudican de manera directa el proyecto; circunstancias todas que implicaban una inobservancia a las normas administrativas, y con ello un beneficio directo a la Empresa GERSTEIN. Finalmente, decimos que todos los imputados, actuaron con perfecto conocimiento y voluntariedad, puesto que, conocedores de la normatividad pertinente, que les imponía un deber especial, desplazaron el interés público por el interés privado, infringiendo su deber al beneficiar indebidamente a la Empresa GERSTEIN SAC.

137. Los argumentos de la defensa, aunque plurales, siguen principalmente una misma línea, referida a la actuación de sus patrocinados dentro de las pautas establecidas por el principio de confianza, sosteniendo que las documentales o votos, según sea el caso, fueron emitidos siempre teniendo en cuenta informes técnicos de diversas áreas (*área usuaria* y *área legal*), los mismos que concluían aprobando a los proyectos, declarándolo favorable para el distrito de Víctor Larco, por lo que, de ninguna manera se les podría atribuir responsabilidad penal, esto conforme a la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, en cuanto al principio de confianza, se hubo de referir que *“cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. (...)”*⁶⁸²; sin embargo, téngase en cuenta lo siguiente: En el presente caso, nos encontramos ante sujetos cualificados, funcionarios públicos que velan por el cumplimiento de las normas que son de su competencia, no resultando aplicable el principio de confianza, porque cada uno de ellos posee un deber especial, un rol vigilante respecto a una norma, el mismo que les atañe y que no se encuentra supeditado a la intervención de los demás; debe entenderse incluso, que el reconocimiento del principio de confianza parte del supuesto de que el agente que lo invoca ha cumplido fielmente con todas las actividades propias de su rol, y que la realización de un riesgo desaprobado, se le imputa a otra persona, sin embargo, ello no sucede en el presente caso, sino que, prima facie, infringen la norma; no resulta entonces razonable indicar que confiaron en que los autores de los informes anteriores (*área usuaria* y *área legal*) cumplieron su rol y estuvieron de acuerdo con la aprobación del proyecto, y que en función a ello, se pronunciaron también favorablemente, puesto que los imputados infringen su deber, Ventura Cueva el de verificar la concurrencia de presupuestos relacionados a la capacidad financiera y a la experiencia, y de considerar criterios razonables y proporcionales para el tiempo de concesión; y el Alcalde y los regidores, el de velar por el resguardo de los intereses públicos al advertir serios cuestionamientos al proyecto y aun así no realizar ningún acto de investigación respecto a ello a fin de proteger el interés público; aspectos que les atañe particularmente a todos ellos por su condición y cuyos deberes específicos, infringidos, emanan de la misma cualidad que ostentan.

138. La defensa [*de Escobedo Gonzáles, Minchola Merino y Aguilar Ballarte*], menciona, que el Ad Quo yerra en la estructura de la sentencia, al confundir, en lo que corresponde al interés indebido, a la acreditación de la tipicidad objetiva

⁶⁸² Jakobs, 1997, p. 29

del delito, procediendo luego a pronunciarse sobre la tipicidad subjetiva para destruir el principio de inocencia, aun cuando de manera evidente, se trata de análisis distintos. Sin embargo, del análisis de la recurrida no se advierte tal circunstancia, sino que, para acreditar el interés indebido, el Ad Quo procedió a establecerlo a través de prueba indiciaria, (considerandos 89-122), luego realiza un razonamiento en conjunto de los indicios que ha encontrado (considerandos 127 a 142), y se pronuncia sobre el principio de confianza (fundamento 147 y ss) es porque justo estaba agotando el análisis de la tipicidad objetiva, ya que, como subtítulo siguiente, recién considera un análisis para el elemento subjetivo que exige este tipo penal (considerando 154 y ss); por lo que no resulta sostenible lo argumentado por la defensa en este extremo.

- 139.** La defensa [de *Venturo Cueva*] sostiene que, no sucedió que sin razón alguna se haya determinado 25 años como el transcurso temporal en que se iba a concesionar el Mercado Mayorista Pesquero al Grupo GERSEIN SAC, sino que tal lapso fue determinado por una evaluación técnico-económica específica, donde se analizaba los flujos financieros que iba a reportar el inversor en su momento, y que, si el tiempo de concesión hubiese sido menor, ello hubiera ocasionado que la empresa concesionaria, a efectos de recobrar su inversión, aumente quizá desproporcionalmente los precios o tarifas, perjudicando a los trabajadores de dicho mercado, resultando adecuado el plazo de 25 años; sin embargo, dicha versión no ha sido corroborada con ningún medio probatorio, ya que en el Contrato no se advierte ningún tipo de pronunciamiento sobre criterios de razonabilidad que hubo de tener en cuenta el imputado a fin de fijar dicho lapso para la concesión; y, si bien no se le exige al acusado probar su inocencia, si se encuentra obligado a probar sus dichos.
- 140.** La misma defensa refiere además que ha existido una penosa confusión respecto a los requisitos que establece la normativa en lo correspondiente a la evaluación de la empresa, al señalar el Ad Quo que no satisfizo el presupuesto de "*proyectos de similar envergadura*", puesto que, a decir de la defensa, nada tiene que ver el rubro al que se dedica la empresa, siendo esta una cuestión distinta y que aun así en ello se ha sostenido el Juzgador para dar por no cumplido dicho requisito. Decimos al respecto, que si lo que es menester probar es la experiencia que tiene una empresa, implicaría advertir su actividad prolongada, y esta, al ser prolongada, implica lógicamente que es a la que se dedican, y que por lo mismo, debe encontrarse estipulada en su objeto social; sin embargo, si al corroborar dicha información, esta difiere contundentemente ("*objeto social: alquiler de maquinaria y unidades móviles, distribución y comercialización de artículos de oficina de toda índole, limpieza interna y externa de vehículos*"; en referencia a lo que se iba a realizar: proyecto de modernización y mejoramiento del Mercado Mayorista Pesquero), lógicamente se infiere simplemente que la Empresa no tiene experiencia en ese rubro, no la suficiente y necesaria y esto porque no se dedica a ello, y por lo tanto, el presupuesto que exige la norma no se cumple.
- 141.** Continuando con la misma defensa, esta ha expuesto incluso que ha existido una confusión neurálgica en la apreciación del Juzgador, puesto que son dos expedientes los que han tenido lugar en el procedimiento de promoción de la

inversión privada, de ahí que la defensa señale que las observaciones son respecto al segundo, el mismo que fue presentado después de la celebración del contrato, por lo que, el proyecto presentado de manera inicial no reviste ninguna irregularidad, proyecto este último, en el que se basó todo el procedimiento. Precisamos aquí, que aun cuando se entiende el argumento de la defensa respecto a que serían dos expedientes disímiles, y que las observaciones se realizan al segundo; tal como señala la norma, el proyecto (2º expediente) es una extensión no sustancial de la propuesta ingresada como iniciativa de inversión privada (1º expediente), de ahí que, si las observaciones resultan ser de suma relevancia, entonces se entiende que se encuentran referidas a ese mismo contenido de fondo contemplado en el escrito del primer expediente, por lo que le atañe aun al primer expediente tales observaciones.

142. Esta defensa cuestiona además la prueba indiciaria en la que hubo de sostenerse el Ad Quo para construir su razonamiento, específicamente el de la “celeridad en del trámite, puesto que, tal conclusión indica no ajustarse a la verdad de los hechos, habiéndose presentado la iniciativa del proyecto de inversión privada el 16 de enero de 2013, y apenas se dio trámite nueve meses después, tiempo al que debe adicionarse los plazos que se encuentran estipulados en la ley a efectos de cumplir debidamente con el procedimiento. En ese sentido, debemos mencionar que no resulta cierta la interpretación que da la defensa, ya que la celeridad a la que hace referencia el Juzgador, es al tiempo transcurrido el mismo día de la aprobación y adjudicación del proyecto, donde no querían que se dilate la evaluación de la aprobación del proyecto de iniciativa privada, y no al lapso entre el ingreso de la propuesta y su admisión, y esto se desprende de la simple lectura de la resolución venida en grado en su *considerando 113* que empieza como sigue: “Según la declaración de los regidores que votaron en contra, los expedientes técnicos les entregaron antes de empezar la sesión, por lo que no tuvieron tiempo de revisarlo (...)”, por lo que el argumento de la defensa no resulta sostenible al no partir de premisas ciertas.

143. La defensa [de Sánchez Espezuja]⁶⁸³ sostiene que los regidores de oposición nunca dejaron constancia de la existencia de documentación que cuestionaba la capacidad económica del Grupo Gerstein, y tampoco fue probada que esta tenga denuncias. Refiere, además, que las observaciones se formularon respecto al segundo expediente, el mismo que no obraba en autos para ser materia de debate en la sesión donde se aprobó el proyecto de inversión privada, ya que este último expediente se presentó a raíz del contrato.

144. Señala también esta defensa, que no hubo de valorar el VIDEO que obra en el expediente, de donde se desprende que la Empresa GERSTEIN no realizó actos de administración, y que aun así el Ad Quo, en uno de sus indicios, hubo de concluir en ese sentido. Sin embargo, si se advierte minuciosamente el material filmico, se

⁶⁸³ Aun cuando sus argumentos pretenden principalmente la nulidad de la sentencia venida en grado, se advierte que *subsidiariamente* pretende su revocatoria, por lo tanto corresponde en estos considerandos tener en cuenta sus cuestionamientos, haciendo hincapié que, en lo sucesivo, será analizada su pretensión de nulidad, la misma que, *subsidiariamente* fue formulada por la defensa del imputado Venturo Cueva.

aprecia que si bien se le interrogó al Sr. Dante Herrera Ocampo acerca de una posible administración o mejora realizada por el Grupo GERSTEIN SAC y el refirió que "no, yo he venido directamente, (...) no hay ninguna mejora, hasta donde yo tengo entendido, no nada" (00h: 04m: 55s), debe tenerse en cuenta, que al inicio de la entrevista, mencionó que es Administrador desde el 16 de mayo del año 2014 (minuto 00h: 02m: 56s), y que desde esa fecha no ha advertido ningún tipo de administración o mejora del Grupo GERSTEIN SAC, información de los hechos, que corrobora el incumplimiento de la Empresa respecto a sus obligaciones contractuales, por lo que, la conclusión que extrae la defensa del contenido del vídeo no resulta sostenible, pues el Ad Quo hace referencia a la administración anterior a los hechos de la firma del Contrato, y la información del vídeo, es en alusión a la administración y mejora posterior a dicho acto.

- 145.** Refiere también la defensa, que no se hubo valorado la documental consistente en la Ordenanza Municipal donde se aprecia que la totalidad de los regidores mostraron su conformidad con el proyecto, de ahí que se declare el interés del mismo, no habiéndose valorado que lo declarado sin prueba alguna por los regidores obedece a intenciones de atribuir responsabilidad penal a los regidores que no se encontraban de acuerdo con su pensamiento. Sin embargo, se debe hacer hincapié que los deberes de fiscalización y las actividades que de estos se desprende y que corresponden a los imputados por su condición de funcionarios públicos, no se ven limitados por un primer acto de conformidad, sino que, siempre que surjan circunstancias que cuestionen procedimientos o actos involucrados con bienes públicos, estarán expeditos para tomar cartas en el asunto, siempre con la finalidad de proteger y salvaguardar el interés público, de ahí que, aun cuando los demás regidores mostraron su conformidad en un primer momento, advertidos por circunstancias que resultaban incompatibles con el ordenamiento jurídico o que permitía inferir una suerte de infracción o no satisfacción con la normativa del procedimiento de inversión privada, procedieron a no dar su conformidad; acto que debió corresponderle también a los acusados. Y respecto al argumento de que los demás regidores solo han pretendido "atribuir responsabilidad a quienes no se encontraban acorde con su pensamiento", decimos que si se pretende indicar que han existido motivos por los que los testigos hubieron de declarar en el sentido en que lo hicieron, tales motivaciones no se encuentran corroboradas con ningún medio probatorio, quedándose solamente en un simple dicho de la defensa; y este Tribunal Superior hace hincapié una vez más en indicar que si bien los imputados no se encuentran obligados a probar su inocencia, si se encuentran obligados a probar sus dichos, lo que no lo hicieron.

Acerca de la Pretensión [Subsidiaria] de Nulidad

- 146.** Que la nulidad de la sentencia puede ser declarada de oficio o a solicitud de parte, y, de acuerdo al Art.150° del Nuevo Código Procesal Penal, deberá ser declarada bajo las causales de : "a) *A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;* b) *Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;*

c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.”

147. Se ha precisado también, en sendas resoluciones del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Carta Magna que la debida motivación es “(...) un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: “[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139º de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...).” Este Supremo Colegiado precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste “(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...)El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)” (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5, inc. e). A mayor abundamiento, en distintos pronunciamientos ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

148. En tal línea argumentativa, la Sala Superior de Apelaciones advierte que el *Ad quo* al momento de esgrimir sus argumentos que conllevarían al fallo condenatorio, no ha incurrido en alguna causal vulneratoria del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales por las razones que a continuación se exponen: **PRIMERO:** Lo resuelto en primera instancia se encuentra acorde a Derecho, por haberse fundado en la valoración de los medios de prueba obrados a nivel de juicio oral, donde se ha respetado las garantías procesales en todo momento. **SEGUNDO:** Los medios probatorios incorporados al proceso simplemente han sido suficientes para enervar la presunción de inocencia de los imputados, son contundentes y permiten establecer de manera coherente la vinculación entre los acusados y el hecho delictivo. Puntualizamos, además, que no resulta cierto que no se haya valorado debidamente el documental fílmico, sino que el mismo, ha sido objeto de un análisis errado por la defensa, al no haber

advertido la fecha en la que se dio la entrevista. **TERCERO:** La resolución sentencial venida en grado, cuenta con una estructura lógica coherente, ha cumplido con delimitar perfectamente el hecho materia de debate, establecer los puntos controvertidos, precisar las premisas tanto fácticas como jurídicas, no existen pretensiones incontestadas ni se ha desviado la decisión del marco del debate judicial, aunado a ello, los fundamentos expuestos están acorde con el sistema de valoración de la sana crítica, en tanto que se ha dejado de manifiesto el uso de la ciencia, de las máximas de la experiencia y de las reglas de la lógica. E incluso, ha elaborado, a fin de respaldar su decisión condenatoria, indicios en los que se advierte la concurrencia de presupuestos que los dotan de entidad probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia, siendo estos plurales, contingentes, y concordantes. En este punto, debemos tener en cuenta además que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional: *"La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, 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. (...) En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver⁶⁸⁴".* Y es en virtud a estos considerandos que la pretensión formulada por la defensa deberá ser declarada **INFUNDADA**.

149. En ese sentido, verificándose los requisitos válidos del estándar probatorio, esta Sala determina que se ha probado la existencia de la vinculación de los acusados con el hecho delictivo dada la naturaleza del delito, habiéndose destruido la presunción de inocencia que los investía. Asimismo, la valoración realizada por el Ad Quo está acorde con los criterios de la Sana Crítica, en tanto que se ha valorado las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados, tal como se ha dejado constancia en los argumentos up supra. Por lo que concluimos que habiéndose acreditado que los imputados, inobservando las normas correspondientes al procedimiento de inversión privada, pretendieron beneficiar al Grupo GERSEING SAC, con la aprobación y adjudicación del proyecto, y con la concesión por 25 años del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco, decimos que se ha determinado fehacientemente la responsabilidad penal de los imputados, correspondiendo **CONFIRMAR** la sentencia venida en grado en este extremo.

150. Respecto de la determinación judicial de la pena, desarrollada en la sentencia recurrida, esta Sala la considera razonable, toda vez que el delito de negociación incompatible contemplado en el artículo 399 del Código Penal,

⁶⁸⁴ Tribunal Constitucional, STC del Expediente N.º 1230-2002-HC/TC. Lima, 20 de junio de 2002. Décimo Primer Fundamento Jurídico.

reprime este delito con pena privativa de libertad *no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad*; y tal como ha analizado el Ad Quo, en lo referido al Sistema de Tercios, no hubo de concurrir agravantes y/o atenuantes que se deba tener en cuenta; en el mismo sentido, tales consideraciones han influenciado al determinar la pena de días multa, habiéndosele impuesto el monto mínimo que indica el tipo penal. En lo que corresponde a la pena de inhabilitación, la misma también ha sido considerada dentro de los parámetros racionales y proporcionales, de ahí que, finalmente concluyamos que en todo lo indicado efectivamente se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad, lesividad, fin preventivo y resocializador de la pena, por lo que debe ser **CONFIRMADA** la sentencia de primera instancia en este extremo.

- 151.** En lo que respecta a la cuantía de la Reparación Civil es proporcional en atención al peligro ocasionado en perjuicio de los bienes públicos, existiendo una afectación al normal desarrollo de la función pública, en el presente procedimiento de promoción de inversión privada, por lo que la sentencia venida en grado debe ser **CONFIRMADA** en este extremo.
- 152.** Las costas procesales, en el presente caso, debe de eximirse el pago de costas a los recurrentes, toda vez, que han hecho uso a su derecho a la doble instancia, lo que determina la existencia de razones serias y fundadas que justifican su intervención y la exoneración del pago de costas.

VI. PARTE RESOLUTIVA:

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la **SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

- a. **INFUNDADA** la pretensión de **NULIDAD** planteada por la defensa.
- b. **INFUNDADO** el **RECURSO DE APELACION** en contra de la **RESOLUCION NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO.**
- c. **CONFIRMAR** la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO,** que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA,** como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA,** en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS,** bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución.
- d. **CONFIRMARON** todo lo demás que contiene.

e. **SIN COSTAS** en el presente trámite recursal.

**Actuó como como Juez Ponente y Director de Debates, el Doctor Víctor Alberto
Martín Burgos Mariños.- Notifíquese.**

**DR. VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS
PRESIDENTE
PONENTE Y DIRECTOR DE DEBATE**

DR. MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIAN

DR. RAUL IPANAQUE ANASTACIO

JUEZ SUPERIOR TITULAR

JUEZ



SUPERNUMERARIO

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES

Avenida América Oeste S/N. Natasha Alta – Trujillo.

Telefax N° 482260 ANEXO 23638

**PODER JUDICIAL
DEL PERÚ**

PROCESO PENAL N° 06494-2014-20-1601-JR-PE-06

Sumilla: Al haberse demostrado que los acusados infringieron su deber especial, en el rol que les corresponde como Alcalde, Concejales y Jefe de la OPIP, de velar por el interés público en todo tipo de contratación con el Estado, desplazando este interés por el interés privado, al aprobar e informar en favor de la contratación del extraneí, pese a que tenía serios problemas financieros, no tenía el personal ni la logística ni experiencia suficientes, configura el delito de negociación incompatible. Y, si el Alcalde se defiende alegando el principio de confianza, no es suficiente su solo dicho, sino que corresponde a éste acreditar su concurrencia, y no al Fiscal, puesto que éste ha demostrado la infracción al deber en que ha incurrido, al igual que los demás acusados.

PROCESO PENAL N° : 06494-2014-20-1601-JR-PE-06
ESPECIALISTA : LUIS MIGUEL ALAYO RUIZ
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
IMPUTADOS : WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALEZ
JOSE AMARO VENTURO CUEVA
MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO
HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA
CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO
AGRAVIADO : ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO
RECURRENTE : IMPUTADOS
MATERIA : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA SUSPENDIDA
PROCEDENCIA

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° VEINTISÉIS

Trujillo, Veintisiete de Agosto

Del Dos Mil diecinueve.-

VISTA Y OÍDA; La Audiencia Pública de Apelación de Sentencia Condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, **Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Presidente de la Sala y Director de Debates)**, **Doctor MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIAN (Juez Superior Titular)** y **Doctor RAUL IPANAQUÉ ANASTACIO (Juez Supernumerario)** en la que interviene como parte apelante el imputado **CARLOS ENRIQUE VÁSQUEZ LLAMO** y ejerciendo su defensa el **Dr. MARIO ALEJANDRO DEZA CASTAÑEDA**; el imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA** asistido por el **Dr. EMMANUEL JOSUE QUISPECORNEJO**; los imputados **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZÁLES**, **MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO** y **TERESA DE JESÚS AGUILAR BALLARTE** representados por su defensa técnica **Dr. LUIS ANTONIO NUREÑA ROMERO**; y finalmente el imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA** ejerciendo su propia defensa. Asimismo, se contó con la presencia del **Dr. HECTOR MARTIN REBAZA CARRASCO** – Fiscal Adjunto de la Quinta Fiscalía Penal Superior de La Libertad.

VII. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

153. Que, viene el presente proceso penal en apelación de la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO,**

que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS**, bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución Se les **IMPUSO** la **PENA DE INHABILITACION** por el plazo de **CUATRO AÑOS** la privación del cargo y/o su incapacidad o impedimento para obtener un cargo público, según sea el caso de cada imputado, se les **IMPUSO** además la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA** a cada uno de los imputados, fijándosele de forma individual en atención a su salario mensual; y se **FIJO** el monto de S/. 60 000.00 (**SESENTA MIL CON 00/100 SOLES**) por concepto de **REPARACION CIVIL**, a favor del **ESTADO, Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, cancelándose de forma solidaria por los acusados en ejecución de sentencia, como regla de conducta.

- 154.** Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por los abogados defensores de los imputados **Walter Felipe Escobedo Gonzales, Milton Colbert Minchola Merino y Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Carlos Enrique Vásquez Llamo**; quienes solicitan que la sentencia venida en grado sea **REVOCADA**, y reformándola se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos imputados por el Representante del Ministerio Público.
- 155.** Asimismo, la defensa de **José Amaro Ventura Cueva**, a través del recurso de apelación interpuesto, solicita que la venida en grado sea **REVOCADA**, y reformándola se **ABSUELVA** a su patrocinado de los cargos, *y subsidiariamente*, se declare la **NULIDAD** de la misma.
- 156.** Además, el imputado Hugo Gary Sánchez Espezuá, ejerciendo su propia defensa, mediante su recurso impugnatorio, solicita que se declare la **NULIDAD** de la resolución venida en grado, en consecuencia, se disponga de la realización de un nuevo juicio oral ante un Juzgado Distinto; *y subsidiariamente*, se **REVOQUE** la misma.
- 157.** Por otro lado, el Representante del Ministerio Público solicita se **CONFIRME** la resolución apelada por cuanto se encuentra arreglada a derecho en todos sus extremos.
- 158.** Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el *Ad quo*; y teniendo en cuenta la tipología que distingue el caso fácil y el caso difícil, **desde el punto de vista normativo es un caso fácil**, puesto que no hay laguna de derecho, antinomias, ni conflicto con normas constitucionales o convencionales; y **respecto a la premisa fáctica, es un caso**

difícil, debido a que la valoración del caso a la luz de los medios de prueba requiere el empleo de prueba indiciaria; y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

VIII. CONSIDERANDOS:

8.1. PREMISA NORMATIVA:

Garantías procesales del imputado en el proceso

- 159.** El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el *“Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*.
- 160.** El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4 del Tribunal Constitucional).
- 161.** Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, esta Sala Penal entiende que se trata de un derecho fundamental que *“tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”* (STC 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51 del Tribunal Constitucional). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.
- 162.** Conforme lo establecen las garantías del Debido Proceso el numeral e), inciso 24 del Art. 2° de la Constitución Política del Perú, Art. 11.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Art. 14.2° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad. El Principio de Presunción de Inocencia escolta a todo ciudadano sometido a un proceso penal, configura una norma directa y vinculante para todos los poderes públicos, siendo de trascendental importancia en el régimen jurídico de la prueba penal. En tal sentido este principio determina la obligación del Ministerio Público, en su condición de órgano persecutor del delito de incorporar las pruebas de cargo que desvirtúen la Presunción de Inocencia y que los Jueces al momento de sentenciar, valorando la prueba incorporada, tanto de cargo como de descargo, lleguen a la conclusión,

fuera de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad penal.

163. Que, el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2,24,e, de la Constitución, obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones. La doctrina establece que “esta garantía se asienta en dos ideas fundamentales, esto es: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”⁶⁸⁵ .

164. El **Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal**, regula el principio de Presunción de inocencia, que en su primer inciso prevé, que *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales...En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”*. Que, para enervar la inicial presunción constitucional de inocencia que ampara a todo procesado, debe constatarse la objetividad de la prueba y que ésta haya sido válidamente adquirida y practicado, además, ella debe ser suficiente, ya que no basta que se hayan utilizado medios de prueba sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a su vez fundar razonablemente la acusación.⁶⁸⁶

165. En la doctrina del Tribunal Constitucional, “[...] uno de los contenidos del derecho al **debido proceso** es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. El **artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú**, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, razones que deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso⁶⁸⁷.

Del delito materia de imputación

⁶⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC Recaída en el Exp. N° 0618-2005-PHC/TC, f.j. 22

⁶⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. R.N. N° 2509-99-LIMA

⁶⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el Exp. N° 1480-2006-AA/TC del 27 de marzo de 2006. F. J. N° 2.

- 166.** El tipo penal de **Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo** se haya contemplado en el **Art. 399°** del Código Penal, el cual establece que *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma **directa** o indirecta o por acto simulado **se interesa**, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”*.
- 167.** El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario.⁶⁸⁸ La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión o intrusión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para la misma.

Sobre la valoración de la prueba en Segunda Instancia

- 168.** Según el **artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal** “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. Sin embargo, esta norma se debe concordar con la previsión contenida en el Artículo 409° y en el 425° inciso 3 a), las que otorgan a la Sala Superior, declarar la nulidad de todo o parte de la sentencia apelada.
- 169.** En similar sentido, la **Casación 385-2013 San Martín** señala que el Art. 425°, apartado dos, del Código Procesal Penal impone una limitación al tribunal de apelación a fin de no infringir el principio de inmediación, y que si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el **Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia**. Que, es distinto controlar la valoración probatoria del Ad quo en contraste a que el Ad quem realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

8.2. PREMISAS FÁCTICAS

⁶⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

De los hechos materia de imputación y decisión de instancia:

- 170.** Los hechos materia de imputación precisados en el requerimiento acusatorio precisan que el 14 de enero de 2014 se realizó una sesión de concejo en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, con participación de ocho (08) regidores y bajo la dirección del Alcalde Carlos Enrique Vásquez Llamo, siendo que en dicha sesión entre otros puntos, se “ACORDÓ: APROBAR la iniciativa privada denominada “MODERNIZACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VÍCTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD”, presentada por el Grupo Gerstein SAC, la misma que fue declarada de interés mediante Acuerdo de Concejo N° 60-2013-MDVLH, de fecha 11 de septiembre de 2013; lo cual fue plasmado mediante Acuerdo de Concejo N° 05-2014-MDVLH (fs. 205-207), de fecha 15 de enero de 2014. En la aludida de Sesión de Concejo participaron los siguientes regidores: Rosa María Villareal García, Víctor Daniel Velásquez Padilla, Marisol Córdova de Aguirre, Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas (quienes votaron en contra), Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa y Milton Colbert Minchola Merino (quienes votaron a favor). El Alcalde, usando su voto dirimente, votó a favor.
- 171.** Como consecuencia de dicho acuerdo en mayoría, en el que se ENCARGA al Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) de la Municipalidad la realización de las acciones a seguir, incluida la negociación de la versión definitiva del Contrato de Participación de la Inversión Privada, es con fecha 13 de marzo de 2014, se suscribe el “CONTRATO DE CONCESION PARA LA MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD”, entre José Amaro Venturo Cueva, representante del OPIP de la Municipalidad de Víctor Larco, y Rodolfo Carlos Gerstein Gonzáles, representante del Grupo GERSTEIN SAC. En dicho Contrato, en la cláusula sexta “Monto de la Concesión”, se establece que “El costo referencial de las obras que comprenden el objeto del presente contrato asciende a la suma de S/. 3 742 042.37 (TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS Y 00/100 NUEVOS SOLES)” En esta misma cláusula se aprecia un “Cronograma Tentativo del Proyecto de Inversión”, en el que no se detalla cuáles serían las obras a realizar, precisándose solo que el 50% de las mismas se ejecutarían en el primer trimestre y el otro 50% en el segundo trimestre. En el mismo Contrato, cláusula octava “Plazo se establece que la concesión se otorga por un plazo de veinticinco años contados desde la fecha de suscripción del presente contrato, sin embargo, dicho plazo puede prorrogarse a solicitud del concesionario...”
- 172.** Es necesario precisar que previo al Acuerdo de Concejo de fecha 14 de enero de 2014, ya con fecha 11 de diciembre de 2012, a través de la Ordenanza Municipal N° 17-2012.MDVLH, el Concejo de la Municipalidad acordó declarar de interés distrital la promoción de la inversión privada dentro del Distrito, en materia de activos, empresas, proyectos, servicios, obras para la implementación y operación de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos y

designar a la Gerencia Municipal como instancia técnica del OPIP. Posteriormente con fecha 16 de enero de 2013, la Empresa GRUPO GERSTEIN SAC, presenta la iniciativa privada "Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo, La Libertad". Luego, con fecha 11 de septiembre de 2013, mediante ACUERDO DE CONCEJO N° 60-2013 se acuerda DECLARAR DE INTERES el proyecto presentado por el Grupo GERSTEIN SAC y con fecha 26 de septiembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" y en el diario "La República" la Declaratoria de Interés del Grupo Gerstein SAC, en obtener la concesión materia del presente contrato.

- 173.** No obstante lo mencionado, resulta llamativo que antes de otorgarse la concesión (14 de enero de 2014) y de firmarse el Contrato respectivo (13 de marzo de 2014) e incluso antes de la publicación de la Declaratoria de Interés (26 de septiembre de 2013) el Grupo GERSTEIN SAC habría venido realizando de los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, conforme se evidenciaría con la Declaración Testimonial de Máximo Morales Ávila, Secretario General del Sindicato de Trabajadores Menoristas de Venta de Pescados y Mariscos, quien refiere que el Señor Rodolfo Gerstein Gonzáles desde inicios del año 2012 colocó puertas, destruyó paredes y mesas de los comerciantes minoristas, así como, extrañamente, paga el Suministro de Energía Eléctrica.
- 174.** Esta última situación mencionada se corroboraría con los documentos remitidos por Hidrandina SAC mediante Carta GC-4287-2014, recibida en este Despacho el 20 de junio de 2014 (fs. 273-310) en el que se aprecia que el Titular del Suministro con N° 471115060 hasta el 21 de julio de 2013, era el Terminal Pesquero, no obstante, a partir del 22 de julio de 2013 se cambia los datos del titular a favor del Señor Rodolfo Carlos Gerstein Gonzáles, conforme se evidencia del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica (fs. 282 y ss.) y Boleta de Atención (fs. 281) que obra en la Carpeta Fiscal. Asimismo, es de resaltar que la Concesión que finalmente se otorgó al Grupo Gerstein SAC se realizó sin tener en cuenta la experiencia que esta empresa tenía en el rubro para el cual presentó su proyecto de inversión; proyecto que, por cierto, presentaba una serie de errores y omisiones, conforme se aprecia del Informe N° 284-2014-gODU/MDVLH, de fecha 06 de mayo de 2014, emitido por el Ing. Juan Simón Ruidíaz Ojeda; Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, en el que se consignan 26 observaciones al expediente técnico presentado por la Empresa beneficiada con la Concesión.
- 175.** Como un dato posterior se tiene que en la Verificación Fiscal realizada el día 02 de junio de 2014, en las instalaciones del referido Terminal Pesquero, con participación de Administrador del local, Señor Dante Herrera Ocampo, se comprobó, por un lado, que la gestión y administración del terminal seguía a cargo de la Municipalidad de Víctor Larco y no del Grupo Gerstein y, por otro, que no se habían realizado mejoras de ningún tipo en dicho local.
- 176.** Ahora bien, en este orden de ideas, y considerando todos los elementos recogidos hasta el momento, se formula como hipótesis delictiva que el entonces Gerente Municipal responsable de la Oficina de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, Economista JOSE

AMARO VENTURO CUEVA, mostró interés indebido en favorecer al Señor RODOLFO CARLOS GERSTEIN GONZALES, representante legal del GRUPO GERSTEIN SAC en la Concesión para la “Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera”. Del mismo modo, habrían mostrado interés indebido que el Alcalde, Señor Carlos Enrique Vásquez Llamo y los cuatro regidores que votaron a favor de dicha concesión Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa y Milton Colbert Minchola Merino.

177. Que, los hechos así descritos fueron tipificados como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra previsto y sancionado en el Código Penal, específicamente en el **Art. 399°** del Código Penal establece que **“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”**.
178. De la revisión del proceso se determina que ante el Juzgado Penal Unipersonal de Chepén se actuaron las siguientes pruebas: Parte del **Ministerio Público**, Las testimoniales: **a)** Examen de la testigo Rosa María Villareal García, **b)** Examen del testigo Víctor Daniel Velásquez Padilla, **c)** Examen de la testigo Marisol Córdoba de Aguirre, **d)** Examen de la testigo Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas, **e)** Examen del testigo Máximo Morales Ávila, **f)** Examen del testigo Dante Herrera Ocampo, y g) Examen del testigo Juan Simón Ruidías Queda. Y se oralizaron las siguientes documentales: **h)** Acta de Verificación Fiscal y CD correspondiente a dicha diligencia, **i)** Copia fedateada de la sesión Ordinaria de Concejo, **j)** Acuerdo de Concejo N° 05-2014-MDVLH, **k)** Consulta RUC 20481155194, **l)** Copia fedateada del Informe N° 284-2014-GODU/MDVLH, **m)** Copia fedateada del “CONTRATO DE CONCESION PARA LA MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD”, **n)** Copia fedateada de la Ordenanza Municipal N° 17-2012-MDVLH, **o)** Copia fedateada del Acuerdo de Concejo N° 60-2013-MDVLH, p) Partida N° 11042722, q) Carta GC-4287-2014 y anexos, **r)** Copia fedateada del Informe N° 1220-2014 SGLYSG/MDVLH, **s)** Oficio 127-2014-GM-MDVLH, **t)** Copia del Proyecto de Concesión a través de la Participación en Asociación para la Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, y **u)** Copia de la Resolución General N° 713-2014-GM-MDVLH, **v)** Oficio OP3-106499-2015 y anexos.
179. Luego de culminada la actividad probatoria desarrollada en juicio oral, valorando las prueba actuadas, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios expidió la Que, viene el presente proceso penal en apelación de la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE** de fecha **TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO**, que

CONDENA a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS**, bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución Se les **IMPUSO** la **PENA DE INHABILITACION** por el plazo de **CUATRO AÑOS** la privación del cargo y/o su incapacidad o impedimento para obtener un cargo público, según sea el caso de cada imputado, se les **IMPUSO** además la pena de **CIENTO OCHENTA DIAS MULTA** a cada uno de los imputados, fijándosele de forma individual en atención a su salario mensual; y se **FIJO** el monto de S/. 60 000.00 (**SESENTA MIL CON 00/100 SOLES**) por concepto de **REPARACION CIVIL**, a favor del ESTADO, **Representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios de La Libertad**, cancelándose de forma solidaria por los acusados en ejecución de sentencia, como regla de conducta.

Declaración del acusado en segunda instancia

180. En audiencia de apelación se ha contado con la declaración del sentenciado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA**, a quien, luego de haber sido informado sobre sus derechos, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, declaró que (*Lo penalmente relevante*): **(Ante el interrogatorio por parte de su defensa)** Mi profesión es ser Economista, y me desempeñaba como Gerente Municipal en la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera. El proceso de inversión privada difiere de los procesos de contrataciones del Estado, básicamente en que, para poder convocar un proceso de selección al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado se requiere la existencia de un Expediente Técnico como parte de la Convocatoria, mientras que, en un proceso de concesión, este expediente nace a partir del contrato, una vez otorgada la concesión. Mediante una Ordenanza Municipal se designó a la Gerencia Municipal como el ente técnico encargado de conducir un proceso de inversión privada, en ese sentido, las unidades especializadas, como la Gerencia de Desarrollo Económico Local, era la Unidad Usuaría, porque el Mercado Mayorista Pesquero, según la estructura orgánica de la Municipalidad, formaba parte de esa Gerencia, de manera tal que, para trasladar al Consejo para la aprobación de una Concesión es necesario el Informe Técnico del área usuaria, y el Informe Técnico del Área de Asesoría Legal. El Mercado Mayorista Pesquero funcionaba en cuestionables condiciones de salubridad, e incluso se tenía oficios reiterativos de Fiscalía de Prevención del delito para que intervengamos, así también oficios de la Gerencia Regional de Salud en el mismo sentido, frente a eso, y estimando una inversión de 3 millones de soles, que cubría totalmente el presupuesto institucional para inversiones, significaba que si la municipalidad tomaba la

decisión de intervenir en el Mercado Mayorista Pesquero, no habría ninguna inversión más en el ejercicio fiscal para el Distrito de Víctor Larco, de tal manera que buscamos una alternativa de financiamiento que lo constituya la inversión privada. No se presentó ninguna irregularidad, y en todo momento, como ente técnico, cuide que el proceso se sujete a lo que dice la ley, en todos sus procedimientos. **(Ante el Interrogatorio de la Defensa de los coimputados)** [Acerca de los terrenos donde se ejercía ese servicio donde funciona el Terminal Pesquero, debo precisar que] el Mercado Mayorista Pesquero recibe un terreno de la Municipalidad Provincial de Trujillo para que se dedique al Mercado, pero ese terreno, otorgado o cedido en uso por la Municipalidad Provincial de Trujillo, ocupa la parte posterior donde físicamente desempeñaba sus funciones el Mercado, ese terreno era propiedad de un tercero, no de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco. [Acerca de la Gerencia de Desarrollo Económico Local como área usuaria, y la opinión de esta Gerencia, en mérito a la declaratoria de interés de este proyecto, debemos indicar que] sí consta en el expediente dicha Opinión, después de evaluar la propuesta técnica presentada por el postor, hay un informe favorable respecto a la solvencia del proyecto, e inclusive, respecto a las presentaciones de entidades financieras que lo presentaban de mejor manera al postor; es decir, hay una Evaluación Técnica, porque a esa Área Usuaria le correspondía la evaluación. [Acerca del procedimiento de Legalidad, después del pronunciamiento del Área Usuaria y a qué otra área se acudió, digo que] se trasladó la documentación a la Gerencia de Asesoría Jurídica, para obtener su pronunciamiento [acerca de] si el procedimiento estaba dentro del marco legal; cuando se tiene estos dos pronunciamientos, técnico y legal, se eleva al Consejo Municipal para su debate.

Pretensiones de las partes en la audiencia de apelación

181. Que, en Audiencia de Apelación no se han actuado nuevos medios probatorios, no se ha producido la oralización de ningún documento, sólo se ha contado con los alegatos de las partes, los mismos que constan a continuación:

182. La defensa del imputado **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO** esbozó sus alegatos finales como sigue: **1)** A mi patrocinado, en su condición de Alcalde, se le imputa haber votado y con ello haberse interesado en una propuesta, y en ese momento, en una iniciativa totalmente inviable supuestamente, con su voto, puesto que a la fecha 14 de enero de 2014, la empresa no contaba con experiencia en el rubro, y tampoco con un proyecto real y viable, sin embargo, se hizo notar en juicio oral que mi patrocinado conjuntamente con los regidores habían obrado en el marco del principio de confianza, puesto que cada una de las áreas comprometidas con la aprobación de esta iniciativa había dado su visto bueno sobre cada uno de los requisitos que la empresa debía tener para llevar adelante esta iniciativa de inversión privada. Existe una documental, el Informe N° 077-2013 de la Gerencia de Desarrollo Económico y Local, área técnica comprometida para verificar la

solvencia económica, financiera y contable de la propuesta ofrecida por el Grupo Gerstein SAC. que acreditaría en el plano probatorio, desde el punto de visto objetivo, un principio de confianza pleno, el que indica que *“asimismo, se precisa que se ha realizado un análisis de la capacidad técnica-financiera de la empresa para gestionar un proyecto como el presentado indicando que si cumple con los requerimientos necesarios, en los que destacan un respaldo patrimonial, recomendaciones de entidades financieras”* y finalmente se señala que la entidad privada proponente a cumplido con presentar lo consignado en el artículo 15° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, y es sobre la base de este informe que, a su vez, se emite el Informe Legal N° 022-2014, donde se precisa que habiéndose verificado los informes de todas las áreas correspondientes, se debe proceder a la aprobación de dicho procedimiento de inversión privada; y en base no solo de la actuación de las instancias previas, sino sobre todo de estos informes se da la votación. La defensa expuso en todo momento, que se trata de un aporte neutro coberturado por el principio de confianza, haciendo hincapié que hasta ese punto no se ha advertido ningún desborde de ninguno de los miembros integrantes de cada una de las áreas, de sus ámbitos de competencia, y tampoco se ha demostrado la omisión o renuencia actuada según su roles y competencias.

2) Nunca se verificó un comportamiento delictuoso o criminal, puesto que los actos hasta este momento analizados siempre se suscribieron dentro de sus ámbitos de competencia, de ahí que no se satisface la tipicidad objetiva. Sin embargo, el Ad Quo indica que el principio de confianza no es absoluto y puede desvirtuarse cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, es decir, no se puede invocar cuando se evidencia la falta de idoneidad de la persona a la que se confiaba. Si bien ello se precisa, se hace una interpretación desatinada, ya que el principio de confianza no tiene que ver con terceros ajenos al grupo, sino con los integrantes de una actividad grupal, en este caso los integrantes del Concejo Municipal, es decir, los gerentes de las áreas comprometidas, y el Ad Quo no nos dijo cuál de todos los Gerentes comprometidos sería un personaje inidóneo, y tampoco indica cual infringe la ley o el reglamento para verificar objetivamente un comportamiento delictivo.

Siendo estos los argumentos, solicito, se **REVOQUE** la sentencia venida en grado y se proceda a **ABSOLVER** a mi patrocinado de los cargos que se le imputan.

183. La defensa de los imputados **WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALEZ, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO** y **TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE** expuso, como alegatos finales que: **1)** El Representante del Ministerio Público señaló que mis patrocinados se habían interesado indebidamente en llevar a cabo la iniciativa privada del Grupo Gerstein SAC ignorando dos cuestiones, que no contaba con la experiencia en el grupo y porque no se había planteado un proyecto de inversión real y viable; siendo todo esto falso. Lo que no se ha tenido en cuenta, es que en el transcurso de la elaboración de la iniciativa tenemos que, con fecha 13 de septiembre de 2013, el Consejo de la Municipalidad resolvió declarar de interés el proyecto, habiendo intervenido previamente entes técnicos. **2)** El día 14 de enero de 2014, mis patrocinados emitieron un voto a favor de la aprobación de la

propuesta técnica, pero previamente, el 09 de enero de 2014 se tiene otro Informe Legal N° 022-2014, que incluso que debía efectuarse la adjudicación directa en cuanto no había otros postores; de ahí que, mis patrocinados, en virtud al principio de confianza emiten los votos, al habérseles alcanzado previamente dichos documentos, y en ese sentido, ¿quién más que las unidades especializadas podrían dar la conformidad?, emitiendo mis patrocinados un voto positivo, no existiendo un rebasamiento de los deberes que a ellos les competían. **3)** El *Ad Quo* niega la existencia de este principio al haber una "inidoneidad", sin embargo, téngase en cuenta que tal razonamiento no resulta correcto, al no haberse precisado los siguientes puntos a) no se individualizó los órganos de confianza; b) no se precisó quién era el órgano inidóneo, c) no se indicó las razones por las que sostenía esta falta de idoneidad en el órgano técnico, d) el sustento material y probatorio junto con las razones que le permitían concluir la inidoneidad de ese órgano; sin embargo, de la revisión de la venida en grado, se ha limitado a concluir y no a dar razones. **4)** En lo que corresponde al interés, el Juez de primera instancia agrega un elemento subjetivo a través de una suerte de prueba indiciaria, sin embargo, confunde esta cuestión, puesto que indica haberse acreditado la tipicidad objetiva del delito, por lo que procedió a pronunciarse acerca de la tipicidad subjetiva para destruir el principio de confianza, cuando ello no se puede, porque se trata de dos análisis distintos.

Y en atención a tales argumentos solicito se **REVOQUE** la sentencia impugnada y **REFORMANDOLA** se **ABSUELVA** a mis patrocinados de los cargos atribuidos.

- 184.** Continuando con el desarrollo de la audiencia, se tiene los alegatos finales de la defensa del imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA:** **1)** Debemos hacer hincapié en que el presente caso se da en el marco de un proceso de promoción de inversión privada, a diferencia de los procesos de la Ley de Contrataciones, estos tienen unas exigencias menores, no se requiere de la presencia de un expediente técnico, sino solo el cumplimiento del artículo 15° del Decreto Supremo N° 196-2008-EF, requisitos verificados. Esas exigencias mínimas se explican porque el Estado no pone en juego el pago al eventual postor, es el postor quien invierte y asume los riesgos de la operación, sin embargo, esto no implica que se va aprobar cualquier iniciativa. El Mercado del Terminal Pesquero se encontraba en condiciones de salubridad bastante lamentables y no se contaba con presupuesto para invertir en ese mercado sin que se corra el riesgo de afectar el presupuesto para las demás obras. **2)** Lo que se le atribuye a mi patrocinado, es que en calidad de Representante del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), se le atribuye haberse interesado directamente en el Contrato de Concesión del Mercado Mayorista, a favor del Grupo Gerstein SAC, pues su persona suscribió el contrato bajo tres hechos: que se le había otorgado la concesión por 25 años, que no se había considerado que la empresa no contaba con experiencia en ese rubro, y la tercera que no contaba con un proceso real viable, ello demostraría la comisión de los elementos del tipo. Mi patrocinado se desempeñaba en un entre corporativo, tenía personal encargado de la evaluación específica de estas iniciativas, aun cuando jerárquicamente era el superior. Respecto al plazo de concesión, con un criterio subjetivo, se plantea que el plazo de 25 años es excesivo,

sin embargo, ese tiempo es establecido en base a una evaluación técnica-económica específica, obedece a una evaluación de los flujos financieros que iba a reportar el inversor en su momento, claro está que este opta por su beneficio y no por el interés social y eso es válido, de ahí que entre el Estado a tallar. Tal como se advierte, el Grupo Gerstein SAC solicitó que la concesión sea de 45 años, la Gerencia de Desarrollo Económico Local con su Informe N° 77-2013, lo reduce a 25 años. Fijar un plazo menor, habiendo indicado que ese plazo es para que la Empresa de la Propuesta recobre su inversión, implicaba que tendría menos tiempo para recobrar su inversión y tener ganancias razonables, por lo que, si se disminuía ese tiempo, para que la Empresa recupere su inversión de manera más rápida, esta subiría los precios, ocasionando una molestia para las personas que trabajan en el Mercado, para el Estado y nadie saldría ganando, de ahí que 25 años era un plazo razonable y no existe ningún Informe como medio probatorio de Fiscalía que contraríe este hecho. **3)** Respecto a la experiencia en el rubro, existe una penosa confusión, se inventan que hay una exigencia acerca de la experiencia en el rubro, sin embargo, en el artículo 15.2, h), se requiere experiencia en "*proyectos similar envergadura*", que es una cosa distinta al rubro al que se dedica la empresa, por lo que el razonamiento del Ad Quo se encuentra errado, habiéndose demostrado que el Grupo Gerstein SAC estaba en la capacidad de operar un proyecto de esta envergadura, de la corroboración de sus estados financieros, análisis que arrojó que dicha Empresa tenía un flujo de caja cercano al millón de soles. **4)** Respecto a que, indican que el proyecto no era real ni viable, hacemos mención también al principio de confianza, indicando que hay criterios que pasaremos a mencionar posteriormente. **5)** Recordemos que el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa privada en el Expediente 0948-2013, eso es lo que evalúa la Gerencia de Desarrollo Económico y la Gerencia de Asesoría Jurídica, y el 14 de Enero de 2014, en sesión de Consejo se Aprueba la iniciativa y se ordena a la OPIP a que suscriba y negocie el Contrato, ese día mi patrocinado suscribe el Contrato y establece la obligación para el Grupo Gerstein SAC de presentar el Expediente Técnico que dé sustento a su proyecto, hasta ahí acaba la participación de mi patrocinado, luego de ello, el Grupo presenta el Expediente Técnico N° 7130-2014; posterior a ello, el Ad Quo indica que el Proyecto no era viable, porque el Informe N° 0284-2014 presentado por Juan Simón Ruidíaz Gerente de Desarrollo Urbano presenta 26 observaciones al Expediente, pero ¿a cuál expediente? Es al Expediente N° 7130-2014, al expediente técnico posterior, entonces el Juez refiere que este Informe hace una evaluación a la Iniciativa Privada N° 0948. Entonces, el Informe no advierte ninguna irregularidad anterior, habiendo una confusión neurálgica. **6)** Respecto a los indicios en los que el Ad Quo da por acreditado el interés, señala que el proceso fue célere, lo cual es mentira, el 16 de enero de 2013 el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa y nueve meses después se da trámite, sin contar el resto de plazos a los que se ajustó el proceso, plazos contemplados en la Ley. El otro indicio es que el Sr. Gerstein venía ejerciendo administración de este bien inmueble, se ha corroborado que ha tenido derechos de propiedad superpuestos sobre el Mercado, de ahí que Hidrandina le haya otorgado suministros.

De ahí que, en tales considerandos, solicito la **REVOCATORIA** de la sentencia, y se **ABSUELVA** a mi patrocinado, o en todo caso, *de manera subsidiaria*, se declare la **NULIDAD** de la misma.

185. En lo que corresponde al imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA**, ejerciendo su propia defensa, expuso como sigue sus alegatos finales: **1)** El Juez de primera instancia no ha valorado debidamente la prueba que hubo de actuarse en primera instancia. Por ejemplo, el Juez señala que han existido actos de administración o de disposición de parte de la Empresa Gerstein, puesto que, del numeral 34 de la sentencia se advierte la existencia de un CD donde consta la entrevista del Fiscal con personas como la Bióloga Pesquera y refieren que el Grupo Gerstein no ha dispuesto ni administrado el Mercado, Fiscalía se basa únicamente en el cambio de titularidad del servicio de luz, sin embargo, no se ha observado que ello se ha debido a un proceso administrativo, por cuanto si se ha acreditado que ha existido una propiedad del Grupo Gerstein, no habiéndose valorado entonces tal Acta de Verificación. **2)** De la Copia Fedateada de la Sesión de Consejo de 13 de enero de 2014, se indica que los Regidores imputados no habían tenido en cuenta las observaciones advertidas por los Regidores de Oposición, y en este acto, debemos advertir que no se ha valorado mi intervención, puesto que aprobé en mérito a los informes técnicos de los que se desprendía una opinión favorable. Además, los Regidores de Oposición nunca dejaron constancia de la existencia de documentación que cuestionaba la capacidad económica del Grupo Gerstein, y tampoco fue probada que esta tenga denuncias. **3)** Si bien había 26 observaciones al Expediente Técnico, ello no fue evaluado por mi persona porque no obraba en autos para ser materia de debate, eso se presentó a raíz de la suscripción del Contrato. **4)** Este procedimiento se inició con una Ordenanza Municipal aprobada por todos los regidores, documental no valorada por el Ad Quo, por lo que los regidores han declarado sin prueba alguna solo para atribuir responsabilidad a los regidores que no estaban de acuerdo con su pensamiento, de ahí que, la recurrida, en su fundamento g) se entiende que es parte del procedimiento realizar una votación, no se quiso beneficiar a un tercero, con esto se evidencia que, los regidores inicialmente estuvieron de acuerdo. **5)** En el inciso h) de la misma sentencia, consta la documental donde se declara el interés del proyecto. También los regidores de oposición estuvieron de acuerdo en declarar viable esta iniciativa, de ahí que una regidora de oposición indique en el Acta de Sesión de Consejo del 16 de septiembre de 2013, donde aprobó el Acuerdo, mostrando su conformidad. **6)** En el inciso j), mediante Carta GS-4287-2014, el Gerente de Hirandina indica que el Grupo Gerstein había probado su posesión y titularidad.

Por lo tanto, solicito que se declare la **NULIDAD** de la sentencia impugnada, en consecuencia, se disponga la realización de un nuevo juicio oral con otro juzgado distinto, *o en su defecto*, se **REVOQUE** la misma.

186. Finalmente, se tienen los alegatos finales del **Representante del Ministerio Público**, quien refirió que: **1)** El 14 de enero de 2014 se llevó a Cabo la Sesión de Consejo donde se aprueba la iniciativa del Grupo Gerstein SAC. Debemos hacer mención que los informes mencionados por la Defensa no obran en el expediente

judicial. Por lo contrario, obra la sesión de Consejo donde se hacen cuestionamientos a la Concesión del Grupo Gerstein SAC., e incluso se puso en duda los Informes Técnicos de las Gerencias. **2)** Respecto a que el Juez supuestamente confundió términos al pronunciarse sobre la ejecución de proyectos de "similar envergadura" debemos indicar, que el Grupo Gerstein SAC tampoco hubo de acreditar ese requisito, muy por el contrario, no tenía proyectos porque solo contaba con dos trabajadores, resultándole imposible tener proyectos como el que se pretendía realizar. Se ha hecho referencia también a los flujos económicos de la Empresa, sin embargo, se advierte de la revisión de los actuados, que no pudo haber realizado el proyecto por no tener la capacidad económica suficiente. Es un hecho probado, además, que la Empresa se encuentra en INFOCORD, además, tenía la calificación E, con respaldo dudoso. Se había presentado documentación acerca de la existencia de cartas fianzas de parte del Banco Financiero a favor del inversor, sin embargo, el mismo Banco informó que no se tenía cuentas en ese banco. **3)** Debemos hacer mención a la posesión que ya venía ejerciendo el Grupo Gerstein a través de su Gerente en el Terminal, indicándose que era del Sr. Gerstein y no de la Municipalidad, sin embargo con el Oficio 1220-2014, se indica que ese Terminal Pesquero si pertenece a la Municipalidad, y que ahí viene funcionando, y no en otra área, también está el Oficio 4282-2014, donde se advierte que antes de la celebración de ese Contrato, el Grupo Gerstein cambio la titularidad del suministro poniéndolo a su nombre, cuando con anterioridad pertenecía a otro nombre, advirtiéndose que sí se venía realizando actividades. **4)** Se ha mencionado que una cosa es la iniciativa privada y otro el Expediente Técnico, sin embargo, si bien, son independientes, estos se relacionan, puesto que una iniciativa privada se hace viable y posible, y se advierte, justamente en el Expediente Técnico, donde se determina su viabilidad. **5)** En la cláusula décimo segunda se tienen las condiciones del contrato, y en la Escritura Pública se determinaba que no reunía las condiciones para ese rubro se indicaba, es decir, no desempeñaban dichas funciones. **6)** Debemos hacer hincapié en mencionar, que si se ha evidenciado un favorecimiento porque el artículo 17º, incs 2) del Decreto supremo 146-218, ellos podían suspender dicho proceso al advertir irregularidades en su tramitación, sin embargo, lejos de ello, decidieron suscribir un contrato a pesar de las advertencias que se presentaban en esa tramitación. **7)** No existe ningún vicio de nulidad, puesto que la sentencia venida en grado es correcta, y no podemos aceptar un principio de confianza, puesto que, pese a que había informes, se advirtió irregularidades en la elaboración de dichos informes. Si bien los regidores de manera unánime lo aprobaron inicialmente, después ya no respaldaron tales irregularidades. **8)** Se advierte una total irregularidad y favorecimiento es cuando se revisa el Expediente Técnico, puesto que la Ordenanza donde se declara de interés es el 12 de diciembre del año 2012, sin embargo, del Proyecto que presentan y que adjunta, ahí se verifica que es de abril de 2012, entonces, antes que se advierta la necesidad, ya el Grupo Gerstein venía realizando actividades. Por todo lo expuesto, la sentencia venida en grado debe ser **CONFIRMADA** en todos sus extremos.

187. Palabras finales del imputado **JOSE AMARO VENTURO CUEVA:** *(Lo penalmente relevante): He escuchado al Sr. Fiscal y aprecio serias contradicciones en los conceptos, dice que la empresa no contaba con capital, cuando una empresa obtiene una buena pro de un proyecto valorizado en 10 millones, no necesita tener 10 millones para ejecutar 10 millones, en la práctica comercial, sucede que la Empresa, al obtener la buena pro consigue un apalancamiento financiero; señala el señor Fiscal que la Empresa no era constructora y que no tenía capacidad para cumplir con el proyecto, sin embargo, cuando se otorga la buena pro, la concesión, no se exige que esta empresa lo haga, sino que perfectamente puede contratar a otra para que lo haga, y que esa parte de infraestructura sea conforme el convenio; me sorprende que, mientras que la OPIP, a mi cargo, eleva para su aprobación al Consejo un Informe que reconocía la solvencia económica de la Empresa, una entidad especializada de la Municipalidad sí lo hizo a través de la lectura de los Estados Financieros y del Balance, no tiene sustento lo alegado por el Fiscal respecto a que no tiene solvencia económica; cuando se aprueba la concesión, ya en ejecución contractual, establezco cuales son las exigencias técnicas que debe tener el Expediente Técnico, y le otorgo un plazo para que cumpla con las mismas, entonces, no resulta razonable que nos estén sentenciando cuando se dice que el Expediente Técnico tenía 23 observaciones, cuando estas observaciones son las mismas exigencias técnicas que suscribí en el Contrato de Concesión.*

188. Palabras finales del imputado **HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA:** *(Lo penalmente relevante) Comparto la apreciación del sentenciado José Venturo porque hay imprecisiones en los conceptos de la Administración Pública, buscando perseguir un delito que no se ha configurado, y se sustentan en medios de prueba que según ellos son contundentes. Puede haber una solicitud de una Empresa, o de una persona acerca de que se realice un determinado proyecto, pero ello siempre sigue un procedimiento. Se ha indicado que ha existido actuaciones del Grupo Gerstein SAC de manera anterior a la Declaratoria de Interés, sin embargo, dicha iniciativa debe cumplir un procedimiento, no resulta que de frente se eleve al Consejo para su aprobación. La Ordenanza Municipal del 2012 fue de interés general, para cualquier persona que quiera presentar un proyecto, y al proyecto que se presente tiene que analizarse y ver si procede una declaratoria de interés, como es el caso del Grupo Gerstein, pero aun así, el Decreto Legislativo N° 1012, indica que luego de ello, tienes que publicarlo durante 3 meses para que cualquier persona pueda presentar observaciones, un proyecto mejor quizá y ser así debatido, no solo por el Consejo Municipal, sino primero en el Área Técnica, que era la OPIP. Comparto lo que se ha mencionado acerca de la capacidad económica, toda empresa debe presentar una Carta Fianza del 10% de la obra, es decir, ni siquiera en esos procedimientos se exige el monto de la obra o un monto mayor.*

8.3. ANÁLISIS DEL CASO.

De los puntos controvertidos y objeto de análisis en segunda instancia:

189. Según la exposición de las teorías que sustentaron ambas partes en la audiencia de apelación, esta Sala Superior de Apelaciones advierte que el punto controvertido que sustenta la presente apelación deviene en:

- 2) Determinar, a partir del análisis sobre la imputación objetiva, si se ha acreditado la responsabilidad penal de los imputados, teniendo en cuenta además, si se ha realizado una correcta valoración de las pruebas actuadas, y con ello, advertir si la decisión condenatoria del Ad Quo se encuentra justificada.

De la actividad probatoria en segunda instancia:

190. A nivel de segunda instancia no se oralizaron documentales, ni se ofrecieron nuevos medios probatorios, en consecuencia el análisis de la actividad probatoria en sede de apelación debe circunscribirse a la actuada en primera instancia; reexamen de la actividad probatoria que se realiza con las limitaciones previstas en el artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal⁶⁸⁹.

191. Con la exposición de los hechos incriminados, y en atención a los cuestionamientos formulados por las partes, esta Sala Penal, tomando en consideración las pruebas actuadas –testimoniales y documentales- ofrecidas por ambas partes, corresponde efectuar el análisis del acervo probatorio antes mencionado a efectos de determinar las proposiciones fácticas que el Juez Penal consideró probados y, teniendo por consiguiente que, la presente Sala Superior tiene la facultad de analizar si el fallo condenatorio cuenta con sustento y motivación correcta que lo llevaron a establecer conclusiones sobre los hechos de la causa; siendo así, es válido proceder a evaluar lo cuestionado por la defensa y por el Actor Civil, a fin de concluir si existe soporte en sus planteamientos. Existen pruebas de cargo que son personales, y de conformidad con las **Casaciones N° 05-2007- Huaura y 385-2013-San Martín**, procederemos a realizar un control de las declaraciones prestadas en juicio, teniendo en cuenta las reglas de la lógica, la ciencia y las reglas de experiencia, de ahí que, para tal propósito, en algunos casos se haya realizado una transcripción en parte de dichas declaraciones.

Fundamentos de la Sala de Apelaciones:

192. Este Tribunal Superior, habiendo analizado los hechos materia de imputación conjuntamente con las pruebas actuadas en juicio oral, se pronuncia de la siguiente manera en razón del punto controvertido antes señalado:

193. Así, procederemos a: **1) Determinar, a partir del análisis sobre la imputación objetiva, si se ha acreditado la responsabilidad penal de los imputados, teniendo**

⁶⁸⁹Art. 425.2 del NCPP: La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatoria sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

en cuenta además, si se ha realizado una correcta valoración de las pruebas actuadas, y con ello, advertir si la decisión condenatoria del Ad Quo se encuentra justificada; y esto debido a que la defensa de los imputados refiere que estos últimos habrían actuado dentro de los parámetros del principio de confianza al existir pronunciamientos técnicos-legales acerca de la idoneidad del Grupo Gerstein y de la viabilidad del proyecto, por lo que, no resultarían responsables de la comisión de algún ilícito penal. Aunado a ello, señalan que las razones que el Ad Quo expone en la sentencia venida en grado respecto a la teoría de la defensa, no resulta siendo satisfactoria, al haber advertido, a decir de la defensa, insuficiencias en su fundamentación, no pronunciándose sobre aspectos importantes respecto al principio de confianza; de ahí que los indicios construidos por el Ad Quo no revistan de suficiente contundencia. Incluso refieren, que no se ha valorado sendos medios probatorios que acreditarían la tesis de la defensa.

- 194.** A manera de introito precisamos que, en el delito de Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo, que se encuentra en el Capítulo II “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, Sección IV “Corrupción de funcionarios”, Art. 399° del Código penal el bien jurídico protegido es el de la **transparencia en los procesos de contratación, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos**⁶⁹⁰, a partir de la identificación del bien jurídico protegido, se determina que el alcance de la norma penal se limita a los contratos y operaciones estatales, de contenido económico y bajo los cuales se ventilen intereses públicos. Tal como se indica en el **Acuerdo Plenario N° 01-2010-CJ-116** del 16 de noviembre de 2010, no todos los delitos comprendidos en lo referente a la corrupción de funcionarios tienen contenido patrimonial. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que **basta la inobservancia de la imparcialidad** requerida por la norma penal – importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública-. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.⁶⁹¹ Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, que la existencia del elemento objetivo típico del delito de negociación incompatible debe analizarse restrictivamente, esto es, que la inobservancia en el trámite regular del acto que el funcionario público realice en el ejercicio de sus funciones y a la luz de la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, no amerita indefectiblemente la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible, sino que además requiere la concurrencia de un riesgo inminente para la Administración Pública, así pues lo ha señalado la **Casación N° 231-2017**,

⁶⁹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. *Negociación incompatible*. Pacífico Editores S.A.C., 2015, p. 15.

⁶⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RN N° 2068-2012 – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Puno: *“Fundamento décimo tercero: Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro^l, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico – el correcto funcionamiento de la administración pública-. (...) Fundamento décimo quinto: En consecuencia, este ilícito penal [negociación incompatible], debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado (...) que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés.”⁶⁹²*

- 195.** Habiendo precisado lo anterior y antes de iniciar el examen pertinente es necesario señalar que, al no haberse actuado pruebas en esta instancia, corresponde observar lo dispuesto en el **Artículo 425° inciso 3**, sobre **la prohibición de la Sala Superior de dar una valoración distinta a la prueba personal practicada en juicio oral**. Sin embargo, su aplicación no debe ser absoluta, e imposibilitar así, todo tipo de control sobre la prueba personal. Así, al parecer lo destaca la **Casación No. 05-2007-HUARA**⁶⁹³, que establece que “(...) con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas **zonas opacas**–, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc) no son susceptibles de supervisión y control de apelación; no pueden ser variados. Pero existen **zonas abiertas**, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de 1ra instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de 1ra instancia sume como hecho probado, no siempre es inconvencional, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto, el testigo no dice lo que menciona el fallo; **b)** puede ser oscuro, impreciso dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (...)”.

⁶⁹² Casación N° 231-2017. Expediente N° Expediente N° 00229-2016-11-2111-SP-PE-01, 14 de setiembre de 2017, f.j. 13 y 15.

⁶⁹³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N°. 05-2007-HUARA, San Martín Castro, Salas Gamboa y otros.

- 196.** En virtud a la peculiar naturaleza del delito de Negociación Incompatible, expuesta en líneas anteriores, correspondería en primer lugar, corroborar la calidad de *servidor o funcionario público* que tendrían que ostentar los acusados, sin embargo, dicho análisis resulta ocioso en esta instancia, no solo porque no ha sido cuestionado tal alcance por las partes que se han manifestado ante este Tribunal, sino además, porque de los actuados y de las declaraciones de los testigos en juicio oral, se advierte que los imputados ejercían cargos públicos, existiendo incluso suficiente documentación en ese sentido, por lo que, efectivamente **Carlos Enrique Vásquez Llamo** ostentaba el cargo de **ALCALDE** de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; y por otro lado los imputados **Walter Felipe Escobedo Gonzáles, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezúa y Milton Colbert Minchola Merino**, tenían el cargo de **REGIDORES** de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; además, que el imputado **José Amaro Venturo Cueva** actuaba en representación del **Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, OPIP)**; por lo que todos los imputados satisfacen de manera plena la cualidad que exige el artículo 399° del Código Penal.
- 197.** Expuesto lo anterior, al estar los hechos materia de imputación referidos a un proceso de promoción de la inversión privada, conviene precisar, que el mismo debía acogerse, entre otras, especialmente a las disposiciones normativas contenidas en la **Ley N° 28059** “Ley de Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada”, al **Decreto Legislativo N° 1012** que aprueba la “Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, así como a su Reglamento contenido en el **Decreto Supremo N° 146-2008-EF**, normas vigentes al momento de la comisión de los hechos, aunque ya derogados en la presente fecha.
- 198.** Nos encontramos entonces, ante un “proceso de iniciativa privada” que era el mecanismo mediante el cual el Sector Privado presentaba proyectos de asociación Público-Privada a las entidades del Estado, las cuales eran clasificadas en auto sostenibles o cofinanciadas, realizándose las primeras sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, infraestructura pública, servicios públicos, y/o servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado; y es en ese contexto que el **Grupo Gerstein SAC** presenta un proyecto de iniciativa privada denominado “**MODERNIZACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD**”, dándose trámite a la iniciativa, donde luego se emitió la declaratoria de interés, se aprobó la iniciativa privada, se le adjudicó de manera directa, se celebró el contrato de concesión, y posteriormente, cuando el Grupo Gerstein SAC presentó el proyecto se advirtió irregularidades, habiéndose realizado veintiséis observaciones, tal como consta en el **INFORME N° 284-2014-GODU/MDVLH (a fojas 35)**, corroborándose además, mediante diligencia fiscal, la misma que consta en el **ACTA DE VERIFICACION FISCAL (a fojas 32)** de fecha 02 de junio de 2014, adjuntándosele la **DOCUMENTAL FILMICO CD ROOM (a fojas 33)**, que no hubo de realizarse ninguna mejora al Mercado Mayorista Pesquero,

apreciándose las condiciones lamentables de salubridad en el que se encontraba el mencionado local. Esos son a grandes rasgos los hechos, sin embargo, analicemos como es debido y de manera minuciosa a efectos de determinar la presunta comisión del delito en cuestión y responsabilidad penal si la hubiera.

199. Inicialmente, el Grupo Gerstein SAC presenta su iniciativa privada respecto a **“MODERNIZACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VÍCTOR LARCO HERRERA, PROVINCIA DE TRUJILLO, LA LIBERTAD**, el mismo que consta en el Expediente Nro. 948-2013 y que con Resolución Gerencial Nro. 068-2013-GM-MDVLH se resuelve admitir a trámite tal iniciativa⁶⁹⁴. Las iniciativas privadas de proyectos de inversión debían ser presentadas ante el OPIP competente en virtud al **Artículo 15º, inc. 1** del **Decreto Supremo N° 146-2008-EF (Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012)**, y de conformidad con el **Artículo 16º** del mismo texto legal el OPIP debía tener en cuenta, para efectos de su evaluación, entre otros, los siguientes criterios, como contenido mínimo exigido: *“(…) a) La capacidad financiera y solvencia técnica del proponente para desarrollar proyectos de magnitud similar al propuesto; b) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable; c) Si el proyecto de inversión no es posible de generar afectación al ambiente, al paisaje de una zona declarada como área natural protegida y/o al Patrimonio Cultural de la Nación.”*
200. Finalizado su evaluación, el OPIP emite el **Informe Nro. 0001-2013/MDVLH/OPIP**, donde *“de conformidad a las normas aplicables y luego de haber realizado la evaluación correspondiente, propone declarar de interés la iniciativa privada Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo – La Libertad, por lo que recomienda elevar la presente propuesta para ser aprobada en Sesión de Concejo”*, constando así en el **Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH**, (a fojas 58) de fecha 11 de septiembre de 2013, donde finalmente se *“(Artículo Primero) [Declaró] de interés el proyecto de Iniciativa Privada (...)”*.
201. Detengámonos en este punto. No cabe duda que el actuar del Representante de la OPIP debe ajustarse a la comprobación de la concurrencia de los requisitos mencionados, siendo ése el deber que se desprende de la norma mencionada.

En primer lugar, la capacidad financiera de una empresa se relaciona principalmente con su solvencia económica, con su nivel de endeudamiento y con su capital de trabajo; obra en el expediente la DOCUMENTAL emitida por EQUIFAX-INFOCORP (a fojas 188), de fecha 31 de mayo de 2015, de cuyo informe anexo a tal documental, se desprende que el Grupo GERSTEIN SAC se encontraba en INFOCORP, reportándosele endeudamientos. En segundo lugar, en lo que concierne a la experiencia para la ejecución de proyectos de similar envergadura, es decir, a si la empresa venía realizando de manera prolongada proyectos parecidos, decimos que, la misma en realidad, no había sido constituida

⁶⁹⁴ Aun cuando no consta en el expediente judicial ambos documentos, la información de su existencia se encuentra acreditada con la Copia Fedateada del Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH (a fojas 57) de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera de fecha 11 de septiembre de 2013, pág. 02, primer párrafo.

para realizar actividades similares, sino que, tal como se desprende de la lectura de su **ESTATUTO contenido en la PARTIDA N° 11042722** (a fojas 63), su objeto social era, "OBJETO: Dedicarse a: - Alquiler de maquinaria y unidades móviles, distribución y comercialización de artículos de oficina de toda índole, compra y venta de insumos para limpieza de toda índole, limpieza externa e interna de vehículos (...)", de ahí que exista serios cuestionamientos a la supuesta acreditación de su experiencia en el rubro que correspondía al proyecto de mejoramiento de Mercado Mayorista.

- 202.** En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta, que la normativa administrativa facultaba al imputado **VENTURO CUEVA** a proceder conforme el artículo 17.2 del mismo texto legal, el mismo que autoriza a la OPIP a "[poder] requerir información adicional al titular de la iniciativa pudiendo condicionar la continuación de la evaluación a la entrega de la información requerida dentro de un plazo prudencial no mayor de 30 días hábiles". Aun ante tales circunstancias, el Representante del OPIP no solicitó información que resulte pertinente, y emitió un pronunciamiento favorable a la propuesta del Grupo GERSTEIN SAC, dejando en evidencia, que sus dinámicas estuvieron encaminadas en la ilegalidad, puesto que, esa inobservancia y transgresión a la norma, beneficiaba de manera directa al Grupo GERSTEIN SAC. Indicamos también, que el actuar del imputado VENTURO CUEVA resulta siendo manifiestamente doloso, puesto que, en su calidad de funcionario público, tenía perfecto conocimiento de las normas que resultaban aplicables al caso, y aun así no las consideró a cabalidad al momento de emitir su pronunciamiento. Aquí se aprecia claramente la infracción del deber en que incurre, al desplazar el interés público por el privado.
- 203.** Conforme consta en el **Acuerdo de Concejo Nro. 05-2014-MDVLH** (a fojas 28), de fecha 15 de enero de 2014, la **OPIP** se pronunció mediante **Carta Nro. 0001-2014-MDVLH-OPIP** de fecha 08 de enero de 2014, donde indicó que habiendo transcurrido el plazo previsto en el artículo 16, y evidenciándose que no ha existido propuesta alguna de terceros que hubieran manifestado su interés en el Proyecto o en otro alternativo, remite el expediente a la Gerencia de Asesoría Jurídica para opinión legal, respecto a la aprobación de la iniciativa privada propuesta y la adjudicación directa de la Empresa Grupo GERSTEIN SAC. Obra en el expediente, el **Informe Legal N° 022-2014-GAJ-MDVLH** (a fojas 136), de fecha 09 de enero de 2014, que emite el Gerente de Asesoría Jurídica para OPIP, donde menciona que, en atención a lo informado por el Gerente Municipal, quien presidía el OPIP, respecto al cumplimiento del Grupo GERSTEIN SAC al presentar la Carta Fianza, y habiendo transcurrido el plazo que prevé la ley, "(...) considerado que concurren las condiciones de hecho y de derecho, para que se eleven los actuados al Concejo Municipal, para que en ejercicio de las atribuciones (...) proceda a la aprobación del Proyecto (...)"
- 204.** Es en ese contexto, que se lleva a cabo la Sesión de Concejo Municipal a efectos de determinar la aprobación del proyecto, teniéndose para acreditar dicho evento, el **ACTA Nro. 2-2014** de la **SESION ORDINARIA DE CONCEJO [MUNICIPAL] DE [FECHA] 14 de ENERO DE 2014** (a fojas 12) reuniéndose el Alcalde Carlos Vásquez Llamo y los siguientes regidores: Walter Felipe Escobedo Gonzáles,

Rosa María Villareal García, Teresa de Jesús Aguilar Ballarte, Hugo Gary Sánchez Espezua, Milton Colbert Minchola Merino, Marisol Córdova de Aguirre, Víctor Daniel Velásquez Padilla y Jesús Raquel Leticia Arévalo Armas, donde se tenía como punto de Agenda tratar el Expediente Nro. 948-2013 "Acerca de la Aprobación de Iniciativa Privada "Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad", documento en el que se deja constancia de la participación del **Regidor Víctor Daniel Velásquez Padilla** quien expuso lo siguiente: "Una cuestión previa, es cierto que el 10 de septiembre hemos aprobado esta iniciativa privada y ya se ha iniciado la aprobación de la concesión y no se ha tomado en cuenta los antecedentes policiales y judiciales, este señor está reportado a INFOCORP y Usted pueda pedir que se suspenda este proceso para que se pida al Ministerio Público, Poder Judicial, INFOCORP, una persona en estas condiciones no podría firmar con el Estado y para no exponernos queremos alertar para que esta Concesión no se lleve a votación." Posteriormente la **Regidora Rosa María Villareal García** refirió que: "Más que todo por la parte social y se han alcanzado 51 denuncias, yo voy a votar en contra acerca de esto". En su momento, el **Regidor Walter Felipe Escobedo Gonzáles** indicó que: "Por acuerdo de Concejo se declaró de interés sobre el mercado mayorista pesquero y se ha hecho la publicación en el Diario La República y no ha habido otros que presenten propuestas y nosotros mismos lo hemos aprobado y no podemos volver atrás y ya se dio ya está la Carta Fianza y se está cumpliendo". También se hubo de pronunciar el **Regidor Hugo Gary Sánchez Espezua**, quien dijo: "Tenemos el Informe del Asesor Legal en el expediente donde figura su opinión, mi voto es no solo de esperar el informe legal, es así que he podido observar que hay muchos informes que respaldan y se cumplen con los requisitos" Por otro lado, la **Regidora Marisol Córdova de Aguirre**, manifestó: "Como manifestaba el Regidor no es una cuestión de mero trámite y según EQUIFAX tiene dos personas trabajando y presenta deudas con SUNAT, y presenta riesgo y sobre la capacidad financiera y la experiencia". Incluso la **Regidora Rosa María Villarreal García** indicó que "Todos queremos una mejor calidad para los vecinos aquí lo que está en duda es la transparencia de este Señor y por evitar la corrupción mi voto en contra", finalmente, se tiene el pronunciamiento del **Regidor Víctor Daniel Velásquez Padilla** quien concluyó: "No me ha dado respuesta a mi cuestión previa, que conste en actas que no se me ha dado el derecho como corresponde y no se ha pronunciado el Asesor Jurídico del Concejo y debo insistir ya que no se va a llevar a cabo la votación de la cuestión previo [sic] y veo que no tiene la intención de transparentar las cosas". Indicando por tanto el **Alcalde**: "No existen cuestiones previas en nuestro RIC que quede claro y que el Asesor Legal del Concejo después de haber escuchado las opiniones y quiero pedirle al Asesor del Concejo bajo lo que se ha podido verte y los dictámenes se les está haciendo un bien a Víctor Larco. Se pronuncia además el Asesor Legal, quien refiere: "Con respecto al tema en cuestión el Informe Legal que Usted tiene a la mano se ha dado de acuerdo al expediente todo el procedimiento conforme lo están leyendo y expresando y es una etapa de este procedimiento que determina que el Concejo deberá decidir su aprobación. Con

respecto a los argumentos del Regidor Velásquez debo expresar que toda persona tiene el derecho de presunción de inocencia y a nadie se le debe privar de los derechos fundamentales, a ninguna persona se le puede privar de sus derechos mientras no tenga una condena, expreso mi ratificación a mi informe." Acordándose finalmente: **"Artículo Primero: Aprobar la Iniciativa Privada denominada "Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera, provincia de Trujillo, La Libertad" presentada por el Grupo GERSTEIN SAC, la misma que fue declarada de interés mediante el Acuerdo de Concejo Nro. 60-2013-MDVLH, de fecha 11 de septiembre de 2013. Artículo Segundo: Aprobar la adjudicación directa del proyecto de Inversión Privado (...) al proponente Grupo GERSTEIN SAC. Artículo Tercero: Encargar al órgano de promoción de la inversión privada (OPIP) de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera la realización de las acciones a seguir conforme a la normativa aplicable. El presente encargo alcanza a la negociación de la versión definitiva del Contrato de Participación de la Inversión Privada a suscribirse, la cual no podrá exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la adopción del presente acuerdo, plazo conforme al numeral 19.2 del artículo 19° del Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 1012 podrá ser ampliado hasta por 15 (QUINCE) días hábiles adicionales.", con 4 votos en contra (de Villareal García, Velásquez Padilla, Córdova de Aguirre, Arévalo Armas), y 4 a favor (de Escobedo Gonzáles, Aguilar Ballarte, Minchola Merino), y conforme a Ley, el Alcalde hace valer su derecho al voto dirimente y vota a favor.**

205. En este punto, debemos resaltar, que lo indicado por los regidores que se mostraron en contra de la aprobación de la propuesta, incidían en aspectos centrales para la evaluación de dicho proyecto: sobre la capacidad financiera de la empresa ante supuesta posibilidad de que el Grupo GERSTEIN SAC se encuentre en INFOCORP; y sobre su experiencia, la misma que se exige sea idónea para la realización del proyecto. Corresponde precisar, que el artículo 5 de la Ley de Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada⁶⁹⁵ indicaba que los gobiernos locales, desarrollan dentro de sus funciones [inc.3] la supervisión, en su ámbito, del cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada. Aunado a ello, la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 5, precisa que: "El concejo municipal (...) está conformado por el alcalde y los números de regidores (...) El concejo municipal ejerce funciones normativas y fiscalizadoras"

206. De ahí que, en el presente caso, aun advirtiéndose serios cuestionamientos sobre el Grupo GERSTEIN, y lejos de siquiera absolverlos, como oficiando a la OPIP para que solicite la información adecuada que el Grupo GERSTEIN SAC aclare su situación, se continuó con el acto democrático de elección, y habiéndose dando el empate técnico, el Alcalde, haciendo uso de su voto dirimente, voto a favor.

207. Una vez más damos por acreditada la responsabilidad penal de estos imputados, puesto que, habiendo, los Regidores y el Alcalde, tomado conocimiento de las circunstancias que rodeaban a la postulación del Grupo

⁶⁹⁵ Derogada a la fecha, pero vigente al momento de la comisión de los hechos.

GERSEIN SAC, nunca se llegó a tomar medidas que involucre el esclarecimiento de los hechos, aun cuando en su calidad, se encontraban autorizados para ello. El no cuestionamiento en dicha fase del proceso, le generó un beneficio directo al Grupo GERSTEIN SAC, quien no se vio emplazado a efectos de que determine su situación y la aclare, por el contrario, se aprueba su proyecto y se la adjudica de manera directa, evidenciándose el actuar delictivo de los funcionarios presentes en dicha sesión. En lo que corresponde al dolo, como elemento subjetivo del tipo penal, indicamos que el mismo se cumple, ya que, al ostentar el cargo de funcionarios públicos, les atañe tener en cuenta a la ley, su conocimiento y su debida observancia.

208. Ahora, con fecha 13 de marzo de 2014, el Representante de la OPIP suscribe el **Contrato de Concesión** a título gratuito en mérito a su carácter de autosostenible, indicándose, en la “(...) cláusula sexta: que el costo referencial de las obras que comprenden el objeto del presente contrato asciende a la suma de S/. 3 742 042.37 (tres millones setecientos cuarentidós [sic] mil cuarentidós y 37/100 nuevos soles), y que el costo referencial anual de la Operación y Mantenimiento del proyecto asciende a la suma de S/. 144 000.00 (ciento cuarenta y cuatro mil 00/100 nuevos soles)”, además, se establece como obligaciones del concesionario “(...) Sección III- De las prestaciones a cargo de las partes: (...) 1° Diseñar, financiar, construir, encargarse de la operación y mantenimiento de las obras del Mercado (...) 3° Remodelar en su totalidad el mercado mayorista pesquero (...)” precisándose características técnicas.; además, se especifica en “(...) cláusula octava: Plazo: La concesión se otorga por un plazo de veinticinco años, contados desde la fecha de suscripción del presente contrato (...)”; se precisa además, en la cláusula décimo séptima: acerca de la entrega del control de proyecto “(...) se realizará dentro de un plazo no mayor a 15 días calendarios”; de ahí que, con fecha 21 de abril de 2014 el representante del Grupo GERSTEIN SAC presenta el **PROYECTO DE CONCESION A TRAVES DE LA PARTICIPACION EN ASOCIACION PARA LA MODERNINACION [SIC], MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL MERCADO MAYORISTA PESQUERO DEL DISTRITO DE VICTOR LARCO HERRERA** (a fojas 164), el mismo que pasó a constar en el **Exp. N° 7130-2014-F2**. Posteriormente, se tiene el **INFORME N° 284-2014-GODU/MDVLH** (a fojas 35) de fecha 06 de mayo de 2014, emitido por el Ing. Juan Simón Ruidías Ojeda en su calidad de Gerente de Obras y Desarrollo Urbano, dirigido al Gerente Municipal Luis Alberto Llempén, mediante el cual pone en conocimiento 26 observaciones al Contrato de Concesión para la Modernización, Mejoramiento y Ampliación del Mercado Mayorista Pesquero del Distrito de Víctor Larco Herrera. Finalmente, mediante **RESOLUCION GERENCIAL N° 713-2014-GM-MDVLH** (a fojas 186), de fecha 17 de diciembre de 2014, se **RESUELVE** el contrato de Concesión, en consecuencia, se determina la **CADUCIDAD** de dicho contrato por la causal de incumplimiento de las obligaciones contractuales del concesionario.

209. Del contrato, cuya negociación estaba a cargo de la OPIP, debe advertirse, en primer lugar, el monto correspondiente a la inversión en el proyecto, el mismo que asciende a más de 3 millones de soles, monto que sobrepasa enormemente el capital social de la Empresa GERSTEIN SAC, y aun cuando se ha indicado que

no se exige tener un capital que satisfaga plenamente el monto a invertir, en el caso en concreto, debe observarse también que tal Empresa cuenta con endeudamientos, y no cumple con tener la solvencia financiera que se requiere; en segundo lugar, el plazo fijado para la concesión, si bien es menor al solicitado por la Empresa GERSTEIN SAC (40 años), y la normativa indica que el período no puede sobrepasar los 60 años, de todas maneras el tiempo fijado debe obedecer a criterios razonables, proporcionales y necesarios, los mismos que no han sido consignados en el contrato, por lo que, el mismo resulta injustificado e incluso arbitrario.

210. Entonces, por todo lo expuesto, tenemos que, el imputado José Amaro Venturo Cueva, en su calidad de Representante de la OPIP, no cumplió con evaluar la iniciativa propuesta por el Grupo GERSTEIN SAC de manera debida y como la norma administrativa le exige, y aun cuando era el órgano encargado del proyecto de inversión privada, durante su transcurso no realizó ningún tipo de cuestionamiento u observación a tal Empresa, aun cuando se evidenciaba que no contaba con la capacidad financiera que se exigía, así como con la experiencia que se exigía en el presente proyecto, circunstancias todas que beneficiaban de manera directa a la Empresa GERSEIN SAC. Además, este imputado negoció el contrato, fijando 25 años de concesión, lapso que no se encuentra justificado, por lo que, de manera evidente, buscaba favorecer indebidamente a la Empresa Gerstein SAC. Además, los imputados Vásquez Llamo, Escobedo Gonzáles, Aguilar Ballarte, Sánchez Espezúa y Minchola Merino, conformantes del Concejo Municipal, y contando por ello con deberes fiscalizadores, enterados de la posible existencia de circunstancias que incidían principalmente sobre los presupuestos que establece la norma para la aprobación de un proyecto (cuestionamientos a la capacidad financiera de la Empresa, entre otros), lejos de suspender la aprobación y proceder a realizar actos de investigación o de solicitud a la Empresa para que absuelva los cuestionamientos, proceden a realizar la votación, aprueban el proyecto y le adjudican de manera directa el proyecto; circunstancias todas que implicaban una inobservancia a las normas administrativas, y con ello un beneficio directo a la Empresa GERSTEIN. Finalmente, decimos que todos los imputados, actuaron con perfecto conocimiento y voluntariedad, puesto que, conocedores de la normatividad pertinente, que les imponía un deber especial, desplazaron el interés público por el interés privado, infringiendo su deber al beneficiar indebidamente a la Empresa GERSTEIN SAC.

211. Los argumentos de la defensa, aunque plurales, siguen principalmente una misma línea, referida a la actuación de sus patrocinados dentro de las pautas establecidas por el principio de confianza, sosteniendo que las documentales o votos, según sea el caso, fueron emitidos siempre teniendo en cuenta informes técnicos de diversas áreas (*área usuaria y área legal*), los mismos que concluían aprobando a los proyectos, declarándolo favorable para el distrito de Víctor Larco, por lo que, de ninguna manera se les podría atribuir responsabilidad penal, esto conforme a la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, en cuanto al principio de confianza, se hubo de referir que “cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar

*permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. (...)*⁶⁹⁶"; sin embargo, téngase en cuenta lo siguiente: En el presente caso, nos encontramos ante sujetos cualificados, funcionarios públicos que velan por el cumplimiento de las normas que son de su competencia, no resultando aplicable el principio de confianza, porque cada uno de ellos posee un deber especial, un rol vigilante respecto a una norma, el mismo que les atañe y que no se encuentra supeditado a la intervención de los demás; debe entenderse incluso, que el reconocimiento del principio de confianza parte del supuesto de que el agente que lo invoca ha cumplido fielmente con todas las actividades propias de su rol, y que la realización de un riesgo desaprobado, se le imputa a otra persona, sin embargo, ello no sucede en el presente caso, sino que, prima facie, infringen la norma; no resulta entonces razonable indicar que confiaron en que los autores de los informes anteriores (área usuaria y área legal) cumplieron su rol y estuvieron de acuerdo con la aprobación del proyecto, y que en función a ello, se pronunciaron también favorablemente, puesto que los imputados infringen su deber, Ventura Cueva el de verificar la concurrencia de presupuestos relacionados a la capacidad financiera y a la experiencia, y de considerar criterios razonables y proporcionales para el tiempo de concesión; y el Alcalde y los regidores, el de velar por el resguardo de los intereses públicos al advertir serios cuestionamientos al proyecto y aun así no realizar ningún acto de investigación respecto a ello a fin de proteger el interés público; aspectos que les atañe particularmente a todos ellos por su condición y cuyos deberes específicos, infringidos, emanan de la misma cualidad que ostentan.

212. La defensa [*de Escobedo Gonzáles, Minchola Merino y Aguilar Ballarte*], menciona, que el Ad Quo yerra en la estructura de la sentencia, al confundir, en lo que corresponde al interés indebido, a la acreditación de la tipicidad objetiva del delito, procediendo luego a pronunciarse sobre la tipicidad subjetiva para destruir el principio de inocencia, aun cuando de manera evidente, se trata de análisis distintos. Sin embargo, del análisis de la recurrida no se advierte tal circunstancia, sino que, para acreditar el interés indebido, el Ad Quo procedió a establecerlo a través de prueba indiciaria, (considerandos 89-122), luego realiza un razonamiento en conjunto de los indicios que ha encontrado (considerandos 127 a 142), y se pronuncia sobre el principio de confianza (fundamento 147 y ss) es porque justo estaba agotando el análisis de la tipicidad objetiva, ya que, como subtítulo siguiente, recién considera un análisis para el elemento subjetivo que exige este tipo penal (considerando 154 y ss); por lo que no resulta sostenible lo argumento por la defensa en este extremo.

213. La defensa [*de Ventura Cueva*] sostiene que, no sucedió que sin razón alguna se haya determinado 25 años como el transcurso temporal en que se iba a concesionar el Mercado Mayorista Pesquero al Grupo GERSEIN SAC, sino que tal lapso fue determinado por una evaluación técnico-económica específica, donde se analizaba los flujos financieros que iba a reportar el inversor en su momento, y que, si el tiempo de concesión hubiese sido menor, ello hubiera ocasionado que

⁶⁹⁶ Jakobs, 1997, p. 29

la empresa concesionaria, a efectos de recobrar su inversión, aumente quizá desproporcionalmente los precios o tarifas, perjudicando a los trabajadores de dicho mercado, resultando adecuado el plazo de 25 años; sin embargo, dicha versión no ha sido corroborada con ningún medio probatorio, ya que en el Contrato no se advierte ningún tipo de pronunciamiento sobre criterios de razonabilidad que hubo de tener en cuenta el imputado a fin de fijar dicho lapso para la concesión; y, si bien no se le exige al acusado probar su inocencia, si se encuentra obligado a probar sus dichos.

214. La misma defensa refiere además que ha existido una penosa confusión respecto a los requisitos que establece la normativa en lo correspondiente a la evaluación de la empresa, al señalar el *Ad Quo* que no satisfizo el presupuesto de "*proyectos de similar envergadura*", puesto que, a decir de la defensa, nada tiene que ver el rubro al que se dedica la empresa, siendo esta una cuestión distinta y que aun así en ello se ha sostenido el Juzgador para dar por no cumplido dicho requisito. Decimos al respecto, que si lo que es menester probar es la experiencia que tiene una empresa, implicaría advertir su actividad prolongada, y esta, al ser prolongada, implica lógicamente que es a la que se dedican, y que por lo mismo, debe encontrarse estipulada en su objeto social; sin embargo, si al corroborar dicha información, esta difiere contundentemente ("*objeto social: alquiler de maquinaria y unidades móviles, distribución y comercialización de artículos de oficina de toda índole, limpieza interna y externa de vehículos*"; en referencia a lo que se iba a realizar: proyecto de modernización y mejoramiento del Mercado Mayorista Pesquero), lógicamente se infiere simplemente que la Empresa no tiene experiencia en ese rubro, no la suficiente y necesaria y esto porque no se dedica a ello, y por lo tanto, el presupuesto que exige la norma no se cumple.

215. Continuando con la misma defensa, esta ha expuesto incluso que ha existido una confusión neurálgica en la apreciación del Juzgador, puesto que son dos expedientes los que han tenido lugar en el procedimiento de promoción de la inversión privada, de ahí que la defensa señale que las observaciones son respecto al segundo, el mismo que fue presentado después de la celebración del contrato, por lo que, el proyecto presentado de manera inicial no reviste ninguna irregularidad, proyecto este último, en el que se basó todo el procedimiento. Precisamos aquí, que aun cuando se entiende el argumento de la defensa respecto a que serían dos expedientes disímiles, y que las observaciones se realizan al segundo; tal como señala la norma, el proyecto (2^a expediente) es una extensión no sustancial de la propuesta ingresada como iniciativa de inversión privada (1^a expediente), de ahí que, si las observaciones resultan ser de suma relevancia, entonces se entiende que se encuentran referidas a ese mismo contenido de fondo contemplado en el escrito del primer expediente, por lo que le atañe aun al primer expediente tales observaciones.

216. Esta defensa cuestiona además la prueba indiciaria en la que hubo de sostenerse el *Ad Quo* para construir su razonamiento, específicamente el de la "celeridad en del trámite, puesto que, tal conclusión indica no ajustarse a la verdad de los hechos, habiéndose presentado la iniciativa del proyecto de inversión privada el 16 de enero de 2013, y apenas se dio trámite nueve meses

después, tiempo al que debe adicionarse los plazos que se encuentran estipulados en la ley a efectos de cumplir debidamente con el procedimiento. En ese sentido, debemos mencionar que no resulta cierta la interpretación que da la defensa, ya que la celeridad a la que hace referencia el Juzgador, es al tiempo transcurrido el mismo día de la aprobación y adjudicación del proyecto, donde no querían que se dilate la evaluación de la aprobación del proyecto de iniciativa privada, y no al lapso entre el ingreso de la propuesta y su admisión, y esto se desprende de la simple lectura de la resolución venida en grado en su *considerando 113* que empieza como sigue: "*Según la declaración de los regidores que votaron en contra, los expedientes técnicos les entregaron antes de empezar la sesión, por lo que no tuvieron tiempo de revisarlo (...)*", por lo que el argumento de la defensa no resulta sostenible al no partir de premisas ciertas.

- 217.** La defensa [de Sánchez Espezúa]⁶⁹⁷ sostiene que los regidores de oposición nunca dejaron constancia de la existencia de documentación que cuestionaba la capacidad económica del Grupo Gerstein, y tampoco fue probada que esta tenga denuncias. Refiere, además, que las observaciones se formularon respecto al segundo expediente, el mismo que no obraba en autos para ser materia de debate en la sesión donde se aprobó el proyecto de inversión privada, ya que este último expediente se presentó a raíz del contrato.
- 218.** Señala también esta defensa, que no hubo de valorar el VIDEO que obra en el expediente, de donde se desprende que la Empresa GERSTEIN no realizó actos de administración, y que aun así el Ad Quo, en uno de sus indicios, hubo de concluir en ese sentido. Sin embargo, si se advierte minuciosamente el material filmico, se aprecia que si bien se le interrogó al Sr. Dante Herrera Ocampo acerca de una posible administración o mejora realizada por el Grupo GERSTEIN SAC y el refirió que "no, yo he venido directamente, (...) no hay ninguna mejora, hasta donde yo tengo entendido, no nada" (00h: 04m: 55s), debe tenerse en cuenta, que al inicio de la entrevista, mencionó que es Administrador desde el 16 de mayo del año 2014 (minuto 00h: 02m: 56s), y que desde esa fecha no ha advertido ningún tipo de administración o mejora del Grupo GERSTEIN SAC, información de los hechos, que corrobora el incumplimiento de la Empresa respecto a sus obligaciones contractuales, por lo que, la conclusión que extrae la defensa del contenido del vídeo no resulta sostenible, pues el Ad Quo hace referencia a la administración anterior a los hechos de la firma del Contrato, y la información del vídeo, es en alusión a la administración y mejora posterior a dicho acto.
- 219.** Refiere también la defensa, que no se hubo valorado la documental consistente en la Ordenanza Municipal donde se aprecia que la totalidad de los regidores mostraron su conformidad con el proyecto, de ahí que se declare el interés del mismo, no habiéndose valorado que lo declarado sin prueba alguna por los regidores obedece a intenciones de atribuir responsabilidad penal a los

⁶⁹⁷ Aun cuando sus argumentos pretenden principalmente la nulidad de la sentencia venida en grado, se advierte que *subsidiariamente* pretende su revocatoria, por lo tanto corresponde en estos considerandos tener en cuenta sus cuestionamientos, haciendo hincapié que, en lo sucesivo, será analizada su pretensión de nulidad, la misma que, *subsidiariamente* fue formulada por la defensa del imputado Venturo Cueva.

regidores que no se encontraban de acuerdo con su pensamiento. Sin embargo, se debe hacer hincapié que los deberes de fiscalización y las actividades que de estos se desprende y que corresponden a los imputados por su condición de funcionarios públicos, no se ven limitados por un primer acto de conformidad, sino que, siempre que surjan circunstancias que cuestionen procedimientos o actos involucrados con bienes públicos, estarán expeditos para tomar cartas en el asunto, siempre con la finalidad de proteger y salvaguardar el interés público, de ahí que, aun cuando los demás regidores mostraron su conformidad en un primer momento, advertidos por circunstancias que resultaban incompatibles con el ordenamiento jurídico o que permitía inferir una suerte de infracción o no satisfacción con la normativa del procedimiento de inversión privada, procedieron a no dar su conformidad; acto que debió corresponderle también a los acusados. Y respecto al argumento de que los demás regidores solo han pretendido "atribuir responsabilidad a quienes no se encontraban acorde con su pensamiento", decimos que si se pretende indicar que han existido motivos por los que los testigos hubieron de declarar en el sentido en que lo hicieron, tales motivaciones no se encuentran corroboradas con ningún medio probatorio, quedándose solamente en un simple dicho de la defensa; y este Tribunal Superior hace hincapié una vez más en indicar que si bien los imputados no se encuentran obligados a probar su inocencia, si se encuentran obligados a probar sus dichos, lo que no lo hicieron.

Acerca de la Pretensión [Subsidiaria] de Nulidad

220. Que la nulidad de la sentencia puede ser declarada de oficio o a solicitud de parte, y, de acuerdo al Art.150° del Nuevo Código Procesal Penal, deberá ser declarada bajo las causales de : "a) *A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;* b) *Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;* c) *A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;* d) *A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.*"

221. Se ha precisado también, en sendas resoluciones del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Carta Magna que la debida motivación es "(...) un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: "[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)." Este Supremo Colegiado precisando

el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste “(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)” (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5, inc. e). A mayor abundamiento, en distintos pronunciamientos ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

222. En tal línea argumentativa, la Sala Superior de Apelaciones advierte que el *Ad quo* al momento de esgrimir sus argumentos que conllevarían al fallo condenatorio, no ha incurrido en alguna causal vulneratoria del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales por las razones que a continuación se exponen: **PRIMERO:** Lo resuelto en primera instancia se encuentra acorde a Derecho, por haberse fundado en la valoración de los medios de prueba obrados a nivel de juicio oral, donde se ha respetado las garantías procesales en todo momento. **SEGUNDO:** Los medios probatorios incorporados al proceso simplemente han sido suficientes para enervar la presunción de inocencia de los imputados, son contundentes y permiten establecer de manera coherente la vinculación entre los acusados y el hecho delictivo. Puntualizamos, además, que no resulta cierto que no se haya valorado debidamente el documental fílmico, sino que el mismo, ha sido objeto de un análisis errado por la defensa, al no haber advertido la fecha en la que se dio la entrevista. **TERCERO:** La resolución sentencial venida en grado, cuenta con una estructura lógica coherente, ha cumplido con delimitar perfectamente el hecho materia de debate, establecer los puntos controvertidos, precisar las premisas tanto fácticas como jurídicas, no existen pretensiones incontestadas ni se ha desviado la decisión del marco del debate judicial, aunado a ello, los fundamentos expuestos están acorde con el sistema de valoración de la sana crítica, en tanto que se ha dejado de manifiesto el uso de la ciencia, de las máximas de la experiencia y de las reglas de la lógica. E incluso, ha elaborado, a fin de respaldar su decisión condenatoria, indicios en los que se advierte la concurrencia de presupuestos que los dotan de entidad probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia, siendo estos plurales, contingentes, y concordantes. En este punto, debemos tener en cuenta además que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional: “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, 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. (...) En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver⁶⁹⁸". Y es en virtud a estos considerandos que la pretensión formulada por la defensa deberá ser declarada **INFUNDADA**.

223. En ese sentido, verificándose los requisitos válidos del estándar probatorio, esta Sala determina que se ha probado la existencia de la vinculación de los acusados con el hecho delictivo dada la naturaleza del delito, habiéndose destruido la presunción de inocencia que los investía. Asimismo, la valoración realizada por el Ad Quo está acorde con los criterios de la Sana Crítica, en tanto que se ha valorado las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados, tal como se ha dejado constancia en los argumentos up supra. Por lo que concluimos que habiéndose acreditado que los imputados, inobservando las normas correspondientes al procedimiento de inversión privada, pretendieron beneficiar al Grupo GERSEING SAC, con la aprobación y adjudicación del proyecto, y con la concesión por 25 años del Mercado Mayorista Pesquero del distrito de Víctor Larco, decimos que se ha determinado fehacientemente la responsabilidad penal de los imputados, correspondiendo **CONFIRMAR** la sentencia venida en grado en este extremo.

224. Respecto de la determinación judicial de la pena, desarrollada en la sentencia recurrida, esta Sala la considera razonable, toda vez que el delito de negociación incompatible contemplado en el artículo 399 del Código Penal, reprime este delito con pena privativa de libertad *no menor de cuatro años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad*; y tal como ha analizado el Ad Quo, en lo referido al Sistema de Tercios, no hubo de concurrir agravantes y/o atenuantes que se deba tener en cuenta; en el mismo sentido, tales consideraciones han influenciado al determinar la pena de días multa, habiéndosele impuesto el monto mínimo que indica el tipo penal. En lo que corresponde a la pena de inhabilitación, la misma también ha sido considerada dentro de los parámetros racionales y proporcionales, de ahí que, finalmente concluyamos que en todo lo indicado efectivamente se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad, lesividad, fin preventivo y resocializador de la pena, por lo que debe ser **CONFIRMADA** la sentencia de primera instancia en este extremo.

225. En lo que respecta a la cuantía de la Reparación Civil es proporcional en atención al peligro ocasionado en perjuicio de los bienes públicos, existiendo una afectación al normal desarrollo de la función pública, en el presente procedimiento de promoción de inversión privada, por lo que la sentencia venida en grado debe ser **CONFIRMADA** en este extremo.

⁶⁹⁸ Tribunal Constitucional, STC del Expediente N.º 1230-2002-HC/TC. Lima, 20 de junio de 2002. Décimo Primer Fundamento Jurídico.

- 226.** Las costas procesales, en el presente caso, debe de eximirse el pago de costas a los recurrentes, toda vez, que han hecho uso a su derecho a la doble instancia, lo que determina la existencia de razones serias y fundadas que justifican su intervención y la exoneración del pago de costas.

IX. PARTE RESOLUTIVA:

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la **SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

- a. **INFUNDADA** la pretensión de **NULIDAD** planteada por la defensa.
- b. **INFUNDADO** el **RECURSO DE APELACION** en contra de la **RESOLUCION NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO.**
- c. **CONFIRMAR** la **RESOLUCIÓN NUMERO QUINCE de fecha TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO,** que **CONDENA** a los acusados **CARLOS ENRIQUE VASQUEZ LLAMO, TERESA DE JESUS AGUILAR BALLARTE, MILTON COLBERT MINCHOLA MERINO, WALTER FELIPE ESCOBEDO GONZALES, HUGO GARY SANCHEZ ESPEZUA y JOSE AMARO VENTURO CUEVA,** como **AUTORES** del delito **CONTRA la ADMINISTRACION PUBLICA,** en su modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE** – interesarse indebidamente de forma directa en provecho de un tercero, en agravio del **ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VICTOR LARCO HERRERA, IMPONIENDOSELES CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA** en su ejecución por el plazo de **DOS AÑOS,** bajo las reglas de conducta y apercibimientos especificados en la misma resolución.
- d. **CONFIRMARON** todo lo demás que contiene.
- e. **SIN COSTAS** en el presente trámite recursal.

Actuó como como Juez Ponente y Director de Debates, el Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.- Notifíquese.

DR. VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS
PRESIDENTE
PONENTE Y DIRECTOR DE DEBATE

DR. MANUEL FEDERICO LOYOLA FLORIAN
JUEZ SUPERIOR TITULAR

DR. RAUL IPANAQUE ANASTACIO
JUEZ SUPERNUMERARIO



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

SALA DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA LIBERTAD

Calle Los Fresnos 455 – Urbanización California. Distrito de Víctor Larco Herrera – Trujillo – Perú

EXPEDIENTE No.: 06692-2015-14-1601-JR-PE-03
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE⁶⁹⁹
PROCESADOS: (**Autores**) OFRONIO WILFREDO QUESQUÉN TERRONES,
JAIME CARLOS GUANILO DÍAZ, y,
SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA
(**Cómplice**) LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ,
AGRAVIADO : EL ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHEPÉN
IMPUGNANTES: SENTENCIADOS CONDENADOS
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA
ACTOR CIVIL : PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE LA LIBERTAD
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD
ESPECIALISTA : AMPARO GRACE TINOCO BACÓN

SENTENCIA SUPERIOR

Resolución CIENTO DIECISIETE

Trujillo, veintitrés de enero de dos mil veinte

⁶⁹⁹ Inicialmente procesado alternativamente también por el delito de Colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal.

VISTOS y OÍDOS en Audiencia de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, señores Jueces Superiores Titulares Magistrados **MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ** (Presidente accidental, Director de debates y Ponente); **ELISEO GIAMPOL TABOADA PILCO y MANUEL RODOLFO SOSAYA LÓPEZ** quienes intervienen por impedimento de los Titulares Wilda Mercedes Cárdenas Falcón y Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza; y en la que también participaron el letrado don Jorge Seminario Mauricio, abogado defensor de la procesada Luisa Augusta Ríos Rodríguez - en adelante la procesada Ríos -, el letrado don Paco Edgar Burgos Vejarano abogado defensor del procesado Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones – en adelante el procesado Quesquén – y del procesado Jaime Carlos Guanilo Díaz – en adelante el procesado Guanilo; el letrado Rubén Poma Sánchez abogado defensor del procesado Segundo Marcial Portilla Vilca – en adelante el procesado Portilla -; la letrada doña Karina Ruby Núñez Romero, Procuradora Pública Anticorrupción descentralizado de La Libertad por el Actor civil; así como la señora Fiscal Superiora Ada Margoth Peñaranda Bolovich; con la concurrencia de los procesados Quesquén y Portilla por medio del sistema de video conferencia y sin la concurrencia de los demás procesados.

XVI. PLANTEAMIENTO IMPUGNATIVO

207.Viene en apelación la Sentencia contenida en la Resolución **NOVENTA Y UNO** del once de julio de dos mil dieciocho, **en los extremos** que:

207.1. CONDENÓ al acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, como *autor* del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de *Negociación incompatible*, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Chepén, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA**; que se computa desde el 11 de Julio de 2018 y vencerá el 10 de marzo de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente, disponiendo su ejecución provisional;

207.2. CONDENÓ a los acusados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA** como *autores* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; y como tal les impuso **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA**, que se computa por el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme a lo establecido en los artículos 489° y 490° del Código Procesal Penal, disponiendo su ejecución provisional así como la ubicación y captura de los condenados;

207.3. CONDENÓ a la acusada **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ** como *cómplice* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**, que se

suspende en su ejecución por el periodo de **TRES años**, sujeto a Reglas de conducta.⁷⁰⁰

207.4. **IMPUSO** la pena de **INHABILITACIÓN** a los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, consistente en *la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados o cualquier cargo público para el Estado*, por el periodo de **TRES AÑOS**, de conformidad con lo establecido en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

207.5. Y **FIJÓ** por concepto de reparación civil, la suma de **OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820,546.94)** soles a favor del Estado representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada solidariamente por los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta (para la última). Con lo demás que contiene *al respecto* la decisión, que aparece de folios mil novecientos cincuenta y cuatro a dos mil treinta y cuatro.

XVII. EXTREMOS NO IMPUGNADOS

208.La Sentencia contenida en la Resolución **NOVENTA Y UNO** del once de julio de dos mil dieciocho, que aparece de folios mil novecientos cincuenta y cuatro a dos mil treinta y cuatro, también ha resuelto lo siguiente:

208.1. **DECLARAR FUNDADO** el pedido del representante del Ministerio Público, teniéndose por **RETIRADA LA ACUSACIÓN**, respecto del acusado **MICHAEL FRANK BALAREZO BAZÁN**, como **autor** del delito contra la fe pública, en la modalidad de **Falsedad genérica**, previsto en el artículo 438° del Código Penal, en agravio del Estado. **DECLARAR EL SOBRESERIMIENTO** del proceso penal instaurado. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que fuere la presente resolución: **LEVÁNTESE** las medidas cautelares reales y personales que se hayan impuesto en el presente proceso. **ANÚLENSE** los antecedentes policiales que se hubieran generado por la presente investigación. **ARCHIVARSE DEFINITIVAMENTE** el proceso respecto del aludido procesado.

208.2. **PRECISAR** que, habiéndose determinado la existencia de un concurso aparente de leyes, se **DECLARA INSUBSISTENTE** la acusación formulada contra **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, respecto el delito de **Falsedad ideológica** en agravio del Estado.

209.Dichos extremos resolutivos no han sido objeto de impugnación alguna, en particular por el Ministerio Público, conforme se aprecia del expediente, [Ver folios 2107 a 2120] por lo que dichos extremos han quedado firmes por consentimiento y ha adquirido para todos los efectos la condición de cosa juzgada.

⁷⁰⁰ **Reglas de conducta:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público; b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva; c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma **solidaria** con sus coprocesados, por la suma de OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/820, 546.94), a ser cancelados dentro de los seis meses siguientes de haber quedado firme la presente sentencia. **Todo bajo apercibimiento** de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

XVIII. ANTECEDENTES PROCESALES

- 210.** De los actuados judiciales se aprecia que el presente expediente inició contra los investigados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Luisa Augusta Ríos Rodríguez, Jaime Carlos Guanilo Díaz, Rogger Eduardo Castañeda Risco, Segundo Marcial Portilla Vilca**, Michael Frank Balarezo Bazán, **Higinio Manuel Morales Valencia** y César Ysaac Torres González. A quienes la Fiscalía atribuyó la realización de diez hechos, atribuyendo inicialmente el delito de colusión a los procesados Quesquén, Guanilo, Portilla, al sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco y a la procesada Ríos. Y alternativamente (subsidiariamente lo denomina el Fiscal acusador) acusó a las mismas personas el delito de *negociación incompatible*. Igualmente imputó al ciudadano investigado César Ysaac Torres González, a los sentenciados Rogger Eduardo Castañeda Risco, Higinio Manuel Morales Valencia el delito de falsedad ideológica, mismo delito que también atribuyo a los procesados Quesquén, Guanilo, Portilla, Ríos. También imputó a la procesada Ríos el delito de falsedad genérica, bajo la figura de concurso ideal de delitos, en el caso de la última procesada, mismo ilícito que también atribuyó al ciudadano investigado Michael Frank Balarezo Bazán, y el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo a la procesada Ríos. [Ver folios 03 a 68]
- 211. Sobre la acusación alternativa.** En el presente proceso, ha sido postulada por la Fiscalía dos tipos penales por los mismos hechos juzgados, [Ver requerimiento mixto folios 03 a 68, 1778 a 1781, escuchar Audio de la audiencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, minuto 07:37 a minuto 57:16 y folios 1947 a 1949] como es el delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal; y alternativamente o subsidiariamente, el delito **contra** la Administración Pública en la modalidad de Colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal.
- 212.** Siendo postulaciones alternativas, el Ad quo se ha decantado como ha quedado cifrado en la parte resolutive de la Sentencia impugnada, por la existencia plenamente acreditada del delito de Negociación incompatible, por lo que estando bajo la cobertura de la acusación alternativa realizada por el Ministerio Público, ejerciendo la potestad establecida en el inciso 2) literal b) del artículo 336°, el inciso 3) del artículo 349° del Código Procesal Penal (CPP), no es causa suficiente para anular la Sentencia por injustificada decisión no haberse pronunciado sobre el delito excluido, ya que por motivación implícita si se justifica la existencia de la responsabilidad demostrada más allá de toda duda razonable sobre un delito alternativo, es perfectamente posible que el delito descartado no requiera justificación o pronunciamiento expreso, como sí sería obligatorio si se absuelve de un delito alternativo, puesto que por congruencia procesal se exigiría el examen del otro delito postulado por la fiscalía, puesto que de lo contrario habría omisión de pronunciamiento y vulneración del principio de congruencia procesal. En consecuencia, los alegatos expresados por los apelantes sobre la omisión de motivación sobre el delito de colusión postulado alternativamente, carecen de todo fundamento para anular, mucho menos revocar la venida en grado.
- 213. Sobre el desarrollo del juzgamiento.** La etapa de juzgamiento se inicia en el Juzgado penal unipersonal de Chepén a cargo el Juez especializado penal unipersonal de Pacasmayo Juan Iván Vojvodich Tocón por impedimento del titular Ernesto Edward Araujo Ramos de Rosas (+), con el Expediente signado 049-2011-51-JIP-CH, [Folios 163 a 164]. Iniciado el juicio el quince de enero de dos mil trece, fue dejado sin efecto por interrupción del proceso (quiebre) ante la inasistencia consecutiva de la Fiscalía, como se aprecia de la Resolución dieciocho del veintiocho de febrero de dos mil trece [Folios 432-A a 438]. Y tras la decisión mayoritaria contenida en el Expediente 0202-2013-28-1601-SP-PE-03 mediante Resolución de vista número dos del quince de mayo de dos mil trece la Tercera Sala Penal de apelaciones de La Libertad decide que sea otro magistrado el que conozca del proceso [ver copias certificadas folios 540 a 548].

214. En la secuencia procesal el proceso es asumido por el magistrado Luis Alberto Solis Vásquez signando al expediente como 361-2013-25-1602-JR-PE-01, [Folios 554 a 558] e iniciando nuevamente [Ver Auto de enjuiciamiento de folios 1141 a 1145, 1369 a 1379], el juzgamiento el veinticinco de julio de dos mil catorce, el procesado **Rogger Eduardo Castañeda Risco** reconoció los hechos imputados y se sometió a la conclusión anticipada [Folios 680 a 683], por lo que fue Sentenciado mediante Resolución Seis, de la misma fecha, siendo **Condenado** a Seis años de pena privativa de libertad efectiva e inhabilitación por Tres años, más el pago de la reparación civil de S/ 30,000.00 en seis cuotas de cinco mil soles. [Ver sentencia conformada de folios 684 a 701] Condena que fue declarada **Consentida** mediante Resolución Siete, que aparece contenida en el Acta de Audiencia del mismo día. [Folios 682]
215. El juzgamiento siguió en su curso procesal hasta que el diez de noviembre de dos mil catorce en que se leyó la **SENTENCIA DE CONDENA** [Folios 766 a 768 y 859] contra los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla Vilca e Higinio Manuel Morales Valencia** por los delitos de colusión (*negociación incompatible*) y falsedad ideológica; a **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** por los delitos de colusión y falsedad ideológica y se **ABSOLVIÓ** a la acusada **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ** del delito de **falsa declaración en procedimiento administrativo** en agravio del Estado; se condenó al procesado, Michael Frank Balarezo Bazán por el delito de falsedad genérica; y por último, se **DECLARÓ FUNDADO EL RETIRO DE ACUSACIÓN contra el investigado CÉSAR YSAAC TORRES GONZÁLEZ** por el delito contra la Fe Pública en la modalidad de **falsedad ideológica**, en agravio del Estado. Sentencia del diez de noviembre de dos mil catorce [Folios 769 a 858]. En cuanto al Retiro de acusación, como se aprecia de la Resolución Cuarenta y uno del doce de octubre de dos mil quince [Folios 1303 a 1304] se declaró **Consentido** dicho extremo, por lo que adquirió los efectos de cosa juzgada.
216. La Sentencia fue objeto de apelación por los condenados, quedando **FIRME** por consentimiento los extremos: absolutorio a **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, sin que exista pronunciamiento expreso al respecto en el expediente principal, ni por el Juez de primera instancia ni por la Sala que admitió la apelación. [Folios 985 a 986, 1072]
217. En el expediente 00011-2015-0-1601-SP-PE-02 se desarrolla el juicio de Segunda instancia; en ese sentido, el dos de junio de dos mil quince [Folios 1199 a 1201] luego de instalada la Audiencia la Fiscalía, la Procuraduría y los otros sujetos procesales solicitaron que ante la inconcurrencia injustificada de la defensa del procesado Higinio Manuel Morales Valencia, mediante Resolución Treinta y cinco se Declaró **INADMISIBLE** el recurso de apelación mediante Resolución treinta y cinco de la mencionada fecha, en consecuencia **FIRME** la **CONDENA** del procesado **HIGINIO MANUEL MORALES VALENCIA** como autor de los delitos de colusión (asunto sobre el que volveremos) y **falsedad ideológica** en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Chepén. Incluso por Resolución cuarenta y siete del seis de octubre de dos mil diecisiete se declara **Consentida** la inadmisibilidad y firme la condena [Folios 1380 a 1382].
218. En su estado mediante Resolución treinta y ocho del dieciséis de junio de dos mil quince [Fs. 1207 a 1273] la Segunda Sala penal de apelaciones de La Libertad declara **NULA** la Sentencia de primera instancia que condenó a los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla Vilca y Luisa Augusta Ríos Rodríguez** por los delitos de colusión (*negociación incompatible*) y falsedad ideológica, al igual que el extremo actualmente sobreseído sobre el acusado Michael Frank Balarezo Bazán; así como Nulo el juzgamiento y dispusieron que sea otro Juez que lleve a cabo el juicio oral. El razonamiento principal de la Nulidad declarada consiste en que:
- “74. En este orden de ideas, este tribunal advierte que en la recurrida no se han expuesto con claridad y precisión los cargos graves postulados por el Ministerio Público, a partir de los cuales se determine como es que se presentaría el acuerdo colusorio que originó realmente un supuesto de defraudación, primero por las imprecisiones de los cargos, los cuales resultan repetitivas, segundo porque el análisis ha sido conjunto y no independiente, cada caso tiene su particularidad, se han enunciado los medios de prueba pero no se ha expresado el razonamiento judicial que a partir de dichas pruebas se obtiene, en mérito a ello consideramos que se presenta el principio de Trascendencia, pues se evidencia vulneración de la garantía de admisión de prueba, valoración adecuada de la misma, y vulneración de la debida garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales e incluso el Principio de legalidad, circunstancias que no pueden ser subsanadas en esta instancia como para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto. Las partes en el proceso, –y en el juzgamiento en particular– tienen el derecho de obtener del Juez un pronunciamiento que responda al mérito de los medios probatorios actuados y que se funde en derecho, de lo contrario, sus pretensiones pueden verse frustradas por su arbitrio, ocasionando con ello la emisión de sentencias que generen la impunidad, el desamparo del agraviado o en las que se condene sin mayor sustento.”* (Resaltado adicional)
219. Estando a ello, apreciamos que debido a que la Sentencia impugnada se ha decantado por el delito de negociación incompatible y no por el delito de colusión, las observaciones por las que se declaró Nula la

primera sentencia, ya no resultan atinentes. Dándose por superados, dichos cuestionamientos procesales. Sin perjuicio de pronunciarnos sobre las demás objeciones que se sustentan en la decisión superior inhibitoria.

- 220.** Por devuelto a instancia, y luego del curso procesal, el Juez del octavo juzgado se avoca al conocimiento del expediente reenviado y el veintisiete de marzo de dos mil dieciocho [Folios 1778] se inició el juzgamiento que prosiguió en sus etapas hasta emitirse la venida en grado.

XIX. ACTUACIÓN PROBATORIA DE SEGUNDA INSTANCIA

- 221.** En el juicio de apelación como Segunda instancia, no se realizó actuación probatoria adicional.

XX. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

- 222.** El alegato impugnativo de los procesados Quesquén y Guanilo, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el Acta de la Audiencia del catorce de enero de dos mil veinte [Ver folios 2335 a 2339, en todo caso escuchar Audio minuto 15:46 a minuto 26:30] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelvan a ambos procesados, por indebida interpretación de las pruebas actuadas.
- 223.** *En su propia defensa material* el procesado Quesquén protestó su inocencia, dijo estar conforme con la defensa de su abogado, y señala que, se consiguió el terreno con la finalidad del terminal terrestre y si se compró a ese precio a la actualidad debe valer más de 20 millones, el perito fue un ingeniero agrónomo y no hizo una pericia valorativa sino una pericia personal y no ha habido un reclamo de los herederos. Y si no se ha construido para su finalidad escapa a su responsabilidad. En ningún momento ha participado con documentos falsos, ya antes le había comprado a la señora, y por los mismos participantes. Y tenía el poder de todos los herederos, la participación de quien habla es de buena fe. Ha trabajado de buena fe, si hubiera alguna observación de registros públicos, y fue inscrito. Y se ha comprado era para el beneficio de la comuna que dirigía.
- 224.** *Para su defensa material* el procesado Guanilo ejerció su derecho a que solo se escuche a su defensa técnica.
- 225.** El alegato impugnativo del procesado Portilla, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el Acta de la Audiencia del catorce de enero de dos mil veinte [Ver folios 2335 a 2339, en todo caso escuchar Audio minuto 26:46 a minuto 43:03] ratificando y fundamentando su pretensión, que se Revoque la sentencia y se reforme la misma para que se absuelvan al procesado; alternativamente, solicita la Nulidad de la sentencia, por transgresión de los principios de motivación debida, presunción de inocencia y legalidad, para que pueda renovarse el juzgamiento y sea otro Juez quien emita la Sentencia correspondiente en su oportunidad.
- 226.** *En su propia defensa material* el procesado Portilla protestó su inocencia, dijo estar conforme con la defensa de su abogado, y señala que, ha actuado de acuerdo a la ley de contrataciones, primero en la licitación luego en el proceso e exoneración por postor único. Y así hemos accedido a la compra del terreno, para el terminal terrestre. Y como ya lo teníamos en el presupuesto, de acuerdo a la valoración del Ingeniero Balarezo Bazán, lo hemos adquirido a menor precio, todo este expediente se elevó a Contraloría general de la república y hasta la fecha no ha habido ninguna observación.

227.El alegato impugnativo de la procesada Ríos, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el Acta de la Audiencia del catorce de enero de dos mil veinte [Ver folios 2335 a 2339, en todo caso escuchar Audio minuto 43:05 a minuto 56:20] ratificando y fundamentando su pretensión, solicitando la Revocatoria en el extremo que se le condena como cómplice primaria del delito de negociación incompatible; y, reformándola, que se le absuelva, problemas de interpretación, problemas de valoración y de configuración de la participación de su patrocinada.

228.*Para su defensa material* la procesada Ríos ejerció su derecho a que solo se escuche a su defensa técnica.

XXI. FUNDAMENTOS DE CONTRADICCIÓN

229.La señora representante del Ministerio Público en contradicción, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el Acta de la Audiencia del catorce de enero de dos mil veinte [Ver folios 2335 a 2339, en todo caso escuchar Audio minuto 56:24 a minuto 01:06:40] ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria integral de la Sentencia.

230.La señorita Procuradora Pública por el **actor civil**, en contradicción, tal como ha quedado registrado en el Audio pertinente, y a aquel nos remitimos para una mejor precisión, un extracto resaltante se consigna en el Acta de la Audiencia del catorce de enero de dos mil veinte [Ver folios 2335 a 2339, en todo caso escuchar Audio minuto 01:07:00 a minuto 01:13:00] ratificando y fundamentando su pretensión, pidiendo la confirmatoria de la Sentencia en el extremo civil de manera solidaria.

XXII. ANTECEDENTES

231.En el presente Expediente no existe apelaciones diferidas ni incidentes que precisar.

XXIII.FUNDAMENTOS DE LA SALA

232.**Fundamento de competencia.** Este Sala Superior examina de la sentencia conforme al canon jurisdiccional procesal penal y en tal sentido emite el siguiente razonamiento. Con la competencia para decidir conforme al mandato constitucional y la habilitación legal que aparece en el avocamiento Superior del presente Expediente. Limitado al contenido impugnativo y concedido, bajo el parámetro del *principio limitativo de rogación*⁷⁰¹ y del *principio devolutivo* contenido en el artículo 409° del Código Procesal Penal;⁷⁰² concordado con los artículos 149°, 150° y el inciso 3) del artículo 425° del Código Procesal Penal (CPP); la doctrina constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) **Expediente 2458-2011-PA/TC-AREQUIPA**, Caso Empresa TRIARC S.A. del catorce de setiembre de dos mil once, fundamento 7; y la doctrina jurisprudencial de la **Casación número 201 – 2014 – ICA**, del treinta de marzo de dos mil dieciséis, en el Caso de Walter Inocencio Sigvas Hinostroza absuelto del delito contra la libertad sexual – violación sexual en supuesto agravio de menor de dieciséis años KLCT, fundamento 7.

⁷⁰¹ Decisum extra petitum non valet. “La decisión fuera de lo pedido por las partes carece de validez, pues el Juez no puede pronunciarse fuera el petitorio concedido en alzada”

⁷⁰² Tantum devolutum quantum appellatum. “El Tribunal Revisor sólo decidirá aquello que hubiera sido apelado, podrá declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”

233. Respetando, asimismo, como Jueces de la Constitución, los Derechos y Garantías fundamentales, convencionalmente reconocidos; en la doctrina constitucional **STC Expediente 618 - 2005 – PHC/TC - LIMA**, Caso Ronald Winston Díaz Díaz del ocho de mayo de dos mil cinco, fundamento 21; así como las exigencias procesales reconocidas por la doctrina⁷⁰³ y la jurisprudencia suprema⁷⁰⁴ y constitucional⁷⁰⁵.
234. **Análisis del caso.** La Constitución Política del Perú (CN) ha establecido en el artículo 39°: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.*” Desarrollando que el Servicio Público como prestación del Estado para la satisfacción de las necesidades públicas, lo cual ocurre precisamente mediante el ejercicio de la carrera administrativa. (Art. 40° CN) Poniendo siempre por encima de cualquier caso, el interés estatal. ***Lo que importa que debe procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero.***⁷⁰⁶
235. Siendo que uno de los fenómenos sociales más preocupantes, es sin duda la “*Corrupción*”, afirma y coincidimos plenamente con el Magistrado Fiscal Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre, que es una lacra social que corroe las vísceras fundamentales del sistema jurídico – estatal, atrasando el desarrollo socio – económico de los pueblos, fenomenología que se incuba en todo el aparato público, arrastrando a un gran número de funcionarios y servidores públicos en estas prácticas ilícitas, que tanto daño producen a la estructura democrática de nuestro país. [PEÑA, 2016, TV:505]⁷⁰⁷
236. En correspondencia con la obligación internacional, el Perú ha alineado su actuar a la ***Convención Interamericana contra la Corrupción***, que fuera suscrita el año mil novecientos noventa y seis, bajo la tutela de la Organización de Estados Americanos, pues el Perú la aprobó el cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, vía la Resolución Legislativa 26757, siendo ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete. La ***Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*** (UNCAC) o ***Convención de Mérida***, adoptada en México, en diciembre de dos mil tres, en vigor desde el catorce de diciembre de dos mil cinco. Fue ratificada por el Perú por Resolución Legislativa 28357 del seis de octubre de dos mil cuatro. Del mismo modo el veintiocho de mayo de dos mil dieciocho rubricó en París su adhesión a la ***Convención anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*** (OCDE) que entró en vigencia el veintiocho de junio de dos mil dieciocho. Todas ellas, reconocen que una función pública eficiente y transparente es la base de un buen gobierno.
237. Sobre el ***bien jurídico***. Siguiendo a la escuela alemana el bien jurídico protegido en este delito es ***el deber de lealtad y probidad del funcionario como expectativa normativa***, que se concreta en nuestra realidad mediante ***el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la transparencia al realizar las contrataciones del Estado***

⁷⁰³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2003) *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Citado por DOLORIER TORRES, Javier (2003) en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, No. 54, Marzo 2003, Lima: Gaceta Jurídica, p. 153.

⁷⁰⁴ Casación No. 003106-2001-UCAYALI, Caso Gilma Meléndez contra David Yamashiro Shimabukuro, sobre alimentos, del 31 de marzo de 2002, FJ.4. Casación 2195-2011-UCAYALI – Sentencia de Pleno casatorio del 13 de agosto de 2012, Caso Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro contra Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco sobre desalojo por ocupación precaria. FJ. 6.

⁷⁰⁵ PRECEDENTE VINCULANTE. STC EXP. No. 000987-2014-PA/TC-SANTA, Caso Francisca Lilia Vásquez Romero, del 06 de agosto de 2014, FJ. 31.

⁷⁰⁶ Cfr. Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria en la **Casación 628-2015/LIMA**, del 05 de mayo de 2016, caso Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor Magistrado Supremo César San Martín Castro. Fundamento Segundo.

⁷⁰⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2016) *Derecho Penal Parte Especial*. Tercera edición, Tomo V. Lima: Idemsa

de conformidad con los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad, es decir, que se cumpla el deber de adecuar su conducta a los patrones normativos fijados en la Ley de Contrataciones del Estado, *procurar en todo momento, el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular sea propio o para un tercero* y que finalmente se culmine con la entrega de un servicio o una obra, debidas y adecuadamente ejecutadas, por un postor que ocupó su lugar de contratista, por ser la mejor opción posible, tras un proceso legítimo, transparente, limpio y sin presiones cumpliendo con proteger en todo momento el interés del pueblo peruano, ya que el funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas de la Administración Pública. Dicho proceder debe estar guiado por la exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales. [CASTILLO, 2015:22]⁷⁰⁸

238. La Administración Pública, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. [SALAZAR, 2007: 2 a 3]⁷⁰⁹ Para ello, actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas, por medio de la contratación pública. [GARCÍA, 2007, TI: 469]⁷¹⁰

239. La contratación en el seno de la Administración Pública, ora con otra entidad estatal ora con los particulares, viene a constituir todo un ámbito normativo de regulación, dirigido a fijar las pautas y las condiciones que deben regir dicha vinculación jurídica. Para el profesor Roberto Dromi, el contrato es una de las técnicas de colaboración de los ciudadanos, sujetos del hecho administrado, con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económica – jurídica respecto de las personas públicas comitentes. [DROMI, 2004, TI: 470]⁷¹¹

240. La especificidad de los Contratos de Administración, por tanto ha definido la necesidad de crear una normativa destinada a regular esta materia de contratación, sustrayéndola del ámbito de regulación, que ofrece al respecto el Código Civil (CC), a través de los artículos 1351° y siguientes⁷¹² donde ya no se puede hablar de una consensualidad libérrima entre las partes (libertad contractual), en el sentido que la Administración Pública debe garantizar ciertos principios básicos, cuando contrata con particulares, en especial cautela los intereses generales así como la optimización de los servicios

⁷⁰⁸ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.22; BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2001) *Delitos contra la administración pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Mave, p.291; MALDONADO, Horacio (1978) *Manual de Derecho penal*, 2da. Edición, Buenos Aires: De Zavallia, p. 560; ESTRELLA, Oscar Alberto y GODY LEMOS, Roberto (2000) *Código Penal, PE*, T.3, Buenos Aires: Hammurabi, p. 432; DONNA, Edgardo Alberto (2003), *Derecho penal, PE*, 2da. Edición, T.III, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, p.316; SALINAS SICCHA, Ramiro (2014) *Delitos contra la administración pública*, 3ª- edición, Lima: Grijley, p. 568; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, Lima: Jurista Editores, p. 495.

⁷⁰⁹ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo (2007) *El concepto y los Factores de los Contratos de Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*, en Revista Derecho & Sociedad, Número 29, Lima: PUCP

⁷¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, (2007) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Versión Latinoamericana. Lima: Palestra Editores S.A.C.

⁷¹¹ DROMI, Roberto (2004) *Derecho Administrativo*, Parte I, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid: Editorial ciudad Argentina.

⁷¹² **Artículo 1351° del Código Civil. Noción de contrato.** El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. **Artículo 1352°.** **Perfección de contratos.** Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. **Artículo 1353°.** **Régimen legal de los contratos** Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato. **Artículo 1354°.** **Contenido de los contratos** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. **Artículo 1355°.** **Regla y límites de la contratación** La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. **Artículo 1356°.** **Primacía de la voluntad de contratantes** Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

públicos, regido por tres criterios rectores: **Principio de imparcialidad**. Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la norma de contrataciones y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. **Principio de Razonabilidad**. En todos los procesos de selección de objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado. **Principio de Eficiencia**. Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. [PEÑA, 2015, TV:324 a 333⁷¹³ y DROMI, 2007: 39]⁷¹⁴

241. La Constitución Política del Perú (CN), en el artículo 77°, prescribe que: *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrato y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes*. De modo tal, que la Carta Fundamental establece de forma expresa, la obligatoriedad que tienen que cumplir las instituciones públicas, cuando aquéllas pretenden ejecutar obras o proveerse de suministros, en aplicación de fondos públicos.

242. Es decir y salvo excepciones puntuales, la contratación estatal debe someterse a determinadas reglas, que incluye un conjunto de actos preparatorios (la existencia de un Plan anual de contrataciones y adquisiciones (PAC), la existencia de un expediente técnico y el presupuesto debido), la aprobación de las Bases del concurso, la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, así como una ejecución reglada de dicho contrato, sometida incluso a reglas especiales de resolución de conflictos en caso que estos se generen. [GUZMÁN, 2015: 1001]⁷¹⁵ Así pues, los Contratos de Administración deben estar revestidos con una serie de presupuestos en todo el decurso del procedimiento administrativo, debiéndose verificar en detalle, que la empresa ganadora de la Buena Pro, cumple a cabalidad con las exigencias contenidas en las Bases de la Licitación, concurso o adquisición públicas. Hasta alcanzar su máxima plenitud en la entrega cabal y oportuna de la obra o servicio contratado.

243. **Sobre el juicio de subsunción**. En lo que concierne al Código Penal (CP), la Sentencia recurrida ha utilizado de conformidad con el **artículo 399° del Código Penal** modificado por la Ley 28355 vigente desde el seis de octubre de dos mil cuatro hasta el veinticinco de noviembre de dos mil trece, que reprime la conducta de quien siendo funcionario público, indebidamente en forma directa, se interesa, en provecho 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. En concordancia normativa con la **Ley de Contrataciones del Estado (LCE)** conforme al Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento el Decreto Supremo 184-2009-EF (RCE) ambos vigentes desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 08 de enero de 2016.

⁷¹³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015) *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera edición, Tomo VII, Lima: IDEMSA.

⁷¹⁴ DROMI, Roberto (2007) *Licitación Pública*, Lima: Gaceta Jurídica

⁷¹⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2015) *La Constitución Política, Contrataciones y adquisiciones del Estado*, Lima: Gaceta Jurídica

244. Y para la declaración de certeza, la teoría que mejor permite tanto la persecución como la probanza de este delito es *la teoría de la infracción del deber*, entendido éste desde un punto de vista Jakobsiano que todo Funcionario o servidor del Estado posee un estatuto funcional por el cual se vincula con un conjunto de deberes generales (de tutela del interés público) y específicos (de las funciones propias de su competencia), los cuales forman parte inherente de su cargo y por las cuales fue elegido o designado para el puesto público.
245. El delito de *negociación incompatible*, conocido también como delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios o interés particular en acto de oficio,⁷¹⁶ ha sido tratado en la jurisprudencia suprema⁷¹⁷ y en lo que concierne al presente caso, de obiter dicta (en su parte doctrinaria) es de considerar la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, que indica que el artículo 399° del CP es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación *-es un tipo penal general, de amplio espectro-* que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio, ni tampoco que la defraudación tenga contenido patrimonial (como en la colusión agravada) y por ello, es indispensable diferenciarlos en respeto al *principio de la proscripción de la doble persecución*.
246. Asimismo, no basta, con que se haya verificado observaciones subsanables, al proceso o la adquisición misma, sino que el agente haya mostrado *mediante esos actos irregulares* su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición [o contrato], violando (defraudando) la confianza pública. [Fundamento 4.35] Y en cuanto, al elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. *“Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a [o podría] recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.”* [Fundamento 4.41]
247. En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria contenida en el **Recurso de Nulidad 2770-2011/PIURA**, del doce de setiembre de dos mil doce, con Ponencia del Señor Juez Supremo Javier Villa Stein, Caso Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera sobre supuestos delitos de aprovechamiento indebido del cargo, tipificado en el artículo 397° del Código Penal, en agravio del Estado - Municipalidad distrital de La Unión. Que establece:
- “Fundamento 3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo

⁷¹⁶ Cfr. En la doctrina CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC, p.13; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1991) *Actuación en interés propio en los fraudes de funciones del artículo 401 CP*, en Estudios penales, Barcelona: PPU, p.609; MANZINI, Vicenzo (1961) *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Yerra Redín, T.8, Buenos Aires: Ediar, p. 314.

⁷¹⁷ Ver la Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 841-2015/AYACUCHO**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del 21 de junio de 2016 que toca un tema muy específico como doctrina vinculante: “Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa”. La Ejecutoria de la Sala Penal permanente, **Casación No. 23-2016/ICA**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Wilfredo Ostorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sicto Luis Ibarra Salazar, Rosaura Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles sobre delito de negociación incompatible en agravio del Estado, publicada el 08 de junio de 2017, que establece como doctrina, también vinculada a contrataciones pero vinculada a periodos de emergencia climática, en los fundamentos 4.35, 4.40, 4.41 y 4.42. Esta doctrina jurisprudencial al ser tan específica sólo puede ser aplicada en los casos que los asuntos materia de incriminación versen sobre defectos administrativos que la Legislación vigente de contrataciones del Estado, permita la regularización administrativa en casos de situación de emergencia por emergencia climática. Que no corresponde al caso que se juzga.

penal, los cuales pasamos a detallar: **a) intervenir por razón de su cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone: **i)** que es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión o una parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración e interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizado aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público, el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en las que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública. 3.3. (...) cabe indicar que el omitir en un inicio el informe favorable del Supervisor de obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis...”

248.Lo propio ocurre con la Ejecutoria de la Sala penal transitoria, **Casación No. 628-2015/LIMA**, Caso Jorge Ricardo Aparicio Nosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor César San Martín Castro, del cinco de mayo de dos mil dieciséis. Que en su Fundamento Segundo estableció:

“Que el delito (...) de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. (...) Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal del funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional) -. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero – no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario -. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho a favor de terceros o de él. El interesarse que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo – se trata de un interés económico – [FONTÁN, 1980:337]⁷¹⁸; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico, [pero también puede existir otro interés indebido, materializado en defraudar la confianza pública, buscando otros intereses diversos y subalternos, por ello; no es un delito de daño o de resultado] para la Administración Pública [DONNA, 2008:362]⁷¹⁹”

249.Como lo ha reconocido la jurisprudencia suprema pacíficamente, entre otras la **Casación No. 841-2015/Ayacucho**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del veintiuno de junio de dos mil dieciséis, invocada por la defensa del procesado Portilla. En su parte doctrinal (de obiter dicta) los delitos de colusión simple o agravada, o cohecho, son **delitos de encuentro o de convergencia** en donde se exige un rol activo del *extraneus*, en cambio en los otros delitos especiales como la negociación incompatible o el enriquecimiento ilícito, no lo son; el reproche al *extraneus* se concreta cuando su contribución o colaboración, permite que la infracción dolosa de los deberes de los funcionarios (*intraneus*).

250.**Sobre los hechos.** De conformidad con lo debatido y juzgado el Ministerio Público sostiene, sobre la base de la acusación escrita⁷²⁰ y ratificada oralmente en el

⁷¹⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos (1980) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo – Perrot

⁷¹⁹ DONNA, Edgardo Alberto (2008) *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores

⁷²⁰ Conforme se aprecia del requerimiento mixto de folios 03 a 68.

juzgamiento a partir de los alegatos iniciales como de los alegatos finales, [Ver folios 1778 a 1781, escuchar Audio de la audiencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, minuto 07:37 a minuto 57:16 y folios 1947 a 1949] luego de separadas las imputaciones fácticas sobre los hechos sobreseídos, considerando que el tercer hecho, el sexto hecho y el décimo hecho versan sobre el delito de falsedad genérica que ha sido sobreseído, el cuarto hecho y el octavo hecho tratan sobre el delito de falsedad ideológica. Por lo que en todo caso, serán utilizados como razonamiento indiciario en lo que fueran pertinente, al haber decaído la original incriminación sobre los delitos contra la fe pública. Entonces, sobre los hechos, se tiene lo siguiente:

- 250.1. Primer hecho.** Con fecha primero de junio de dos mil diez, se otorga la Escritura Pública 297, ante el Notario Público de la localidad de Pacasmayo, señor Cesar Ysaac Torres Gonzáles, relacionado con la compra venta del lote terreno rural denominado “Finca Urbana” ubicada en el lote “A”- Terreno “Santa Lucía” del distrito y provincia de Chepén, con un área de 4 hectáreas, inscrita en la Partida Electrónica 11005790, del Registro de Predio de la Oficina Registral de Chepén, acto realizado entre los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones** y **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**. La compra venta resultaría un acto irregular, al haberse advertido las siguientes situaciones: Que la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** se presenta como la persona que tenía las facultades plenas para disponer del terreno antes referido, en virtud del poder otorgado por sus hermanos Teodoro Augusto, Irma Luz, Ricardo Teodoro Ríos Rodríguez y Luisa María Ríos Bobadilla, poder inscrito en la Partida Electrónica 03003094 de la Oficina Registral de Chepén; sin embargo, de la lectura de este poder se observó que dichas facultades de disposición sobre el referido terreno no existían, ya que únicamente se le autorizaba a **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** para vender casas adquiridas por herencia de la testamentaria Ríos Llempén, debiendo tenerse en cuenta el Principio de literalidad del Derecho Registral; además que, para aquella fecha, uno de los hermanos de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, el señor Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, habría fallecido; por lo que en estas condiciones existe un cuestionamiento legal a los poderes que tenía la procesada. También que el precio del inmueble, por S/ 1'466,667.00, fue sobrevalorado notoriamente, debido a que la pericia oficial donde se concluye que el valor real de dicho inmueble no era el antes referido, sino de S/ 845,786.16; tenía napa freática alta, lo cual complicaba la ejecución de la obra, debido a los altos costos de su construcción. No obstante, se llevó a cabo la compra venta del inmueble, operación sobre la cual existen importantes razones para sostener que había un direccionamiento, ya que en marzo de dos mil nueve, la Municipalidad de Chepén había hecho estudiar las condiciones del terreno materia de la compra para el mismo fin del terminal terrestre como lo demuestra el “Estudio de Pre inversión a nivel, para la construcción de un terminal terrestre” realizado por el Ingeniero Neisser Joselito Mendoza León.
- 250.2. Segundo hecho.** Como hecho antecedente al contrato y otorgamiento de la Escritura Pública de fecha primero de junio de dos mil diez, se tiene el Proceso de Exoneración 001-2010. Con fecha veintiséis de marzo de dos mil diez, el Comité Especial designado para este proceso, estuvo integrado por los procesados **Jaime Carlos Guanilo Díaz**, **Segundo Marcial Portilla Vilca** y el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco; quienes otorgaron la Buena Pro a la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**; no obstante, dicho otorgamiento se efectuó conociendo que el referido bien se encontraba sobrevaluado y que la persona de **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** no tenía facultades para vender el referido inmueble, debido a que era copropietaria, más no única propietaria. Ello se verificará, debido a que los integrantes del Comité tuvieron a la vista los documentos que formaba parte del expediente; sin embargo, le otorgaron la Buena Pro.
- 250.3.** Previamente, como razonamiento indiciario, el cuatro de noviembre de dos mil nueve, la Municipalidad Provincial de Chepén convocó al Proceso de Licitación Pública 002-2009, para la adquisición de un terreno, donde se construiría el terminal terrestre; a pesar que, con fecha cinco de noviembre de dos mil nueve, el acusado Michael Frank Balarezo Bazán presentó ante la Municipalidad Provincial de Chepén un documento elaborado por su persona, denominado “Informe de Valuación de un inmueble urbano ubicado en la Unidad Catastral 1965, distrito y provincia de Chepén, departamento de La Libertad”, en cuyo apartado 1.3 del citado documento opinó que el área de terreno era de 45,000 metros cuadrados, además que se encontraba a nombre de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, siendo que dichos datos no se ajustaban a la

- verdad. Este informe falso generó la anulación del Proceso de Selección 002-2009, y se dio paso al Proceso de Exoneración 001-2010, mencionado antes. Este informe fue requerido por la Municipalidad Provincial de Chepén, cuando ni siquiera la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** había comprado las bases de la Convocatoria de la Licitación Pública 002-2009, en la medida que la convocatoria data de fecha cuatro de noviembre de dos mil nueve.
- 250.4.** Como razonamiento indiciario de respaldo, se consignaron datos falsos en el acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el proceso exonerado, de fecha veintiséis de marzo de dos mil diez. El Comité Especial integrado por los procesados **Jaime Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla Vilca** y el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco, manifestaron que el expediente, presentado por la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, tenía todos los documentos señalados en las bases; sin embargo, se ha verificado que eso no es cierto.
- 250.5.** Otro razonamiento indiciario de apoyo consiste en que el Informe de Posibilidades de Mercado que contendría datos falsos. En el marco del proceso de exoneración 001-2010, el procesado **Segundo Marcial Portilla Vilca**, en su calidad de Sub Gerente del Área de Abastecimiento y Logística, emitió, con fecha diecisiete de marzo de dos mil diez, el Informe 051-2010, en donde consignó haber realizado un estudio de posibilidades que ofrece el mercado con la finalidad de adquirir el terreno para la construcción del terminal terrestre, señalando que el inmueble de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** reunía las condiciones; sin embargo, dicha afirmación es falsa, pues el acusado no realizó el informe, que fue hecho por el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco y le hizo firmar al procesado Segundo Marcial Portilla Vilca.
- 250.6.** Quinto hecho. Haber omitido el cobro de penalidades. Así pues, una vez otorgada la buena pro, en el Proceso de Exoneración 001-2010, se comunicó dicho otorgamiento, a la ganadora, con fecha veintinueve de marzo de dos mil diez. Con fecha treinta y uno de marzo de dos mil diez se suscribe el contrato, se establece que la ejecución del contrato se efectuara dentro de las 24 horas; sin embargo, la ejecución del contrato, con la suscripción de la minuta recién se dio el primero de junio de dos mil diez; es decir, había transcurrido un poco más de dos meses, situación que contravino las normas de contratación y las bases de dicho Proceso de Exoneración, que establecía que la persona o postor, una vez otorgada la buena pro, tiene un plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días para presentar la documentación y firmar el contrato. La Ley de contrataciones establece una serie de consecuencias, por la no presentación de documentación, referida a la imposición de penalidades, que no se aplicó por la demora que tuvo la postora procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, en presentar la documentación para la firma del contrato; debiendo haber tenido que pagar el 10% del precio de venta; siendo el monto del contrato de S/ 1'466,667.00, no se le cobró la suma de S/ **146, 666.70**.
- 250.7.** Sétimo hecho. [Referido al hecho sentenciado Morales] El sentenciado Higinio Manuel Morales Valencia ha emitido con fecha dieciocho de marzo de dos mil diez, el Informe legal para la exoneración del proceso de selección en el que señala que se ha procedido a verificar los documentos de propiedad del inmueble ofertado por la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, el mismo que se encuentra saneado, que no existe sustituto posible para el bien ofertado, lo cual es falso; pero además, en tanto ha servido para justificar la exoneración del proceso de selección resulta siendo una contribución al hecho principal de **negociación incompatible** perpetrado por los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz, Segundo Marcial Portilla Vilca**, el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco y **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**.
- 250.8.** Noveno hecho. Omisión del cobro de penalidades en la Licitación Pública 002-2009. En dicha licitación pública, también se otorgó la Buena Pro a la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**; sin embargo, hubo una demora en el plazo para la firma del contrato. No obstante que dicho proceso fue declarado nulo por haberse ingresado documentación e información falsa, tampoco se cobró las penalidades señaladas en las Bases de Contratación; siendo el monto de S/ 165,000.00 que se dejó de cobrar por los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla Vilca**.
- 250.9.** Razonamiento indiciario complementario. Conforme a lo que la Fiscalía denomina acusación de hecho complementario, en la Audiencia del veintisiete de junio de dos mil dieciocho, sustentada por el Fiscal Víctor Ricardo Bazán Alagón, lo que incluso fue razón para nueva actividad probatoria, [Folios 1937 a 1937-A] a partir de la oralización de la Resolución de Alcaldía 1797-2009-MPCH del veintiocho de enero de dos mil nueve, el procesado **Ofronio Wilfredo Quesquén**

Terrones en su condición de alcalde de la Municipalidad provincial de Chepén, infringió las leyes del sistema nacional de tesorería y presupuesto, y la Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 aprobada por Resolución Directoral 002-2007-EF.77.15, al haber ordenado que se comprometiera y devengue la suma de S/. 459,384.00 (en ese momento nuevos soles) que era parte del compromiso presupuestario 2009 [para destinarlo] a la adquisición del terreno para la construcción del terminal terrestre en la localidad de Chepén, [y así se ejecutó] a pesar, que en aquella fecha no se contaba con la documentación sustentatoria para realizar el compromiso y devengado, como lo es, el contrato u orden de compra, y, la conformidad de la recepción del bien que se adquirió, respectivamente. Contando para ello únicamente con el Visto bueno de la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano, a cargo del sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Ríos.

251. El periodo temporal del ilícito imputado por la Fiscalía ocurrió entre el *tres de febrero del dos mil nueve al cuatro de junio del dos mil diez*.

252. SOBRE LA MATERIA IMPUGNATIVA. Para el análisis de los postulados impugnativos dado que las observaciones han sido variadas, las agruparemos por temas, ordenando por ítems; haciendo mención al procesado a quien concierne para una mejor distribución de los argumentos, sin iterar los alegatos que redunden sobre un mismo asunto. Desdoblado las objeciones revocatorias en dos apartados: los ataques a la premisa normativa y las denuncias respecto de la justificación externa de la premisa fáctica. De otro lado, el procesado Portilla pretende la nulidad de la venida en grado, aun cuando fundamenta su pretensión en argumentos de revocatoria, teniendo este Tribunal la potestad de oficio nulificante, nos pronunciaremos sobre si la venida en grado posee falencias de trascendencia que justifiquen el reenvío.

253. SOBRE LAS OBJECIONES A LA PREMISA NORMATIVA. La defensa de la procesada Ríos sostiene que no se ha determinado lo que significa interés indebido, denuncia que también comparte el procesado Quesquén, menos – sostiene la procesada Ríos - que al extraneus se le pueda atribuir una conducta ilícita de interés indebido. El procesado Quesquén considera que no se ha tomado en cuenta la Casación 231-2016/Puno, el procesado Portilla invoca la misma objeción aunque la escribe erradamente como casación 231-2007/Puno, en audiencia invocó también otras Casaciones que revisaremos. Los procesados Ríos y Quesquén objetan que se haya demostrado con prueba alguna su culpabilidad, descreditando la teoría indiciaria.

254. Sobre la delimitación del interés indebido defraudatorio en el delito de negociación incompatible. Los delitos contra la Administración Pública, son delitos especiales. Es decir, delitos que exigen no solo una cualidad especial en el agente para su comisión a título de autor, sino que, por esa connotación normativa, hay delitos principales y delitos subsidiarios, lo que hace ineludible tanto a la Fiscalía como al Juzgador distinguir las conductas en conflicto con la ley penal y los intereses o bienes jurídicos susceptibles de vulneración para no incurrir en doble persecución bajo el mismo fundamento. Es decir, determinar que no existan figuras típicas repetidas, ni que el delito subsidiario (como el tráfico de influencias o el enriquecimiento indebido o eventualmente la negociación incompatible) sean utilizados para perseguir arbitrariamente al servidor del Estado, cuando no se cuenta con los elementos probatorios suficientes del delito que corresponde.

255. Al respecto, tenemos que señalar en principio que, como se ha respaldado en los fundamentos 39 a 43 de esta decisión, el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, bajo la técnica legislativa de adelantamiento de punibilidad. Si a ello, aunamos que es un *principio fundamental del derecho y una Garantía fundamental*: la prohibición de perseguir dos veces una misma conducta con el mismo fundamento

(en la ley penal), *principio de proscripción de ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8º, numeral 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Decreto Ley No. 22231 del once de julio de mil novecientos setenta y ocho, el Perú consagró Constitucionalmente su ratificación el doce de Julio de mil novecientos setenta y nueve por la Asamblea Constituyente y a nivel constitucional se encuentra consagrado conjuntamente con el principio de cosa juzgada, como lo prescribe el artículo 139º inciso 2 de la CN.

256. De hecho, la proscripción de doble persecución, desde su dimensión material,⁷²¹ no solo es un mandato dirigido al Juez, sino también al legislador y desde ese punto de vista, si existe el delito de peculado y el delito de colusión agravada, destinados a la defraudación y perjuicio patrimonial, y la colusión simple que persigue la defraudación potencial general (a la confianza pública de proceder conforme al interés público) y no necesariamente patrimonial; acoger el postulado de los recurrentes que el delito de negociación incompatible exige la defraudación patrimonial o la materialización del provecho real propio, sería vulnerar la prohibición de perseguir doblemente la conducta o como colusión agravada en el primer caso, o como peculado en el segundo. Con mayor razón, si se trata de delitos especiales y no comunes, que, regidos por el *principio de especialidad*, la conducta debe encuadrarse en un delito particular y no en varios al mismo tiempo, sin perjuicio del concurso de delitos que pudiera existir, cuando mediante una o varias acciones, se haya defraudado varios intereses protegidos al mismo tiempo.

257. En segundo lugar, como lo hemos sostenido en otras oportunidades,⁷²² el *interés indebido* y *el provecho propio o de tercero*, como elementos típicos del delito de negociación incompatible, es necesario revisarlos desde la perspectiva de *la tesis del desdoblamiento*. En efecto, vinculado al interés indebido se encuentra el asunto de la acreditación del desdoblamiento. Al respecto debemos señalar tres cosas: En primer lugar, la finalidad de la prohibición contenida en este delito, proscribire el desdoblamiento del interés, es decir el hecho que pese a que todo Funcionario Público por su misma razón de ser, interviene representando al Estado, desvía la tutela del interés general, para respaldar, apoyar, preferir otro interés subalterno como el propio beneficio o el de un particular. No siendo necesaria ni la previa concertación, ni siquiera que el beneficiario conozca que se le está beneficiando (contribución residual del extraneus). Este desvío del uso del poder que posee todo Funcionario Público, para usarlo en favor (beneficio) de un interés particular, en este caso de la vendedora inmobiliaria, es el que merece el reproche penal. Siendo la posición académica más consolidada, que lo indebido no solo se refiere a lo ilegal o irregular; sino también al fracaso del principio de exclusiva protección de los intereses públicos, o bien, a la defraudación de la confianza pública, lo que supone *el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la vulneración del principio de confianza depositado, con el consiguiente desprecio o*

⁷²¹ Cfr. STC Expediente 2050-2002-AA/TC – LIMA, Caso Carlos Israel Ramos Colque, del dieciséis de abril de dos mil tres, fundamentos 18 a 23; y, STC Expediente 04234-2015-PHC/TC – LIMA, Caso César Adán Casanova Audante, del veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, fundamento 3.

⁷²² Cfr. Expediente 02082-2018-5-1601-JR-PE-01, Sentencia Superior contenida en la resolución Treinta y ocho del veintidós de octubre de dos mil diecinueve, caso Santos Apolinar Cerna Quispe, Juan Manuel Bazán Palomino, Tomás Arturo Licham Gil, Elizabeth Gady Sánchez La Barrera, Carlos Enrique Guanilo Rodríguez, Leonardo Max Montenegro Túmez y Patricio Baltazar Pérez Alvitres sobre delito de negociación incompatible en perjuicio de la Municipalidad distrital de Pacanga, Fundamentos 60 y 61; Expediente 02844-2013-65-1618-JR-PE-01, Sentencia Superior contenida en la resolución Cuarenta y nueve del veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve, caso Daniel Marcelo Jacinto, Edilbero Henry Navarro Varas, Liz Mirella Miranda Medina, Cyntia Mariella Flores Flores y Luis Mercedes Fernández Vilchez sobre delito de negociación incompatible en perjuicio de la Municipalidad distrital de La Esperanza, Fundamentos 51 a 53.

postergación del interés público, al asumir el sujeto activo, roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses del Estado. [Cfr. SALINAS, 2011:253]⁷²³

258. De otro lado, no se trata, como señala la doctrina nacional y extranjera, que la norma sancione la tendencia subjetiva del funcionario, o el querer un interés de lograr un provecho, lo que podría permitir ubicar equivocadamente, a este ilícito, como un delito de peligro concreto, sobre lo que volveremos más adelante. En realidad, lo que prohíbe y castiga es interesarse realizando determinados actos materiales que revelan una especial preocupación por defraudar la confianza pública, para favorecer a terceros o los objetivos particulares, lo que supone – en tercer lugar - por la desviación del poder, o la postergación del deber de actuar guiado por el **principio de exclusiva protección de los intereses públicos**. [SANCINETTI, 1986:886]⁷²⁴

259. Y tercero, no es necesario que el agente del delito se beneficie con su actuar, puesto que es suficiente que se pudiera realizar un beneficio, incluso ajeno; aunque no lo logre, dada su **naturaleza de delito de peligro, por adelantamiento de la punibilidad**. Al igual que, tampoco es necesario que el beneficio potencial pudiera dirigirse a un tercero, menos aún que deba existir un concierto previo, dado que ese sería el delito de colusión. Y tampoco, es indispensable que el tercero sepa de antemano que pudiera ser beneficiado por el agente del delito de negociación incompatible, siendo que puede configurarse el delito cuando dolosamente el agente beneficia a un tercero, incluso por razones fútiles o bien, deleznales. En todo caso, el tercero debe exhibir dolo para que, comprendido como cómplice (*extraneus*) le alcance reproche de certeza punitiva, cuya acreditación devendría en una condena. [CASTILLO, 2015:25]⁷²⁵ En consecuencia, en este delito, lo que se debe demostrar es que el funcionario público, infringió sus deberes y defraudó la confianza pública para preferir intereses subalternos en lugar de la exclusiva defensa y protección de los intereses públicos.

260. **Sobre el interés indebido en el caso del extraneus.** La procesada Ríos sostiene que no se ha demostrado ni siquiera indiciariamente que haya tenido un interés indebido, porque al no ser funcionaria pública no se ha demostrado cuál es el rol ilícito que cumplió. Este alegato desconoce por completo la teoría de la infracción del deber, tesis con la que se disuelven los delitos contra la Administración Pública, además de lo que supone el interés indebido reseñado en los fundamentos inmediatos anteriores. Como bien lo ha graficado la Magistrada Superior Norma Beatriz Carbajal Chávez, ponente, en la Sentencia de segunda instancia que anuló la primera sentencia en el presente caso [Ver expediente 00011-2015-0-1601-SP-PE-02] y Sentencia de nulidad que aparece de folios 1207 a 1273: “*En lo atinente a la calidad de extraneus, en la actualidad, esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada. Según esta, el partícipe extraneus que interviene en un delito especial, deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto intraneus, como extraneus responden por el mismo delito especial. Dentro de esta corriente de pensamiento se identifican, básicamente dos teorías: a) La teoría de la infracción de deber: en todos los delitos especiales el intraneus sería el autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber especial, mientras que los extraneus que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo. b) La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico. Esta sostiene que el extraneus será sancionado como*

⁷²³ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011) *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley

⁷²⁴ SANCINETTI, Marcelo (1986) *Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, T. XXXIX, fascículo III, setiembre – diciembre, Madrid:ADPCP

⁷²⁵ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis (2015) *El delito de negociación incompatible*, Lima: Pacífico Editores SAC sostiene el autor que se cometería delito de negociación incompatible por el funcionario que direcciona un concurso de personal, para que gane la plaza la concursante a la que pretendía enamorar. Siendo que si la concursante advierte ese direccionamiento y no lo evita, peor si conoce las intenciones del actor, entonces sería responsable penalmente como cómplice de este delito en la forma de extraneus.

partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte de un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento además que al funcionario extraneus le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional”. [Fundamento 43 de la Sentencia de segunda instancia que anuló la primera sentencia]

- 261.** De allí que el extraneus, en los delitos especiales, no solo no requiere tener condición de funcionario o servidor público, (lo cual sería una verdad de Perogrullo u obvia); sino que debe cumplir, o bien, un rol facilitador del delito (prestar su nombre, concurrir en un proceso de contratación para dar la forma de legalidad cuando es únicamente una apariencia o en general contribuir a la defraudación de la confianza pública); o bien, un rol residual beneficiarse de la defraudación (beneficio que por cierto no requiere ser económico, puede ser únicamente social e incluso moral, como la opinión subjetiva que el postor es un experimentado contratista). Desde luego, que tales intervenciones no requieren ser dominiales: el extraneus no precisa comportarse como si fuera servidor o funcionario público, pero sí debe ser una actuación dolosa.
- 262.** Y desde este punto de vista, la procesada Ríos conocía que no tenía suficiente y válida representación, no tanto como señala su defensa porque si el poder permitía vender casas, por el principio lógico minus ad maiorem (quien puede lo más puede lo menos), podía vender terrenos; sino porque su hermano poderdante Teodoro Augusto Ríos Rodríguez había fallecido el dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y seis [Ver Expediente judicial 006692-2015-29-1601-JR-PE-10,⁷²⁶ en adelante /EJ; Acta de defunción de Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, folio 05/EJ y el Certificado de cancelación RENIEC por fallecimiento del poderdante mencionado, folio 06/EJ], corroborado con la Declaración Jurada en donde la procesada afirma ser representante del fallecido sin precisar que se encontraba difunto de folio 36/EJ; así como tampoco coinciden las declaraciones juradas sobre plazo de entrega en donde afirma representar a los propietarios [Folios 36, 52, 66/EJ], sin realizar tal precisión; y, la declaración jurada de carecer de impedimentos para contratar en donde además sostiene ser la única propietaria [Folios 37, 53, 67/EJ]. Conocía también que el inmueble no tenía una extensión de 45,000 metros cuadrados, como lo exigía las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos de las Bases estándar para la contratación de bienes [Ver folio 111/EJ]; y que no había podido cumplir con los plazos pactados ni siquiera en la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, ni en el Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH y que conforme a las bases que adquirió le correspondía en ambos procesos penalidades que debía cobrarse la Municipalidad agraviada, y que no hizo. Pese a dicho conocimiento, la procesada Ríos, suscribió la venta del inmueble, y además a un precio mayor al que debía corresponder.
- 263.** Si bien, esto último, viene disminuido en su gravedad, debido a que su conducta se ajusta a la de una comerciante/vendedora, no deja de ser una conducta dolosa, puesto que conocía, que no tenía poder válido por la muerte de su hermano, que el terreno que vendía se encontraba inundado por el regadío de arrozales, cultivo que por *máximas de la experiencia*⁷²⁷ requiere abundante agua, por lo que no era apto para instalar un

⁷²⁶ Compuesto por los documentos oralizados en las audiencias del veintiuno de mayo; veinticuatro de mayo; treinta y uno de mayo; siete de junio; y catorce de junio de dos mil dieciocho.

⁷²⁷ Conforme a la autorizada doctrina del jurista vasco José Igartua Salaverría, que las *máximas de la experiencia* se constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas, el sentido común. Todos estos son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que lo llevarán a una determinada conclusión. Y es que de lo contrario, existiría un grave defecto de o vicio en la motivación. Ahora bien, debemos tener en cuenta que las máximas de la experiencia son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en hechos o experiencias anteriores. Como hemos dicho, el alcance de la máxima de la experiencia dependerá de los medios fácticos que se analizan también

terminal terrestre, a menos que el comprador realice una mayor inversión, todo lo cual, debía haber formado parte del negocio y fijación del precio de compra/venta del inmueble, pero deliberadamente la procesada dejó de hacerlo. Sobre este mismo asunto, el hecho que la Segunda Sala penal de apelaciones de La Libertad [Cfr. Fundamento 12 de esta sentencia], como invoca la defensa de los procesados Quesquén y Portilla, se haya pronunciado que los poderes de la procesada Ríos eran suficientes para vender, no puede ser aceptado, no solo porque no se trata de una jurisprudencia que vincule a este Tribunal, sino que además tratándose de una sentencia inhibitoria su único régimen es el reenvío producido para que el Juez de primera instancia vuelva a sentenciar, lo que ha ocurrido; y, por último, - aunque es un asunto discutible, de si un poder es suficiente cuando le permite vender "casas" para que pueda vender "terrenos" desde la perspectiva del principio de literalidad de los actos jurídicos de mandato; lo evidente es que la procesada Ríos conocía que cuando vendía a nombre de su hermano éste estaba fallecido, por lo que sus actos eran inválidos.

- 264.** Confirma su actuar doloso, el testimonio de la Notaria Pública Juana Isabel Cerna Rodríguez quien en la audiencia del nueve de abril de dos mil dieciocho, testificó que: *"en una oportunidad la señora Luisa [Augusta Ríos Rodríguez] le fue a consultar sobre si podía disponer de un bien con un poder cuando el poderdante había fallecido, para lo cual la notaria refiere que le dijo que No, y que solo fue una consulta..."* [Escuchar minuto 38:34 a minuto 40:32] Tampoco resulta atendible la alegación de los procesados Ríos y Portilla, excusándose que con ese poder se vendió el terreno, sin que se haya sentenciado al Notario Público Cesar Ysaac Torres Gonzáles, quien estaba también comprendido en este proceso, o que con ese mismo poder, la misma procesada haya vendido otra propiedad a la propia Municipalidad y al Instituto cultural peruano norteamericano - ICPNA, actuadas como medios de prueba [Cfr. Escritura Pública 1225 del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis, adquisición de lote de 558 M2 entre los mismos procesados Quesquén y Ríos de folios 579 a 584/EJ y Escritura Pública 1313 del dieciocho de diciembre de dos mil ocho venta de predio de 3,042.97 M2 entre la procesada Ríos y el ICPNA de folios 586 a 592/EJ]. A lo que se suma el Oficio 091-2012 del veinticinco de abril de dos mil doce el Notario Merino Castillo quien da cuenta de la sucesión intestada inconclusa que la procesada Ríos ha iniciado respecto de su hermano difunto Teodoro Augusto Ríos Rodríguez [Ver folios 567 a 575/EJ]
- 265.** Con todo ello, lejos de exonerarla no hace sino afirmar con mayor certeza su actuar doloso, puesto que si su actuar es de buena fe, entonces, no se explica su duda al consultarle a la Notaria Cerna Rodríguez sobre la validez de los poderes; y de otro lado, no existe nexo de validez entre dichos actos, porque la reiterancia en un actuar ilícito o la falta de objeciones a actos inválidos, no vuelven lícitos o válidos tales actos jurídicos. Siendo además, que si no hubo reclamos ulteriores de sus propios familiares, resulta

se presentan en los hechos que representan experiencias anteriores para el juzgador. Así pues, comprenden, dejando al margen conocimientos científicos, generalizaciones empíricas (o reputadas como tales) que se refieren a la conducta humana, tanto individual como social. De hecho, sin embargo, las mencionadas generalizaciones, que tienen su asiento en el sentido común, forman un conjunto "heterogéneo, incierto, incoherente, histórico y localmente variable, epistémicamente dudoso e incontrolable" como afirma Michele Taruffo. En él se amontonan, en efecto, generalizaciones atendibles e ilaciones carentes de fundamento, valoraciones morales y prejuicios, refranes extraídos de la sabiduría popular y residuos incontrolados de recuerdos escolares, ideas inducidas por las mass media y vulgarizaciones científicas de todo género; por lo que recurrir a las susodichas generalizaciones es, aunque necesario, abiertamente riesgoso como señala William Twining "*necessary but dangerous*" (necesarios pero peligrosos). En ese sentido, tanto Michele Taruffo como Juan Igartua Salaverría, consideran que las máximas de la experiencia deben reunir tres condiciones mínimas: a) Que sean comúnmente aceptadas en el ambiente socio cultural en el que el Juez desenvuelve, aunque eso no impide el empleo de nociones e informaciones que todavía no han ingresado al acervo del sentido común, en cuyo caso la jurisdicción está obligada a justificar; b) que no hayan sido falseadas o contradichas por conocimientos científicos; y, c) que no entren en contradicción con otras máximas, tan de sentido común como aquellas. [IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2009) *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Colección Pensamiento jurídico contemporáneo, Lima: Palestra, Bogotá: Temis, pp. 148 a 150]

explicable que por estar fallecido el poderdante Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, sin derechohabientes que reciban el monto de la alícuota que le correspondía por las ventas (como parece acreditarlo el trámite de sucesión intestada) tampoco había quién pudiera objetarlo o protestar policial, judicial o administrativamente.

- 266.** Y desde esta perspectiva las objeciones que haber ofertado su terreno es un acto legal y no la convierte en “*tercero doloso*”, porque no tiene capacidad de decisión para comprar, menos que haya obtenido un beneficio personal; que el hecho de ser copropietaria y apoderada no la vuelve cómplice, y que las conversaciones que no niega haber tenido con el procesado Quesquén como alcalde, fueron gestiones válidas. Son alegatos que no resultan de recibo si se considera que la complicidad en la teoría de la infracción del deber no exige un dominio fáctico, como pretende la procesada sino facilitar, contribuir o colaborar con el infractor funcional para que se consolide la defraudación del deber que posee de interés exclusivo en el beneficio estatal, y como lo mencionamos el dolo revelador en este caso aparece, en tanto, la procesada Ríos conocía que los defectos legales de representación y los defectos inmobiliarios para el fin propuesto, sin dejar de mencionar que la extensión o el precio, o las condiciones del terreno al momento de la venta no resultaban ajustados a la adquisición. Son razones que justifican indiciariamente coincidir con el Ad quo, en que el comportamiento de la procesada Ríos como *extraneus* de complicidad fue intencional y doloso. En consecuencia, estos alegatos resultan infundados.
- 267.** *Sobre la teoría indiciaria y su aplicación en el proceso penal.* La defensa técnica de la procesada Ríos y del procesado Quesquén han cuestionado que el Ad quo fundamenta su sentencia en pruebas (indicios) que no cumplen los requisitos materiales para su configuración. Este razonamiento, nos obliga a definir previamente la teoría indiciaria, sin invadir la Regla procesal de libre valoración probatoria judicial.
- 268.** Lo primero que debe reconocerse es que el razonamiento indiciario no es una prueba, es una inferencia lógica que debe reposar en hechos probados (examen de probática), en que la inferencia causal entre el hecho probado y el hecho indiciario debe ser de tal naturaleza (intensidad necesaria, en la cual el indicio vale por sí mismo; o poseer intensidad contingente, en cuyo caso requiere de otros indicios de igual naturaleza que converjan para lograr la solidez de la inferencia); y en que, la inferencia aparezca (explícita o implícitamente del razonamiento realizado por al Ad quo) sin que pueda desmerecerse la argumentación. Dada la compleja naturaleza del razonamiento indiciario, sobre todo en el área penal que como estándar probatorio exige una certeza de responsabilidad más allá de toda duda razonable.
- 269.** Así pues, salvo el caso de una *inferencia indiciaria necesaria* (bajo el operador lógico recíproco “si y solo si”) en la que la inferencia causal del hecho probado hacia el efecto indiciario es unívoca; y en este caso, el razonamiento indiciario no es necesario sino que aparece una *inferencia indiciaria contingente*. En ese sentido, se requiere la convergencia indiciaria, toda vez que la inferencia causal puede ser plural y por ello puede existir otra respuesta lógica que puede parecer un contra indicio. Por esa misma razón, la Regla procesal exige la convergencia y además que los indicios contingentes sean de tal naturaleza a la luz de la sana crítica, las máximas de la experiencia, las leyes de física, la lógica y lo notorio, que permitan derribar la duda que es implícita a todo ente contingente. Insistimos, lo contingente es polisémico, permite varias respuestas

posibles, por eso se exige la convergencia fuerte para descartar la equívocidad. [AZULA, 1998: 294 a 295]⁷²⁸

- 270.** Desde esta perspectiva, encontramos que la sentencia venida en grado, posee justificación integral, aunque sin el rigor exigido por la defensa. Rigor que, por cierto, no es indispensable como para respaldar la destrucción revocatoria que solicitan los apelantes Ríos y Quesquén. Por lo contrario, se encuentra suficiente justificación como para poder comprender el razonamiento indiciario por cada uno de los indicios existentes, y que, en todo caso, con la presente decisión revisora los volvemos manifiestos, aun cuando la Fiscalía los llame hechos cuando se trata más bien de inferencias indiciarias. En concordancia con la Regla procesal que el Juez puede analizar individual e integralmente la prueba para obtener su decisión. (Artículo 393° inciso 2) del CPP).
- 271.** El razonamiento por indicios es la técnica del razonamiento judicial que permite la existencia del elemento acreditador del hecho y la responsabilidad criminal, su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. El razonamiento probatorio por indicios no es un medio de prueba adicional, es una técnica de valoración de prueba y de aplicación general a cualquier delito, en especial para los ilícitos de clandestinidad y organización delictiva, como los delitos contra la Administración Pública.
- 272.** Las *reglas de la prueba indiciaria* han sido fijadas en el artículo 158° del CPP y son: a) El hecho indicio debe estar acreditado por prueba indiscutible; b) Debe existir un enlace causal según las reglas de la sana crítica que genere un juicio de probabilidad cualificada, es decir que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Inexistencia de prueba en contrario, del hecho indicio o del hecho presunto, o del nexo causal (o sea otra regla que arroje conclusiones diferentes); y cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.
- 273.** La *contra prueba* crea duda en el Juez sobre el indicio, que el hecho indiciario que no existe, probando que existe otro hecho indiciario que genera distinta conclusión. La contra prueba directa destruye el indicio. La contra prueba indirecta busca la prueba directa de otros hechos que por su compatibilidad con el indicio o destruye el mismo; es el contra indicio o la coartada. *Prueba de lo contrario* (se dirige al hecho presunto), si desvirtúa el hecho presunto, por la concurrencia de prueba, entonces el indicio que desvirtúa no existe. *Exclusión de otras conclusiones presuntivas*. Los indicios, según Serra Domínguez son polisémicos depende de la probabilidad probatoria, grave o fuerte o débil o leve, si es lo primero se está más cerca de la certeza lo segundo más lejana. Por ejemplo: el modus operandi que se rige por el principio de normalidad, que significa que, si un individuo posee una determinada conducta reiterada en el tiempo, será de consuetudo que la seguirá teniendo. Como lo precisa el doctor César San Martín Castro, “*indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado.*” [SAN MARTÍN, 2003: 856; CALDERÓN y CHOCLÁN, 2002: 385 y **RECURSO DE NULIDAD 1912-2005/PIURA, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Agustín Eleodoro Romero

⁷²⁸ AZULA CAMACHO, Jaime (1998) *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá: Editorial Temis

Paucar sobre delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, del 06 de setiembre de 2005, FJ. 4.]⁷²⁹ Aprobado por Acuerdo Plenario 01-2006-esv-22 y concordado luego con la **Casación 628-2015/LIMA**, Caso Jorge Ricardo Aparicio Nosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal, Sandro Rivero Gonzáles, Rosario Ramírez Rojas, Luis Singler Flores y Luis Felipe Izaguirre Uribe por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ponencia del señor César San Martín Castro, del cinco de mayo de dos mil dieciséis.

274.Lo cual se afinca incluso en la consolidada doctrina penal expresada por don Juan Alberto Belloch Julbe quien anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: **a)** una serie de hechos – base o uno solo “especialmente significativo o necesario”, que constituirán los indicios en sentido propio; **b)** un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, **c)** una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, *conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico*. [BELLOCH, 1992: 38]⁷³⁰.

275.Desde el aspecto formal la Regla procesal de *régimen de libre valoración probatoria*, permite como lo reconoce el artículo 157° inciso 1) del Código Procesal Penal (CPP) que sea posible acreditar los hechos por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Incluso excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, se entiende a los permitidos por la ley, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible. En consecuencia, el proceso penal no exige como lo requiere la defensa que el razonamiento indiciario, exista unívoca valoración de la prueba, menos aún, que dicha valoración sea la que propone el apelante o que la realizada por el Ad quo, sea equivocada. En ese sentido, la valoración propuesta debe ser sometida a la sana crítica, a la lógica, a las leyes de física o a las máximas de la experiencia, tal como lo ordena el artículo 393° del CPP y a partir de esos fundamentos puede revisarse la logicidad o certidumbre de las conclusiones valorativas, y con este baremo, examinaremos los recursos impugnativos.

276.*Sobre la aplicación de la Casación 231-2017/PUNO.* Los procesados Quesquén y Portilla señalan que la sentencia contraviene lo establecido en la Casación mencionada y en otras jurisprudencias de la Corte Suprema sobre el mismo asunto, según las cuales en el delito de negociación incompatible debe acreditarse fehacientemente el interés indebido por cuanto es un delito de peligro concreto, cuya consumación se condiciona a la creación de un riesgo (resultado) inminente, lo que no ha ocurrido en el presente caso, con relación al procesado Quesquén ni con relación al procesado Portilla, incluso alega este último, que si el Ad quo decidió apartarse de la jurisprudencia debió fundamentarlo convenientemente. Al respecto se requiere un análisis formal y otro material. Del lado **formal**, es ineludible componer las Reglas de derecho punitivo

⁷²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César (2003) *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Lima: Editorial Grijley; CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; (2002) *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson.

⁷³⁰ BELLOCH JULBE, Juan Alberto (1992) *La prueba indiciaria*. En: AA.VV. *La sentencia penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial

fijadas por la Corte Suprema de la república con la *Teoría del precedente*⁷³¹ o (Case System), tal como se aplica en los sistemas anglosajones, encontraremos que el órgano

⁷³¹ **Sobre la Teoría del precedente.** Denominado Case System, la teoría del precedente de origen inglés y reformado por el sistema judicial norteamericano, es el sistema judicial por el cual se resuelve un conflicto jurídico tomando como referencia la resolución judicial histórica y anterior que sobre el mismo asunto se haya resultado. Posee dos supuestos: a) El antecedente judicial (comúnmente llamado precedente) **Case System**, por el cual cualquier resolución judicial de cualquier instancia y de cualquier distrito confederado en los Estados Unidos puede servir para resolver el caso presente, siempre que las notas esenciales entre ambos casos sean idénticas; y b) La jurisprudencia vinculante o **Leading case**, caso emblemático referente, por el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reconociendo el uso frecuente, longevo y consuetudinario de un caso antecedente judicial, lo admite como un caso referente para resolver casos futuros, incluso en el writ of certiorari, (escrito de certeza) puede llegar a impedir que demandas de ese estilo sean postuladas. No debe perderse de vista que la teoría del precedente parte del supuesto que la fuente de derecho no es la ley; ni que por otro lado cualquier Juez puede apartarse de un Leading case utilizando su facultad de distinción (distinguishing) mientras que en un case system sólo es suficiente que declare la diferencia de su caso con el antecedente. Lo que importa reconocer, la capacidad suprema uniformizadora de la doctrina casatoria o constitucional, pero con razonabilidad, cuando tratándose de asuntos derrotables, deba imperar la independencia y autonomía del Juez. Por lo mismo a diferencia de la legislación que posee Reglas de derecho, en las que impera la subsunción del caso a la norma, en la casuística el ejercicio jurisdiccional consiste en componer el caso presente con el caso precedente y sólo de un juicio de identidad puede desplegarse análogas consecuencias. [//] Precisamente la facultad de distinción (distinguishing) ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico peruano en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo 767 – Decreto Supremo 017-93-JUS, que prescribe: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.” (Resaltado adicional) [//] Tratándose de la Ley el Juez no puede realizar una aplicación lineal, sino que debe interpretarla previamente y sólo entonces aplicarla al caso concreto. Tampoco puede considerar las interpretaciones jurisprudenciales al precedente o a la jurisprudencia anterior como excepciones a la Regla de derecho (como se ha hecho en la recurrida) sino que debe realizarse más bien un juicio de composición o de descomposición, donde las interpretaciones son criterios, pero no Reglas menos cerradas o absolutas. Luego, insistimos, según la Teoría del precedente, el análisis judicial para aplicar la jurisprudencia vinculante no es una tarea de subsunción como si fuese Ley, en donde la Regla de Derecho que la contiene se emite por generalidad de las cosas (Artículo 103° CN) sino que las Reglas Procesales, las Reglas jurisprudenciales y eventualmente las Reglas de Derecho que pudieran surgir implícitas, se emiten por casuística (por la diferencia del caso concreto). Por ende la tarea judicial con relación a la jurisprudencia vinculante, exige tres pasos: a) La **equiparidad**, que supone determinar que el caso presente es semejante en todas sus notas esenciales con el caso precedente, puesto que de lo contrario no es posible aplicar la jurisprudencia al caso que se resuelve ya que no le sería pertinente; b) La **denotación**, que exige reconocer e identificar en la Sentencia vinculante los enunciados que son Regla procesal o Regla Jurisprudencial para los casos futuros, como dijimos antes, eventualmente también las Reglas de derecho; y c) La **pertinencia constitucional**, que exige el Juez que si bien se hubiese superado los pasos anteriores, no exista una interpretación de mayor optimización o de mejor justicia que deba aplicarse, por lo que debe justificar y sustentar en la decisión, conforme a su potestad el apartamiento del precedente, por razones superiores constitucionales o convencionales y fundamentales de justicia, que se conoce como la facultad de distinción (distinguishing). [//] Ello supone reconocer también, que un Sistema normativo puede y es imperfecto, por ende, posee intersticios [Los intersticios del derecho se dividen en vacíos o lagunas y defectos, como las antinomias, vaguedad, oscuridad, ambigüedad, texto abierto, concepto jurídico indeterminado. Así que incluso, en la adopción de una antinomia, igual se tendría que recurrir a los Principios del Derecho. MORESO, Juan José & VILAJOSANA, Josep María (2008) Introducción a la teoría del Derecho, Madrid: Marcial Pons] que deben ser solucionados mediante una interpretación concordante, sistemática e integral que permita la completitud y armonía del Sistema normativo de tal manera que las exclusiones de prescriptos vigentes sean excepcionales y sólo cuando se hubieran agotado todos los medios posibles de armonización. [ALCHOURRON, Carlos Eduardo & BULYGIN, Eugenio (1987) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 34 a 43] En ese sentido, la opción de criterios de solución de intersticios de indeterminación o de derrotabilidad del derecho, recurriendo a principios, debe ser de última razón, cuando se haya descartado todas las posibilidades de interpretación que permitan la subsistencia de las prescripciones jurídicas en cuestión, legales o jurisprudenciales. [RODENAS, Ángeles (2012) Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, p. 71] [//] Recurriendo a una interpretación de concordancia práctica y de concordancia constitucional, bajo la rectoría del **principio a favor del juez** (pro bonum iudex) “debe agotarse la posibilidad de extraer el sentido o significado que se expresa a través de las palabras, sea que provengan del texto legal o del texto constitucional, pasando de los significados a los significados” [ZAGREBELSKY, Gustavo (2008) *El derecho dúctil*, Traducción Marina Gascón, 5a. ed., Madrid: Trotta, pp. 7 a 11]. Para ello, nuestra primera opción es revisar si el significado de la Regla procesal o la Regla jurisprudencial se compone con el texto Constitucional o concuerda con él (**Principio de concordancia constitucional**), luego encontrar la interpretación que permita concordarlas entre sí de modo armónico, (**Principio de concordancia práctica**) partiendo de la presunción que el Juez emite Jurisprudencia vinculante uniformizadora y no controversial mucho menos derrotable (**Principio a favor del Juez**) En la autorizada palabra del gran Juez alemán que resulta de recibo en este caso: “La Constitución no debe modificarse a menos que no pueda ser interpretada de otra manera... debiendo permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica, y en tanto que tal, sometida a cambios históricos” [Véase HESSE, Konrad (2001) *Escritos de Derecho Constitucional*, edición de Pedro Cruz y Miguel Azpitarte Sánchez en Democracia y Derecho, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Político Constitucionales, pp. 17 a 21] [//] Considerando que en la interpretación jurídica el significante es la disposición y el significado es la norma, descifrando la norma que deriva del mismo. [GUASTINI, Riccardo (2007) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta S.A., pp. 29 a 53] Por ende, en casos de derrotabilidad (sea de la ley, con mayor razón de la jurisprudencia), antes de apartarnos del precedente vinculante, es necesario encontrar o mejor aún descartar la existencia de alguna interpretación que permita su supervivencia y hegemonía uniformizadora. Tal acción posee los límites de interdicción a la arbitrariedad y de razonabilidad, y resulta indispensable en un Estado Constitucional de Derecho, como lo reconoce la doctrina: “salvo en los inusuales casos en los que el sentido del precepto jurídico aparece como único, evidente y claro, en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de un nuevo Derecho en el caso [...] que dicha interpretación venga realizada por los Tribunales, o al menos por aquellos que se sitúan en la cúspide del Sistema Judicial... en la mayoría de las ocasiones la labor interpretativa conlleva en cierta medida creación, ya que el enunciado legal no se deduce siempre de forma indubitada un único contenido normativo o una única respuesta a un caso concreto...” [WROBLESKI, Jerzy (1985) *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Madrid: Civitas, p.110; DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2008) *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*, en Revista Quid Iuris, Año 3, Volumen 6, Agosto 2008, Chihuahua – México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 9] [//] Adicionalmente a ello, un precedente vinculante, precisamente porque no se dicta por la generalidad de los casos, sino por un caso específico (Case System o Casuística), no obstante que pueda contener una Regla procesal, e incluso que pretenda una vocación legislativa definiendo una Regla de derecho, al no ser la técnica de la subsunción (Caso – hipótesis legal) la que rige su aplicación es menester interpretarla a la luz de los criterios antes acotados, esgrimiendo una decisión razonable y por ello de justicia material que merezca mayor profundidad, que la mera aplicación positivista de la Regla procesal o la Regla jurisprudencial, previa superación de la equiparidad, denotación y pertinencia. Tal posición ha sido acogida por el propio Tribunal Constitucional e incluso por la Corte Suprema de Justicia como lo revelan los siguientes casos. Tómesese como ejemplos: **A NIVEL CONSTITUCIONAL**: 1) la **STC Expediente 05057-2013-PA/TC – JUNÍN**, Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, **PRECEDENTE VINCULANTE**, del 16 de abril de 2015; que ha sido modulada por la **STC Expediente 06681-2013-PA/TC – LAMBAYEQUE**, Caso Richard Nilton Cruz Llamas, del 23 de junio de 2016 y luego por la **STC 00698-2017-PA/TC – SULLANA**, Caso Bernardo Ignacio Asencio Mendoza del 15 de noviembre de 2017, FJ. 7 - Dígase de paso obrero chofer de Seguridad ciudadana de la

jurisdiccional no puede aplicar el precedente como lo hace con la ley, puesto que ambas fuentes del derecho no son equivalentes. La Ley se emite por la generalidad de las cosas y el precedente por un caso concreto y específico, incluso cuando posee consecuencias abstractas (erga omnes). Por ello mientras con la ley se usa la técnica de la subsunción; en cambio el precedente, usa la técnica de la homologación o equivalencia o simetría.

277. Así pues, en un Estado Constitucional de Derecho, el Juez se somete con estricta obligación a la Constitución y a los Derechos Humanos, no a la Jurisprudencia ni siquiera a la ley, que fueran incompatibles con aquellos. Porque ello posicionaría el comportamiento judicial en el reconocimiento a un Estado legal de Derecho o a un Estado jurisprudencial del Derecho, que no es el nuestro, sin desconocer que el Juez se sujeta al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia que fuera compatible con el Estado constitucional y convencional de Derecho. Por ello, incluso en el sistema anglo sajón donde el Estado jurisprudencial del Derecho parece primar, todo Juez invoca un caso anteriormente resuelto, siempre y cuando primero analice analógicamente que las

Municipalidad provincial de Talara, que fue repuesto por el Tribunal Constitucional. En la misma línea de protección constitucional aparece la **STC Expediente No. 06497-2015-PA/TC – HUAURA**, Caso Nilo Salinas Pérez, del 22 de febrero de 2017; 2) la **STC Expediente No. 3052-2009-PA/TC – CALLAO, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Yolanda Lara Garay, del 14 de julio de 2010, FJ. 36 en donde se estableció que “El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo”, fue modulada por la **STC Expediente No. 06459-2009-PA/TC - LIMA, Sentencia Plenaria de interpretación** del Precedente vinculante, Caso Carla Fabiola Navarro Gonzales, del 11 de noviembre de 2015, FJ. 11, en donde el Tribunal Constitucional ha modulado su precedente, interpretando que **«la consignación o depósito que realice el empleador por concepto de indemnización por despido no impedirá la reposición del trabajador si es que se acredita que éste no aceptó el pago de dicha indemnización»**; 3) La Sentencia del precedente Vinculante “Amado Nelson Santillán Tuesta”, contenida en el **Expediente No. 02616-2004-AC/TC – AMAZONAS, PRECEDENTE VINCULANTE** Caso Amado Nelson Santillán Tuesta, del 12 de setiembre de 2005, por la cual se fijó como Regla procesal que **“la bonificación del Decreto de Urgencia No. 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud”** [Fundamento 13]. Sin embargo, años después, el mismo Tribunal Constitucional, **modula** la Regla procesal antes fijada señalando expresamente que la Regla procesal del precedente vinculante “Santillán Tuesta” posee en realidad dos Reglas procesales, la Regla de exclusión de los servidores del Sector Salud y la Regla de inclusión de los Servidores de dicho sector que acrediten no encontrarse en la escala diferenciada número 10. Cfr. **SENTENCIA PLENARIA INTERPRETATIVA. Expediente No. 05337-2008-PC/TC – ICA**, Caso Félix Antonio Flores Felipa del 09 de Noviembre de 2010. Debemos recalcar que incluso esta Sentencia lleva la firma de los siete Magistrados Tribunos: Mesía Ramírez – Vergara Gotelli – Beaumont Callirgos – Calle Hayen – Eto Cruz – Álvarez Miranda – Urviola Hani. 4) la **STC Expediente No. 04853-2004-PA/TC – LA LIBERTAD, PRECEDENTE VINCULANTE**, Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, del 19 de abril de 2007, que en la práctica permitió el Recurso de agravio constitucional (RAC) también a los demandados cuando la Constitución (202° inciso 2) CN) únicamente permite legitimidad para el RAC al demandante. Este precedente vinculante fue derogado por la **STC Expediente No. 03908-2007-PA/TC – LAMBAYEQUE**, Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS – Nacional), del 11 de febrero de 2009, que por cierto también es **PRECEDENTE VINCULANTE**, señalando que por vía interpretativa no se puede modificar la Constitución, en consecuencia, el texto constitucional sólo habilita al demandante cuando su pedido constitucional es desestimado o denegado. No obstante, la realidad jurídica ha desbordado este segundo precedente vinculante y pese a que su Regla procesal era clara y precisa, ha tenido que admitir excepciones a esta Regla procesal cerrada y vinculante. Afirmando que en cuatro casos es posible que el demandado pueda acudir por medio del RAC directamente al Tribunal Constitucional: 1) **Tráfico ilícito de drogas. Sentencia del Expediente No. 2663-2009-PHC/TC – LIMA**, Caso Edwin Walter Martínez Moreno del 12 de agosto de 2010 por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público demandado y vencido, podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de Tráfico ilícito de drogas; 2) **Aplicación fraudulenta de la Constitución cuando se contraviene bienes, valores, principios jurídicos constitucionales. Sentencia del Expediente No. 2663-2009-PHC/TC – LIMA**, Caso Edwin Walter Martínez Moreno del 12 de agosto de 2010 por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público o el Procurador (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de ejercicio abusivo del derecho o aplicación fraudulenta de la Constitución siempre que se contravenga principios, valores, bienes o disposiciones constitucionales; 3) **Lavado de activos. Sentencia del Expediente No. 02748-2010-PHC/TC – LIMA**, Caso Alexander Mosquera Izquierdo del 11 de agosto de 2010, por el que se dispuso que por excepción el Ministerio Público (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de TID o lavado de activos; y, 4) **Terrorismo. Sentencia del Expediente No. 1711-2014-PHC/TC – LIMA**, Caso Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, del 08 de abril de 2014, por el que se dispuso que por excepción el INPE (demandado vencido) podía acudir en Recurso de agravio constitucional cuando se trata de Terrorismo. Y **A NIVEL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1) La Casación No. 383-2012-LA LIBERTAD, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, en el caso Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en su calidad de Gerente General de las empresas “Corporación Minera San Manuel S.A.” y de la “Minera Sayaatoc S.A.” y contra Carlos Montori Alfaro, en su calidad de Director Gerente de la “Compañía Minera Sayapullo S.A.”, como autores del delito de contaminación del ambiente, en la modalidad de vertimientos contaminantes al suelo, el subsuelo y a las aguas terrestres o subterráneas, en agravio del Estado, la sociedad y la población de Sayapullo, en su representación la Municipalidad Distrital de Sayapullo, del 15 de octubre de 2013. La **Casación No. 442-2015-DEL SANTA**, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, Caso Guzmán Fajardo Sánchez por el delito de usurpación en la modalidad de despojo, en agravio de Lizberti Irma Choquehuanca Ramos, publicada el 11 de febrero de 2018. Y la **Casación No. 332-2015-DEL SANTA**, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente, **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, Caso Jeancarlos Miguel Escribano Calderón y Juan Carlos Chuquiruna Padilla por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de lesiones leves, previsto y sancionado en el artículo ciento veintidós, primer párrafo, del Código Penal, en agravio de Rully Alexander Paredes Cabrera, Kenny Aníbal Vega Cadillo y Juan Carlos Vásquez Imán, publicada el 14 de marzo de 2018, Fundamentos cuarto, quinto, octavo, noveno y undécimo. Las tres sentencias, con más o menos términos fija una Regla **“El plazo de suspensión del artículo 339.1 del CPP es perentorio y equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo.”** Lo que ha generado la demanda recurrente del foro de sólo un plazo extraordinario para exigir que prescriba la acción penal. No obstante, posteriormente se emite la **Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente, Casación No. 779-2016-CUSCO, Sentencia interpretativa de doctrina jurisprudencial**, Caso Pedro Efraín Caviedes Catalán, Ruth Eusebia Olivera Pareces, Víctor German Boluarte Medina y Freddy Quiroz Zarate por delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en la modalidad de administración fraudulenta en agravio del Colegio de Abogados del Cusco, del 26 de julio de 2017, que interpreta todos los precedentes y señalan que la Regla fijada correcta es: **“El artículo 339.1 del CPP fija una suspensión procesal “sui generis”, que no deroga ni modifica, directa ni indirectamente las reglas de prescripción del Código Penal, posee un plazo equivalente a un plazo ordinario más la mitad, como lo establecieron el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116, el Acuerdo Plenario No. 03-2012/CJ-116 y la Casación 383-2012-LA LIBERTAD, la suspensión consiste solamente en un intervalo que no se computa; cesada la causa de la suspensión, se cuenta el tiempo anterior a ella, si lo hubo, y sigue corriendo el termino originario de prescripción extraordinaria”.**

mismas notas características en ambos casos son semejantes o idénticas y luego, equipara la conclusión bajo el apotegma “*ubi ratio ibi ius*” que es una argumentación “*a pari*”, pues donde existe la misma razón, existe el mismo derecho. Así pues, aunque la misión del precedente es uniformizar sus decisiones para volverlas predecibles a los casos anteriores, previamente debe establecerse que ambos casos poseen características semejantes, por muy generales que fueran las reglas jurisprudenciales.

278. Igualmente, incluso en el sistema inglés del precedente o Case System, el Juez no obstante, llegar a la conclusión que existe semejanza o identidad en los casos, puede apartarse hasta de los “laeding case” (casos modelo) lo que en nuestro ordenamiento viene a llamarse “jurisprudencia vinculante”, mediante la facultad de distinción (distinguishing), y el usar esta facultad no lo vuelve impredecible; cuando las consecuencias que se provoque o son irrazonables o son injustas, facultad que alcanza incluso a la potestad jurisdiccional de apartarse de la ley inconstitucional o defectuosa. Por ello, para asimilar las sentencias supremas a una decisión anterior, *se debe primero establecer la similitud casuística con la jurisprudencia vinculante*, para descartar que su decisión genere injusticia material. Por ende, la aplicación sin más de una jurisprudencia anterior sin análisis al caso que resuelve, es una motivación aparente.
279. Ahora bien, desde el aspecto material, con relación a si el tipo penal de *negociación incompatibles es un delito de peligro concreto*, invocado por la defensa del procesado Quesquén. Así pues, es verdad que la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es del parecer que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, como da cuenta la Ejecutoria Suprema, **Casación 231-2017/PUNO**, del 14 de setiembre de 2017, en el caso José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Melgar, Ponencia del señor Cevallos Vegas, con los votos de los señores Hinostroza Pariachi, Figueroa Navarro, Chávez Mella y el voto en discordia del señor Sequeiros Vargas, Fundamento Décimo tercero. No obstante, esta posición no es uniforme a nivel de la jurisprudencia suprema, como da cuenta la **Sentencia de la Sala Penal Especial Expediente 07-2016**, del 14 de setiembre de 2018, en el caso Francisco de Paula Boza Olivari por presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Corte Superior de Ucayali, con Ponencia del juez supremo Guerrero López, y firmas de los Señores Salas Arenas y Neyra Flores, Fundamento 12. “*es necesario aclarar es que lo expresado en la referida Casación [231-2017/PUNO] no es una posición sólida o plasmada en derroteros jurisprudenciales consolidados*” Afirmando luego que la doctrina más bien lo considera un *delito de peligro abstracto*, porque busca adelantar la barrera de punibilidad (ARISMENDIZ AMAYA, Eliu (2018) *Manual de delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, p. 776; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2011) *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Editorial Palestra, p.453) y en la parte resolutive Disponen que se Oficie a la Presidencia del Poder Judicial, para que de estimarse, se convoque a Pleno Casatorio con relación al tema y por lo dictado en la Casación 231-2017/PUNO, con el fin de desautorizarla.
280. En la misma línea la Ejecutoria Suprema de la Sala penal transitoria **Recurso de Nulidad 2068-2012/LIMA**, del 19 de abril de 2013, Caso Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila, Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez por delito de negociación incompatible en agravio del Estado –

CORPAC, ponencia del Señor San Martín Castro, con firma de los Señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Neyra Flores, Fundamento Sexto; Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria **Recurso de Nulidad 1674-2013/AYACUCHO**, del 12 de marzo de 2014, Caso Raúl Héctor López Chávez, Lupe Ccasani Huamán y Eugenia Marcelina Quispe Medina por delito de aprovechamiento indebido en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Huanta, ponencia del Señor San Martín Castro, con firma de los Señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Salas Arenas y Príncipe Trujillo, Fundamento Sétimo; Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria **Recurso de Nulidad 666-2016/ANCASH**, del 29 de mayo de 2017, Caso Konnia Luz Carrillo San Martín, Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga y Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Pomabamba, ponencia del señor San Martín Castro, con firmas de los Señores Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo, Fundamento Noveno.

281. Para una mejor comprensión, debemos señalar que los *delitos de peligro concreto* son aquellos en los que la ley expresamente requiere que el resultado de la acción sea de peligro. El tipo requiere como resultado la proximidad de una concreta lesión. El peligro concreto es el resultado típico. Serán relevantes las circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor del hecho en el momento de su comisión, y si era previsible la causación de un resultado lesivo para el bien jurídico de acuerdo con el saber nomológico. Bajo el régimen del operador deóntico sine qua non (si y solo sí), como es el caso de la conducción en estado de ebriedad. Los *delitos de peligro abstracto* son aquellos en los cuales no se requiere expresamente la efectiva situación de peligro, sino que el fundamento de su castigo es que normalmente suponen un peligro. Basta, por lo tanto, la peligrosidad de la conducta. Se castiga una acción típicamente peligrosa. La peligrosidad de la conducta que se exige es *ex ante*; si *ex post* se produce el peligro concreto o no, es irrelevante. Como el caso de la tenencia irregular de armas de fuego.
282. Entonces, tenemos que señalar que para la doctrina española destacada por el profesor Santiago Mir Puig, citando a su vez a los profesores Santos Barbero, Beristain, Brehm, Escrivá, Finger, Gallas, Horn, Lackner, Méndez, Novoa, Schröder, Schünemann, Volz, Rodríguez Devesa, Hans Jescheck, el tema ha sido no solo polémico sino también derrotable, no solo porque “*los delitos de peligro abstracto no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que sería incluso dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro. Debería hablarse, a lo sumo, de delitos de «peligro presunto»*”. Sino también, porque “*hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.*” (MIR, 2008:229 a 231, ver nota de pie de página 31)
283. En ese orden de ideas, la clasificación con relación al bien jurídico en delitos de lesión y delitos de peligro, son más próximas a la teoría de dominio del hecho, por cuanto es esencial verificar el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Relación que no aparece tan nítida desde la teoría del infracción del deber en que el bien jurídico se entiende lesionado – dependiendo del ilícito que se trate – con la defraudación al deber general o especial, según el caso, de allí que infringido el deber, la conducta lesiona en mayor o menor intensidad el bien jurídico tutelado, como en el caso de la colusión agravada en donde se exige la máxima intensidad que es la infracción que causa el

perjuicio patrimonial, en cambio la colusión simple es suficiente la defraudación de la confianza concertada, y en la negociación incompatible la defraudación de la confianza al postergar la exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales confiados a él por el cargo público que ostenta, y la preferencia por cualquier otro interés que se convierte en subalterno. De allí que es un delito de adelantamiento de la punibilidad, y por ello no es un delito de lesión sino de peligro, que en el caso concreto y a la luz de las pruebas actuadas en el expediente, nos permitiría dilucidar si el peligro ha sido concreto (ineludible o inminente: como dirigir la adquisición de bienes innecesarios para el funcionamiento de la entidad) o abstracto (una infracción del deber en sí misma peligrosa: como dirigir la compra de medicamentos vencidos para la dotación de un hospital, en los que puede que nadie los use, pero el peligro entitativo se consolidó).

284. En consecuencia, considerando que el delito de negociación incompatible *es un delito de peligro, no requiere el perjuicio consumado del bien jurídico, siendo suficiente su puesta en peligro, luego la diferenciación: concreto/abstracto es irrelevante para la comisión del ilícito*, por lo que exigir que el peligro sea concreto, como lo exige la Casación 231-2017/Puno, es una barrera que habilita la impunidad, postura contraria a los compromisos internacionales que el Perú ha suscrito (ver fundamento 30). Por otro lado, a pesar de su condición de precedente vinculante, no resulta aplicable a este expediente, puesto que, desde la Teoría del precedente, no es posible homologarlas, ya que el presente asunto no se trata de irregularidades administrativas subsanables, como en el caso de la casación invocada, luego, este Tribunal al no ser casos idénticos o semejantes, no puede extender las mismas consecuencias. Además, constreñir el delito de negociación incompatible a un delito de peligro concreto desatendiendo el caso específico, es una postura inconveniente al ser contraria a los Tratados suscritos por el Perú, que exigen perseguir las conductas ilícitas contra la Administración Pública, evitando espacios de impunidad. En consecuencia, estas objeciones resultan inadmisibles.

285. *Sobre por el provecho propio o de tercero.* Para la defensa del procesado Portilla, la Sala Penal transitoria de la Corte Suprema en el **Recurso de Nulidad 2068-2012/Lima**, del 19 de abril de 2013, Caso Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila, Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – CORPAC, ponencia del Señor San Martín Castro, con firma de los Señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Neyra Flores, Fundamento Sexto según la modificatoria de la Ley 28335 del seis de octubre de dos mil cuatro, el interés indebido es sancionable, siempre y cuando implique un provecho para el funcionario público o tercero. En principio, en esencia esta postura comparte la misma posición de la **Sentencia de la Sala Penal Especial Expediente 07-2016**, del 14 de setiembre de 2018, en el caso Francisco de Paula Boza Olivari por presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Corte Superior de Ucayali, luego le seguiría las mismas conclusiones que han sido expresadas en los fundamentos 70 a 78. En segundo lugar, la demostración del beneficio indebido a la procesada Ríos, se ha consolidado desde que se ha dirigido desde un primer momento la compra de su inmueble; primero, haciendo que el Estudio de pre inversión a nivel de perfil “*construcción de terminal terrestre para la localidad de Chepén*” [Ver folios 356 a 459/EJ] y el “Informe de Valuación de un inmueble urbano” [Folios 557 a 565/EJ] se hagan sobre ese terreno en específico y no otros, impidiendo que la comuna pudiera conocer realmente si existía o no una mejor

oferta; segundo, porque a pesar de la declaración de nulidad del Proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, y sobre todo que la misma Resolución de alcaldía 059-2010-MPCH del quince de enero de dos mil diez [Ver folios 507/EJ], retrotrajo el proceso a la convocatoria que debería haberse retomado, por el compromiso devengado en el SIAF 4334, [Folios 142-A, 485 a 489/EJ] debido a que la misma procesada Ríos no pudo cumplir con las especificaciones técnicas y compromisos de la Licitación anulada, se buscó declararla indebidamente única proveedora para llevar adelante el irregular Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH, todo lo cual definitivamente la benefició. Si además de ello, se exige el perjuicio, es un efecto nocivo del ilícito que no requiere el delito de negociación incompatible para el cual es suficiente con que se demuestre el fracaso de los deberes funcionales, a causa de un interés indebido; de haber perjuicio, más bien se habría demostrado una conducta dolosa de mayor intensidad por parte del procesado Portilla. Luego, la invocación a la jurisprudencia contenida en el Recurso de Nulidad 2068-2012/Lima no resulta admisible.

286. SOBRE LAS DENUNCIAS SOBRE FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA. Señalada por los cuatro procesados en tanto consideran que no existe probanza de su actuar ilícito.

287. Sobre la acreditación de los elementos típicos del juicio de subsunción. No ha sido cuestionado este punto, por lo que pasando al análisis de la justificación de la premisa fáctica, resultan hechos probados no contradichos por los apelantes que, en el tiempo de ocurridos los eventos: **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones** era el Alcalde de la Municipalidad provincial de Chepén; **Jaime Carlos Guanilo Díaz** era Gerente Municipal y Presidente del Comité especial en el Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH de la Municipalidad provincial de Chepén; y **Segundo Marcial Portilla Vilca** era el Sub gerente de logística y Bienes patrimoniales Municipalidad provincial de Chepén. En consecuencia, en todos ellos se cumplen los elementos objetivos típicos de ser Sujetos agentes del delito especial de Negociación incompatible, por tratarse todos ellos de funcionarios públicos. Igualmente, se cumple el elemento modal "*intervenir en el contrato por razón de su cargo*", en la fase preparatoria, de selección o precontractual y contractual. Por lo que los argumentos en contrario, carecen de asidero probatorio. Siendo que los aspectos de interesarse indebidamente de modo directo y el dolo como constitutivo del delito los examinaremos, a partir de las objeciones impugnativas de valoración probatoria. En cuanto a la condición de *extranea* de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, debido a las objeciones de la impugnación nos remitimos a los fundamentos 54 a 60, anteriores.

288. Sobre la falta de acreditación de la acusación. La procesada Ríos y el procesado Guanilo sostienen que la venida en grado vulnera el artículo II del Título preliminar del CPP ya que la imputación no se encuentra suficientemente probada, razonamiento que este Tribunal aprecia solo como una estrategia defensiva, puesto que ha quedado suficientemente acreditado por el caudal probatorio que la procesada no poseía las facultades válidas suficientes para vender la Unidad Catastral 1965, lote terreno rural denominado "Finca Urbana" ubicada en el lote "A"- Terreno "Santa Lucía" del distrito y provincia de Chepén, inscrita en la Partida Electrónica 11005790, que no tenía los 45,000 M2 requeridos desde el inicio como lo acredita el SIAF 4334 y que sin una mayor inversión edil el terreno no era apto para dedicarlo a Terminal Terrestre [Folios 488 a 489/EJ]; pese a ello fue objeto de compra por la municipalidad, sin importar el posible

peligro legal que ello representaba. Que el procesado **Segundo Marcial Portilla Vilca**, en su calidad de Sub Gerente del Área de Abastecimiento y Logística, emitió, con fecha diecisiete de marzo de dos mil diez, el Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ] en donde consignó haber realizado un estudio de posibilidades que ofrece el mercado con la finalidad de adquirir el terreno para la construcción del terminal terrestre, señalando que el inmueble de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** reunía las condiciones adecuadas, lo cual no era acertado debido entre otras cosas a que la napa freática superficial que por cierto, era evidente por la laguna existente y los sembríos de arroz con tierras inundadas con agua de regadío para dicho cultivo, cuando se realizó el Estudio de pre inversión en febrero de dos mil nueve.

289. Al respecto, aparece el testimonio de Luis Miguel Luperdi Brito vecino de Chepén y aunque su condición de denunciante pondría en objeción la certeza y verosimilitud de su declaración conforme al **Acuerdo Plenario No. 02-2005/CJ-116**, de las Salas Supremas Penales, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el veintiséis de noviembre de dos mil cinco, debido a la falta de ausencia de incredibilidad subjetiva. No obstante, este no puede ser un elemento determinante ya que en los casos de testigos únicos (padres, hermanos, hijos) quedaría cerrada toda posibilidad de pobraza. Por ello, la existencia de un parentesco o relación subjetiva (favorable o no) respecto del declarante, no puede ser determinante para apreciar la verosimilitud o certeza de su testimonio sino la corroboración periférica. Y sobre la napa freática, objetado por la defensa del procesado Portilla respecto del informe pericial Informe pericial caso 2306034500-2010-1005-0 del cinco de diciembre de dos mil once elaborado por el perito César Augusto Núñez Tejada [Folios 460 a 465 y 593 a 605/EJ], el testigo Luperdi dijo que conoce el terreno por información pública ya que sabe que el predio era propiedad de los cuatro hermanos de la procesada Ríos, y sobre el asunto señala: *“el terreno presentaba características desfavorables para la construcción del terminal, porque casi en la parte central del terreno había un ojo de agua mineral que discurría permanentemente, ahora se ha tapado eso [cuando declaró el 2018] pero prueba que la humedad sigue llegando, porque está subiendo metros arriba en las casas colindantes... la humedad estaba en aquél entonces de la pista al terreno, a unos 300 metros aproximadamente...”* [Escuchar minuto 15:20 a minuto 35:12] En idéntico sentido el testimonio del regidor Pedro Cáceres Alvarado quien en la Audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho manifestó que *“visitó el terreno y tiene una laguna y fue antes de la compra”* [Escuchar minuto 47:39 a minuto 49:50]

290. Lo que además acredita con la mayor certeza que se trataba de un terreno rural y no urbano como se ha pretendido hacer parecer, desde el nombre equívoco con el que se le ha denominado. Incluso tomando en cuenta la **Casación No. 385-2013/SAN MARTÍN, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, Caso Godier Gómez Sánchez por Delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado en agravio de Fernando Del Águila Fernández, del cinco de mayo de dos mil quince, invocada con numeración distinta por la defensa del procesado Portilla, que permite reexaminar la prueba personal en el marco del artículo 425.2, cuando *“Las pruebas personales que fueron actuadas con intermediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el Tribunal de Apelación, que debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada. Esto es parte de las llamadas zonas opacas. ii) Pero también existen zonas abiertas, que se da cuando el Juez asume como probado un hecho a través de la prueba: a) Apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto”*, en el mismo sentido la **Casación**

No. 96-2014/TACNA, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Erick Dario Ramos Valdez por delito de violación sexual en perjuicio de persona identificada C.D.R.T.L. publicada el veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, y la **Casación No. 468-2014-SAN MARTIN**, Caso Alcides Castro Vásquez por delito de robo agravado en agravio de menor Jhanyna Emperatriz Guevara Tello, del veintisiete de abril de dos mil dieciséis; para determinar la confiabilidad de todos los testimonios.

- 291.** Así pues, ni la declaración de los testigos mencionados ni la declaración del perito ingeniero civil César Augusto Núñez Tejada, en la audiencia del dos de mayo de dos mil dieciocho; no presenta las zonas abiertas que la defensa alude, por el contrario a pesar que el conainterrogatorio de los abogados defensores estuvo dirigido a desmerecer su pericia, se ratifica en señalar que se trataba de un *terreno agrícola* ubicado en el fundo Santa Luisa del distrito de Chepén, que era un terreno pantanoso y con nivel freático alto, que no pudo medir tal nivel porque habían cubierto el terreno con desmonte y relleno, pero que eso no garantiza que desaparezca el terreno freático, que pueden taparlo y puede servir para otras cosas, pero para hacer una infraestructura que requiere carga, como un terminal terrestre, resulta más costoso. Además que se vendió como terreno habilitado cuando no lo era, es por eso que se refiere a que la compra del terreno fue sobrevalorada. Y existiendo sembríos de arroz y otras plantaciones, no resulta contradictorio, que hubiera tenido que realizarse trabajos de perforación o a desnivel o el uso de técnicas de mayor ingeniería, como exigen los procesados, para advertir la certeza de esta declaración técnica. [Escuchar minuto 07:33 a 32:21; 40:04 a 47:27 y 59:50 a 59:50 a 01:00:50] Resultando infundados los argumentos en contrario de los procesados Portilla y Ríos.
- 292.** Aunado al hecho de la existencia de la sobrevaloración notoria por S/ 1'466,667.00, como se registra en la Escritura Pública 297, extendida ante el Notario Público de la localidad de Pacasmayo, doctor Cesar Ysaac Torres Gonzáles [Ver Inscripción de propiedad inmueble, Finca urbana Lote A, Terreno Santa Luisa, Chepén, Partida electrónica 11005790 C00001 del dos de junio de dos mil diez Folios 530 a 534 y 606 a 608/EJ], sobre tasación que ha sido demostrada en probabilidad por el Informe pericial caso 2306034500-2010-1005-0 del cinco de diciembre de dos mil once elaborado por el perito César Augusto Núñez Tejada [Folios 460 a 465 y 593 a 605/EJ]. Igualmente, se confirma con lo ocurrido en el Proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, para la adquisición de un terreno; en el cual, con fecha cinco de noviembre de dos mil nueve, el acusado Michael Frank Balarezo Bazán presentó ante la Municipalidad Provincial de Chepén el “Informe de Valuación de un inmueble urbano” [Folios 557 a 565/EJ] indicando que el área de terreno era de 45,000 metros cuadrados, cuando en realidad el área inmobiliaria era de 40,507 metros cuadrados; según el Informe pericial caso 2306034500-2010-1005-0 del cinco de diciembre de dos mil once [Folios 460 a 465 y 593 a 605/EJ] y los documentos registrales [Ver Partida 11005790 de propiedad inmueble Lote A Terreno Santa Lucía “Finca Urbana” distrito y provincia de Chepén, en donde se indica Área 4 ha. Perímetro 949.57 ml (antecedente dominal Ficha 574 PE 0300122) subdividido y autorizado por el mismo Alcalde procesado por Resolución Municipal 329/2010-MPCH del trece de abril de dos mil diez, Resolución Municipal 367/2010-MPCH del veintidós de abril de dos mil diez y Resolución Municipal 460/2010-MPCH del once de mayo de dos mil diez Folios 10 a 11, 606 a 608/EJ].
- 293.** Igualmente en respaldo aparece el Proyecto de independización de lotes de terminal terrestre de Chepén (noviembre 2009) de la procesada Ríos. Demostrando que primero

se trabajó en el proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH con 45,000 M2 sin que ningún funcionario o a la procesada Ríos se les ocurriera corregir, -como hubiera correspondido a la buena fe-, que el terreno no tenía esa extensión, y en el trayecto además a la procesada Ríos ya no le interesó transferir toda el área sino solo 40,000 M2 de los 42,237 M2 que ella decía tener aunque la documentación de subdivisión acredita que solo poseía 40,507 M2 [Ver folios 10 a 11, 460 a 465, 593 a 605 y 606 a 608/EJ], por eso tienen que independizarlo, pero además acredita que desde un comienzo los procesados estuvieron interesados en ese terreno apareciendo en los documentos de evaluación, perfil del proyecto y Licitación pública se consigna 4.5000 Has o 45,000 M2. [Ver folios 508 a 517/EJ]. Lo que corrobora la validez del testimonio del regidor Pedro José Ramírez Ríos recibido en la Audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho, quien afirmó que: *"Recuerda que también se declaró la nulidad del proceso porque el área del terreno no coincidía con el área requerida."* [Escuchar minuto 01:06:10 a minuto 01:23:06] Y si bien, la Resolución de alcaldía 059-2010-MPCH del quince de enero de dos mil diez por la cual el procesado Quesquén declara la nulidad del proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH expresando que según Informe 0025-2010-MPCH-GIDU el gerente de infraestructura y desarrollo urbano informe que el terreno licitado no cumple con el área solicitada. [Ver folios 507/EJ] Lo que obra en los autos, no respalda la posición de la defensa del procesado Quesquén que el terreno tenía mayor extensión y la comuna requería una menor área, cuando lo existente indica que ellos requirieron desde el año 2009 una mayor área porque se asumió que el inmueble la tenía, pero luego tuvieron que reducirla a solo un requerimiento de 40,000 M2.

- 294.** No resultando atendible lo alegado por los procesados Quesquén y Portilla respecto que si se retiró la acusación a Balarezo entonces, significa que no existen observaciones, como tampoco sería de recibo conectar la licitud de estos actos a la falta de observaciones del SEACE o el CONSUMCODE como organismos supervisores de contrataciones o de la propia Contraloría General de la República, puesto que la única prueba que podría servir en contrario es la existencia de Informes o Dictámenes que den cuenta de la validez y licitud o normalidad de los actos jurídicos y administrativos realizados, pero no pueden servir como argumento de defensa la omisión o inexistencia de los mismos, ya que la inercia o el silencio no acreditan cosa alguna.
- 295.** Por lo contrario, lo actuado evidencia que el acusado Balarezo no revisó los documentos para poder realizar el Informe de valuación, documento sobre el cual se acordó el precio de S/ 1'466,667.00 considerando 45,000 M2, monto que solo por el área no le correspondía; además de consignar que el inmueble que se encontraba a nombre de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, siendo que dichos datos no se ajustaban a la verdad. Informe que además se emitió a requerimiento de la Municipalidad, cuando ni siquiera la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** había comprado las bases de la Convocatoria de la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, que los adquirió el veintitrés de noviembre de dos mil nueve [Folios 211 y 306/EJ] en la medida que la convocatoria data de fecha cuatro de noviembre de dos mil nueve, en la que debía registrarse los participantes hasta el cinco de noviembre de dos mil nueve, fecha en que los participantes podían hacer consultas, como aparece de la información del SEACE. [Folios 214 a 217 y 309 a 312/EJ].
- 296.** Finalmente, la omisión de cobro de penalidades tanto en la Convocatoria de la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH que incluso el procesado Portilla alega que se

efectuó con todas las formalidades y hasta se puso en conocimiento del CONSUCODE (SIAF y SEACE) cuanto en el Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH a la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, pese a que en ninguno de los procesos de contratación cumplió con suscribir los correspondientes contratos dentro del plazo máximo establecido por la LCE, o sea en un plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días. Que abunda en el hecho que el Comité Especial designado para este proceso, estuvo integrado por los procesados **Jaime Carlos Guanilo Díaz**, **Segundo Marcial Portilla Vilca** y el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco, aprobara la postulación de la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez**, cuando no había presentado todos los documentos requeridos, y a pesar de ello le adjudicaron la Buena Pro. Irregularidades sustanciales en la compra del inmueble sub litis, que nos permiten concluir que los procesados Quesquén, Guanilo y Portilla, han privilegiado intereses subalternos en lugar de preferir la exclusiva conservación del interés público, fracasando en el respeto a los deberes que le son sustanciales, como era su obligación, hechos que demuestran un interés indebido, debido al direccionamiento para adquirir ese específico inmueble, (Ver fundamento 79) en el que participó la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez** como cómplice, puesto que admitió dolosamente ser beneficiada con el pago de un precio superior que no correspondía al valor de su inmueble, inmueble del que además no podía disponer por carecer de representación válida y vigente al haber fallecido uno de sus poderdantes y sabiendo que no cumplió ni con la presentación de la documentación pertinente ni mucho menos dentro del plazo que correspondía. Pese a todo ello, aceptó que se le cancele el íntegro de lo pactado desde el año dos mil nueve, como da cuenta el Comprobante de pago 1531; la Recepción de comprobante de pago cheque [Folios 526 a 527/EJ]; y, el Informe 046-2011 emitido por la sub gerencia de tesorería de la Municipalidad de Chepén sobre los pagos realizados a la procesada Ríos. En consecuencia todos los alegatos impugnativos resultan totalmente infundados: [Ver folios 156/EJ]

FECHA	C/P No.	CHEQUE	CTA. CTE.	ENTIDAD FINANCIERA	IMPORTE
31.03.2010	1531	55445291	812-017837	BANCO DE LA NACIÓN	459,384.00
15.06.2010	2910	56488510	812-017387	BANCO DE LA NACIÓN	966,756.00
30.06.2010	3189	51835787	812-020242	BAMCO DE LA NACIÓN	40,527.00
TOTAL					1'466,667.00

297. Sobre que la sentencia alude a la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH.

Sostiene la procesada Ríos que al aludir la Sentencia, en su apartado 88 a un proceso anterior anulado, ella no posee responsabilidad y en esto incide también el procesado Portilla, indicando que se ha sentenciado por dicha Licitación que no forma parte de la acusación. Como antes señalamos el razonamiento indiciario no precisa que se construya exclusivamente con los hechos típicos de negociación incompatible en este caso, sino que es posible establecer la inferencia indiciaria con otros datos o hechos concomitantes como lo es la Licitación Pública anterior, cuya nulidad más bien contribuye en el razonamiento de reproche, puesto la anulación de tal proceso de contratación pública se debió a la conducta de incumplimiento de sus obligaciones contractuales en dicha Licitación. Y por lo contrario, redundaría en una conclusión de responsabilidad tanto de la procesada Ríos como de los procesados Quesquén, Guanilo, y Portilla; puesto que si de la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, [Ver Oficio 247-2011-MPCH-GM de folios 535 a 539/EJ] habían advertido una conducta

renuente y poco diligente de parte de la contratista y procesada Ríos, menos se entiende cómo pudieron concluir adjudicándole la buena pro, en el Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH, donde dicha procesada fue la única postora. No resultando injustificado que el Ad quo acoja para la tesis de reforzamiento probatorio indiciario, datos provenientes de actuaciones anteriores de los procesados, aunque no formen parte de la imputación fáctica de la negociación incompatible, puesto que el aporte probatorio es de régimen libre, conforme al artículo 157° del CPP. Por lo que este alegato no resulta de recibo.

298. *Sobre la existencia de Acuerdos de Concejo del 2007, ratificados el 2008.* La procesada Ríos sostiene que el Ad quo no ha valorado Acuerdos de Concejo de 2007, ratificados el 2008 debatidos en juicio que no han sido tomados en cuenta. En principio esta objeción carece de atención, porque desde el lado formal, la apelante no revela cuál es la trascendencia de esos Acuerdos de concejo, menos menciona cuál es su potencia para desvirtuar la condena, eso sin mencionar que no encontramos que tales Acuerdos hayan sido incorporados debidamente como prueba [Ver folios 615 a 619]; en segundo lugar, que existan actos en los cuales se aluda a la compra del mismo terreno para el mismo fin, en gestiones anteriores a los años 2009 o 2010 no desacreditan la imputación de negociación incompatible. Por último, la trascendencia o no de una prueba actuada, la decide el Ad quo por inmediatez, y si bien, resulta un acto de mayor perfección que se consigne los argumentos de refutación, el no hacerlo no invalida el razonamiento judicial. Por lo que este alegato no resulta admisible.

299. *Respecto a que no se ha practicado una inspección ocular.* La defensa de la procesada Ríos señala que no se ha practicado una inspección ocular de oficio contraviniendo los incisos 1) y 2) del artículo 358° del CPP, en razón que el Ingeniero Tejada Nureña no ha tomado en cuenta los aranceles del Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA. Esta objeción posee dos aspectos: Primero la necesidad de una inspección ocular y la segunda la valuación del inmueble.

300. *Sobre la necesidad de la prueba de oficio.* La prueba de oficio, en realidad es una institución discutible en el derecho procesal, en particular desde la aplicación constitucional del principio de concordancia práctica, no es posible interpretar el artículo 385° sino desde el artículo I, numeral 3 del Título preliminar del CPP que prescribe: “*Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia*”. Por lo tanto, la prueba de oficio solo puede existir cuando no afecte el equilibrio natural del proceso, es decir, no se puede introducir rompiendo la igualdad procesal sino solo favoreciéndola, lo cual es ya de por sí difícil. Menos aún, como lo pretende la procesada Ríos, para subsanar un defecto de estrategia legal de su propia defensa, quien tuvo la oportunidad de ofrecerla en el periodo de investigación preliminar, pero no lo hizo. En segundo lugar, está el operador deóntico, que aparentemente sería obligatorio, no obstante, a la luz del condicional del numeral uno “si para conocer los hechos” como del adverbio del numeral dos “El Juez penal, excepcionalmente”, aparece su real condición de facultativo. Lo que por sentido común, no podría ser de diverso modo, por lo tanto, la prueba de oficio no es un requisito trascendente para la subsistencia de validez de la Sentencia. Abunda en lo dicho, que la valoración del inmueble no es la razón principal de probanza en la causa petendi (causa de pedir) sino que la pericia del Ingeniero Tejada Nureña se refirió a la condición física

habilitante del predio que era rústico, se usaba para cultivo de arroz y no tenía habilitación urbana, concluyendo que no era apto para ser terminal terrestre sin la previa inversión económica elevada, y para mayor abundar – dice - no costaba lo que se había pagado. No se trataba entonces de una pericia valorativa que exija ser compuesta con los aranceles de la CONATA, sino de una pericia de ingeniería civil, como además por **declaración asimilada**⁷³² lo ha reconocido el procesado Quesquén aspecto que también por declaración asimilada de la impugnación del procesado Portilla. Así lo reconocen, señalando que el Informe pericial del cinco de diciembre de dos mil once emitido por el perito Ingeniero César Augusto Núñez Tejada, no constituía una pericia valorativa del terreno sino de la calidad del suelo, por lo que el Ad quo no puede considerar la sobrevaloración [Folios 2063]. Eso sin mencionar, que una cosa es haberlo inspeccionado el año 2009 o 2010, y otra que se hiciera el año 2018, cuando las condiciones iniciales en las que se adquirió desde luego ya no existen. Por lo que el pedido de prueba de oficio resulta inoficioso por inconducente. Mayor razón, si la procesada Ríos ofreció como pruebas *únicamente* los poderes originales que aparecen de folios 1185 a 1192. Además, dicho pedido fue declarado Inadmisible con la Resolución Treinta y dos fechada el ocho de mayo de dos mil quince de la Segunda Sala penal de apelaciones en el Expediente 00011-2015-0-1601-SP-PE-02 en el que se expidiera la Sentencia inhibitoria de nulidad.

301. Sobre la valuación de parte del inmueble bajo examen judicial. Para mayor consolidar la respuesta anterior, en diversas oportunidades la defensa del procesado Quesquén ha aportado como elemento de convicción para que fuera considerada prueba de descargo, con relación a la valuación del inmueble bajo litigio; documento al cual denominan pericia de parte, realizada por el Ingeniero Luis Alberto Arana Vásquez, y que lleva como epígrafe: Informe de valuación año 2011. Aparece fechado el treinta de diciembre de dos mil once y actualizado el quince de julio de dos mil catorce [Fs. 671 a 679], precisamente antes había presentado con fecha dos de octubre de dos mil doce, indican que el tipo de predio es “urbano” y adjuntando 08 fotografías [Fs. 243 a 249]. Si bien fue inicialmente admitida por Resolución nueve en la audiencia del dos de agosto de dos mil trece, al haberse anulado dicho juzgamiento que contenía tal decisión, como se aprecia de la Resolución dieciocho del veintiocho de febrero de dos mil trece [Folios 432-A a 438] en el curso procesal, fue nuevamente vuelto a ofrecer al inicio del juzgamiento en la Audiencia del veinticinco de julio de dos mil catorce [Fs. 680 a 683], en que se resolvió “*INADMITIR las pruebas ofrecidas de parte de la defensa de Quesquén Terrones Ofronio W. RESERVASE el derecho de actuarlas de oficio una vez terminada la actuación probatoria respecto de estas 2 pericias, declaración de perito, debate pericial...*” [Folios 682]⁷³³ Pese al rechazo la defensa del procesado Quesquén insiste en escrito que titula “*ofrece nuevo acto de investigación*” [Fs. 1006 a 1011] con un peritaje actualizado de la valorización del bien materia de litigio, por lo que es declarada INADMISIBLE por decisión de segunda instancia, contenida en la Resolución treinta y dos del ocho de mayo de dos mil quince [Fs. 1148 a 1151]. Incluso por Resolución treinta y cuatro del veintiocho de mayo de dos mil quince [Folios 1197

⁷³² Artículo 221° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil del Decreto Legislativo 768 – Resolución Ministerial No. 10-93-JUS. **Declaración asimilada.** Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

⁷³³ A folios 759 aparece la Resolución Dieciocho emitida en la Audiencia del veintisiete de octubre de dos mil catorce, por la cual se descarta también actuarla como prueba de oficio. [Folios 755 a 759]

a 1198] se declara Improcedente la reposición deducida al respecto. Rechazo que sufre su insistente pedido en el nuevo juzgamiento con fecha veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, se resuelve no admitir la mencionada pericia valorativa como la pericia actualizada del Ingeniero Ángel Luis Rocha que obra de folios 1492 a 1522 y 1778 a 1781, escuchar Audiencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, minuto 01:16:23 a minuto 02:10:20.

302. Así pues, incluso aunque hubieran sido admitidos plenamente, tales documentos (que llaman pericia valorativa) no tendría la potencia para aniquilar el caudal probatorio valorado, no solo por haber sido ofrecido de modo inoportuno y sin cumplir las reglas del contradictorio y contrastación pericial establecido en los artículos 172° a 181° del CPP, en particular el artículo 177° del CPP, que no se ha cumplido, pues el ingeniero que documenta su informe de valuación no solo no lo hizo oportunamente, sino que tampoco se permitió a la Fiscalía o a la Procuraduría contrastar el examen, verificar los datos tomados o discrepar de la valuación; luego, no posee la fiabilidad para ser considerada prueba. Conclusión que posee respaldo jurisprudencial en el **Acuerdo Plenario Ordinario No. 04-2015/CIJ-116**, de las Salas Supremas Penales, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de junio de 2016, sobre **valoración de prueba pericial**, Fundamento 17; en concordancia con el **Acuerdo Plenario No. 02-2007/CJ-116**, de las Salas Supremas Penales, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de marzo de 2008, sobre valor probatorio de la pericia no ratificada, Fundamentos 7 a 9; la **Ejecutoria de la Sala Penal permanente, Casación No. 23-2016/Ica, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, caso Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sicto Luis Ibarra Salazar, Rosauro Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles sobre delito de negociación incompatible en agravio del Estado, publicada el 08 de junio de 2017, FJ. 4.24.; y, el **Certiorari del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Case Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (92 - 102), 509 US 579 (1993)** del 28 de junio de 1993. Con la Ponencia del Ilustrísimo Blackmun, J.
303. Para mayor abundar, tal documento posee datos que no sirven al asunto bajo examen, puesto que como se muestra de las 10 fotografías que incorpora [Folios 671, 675 y 679] consigna como tipo de inmueble: “*Urbano (Inmueble, que se encuentra dentro de una ampliación urbana)*” cuando la valuación en el tiempo de los hechos (2009 a 2010) era de tipo **rural**, así como tampoco podría servir de comparación dado el tiempo transcurrido, mucho menos su actualización de 2014, y como consigna el mismo ingeniero autor del documento de valuación, “*El terreno se encuentra dentro de una habilitación urbana. Actualmente se encuentra con trabajos de movimiento de tierras y nivelación...*” (sic) [Folios 243 a 249, 674 y 678]. Razones que, en conjunto, no permiten de modo alguno saber, si el precio comercial actualizado por el Ingeniero Arana no ha sido incrementado por la habilitación urbana, el movimiento de tierras y la nivelación, que no tenía el terreno cuando el perito oficial fijó un valor considerablemente menor, que correspondía a un terreno rústico, con nivel freático y sin habilitación urbana. Sin dejar de mencionar que a folios 677, en la actualización del 2014 y debido a la total inconducencia del documento bajo comentario, el ingeniero Luis Alberto Arana Vásquez para remediar su defecto nativo, modifica el tipo de terreno consignando: “*Rural (Inmueble, que se encuentra dentro de una ampliación urbana)*”

(Sic) Lo que lejos de apoyar una convicción de descargo, perjudica por completo tal documento, puesto que no se entiende como teniendo datos distintos, arriba a las mismas conclusiones, en particular si se toma en cuenta que el mismo documento con distintas fechas ha sido ofrecido como prueba por la defensa del procesado Quesquén. En consecuencia, estos alegatos impugnativos resultan totalmente impertinentes.

- 304. Sobre el proceso de exoneración.** La procesada Ríos denuncia que no se ha aplicado el Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento el Decreto Supremo 184-2009-EF, cuyo artículo 20° permite la exoneración cuando se trata de único postor por el monto, como ha ocurrido en este caso. De otro lado, el procesado Quesquén también denuncia que la Sentencia (fundamento 121) no ha considerado que el proceso de Exoneración de licitación pública, no es una decisión arbitraria que denota interés indebido, por cuanto fue producto del Acuerdo del Concejo 021-2010-MPCH, aprobado por el pleno del concejo, y el procesado Quesquén solo ejecutó el acuerdo.
- 305.** Este Tribunal no comparte estas posiciones, ya que la imputación no versa sobre si el Concejo Municipal y los funcionarios ediles implicados, no pudieran realizar la exoneración del proceso de adquisición, sino en admitir sin objetar que el asunto fuera de un único postor pese a las irregularidades que eran relevantes, sin que les llamara la atención. Sobre el mismo asunto el procesado Quesquén señala que el Acuerdo de Concejo 021-2010-MPCH que aprueba la exoneración del proceso de selección de licitación pública, por causal de único proveedor de bienes que no admiten sustitutos es facultad del alcalde, y se cumplió el artículo 21° de la LCE y el artículo 131° del RCE y la compra venta podía realizarse directamente sin necesidad del Comité de Selección.
- 306.** Primero, porque el Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ] suscrito por el procesado Portilla que es el único sustento que sirve de base para el proceso de exoneración del proceso de selección y licitación como lo revela el Acuerdo de Concejo 021-2010-MPCH del veintidós de marzo de dos mil diez [Folios 130 a 13/EJ] y que permitió que el sentenciado Higinio Manuel Morales Valencia, quien por cierto fue condenado por el delito de falsedad ideológica, precisamente por haber falseado la información que contiene el Informe 131-2010-MPCH-A.J. del dieciocho de marzo de dos mil diez [Folios 133 a 136 y 476 a 479/EJ] sustentando su conclusión de exoneración del proceso de selección y licitación pública por causal de proveedor único de bienes, en el mencionado Informe 051-2010-MPCH-SGLBP. Y también sirvió de sustento al Informe 0256-2010-MPCH-GIDU suscrito por el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco, quien tras reconocer su culpa también se le sentenció entre otros delitos por el ilícito de falsedad ideológica, al haber introducido datos falsos en el Informe mencionado fechado el diecisiete de marzo de dos mil diez [Folios 137 a 141 y 480 a 484/EJ].
- 307.** Segundo, porque resulta contrario al sentido común, como máxima de la experiencia que se admita que el propietario de un terreno inmueble pueda ser considerado “*proveedor único de bienes*”, inentendible si además se consigna que el único requisito es que el terreno se encuentre adyacente a la Autopista Panamericana. En cualquier caso, el Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ], tiene dos escasos párrafos, carece de antecedentes, no informa los trabajos de campo o las investigaciones que permiten la conclusión que se trata de un inmueble único porque no existía otro en la ciudad que cumpla con tales requerimientos. Ni siquiera establece cuáles son los requisitos mínimos que hacen a dicho terreno peculiar. Peor entendible a la luz del Informe 01149-2009-MPCH-GIDU del treinta de setiembre de dos mil nueve [Folios

257 a 259 y 353 a 355/EJ] en el cual se especifica que existen al menos dos inmuebles que reúnen los requerimientos, uno el predio materia del litigio y el otro propiedad de Hernando Luis Peralta Cueva, [Folios 565/EJ] desacreditando por completo que se justificara la exoneración del proceso de licitación público, y menos que la procesada Ríos pudiera ser la única proveedora.

- 308.** Tercero, el procesado Guanilo sostiene que no revela interés indebido que se haya realizado modificaciones a los requerimientos técnicos mínimos en las Bases del proceso de exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH. Por cuanto el artículo 135° del RCE permite exonerar procesos de selección, invitando a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las condiciones establecidas en las Bases, siendo la única exigencia contener lo indicado en los literales b), c), e), h) e i) del artículo 26° de la LCE. Debemos redundar en lo antes dicho, el cuestionamiento no se encuentra en que las municipalidades y concretamente la Municipalidad provincial de Chepén no tenga facultades para exonerar de un proceso de licitación o concurso público, sino que no existiendo las condiciones reales para ello, lo haya realizado infringiendo dolosamente sus deberes, mediante las acciones interesadas defraudando la confianza pública, con el concurso decidido del procesado Quesquén como alcalde, del procesado Guanilo como Gerente Municipal y del procesado Portilla como sub gerente de logística y bienes patrimonial, contando para ello con la contribución indispensable de la procesada Ríos.
- 309.** Igualmente, el reproche no se encuentra en que tanto la LCE como el RCE, permitan que existiendo un único proveedor de los bienes o servicios que se requieren ineludiblemente, la entidad edil no pueda realizar una compra directa, justificada en ese motivo. La razón de este proceso, es precisamente porque la procesada Ríos no era la única proveedora, no tenía la representación válida para transferir y el terreno que la municipalidad quería comprar no solo exigía una mayor inversión de la comuna para poderlo habilitar al propósito de Terminal terrestre, como lo acredita el Informe pericial caso 2306034500-2010-1005-0 del cinco de diciembre de dos mil once, en donde se ha consignado que *“los trabajos adicionales que probablemente se hayan pagado por el relleno del terreno es S/ 324,400.00, así como el costo por drenaje freático es de S/ 165,000.00”*, sino que el precio pagado identificó al terreno como urbano habilitado, sin serlo. Lo que generó además que el precio real con nivel freático y sin relleno alcanzara solo un valor comercial de S/ 939,762.40 inferior al cancelado [Folios 460 a 465/EJ], y la prueba más saltante es que incluso hasta la fecha no ha podido ser usado de ese modo. Más importante aun, es que las pruebas han demostrado suficientemente que desde el proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, los procesados dirigieron los procedimientos previos de licitación anulado y posterior de exoneración para que la ganadora de la buena pro fuese la procesada Ríos, pese a las observaciones y demoras en que ella misma incurrió, lo que consolida además que no cumplía los requisitos legales del artículo 26° de la LCE y 135° del RCE, como lo exige el procesado Guanilo. Por todo lo cual todos estos argumentos defensivos resultan infundados.
- 310.** *Sobre la valoración probatoria.* La procesada Ríos denuncia que en el expediente no existe análisis individual de la prueba como lo exige el artículo 392° numeral 2) del CPP, solo aparece la valoración conjunta. De la revisión de la Sentencia aparece que el Ad quo entre los puntos 41 a 53 y 55 a 64 de la sentencia apelada, aparece incluso con tal epígrafe la *“valoración individual de la prueba”*. No existe una forma especial de hacerlo, y consideramos que lo expresado, resulta suficiente, porque permite verificar lo actuado en juzgamiento con la finalidad de realizar posteriormente una apreciación

conjunta como se verifica de los puntos 88 y siguientes de la venida en grado, no siendo de recibo esta objeción.

- 311. *Sobre los poderes insuficientes e inválidos.*** El procesado Quesquén al respecto señala que no era su función como alcalde verificar la suficiente representación, sino que le correspondía al Notario. Esta afirmación carece de acogida, no solo porque no se trata de un hecho aislado sino que la Escritura de compra - venta fue la culminación de dos procesos administrativos de contratación, luego resultaba ineludible que los procesados Guanilo, Portilla y Quesquén, que tras la revisión del Testimonio de Escritura de Poder amplio y general otorgado por César Augusto Ríos Bobadilla a favor de la procesada Luisa Augusta Ríos Rodríguez para vender inmuebles rústicos o urbanos ubicados en la ciudad de Chepén, ante la Notaria Abogada Julia Isabel Cerna Rodríguez [Fs. 1135 a 1188], del Testimonio de Escritura de Poder especial que otorgan ***Teodoro Augusto Ríos Rodríguez***, Ricardo Teodoro Ríos Rodríguez, Irma Luz Ríos Rodríguez, Luisa María Ríos Bobadilla a favor de la procesada Luisa Augusta Ríos Rodríguez para **vender las casas de su propiedad ubicadas en la provincia de Chepén** del departamento de La Libertad, dominio de propiedad adquirido por herencia de la testamentaria Ríos Llampén, ante el Notario Abogado Percy González Vigil Balbuena [Fs. 1189 a 1192] y que como pruebas, fueron admitidas en el nuevo juicio mediante Resolución treinta y cinco emitida oralmente en la Audiencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciocho [Fs. 1780]. Llama la atención que los procesados no hayan advertido la deficiencia de insuficiente representación dado que uno de los poderdantes estaba fallecido, menos explicable que tal detalle no lo haya informado la procesada Ríos, sin considerar que la procesada se identificada en todo documento como única propietaria cuando no lo era; por ello esta objeción carece de asidero.
- 312.** Y en cuanto a que el poder permanece vigente, ya que no contenía el dato del fallecimiento del poderdante Teodoro Augusto Ríos Rodríguez, si bien, un poder solo puede dejarse sin efecto por su revocatoria, en primer orden, si se omitió verificar la suficiencia del poder, resulta contradictorio alegar que de su revisión no aparece el fallecimiento; porque, o bien se revisó el poder, o bien, no se hizo. Y en segundo lugar, el no haber advertido del fallecimiento del poderdante, resulta un acto doloso de su presentante la procesada Ríos y una infracción de los deberes por parte de los procesados Portilla, Guanilo y Quesquén, quienes tenían la obligación de verificar la identidad de los poderdantes, de haberlo hecho habrían advertido del fallecimiento, como tenían obligación de verificar la suficiencia del mismo, en particular, si se comprometía una gran cantidad de dinero de la comuna. En consecuencia, este argumento no resulta admisible.
- 313. *Sobre la infracción al principio de congruencia.*** Señala el procesado Quesquén que la venida en grado ha infringido este principio, puesto que no existe relación entre la acusación fiscal y la sentencia, al haber (el Ad quo) introducido hechos no considerados en la acusación como son las penalidades, cuyo cobro no procedía según el informe de asesoría legal, considerando que la entidad efectuó la contraprestación por la compra/venta en tres cuotas. Esta alegación es plenamente equívoca, puesto que como lo señalamos en el fundamento 44, *sobre la base de la acusación escrita*⁷³⁴ *y ratificada oralmente* en el juzgamiento a partir de los alegatos iniciales como de los alegatos finales, [Ver folios 1778 a 1781, escuchar Audio de la audiencia del veintisiete de marzo

⁷³⁴ Conforme se aprecia del requerimiento mixto de folios 03 a 68.

de dos mil dieciocho, minuto 07:37 a minuto 57:16 y folios 1947 a 1949], las **penalidades** que el procesado denuncia de incongruentes, son mencionadas en específico en todos los antecedentes del requerimiento fiscal y en particular **del minuto 37:15 al minuto 41:09** en la Audiencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciocho. Por lo que esta denuncia es totalmente inexacta.

- 314.**El procesado Portilla sobre las **penalidades** señala que él no es responsable de su falta de cobranza sino que correspondía a la Asesoría jurídica. No obstante, este alegato defensivo no resulta atendible toda vez que como Sub gerente de bienes patrimoniales, una vez conocida la adquisición tardía, era su indispensable deber advertir a sus superiores de este defecto, sin mencionar que habiendo emitido el Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ] que dio origen a esta ilícita adquisición, resulta entendible que no le causara ninguna extrañeza tal irregularidad, toda vez que su interés indebido era que se adquiriera de cualquier forma este inmueble.
- 315.**Redunda en la responsabilidad del procesado Portilla, haber emitido el Informe 155-2010-MPCH-SGLBP de la Sub gerencia de logística a cargo del procesado Portilla, del diez de junio de dos mil diez [Folio 467/EJ] en el que da cuenta que se está elaborando la Orden de compra 538 y visando la recepción para la adquisición del terreno sin contar con lo indicado en el Informe 151-2010-MPCH-SGLBP. Por cierto decir que salva la responsabilidad, pese a realizar el acto irregular, no lo vuelve intrascendente. En particular porque ya había emitido el Informe 151-2010-MPCH-SGLBP del nueve de junio de dos mil diez por el cual hace ver que el contrato se encuentra vencido, existen inconsistencias técnicas y legales e incluso la Gerencia de administración en el Informe 118-2010-MPCH-GAF sugiere la aplicación de penalidades [Folio 469/EJ]. En consecuencia, siendo un alegato defensivo tan precario no resulta atendible.
- 316.***Sobre la carta de compromiso.* El procesado Quesquén, sostiene de un lado que la carta de compromiso suscrita con la procesada Ríos en febrero de dos mil nueve, que aparece a folios 397/EJ, por la cual la procesada se compromete a ceder los derechos según señala de su propiedad a la Municipalidad provincial de Chepén, para el apelante Quesquén no implica que haya tenido interés por comprar el inmueble de la procesada. Tal posición no posee respaldo probatorio, sino por lo contrario, como lo han declarado los testigos Ingeniero Neisser Joselito Mendoza León, quien elaboró el Estudio de pre inversión a nivel de perfil "*construcción de terminal terrestre para la localidad de Chepén*" [Ver folios 356 a 459/EJ, escuchar registro de audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho, minuto 01:53:46 a minuto 02:05:25] y lo ha corroborado el testigo impropio Rogger Eduardo Castañeda Risco, el compromiso era un requisito para la aprobación del proyecto, incluso lo invoca en su impugnación el procesado Portilla [Escuchar registro de audiencia del cuatro de mayo de dos mil dieciocho, minuto 05:13 a minuto 01:08:33]. Lo que más bien consolida la conclusión que la compra estuvo direccionada desde febrero de dos mil nueve.
- 317.**De otro lado, según el apelante Quesquén redunda a su favor pues el compromiso de la procesada Ríos se condice con la solicitud del Gerente de Presupuesto y Jefe de OPI Ingeniero Javier Julca Verástegui, pues coincide con el monto que finalmente se pagó. En primer orden este razonamiento ofrece prueba en contrario, puesto que conforme se ha indicado antes, el Informe 01149-2009-MPCH-GIDU del treinta de setiembre de dos mil nueve [Folios 257 a 259 y 353 a 355/EJ] se especifica la existencia de otra propiedad de Hernando Luis Peralta Cueva que podía cumplir la misma finalidad. Añadido al hecho que se haya pasado por alto el cobro de penalidades por no haberse suscrito el

contrato dentro de los quince días de otorgada la buena pro a la procesada, tan igual como se pasó por alto, que a dicha procesada se le haya permitido adquirir las Bases de la licitación 002-2009-CEPCAE-MOCH anulada posteriormente fuera del plazo de registro de participantes.

318. Así pues, por lo contrario dan cuenta que la carta de compromiso, unida al hecho que la propia procesada Ríos reconoce que existieron conversaciones con el alcalde, según ella para pactar la entrega del precio de adquisición, lo que revelan más allá de toda duda razonable es la certidumbre de la inferencia indiciaria establecida por el Ad quo, que existió un direccionamiento para la adquisición del inmueble asunto de este litigio, a la transferente: la procesada Ríos. Y que para asegurar este propósito desde el Estudio de pre inversión a nivel de perfil "*construcción de terminal terrestre para la localidad de Chépén*" [Ver folios 356 a 459/EJ] que además contiene el Informe geotécnico elaborado por la Empresa SERINGTEC S.R.L. [Folios 412 a 450/EJ] se dirigió la adquisición con esa finalidad dolosa, por eso mismo, cuando fracasa por la reticencia y poca diligencia imprimida por la procesada Ríos en el proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH, tuvo que declararse nulo por el procesado Quesquén, y como no podía ser de otro modo, se habilitó el Proceso de exoneración para compra directa 001-2010-CEPCAE-MPCH considerándola proveedora única, consolidando la infracción dolosa de los deberes por parte de los procesados Quesquén, Guanilo y Portilla, lo que incluso se acredita con el hecho de no haber reclamado las penalidades que correspondían a la procesada Ríos, en el Proceso de exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH y con el hecho de permitir que la Escritura de compra - venta se suscriba incluso meses después del plazo establecido en la LCE, como tampoco lo hicieron en el proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH. En consecuencia esta argumentación no resulta admisible.

319. Sobre el interés indebido de los procesados Quesquén y Guanilo. El procesado Quesquén, objeta que el Ad quo siguiendo la tesis fiscal le impute favorecer la compra del terreno de la procesada Ríos, pero desconoce que el monto destinado para la adquisición hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, por encontrarse comprometido y en devengado con SIAF 4334⁷³⁵ debía ser gastado hasta el treinta y uno de marzo de dos mil diez y no podía derivarse a otro gasto, siendo legalmente posible comprometer y devengar mediante Resolución de alcaldía, no es necesario que haya contrato, para evitar que se revierta al tesoro público. Este razonamiento no resulta atendible; no sólo porque si el dinero estaba comprometido en el SIAF 4334 solo podía hacerse mediante proceso de Licitación, sino también desde que existe la carta de compromiso [Folios 397/EJ], y se suscribió el Acta certificada de entendimiento del primero de marzo de dos mil diez suscrita entre el procesado Quesquén y la procesada Ríos, en donde pactan el precio de S/ 1'466,667.00 (US\$ 12.50 por M2) ofrece transferir 40,000 M2 de los 42,237 M2 que posee [Folios 503/EJ], incluso suscribe el Contrato privado de compra venta del treinta de marzo de dos mil diez producto de la adjudicación por el proceso de Exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH [Folios 504 a 506/EJ]. Alterando las reglas del proceso de contratación establecidas en la LCE que le exigían cumplir con el proceso de contrataciones del Estado, es decir la previa presentación de la documentación correspondiente por parte de la procesada Ríos, lo que se materializó meses después (*el 30 de junio de 2010*) del otorgamiento de la Buena

⁷³⁵ SIAF: Sistema Integrado de Administración Financiera - SIAF © del Ministerio de Economía y Finanzas realizado el 18 de diciembre de 2009.

pro, ya que el Oficio 001-2010-GM-MPCH por el cual el procesado Guanilo como Presidente del Comité Especial en el Proceso de exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH le comunica a la procesada Ríos su condición ganadora ocurrió el **29 de marzo de 2010** [Folios 473-A/EJ] lo que se corrobora también con el Acta de proceso de exoneración 001-2010-CEPCA-MPCH-I buena pro teniendo como única postora a la procesada Ríos, afirmando falsamente que presenta todos los documentos exigidos, acto que suscribe los integrantes del Comité Especial, el procesado Guanilo como presidente, el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco; y, el procesado Portilla, como integrantes. [Ver folios 474/EJ]

- 320.** Asimismo el acusado Michael Frank Balarezo Bazán presentó ante la Municipalidad Provincial de Chepén el "Informe de Valuación de un inmueble urbano" [Folios 557 a 565/EJ], realizado en el inmueble sub Litis, el cinco de noviembre de dos mil nueve, a solicitud de la Municipalidad que dirigía el procesado Quesquén como alcalde y regentaba el procesado Guanilo como gerente municipal, mucho antes de la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH y desde luego del Proceso de exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH, y como ha declarado el testigo Neisser Joselito Mendoza León, quien elaboró el Estudio de pre inversión a nivel de perfil "*construcción de terminal terrestre para la localidad de Chepén*" realizado en el mes de febrero de dos mil nueve [Ver folios 356 a 459/EJ, escuchar registro de audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho, minuto 01:53:46 a minuto 02:05:25] afirmó que: "*Realizó un estudio de la cantidad de vehículos... para esto, ya se había definido un área proyectada, en este caso era el terreno que queda en la panamericana... entonces esta Carta de compromiso apertura que se haya ejecutado el perfil técnico... [y que asumió] que para esa fecha [febrero de 2009] ya era propiedad de la municipalidad*".
- 321.** Lo que se consolida que desde febrero de dos mil nueve todos los procesados se interesaron en la adquisición de ese particular terreno de la procesada Ríos para la construcción del terminal terrestre, como lo evidencia además la Carta de compromiso suscrita en esa fecha por la procesada Ríos en donde expresa "*declaro mi compromiso de ceder los derechos de mi propiedad a favor de la Municipalidad provincial de Chepén*" [Ver folios 397/EJ] entonces cobra explicación porque indebidamente los procesados Quesquén, Guanilo y Portilla hayan hecho todo lo posible para concretar ese interés indebido, infringiendo su deber de corrección y buen funcionamiento de la administración edil que regentaban, anteponiendo su resolución ante cualquier observación ulterior, entonces se explica la nulidad del proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH cuando la procesada Ríos no pudo acreditar la propiedad de los 45,000 M2 que Michael Frank Balarezo Bazán informó existían, y también cobra explicación porque a pesar de las advertencias de Leovigildo Espinoza Mendoza [Escuchar registro de Audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho, escuchar minuto 16:07 a minuto 44:42] y del Informe 023-2010-SGT-MOCH [Folios 501/EJ] suscrito por el contador Espinoza Mendoza dando cuenta que hay compromiso de S/ 459,384.00 desde 2009 para el Terminal conforme a la Resolución de alcaldía 1797-2009-MPCH que el giro del cheque está disponible hasta el treinta y uno de marzo de dos mil diez, para que no revierta al Tesoro Público conforme a las directiva de tesorería, debe ser utilizado en el proceso de Licitación Pública anulado que debería retomarse por el compromiso del SIAF 4334, ratificado en el Informe 62-2010-MPCH/GAF del veintiséis de marzo de dos mil diez, emitido por la CPC Sandra Vásquez Romero gerente de administración y finanzas informa a Guanilo que cumpliendo la Resolución de

alcaldía 1797-2009-MPCH se ha devengado S/ 459,384.00 para la compra del terreno por licitación (declarada nula) [Folios 489/EJ]. Pese a lo cual los procesados Quesquén y Guanilo optaron por otro proceso de exoneración, argumentando indebidamente único proveedor, puesto que frente a todas las objeciones no tenían otra forma de materializar su interés indebido en esa adquisición. Siendo que lo indebido no es tanto, que se concretice la construcción del terminal terrestre, sino que, bajo ese pretexto, buscaron una transacción específica hasta consolidarla, sin importarles que pudiera existir otras opciones, que se hubieran apreciado en un proceso transparente, eficiente y regular conforme a las reglas de contrataciones del Estado, como correspondía. Y que no realizarse gracias al actuar indebido del procesado Portilla al emitir el fraudulento 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ].

- 322.** Y más aún, de las observaciones expuestas en el Informe 082-2010-MPCH/GAF del cinco de abril de dos mil diez, suscrito por la CPC Sandra Vásquez Romero gerente de administración y finanzas [Folios 498 a 499/EJ] por el que le informa al procesado Guanilo de las irregularidades en el contrato, dice desconocer el Memorándum 286-2010-MPCH-GM del procesado Guanilo. En el Informe 100-2010-MPCH/GAF del veintiocho de abril de dos mil diez, [Folio 523/EJ] por el que hace ver se han retrasado 23 días en proveer el requerimiento sobre adquisición del terreno y que no se ha subsanado las observaciones del Informe 082-2010-MPCH/GAF se ratifica con el mismo, no se ha señalado que atención debe darle al Informe 316-2010-MPCH-GIDU, que los tipos de cambio para pagar el valor del terreno no corresponden a los oficiales de la Superintendencia de Banca y Seguros y que se indica que es Terreno Urbano cuando no lo es, por lo que aconseja que debería acreditarse. Y en el Informe 118-2010-MPCH/GAF del cuatro de junio de dos mil diez, hace ver incumplimiento de la Cláusula cuarta del contrato del treinta de marzo de dos mil diez, es decir la entrega del terreno en 10 días (que vencían el **09 de abril de 2010**), y que conforme a la cláusula Quinta le corresponde una penalidad, por lo que no corresponde cancelar el saldo [Folios 472 y 522/EJ]. A ello debe aunarse el Informe 043-2010-MPCH-GPP del veinticinco de marzo de dos mil diez, [Folios 496 a 497/EJ] suscrito por el gerente de planeamiento y presupuesto Javier Julca Verástegui en el cual le indica al procesado Guanilo observaciones al proceder conforme a los lineamientos técnicos que deben tomarse en cuenta para adquirir el inmueble, en particular que el inmueble esté saneado y sea de exclusiva propiedad de la única postora la procesada Ríos, que desconoce los valores de tasación o si estos corresponden a los aranceles del CONATA, que debe estar sustentada debidamente la tasación, que la certificación presupuestaria no convalida las irregularidades, y que han transcurrido varios meses sin que se haya retrotraído el proceso de Licitación que corresponde por el compromiso del SIAF 4334. Todo lo cual nos permite definitivamente coincidir con el Ad quo que se trata de conductas dolosas que configuran el ilícito de negociación incompatible, por parte de los procesados Quesquén y Guanilo.
- 323.** Sostiene el procesado Guanilo que, haber cursado el Memorándum 286-2010-MPCH-GM del treinta de marzo de dos mil diez [Folios 528/EJ] para que se pague a la vendedora no es prueba suficiente del interés indebido, y solo es un acto de administración en su calidad de Gerente Municipal. Que como integrante del Comité especial tuvo conocimiento que el terreno presentaba deficiencias en cuanto al metraje, eran irregularidades subsanables que estaban permitidas por la Ley orgánica de municipalidades, siendo una atribución legal, por lo que no se ha demostrado el interés

indebido. Lo actuado en este proceso da cuenta de lo contrario, que fue advertido por sus técnicos de gerencia de administración y finanzas (GAF) que existían irregularidades en el compromiso devengado y en el cumplimiento del contrato para realizar los pagos ordenados. En ese mismo memorándum aludido el procesado Guanilo solicita el pago del contrato a la procesada Ríos, solicita que el gasto se cargue a Fuentes de financiamiento: Recursos ordinarios y Canon sobre canon regalías, Meta presupuestal 00229, sabiendo del compromiso del SIAF 4334.

- 324.** Es más a pesar de todo lo señalado emite el Memorándum 288-2010-MPCH-GM del treinta y uno de marzo de dos mil diez [Folios 500/EJ] en el que pide se informe sobre contrato y pago; el Memorándum 458-2010-MPCH-GM del nueve de junio de dos mil diez, por el cual ordena al procesado Portilla hacer la orden de compra por el terreno, [Folios 468/EJ]; el Memorándum 440-2010-MPCH-GM del cuatro de junio de dos mil diez [Folios 529 a 534/EJ] solicitando el pago de saldo, adjuntando título inscrito; el Memorándum 471-2010-MPCH-GM del catorce de junio de dos mil diez [Folios 519/EJ] en el que señala que conforme al Informe 263-2010-MPCH-AJ - Registro 1407-2010 del ocho de junio de dos mil diez, [Folios 520 a 521/EJ] el sentenciado Higinio Manuel Morales Valencia afirma que no corresponde penalidad y que el Informe 118-2010-MPCH/GAF no debe ser atendido porque emite opinión legal, que solo le compete a la oficina de Asesoría Jurídica. Ordenando el procesado Guanilo que corresponde pagar el saldo a la procesada Ríos. Incluso ese mismo proceder ya lo evidencia el Memorándum 142-2009-MPCH del diez de diciembre de dos mil nueve [Folios 537/EJ] emitido en la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH posteriormente anulada, documento por el que el procesado Guanilo informa al procesado Portilla que existe toda la documentación para que se realice el contrato de la única postora (la procesada Ríos) y se proceda al pago. Por lo que sus argumentos no son atendibles, por lo contrario, se ha acreditado un actuar doloso de indebido interés de parte de todos los procesados.
- 325.** *Sobre la documentación completa presentada por la procesada Ríos.* En su defensa el procesado Portilla señala que la procesada Ríos cumplió con presentar toda la documentación necesaria para enajenar el inmueble que se adquirió. Los fundamentos anteriores nos relevan de mayor análisis al respecto, la procesada Ríos no tenía la documentación de representación suficiente, no existía un estudio de mercado serio, que hubiera realizado precisamente el procesado Portilla, contrario a su Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ]; y, si bien el procesado Portilla no elaboró ni el Informe 131-2010-MPCH-A.J. del dieciocho de marzo de dos mil diez [Folios 133 a 136 y 476 a 479/EJ] suscrito por el sentenciado Higinio Manuel Morales Valencia, condenado por el delito de falsedad ideológica, precisamente por haber falseado la información que contiene dicho documento que también sirvió de sustento al Informe 0256-2010-MPCH-GIDU suscrito por el sentenciado Rogger Eduardo Castañeda Risco, ello no significa que no haya sido acreditado que infringió sus deberes al haber dejado en acto que no puede ser sino doloso como es elaborar y suscribir el Informe que dio origen a este ilícito, indicando que no existe otro inmueble para los fines de Terminal terrestre, lo que aunado a las demás irregularidades pasadas por alto por el procesado Portilla que se han advertido en este expediente dan cuenta pues, que estos alegatos defensivos carece de todo fundamento probatorio, resultando infundados.
- 326.** *Sobre la exigencia del dolo en la imputación objetiva.* El procesado Portilla invoca la **Casación 367-2011/Lambayeque**, Ejecutoria Suprema de la Sala penal permanente del quince de julio de dos mil trece, Caso de Francisca Correa Montenegro sobre violación

sexual de menor de edad en perjuicio de RNSR, ponencia del Señor Magistrado Pariona Pastrana, con la firma de los Señores Villa Stein, Príncipe Trujillo y Rozas Escalante, y el Voto en discordia de la Señora Barrios Alvarado, señalando que para ser considerado cómplice se exige que el actor tenga conocimiento (dolo) del aporte típico que estaba realizando, servía para la comisión del delito, lo que no ha ocurrido, además de invocarse la teoría de la imputación objetiva en sus dimensiones de prohibición de regreso, rol socialmente permitido, auto puesta en peligro de la víctima y principio de confianza. Primero que nada, la invocación a un rol neutral (invocación que también realizó la defensa del procesado Quesquén en tanto alude a que firmar la escritura pública es un acto legal y debido; y el procesado Guanilo, firmar Memorándums) no puede ser considerado – en la línea casatoria – un acto ilícito sino que es parte de los roles socialmente aceptas; no obstante, no resulta de recibo esta alegación en la medida que la incriminación no es su actuar legalmente permitido, sino que los procesados Quesquén, Guanilo y Portilla valiéndose de actos aparentemente lícitos indebidamente interesados en la adquisición de un terreno, sin seguir el procedimiento regular, defraudaron la confianza pública bajo la apariencia de una necesidad comunal como era la existencia del terminal terrestre.

327. En segundo lugar, haber suscrito el Informe 051-2010-MPCH-SGLBP [Folios 142 y 156-A/EJ] que no solo es mal intencionado sino carece de acreditación al no existir el estudio de mercado correspondiente para determinar con exactitud que el inmueble que con insuficiente representación vendió la procesada Ríos era el único que podía satisfacer los requerimientos de la comuna, no es un acto intrascendente, menos aislado o neutral como pretende el procesado Portilla. En tercer, lugar por los fundamentos expresados en los apartados 70 a 72 de esta sentencia, la invocación a la **Casación 367-2011/Lambayeque**, resulta inconducente, ya que tal doctrina jurisprudencial se aplica en todo caso a los delitos de dominio de hecho, pero no a los delitos de infracción del deber; o la invocación a la o a la **Casación No. 841-2015/Ayacucho**, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, caso Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza sobre delito de negociación incompatible en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, del veintiuno de junio de dos mil dieciséis, deviene en inadmisibles, toda vez que no se trata de una emergencia climática o de meras irregularidades que pudieran subsanarse administrativamente. Por lo tanto, este argumento resulta impertinente.

328. Sobre la Resolución de Alcaldía 1797-2009-MPCH. Contrario a lo sostenido por los apelantes, debemos dar razón a la señora Representante del Ministerio Público quien sostiene que resulta inexplicable que el veintiocho de diciembre de dos mil nueve se haya comprometido S/ 459,384.00 para la construcción del terminal terrestre, cuando la Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH y el Proceso exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH son por montos mayores que no explican ni el compromiso devengado el 2009 de parte del monto total cancelado ni su cargo a la meta presupuestal 0229 [Ver folios 1922 a 1923 y Bases estándar para la contratación de bienes: Licitación pública 002-2009 de 157 a 259/EJ; Oficio 559-2011 Remite Expediente de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH de folios 260 a 355/EJ y Oficio 033-2011-MPCH-PM del 21 de febrero de 2011, cursado por el Gerente municipal el procesado Guanilo remite Expediente de exoneración 001-2010-CEPCAE-MPCH de folios 21 a 155/EJ]. Lo que se consolida con el Informe 076-2010-MPCH-GPP Certificado de crédito presupuestario para adquisición del terreno del cuatro de junio de dos mil diez suscrito por CPC Javier Julca Verástegui, Gerente de planeamiento y presupuesto [Ver folios

471/EJ] quien da cuenta que cuando se inicia el proceso de Licitación Pública 002-2009-CEPCAE-MPCH solo se contaba con S/ 459,384.00 de Recursos Ordinarios, siendo que la diferencia fue cargada a las partidas de Foncomun y Canon, sobre canon y regalías.

329. Aunado al Informe 040-2010 del gerente de planeamiento y presupuesto CPC Javier Julca Verástegui por el cual le informa al procesado Portilla que ya se emitió certificado de crédito presupuestario e informa que parte del monto ya se encuentra comprometido en el Expediente SIAF 4334 ya que el proceso de Licitación 001-2009-CEPCA-MPCH fue declarado Nulo, el quince de enero de dos mil diez [Folio 485/EJ]; el Informe 160-2009-MPCH-GPP del veintisiete de octubre de dos mil nueve, el mismo funcionario le informa al procesado Portilla la disponibilidad presupuestaria para la adquisición de terreno [Ver folios 486 a 487/EJ]; el Informe 039-2010-MPCH-GPP Julca gerente de planeamiento y presupuesto, el doce de marzo de dos mil diez, le informa al procesado Quesquén que el SIAF 4334 en mérito a la Resolución de alcaldía 1797-2009-MPCH se ha comprometido, devengado y ejecutado S/ 459,384.00 para la compra del terreno por licitación (declarada nula) por lo que dicho monto ya no existe, y no es posible realizar modificación presupuestaria, no deben ser reclasificados ni reasignados. [Ver folio 488/EJ] Documentos emitidos en respuesta al Informe 050-2010-MPCH-SGL-BP por el que se solicita la certificación presupuestaria [Folio 502/EJ] Consolida la incriminación fiscal, que habiendo comprometido el presupuesto del año 2009, por S/ 459,384.00 en el SIAF 4334 correspondiente a la Licitación 001-2009-CEPCA-MPCH, el que se haya declarado nula, no significa que podían usar dicho monto en otra forma sino en una Licitación pública, con mayor razón si la Resolución de alcaldía 1797-2009-MPCH, retrotrajo el proceso a la convocatoria que debería haberse retomado, por el compromiso devengado en el SIAF 4334, conforme a la Ley 28112 Marco del sistema nacional de tesorería y presupuesto y administración financiera del sector público, en particular los artículos los artículos 5°, 6°, 9° y 10° de la Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 aprobada por Resolución Directoral 002-2007-EF.77.15, vigente para las Municipalidades desde el año 2008. Corroborando el testimonio del testigo contador Leovigildo Espinoza Mendoza en la Audiencia del trece de abril de dos mil dieciocho, escuchar minuto 16:07 a minuto 44:42.

330. En consecuencia, por todos los razonamientos acotados apreciamos no solo que los alegatos defensivos no permiten la revocatoria de la Sentencia de condena. Sino que existe contundencia en las inferencias lógicas por medio de las cuales se acredita por las reglas de la lógica, que los procesados **Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones, Jaime Carlos Guanilo Díaz y Segundo Marcial Portilla** defraudaron dolosamente los deberes de interesarse únicamente por el bienestar público, sacrificando dichos deberes permitieron que la procesada **Luisa Augusta Ríos Rodríguez,** se favoreciera con la adquisición de un terreno que no reunía las condiciones óptimas para la finalidad que se buscaba, lo que ha importado en definitiva un mayor costo a la Municipalidad provincial de Chepén, lo que no se hubiera consolidado sin la participación dolosa de ésta procesada, quien facilitó la adquisición del terreno de modo ilícito; y aunque el mayor egreso a la entidad edil no es condición para el delito de negociación incompatible, no hace más que redundar en que la condena expresada resulta conforme y por ello debe ser confirmada.

331. SOBRE LAS DENUNCIAS SOBRE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA. La procesada Ríos aunque no pretende la nulidad sino la revocatoria de la elevada, sostiene que la sentencia adolece de motivación aparente. De otro lado, el procesado Portilla que

pretende nulidad no ha ofrecido argumento alguno vinculado a la decadencia de la venida en grado, ya que todas sus observaciones han sido de contenido revocatorio. Por ello, desde el punto de vista formal no existe fundamento válido para anular la Sentencia. Sin perjuicio de ello, dada nuestra competencia nulificante, es preciso señalar sobre el defecto de justificación aludido y no fundamentado por la procesada Ríos, que si partimos del hecho que *motivación aparente*, es el argumento consignado en la decisión que no posee relación alguna con lo decidido, y que por ende sólo se trataría de frases o citas doctrinarias que no versan directamente sobre el tema a probar (thema probandum) o el tema a decidir (tema decisum), en la cual se descubre que el conjunto de razonamientos no pertenece al motivo de la decisión, mucho menos se refiere a la conclusión resolutoria, siendo que no existe fundamento directo sobre lo decidido, pese a que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que las sustenten).⁷³⁶ Siendo éste, el supuesto de la nulidad invocada por la recurrente; sin embargo, apreciada en su integridad la Sentencia apelada, encontramos que la misma establece tanto la valoración de la prueba actuada, se constriñe al desarrollo del razonamiento por indicios, y en general, brinda respuesta a la imputación introducida, en particular porque se aprecia tanto el juicio de subsunción, la declaración de certeza, y aunque limitadamente, la individualización de la consecuencia tanto penal como civil, siendo las discrepancias de valoración lo que es objeto del examen del pedido de revocatoria antes expuesto. Por ello, no existe la motivación aparente alegada. Incluso desde el *test de justificación razonable*⁷³⁷, la recurrida supera el mismo porque lo que este extremo de nulidad no resulta admisible.

⁷³⁶ Ver Casación No. 1163-2004-CAÑETE, Caso Fidel Tobías Paulino Soto contra Luis Alberto Sandoval Peláez sobre mejor derecho de propiedad, del 05 de agosto de 2005, Fundamento Cuarto; STC Expediente No. 08605-2005-AA/TC - LIMA, Caso Engelhard Perú SAC (En liquidación). 14 de noviembre de 2005, FJ. 21; Casación No. 11471-2015-CUSCO, Ejecutoria Suprema de la Primera Sala de Derecho constitucional y social transitoria, Caso Oscar Denisson Caviedes Mayorga contra el Gobierno Regional del Cusco y otros sobre acción contenciosa administrativa, publicada el 30 de diciembre de 2016, Fundamento Séptimo; Casación No. 1118-2016/LAMBAYEQUE, Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal transitoria, Caso Alan Mychell Zurita Elera y Armando Arigo Benel Vidaurre presuntos autores contra la Fe Pública, en la modalidad de Falsedad ideológica en perjuicio del Estado y José Raúl Sánchez Vidaurre, publicada el 29 de junio de 2018, Fundamento 8.1.1.; STC Expediente No. 03151-2006-AA/TC - LIMA, caso Carlos Tello Holgado y otra, del 17 de setiembre de 2008; STC Expediente No. 03943-2006-PA/TC - LIMA, Caso Juan de Dios Valle Molina, del 11 de diciembre de 2006; Casación No. 12132-2014-LA LIBERTAD, Ejecutoria Suprema de la Primera Sala de Derecho constitucional y social transitoria, Caso Claudia Lorena Gutiérrez Barrantes contra la Universidad Nacional de Trujillo sobre indemnización, publicada el 30 de diciembre de 2016; entre otras

⁷³⁷ El *test de justificación razonable*: el cuál es la técnica de argumentación jurídica por la cual se evalúa la validez de una decisión para considerarla motivada y se produce por la comprobación de la presencia concurrente en el razonamiento, de los siguientes componentes: a) Justificación suficiente, que significa que la respuesta debe entenderse por sí misma, con lenguaje claro y accesible, sin necesidad de explicaciones posteriores; b) Coherencia, significa que la conclusión resolutoria debe provenir de sus propios fundamentos o justificación interna; c) Congruencia, que significa que lo resuelto debe guardar relación estrecha con lo pedido; d) Justificación externa o validez de la inferencia probatoria; y e) Concordancia, que lo decidido debe poseer un respaldo jurídico vigente y aplicable pertinentemente al caso, con respeto del marco convencional, constitucional y de principios generales del Derecho o justificación de sentido. Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. (2003) *La motivación de las sentencias*, Imperativo constitucional, Madrid: CEC, p.23; TARUFFO, Michele. (1975) *La motivazione della sentenza civile*, Padua: CEDAM-PADOVA, p. 392. Tesis admitida pacíficamente tanto por la Corte Suprema de Justicia: Mutatis mutandis véase la Casación No. 626-2013-MOQUEGUA, Caso Marco Antonio Gutiérrez Mamani, sobre delito de homicidio calificado en agravio de Mirian Erika Aucatinco López, doctrina jurisprudencial, del 30 de junio de 2015, fundamento vigésimo tercero. Como por el Tribunal Constitucional: Considerar con mayor precisión por todas las Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente No. 00791-2002-HC/TC - LIMA, Caso Grace Mary Riggs Brousseau, 21 de junio de 2002; STC Expediente No. 01091-2002-HC/TC - LIMA, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, 12 de agosto de 2002; STC Expediente No. 01230-2002-HC/TC - LIMA, Caso César Humberto Tineo Cabrera, del 20 de junio de 2002; STC Expediente No. 02192-2004-AA/TC - TUMBES, Caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, del 11 de octubre de 2004, FJs.8 -14; STC Expediente No. 06712-2005-HC/TC - LIMA, Caso Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana, del 17 de octubre de 2005, FJ 10. Confrontar especialmente: STC Expediente No. 00055-2008-PA/TC - LIMA, Caso Consorcio Minero S.A., del 26 de setiembre de 2008; STC Expediente No. 01291-2000-AA/TC - LIMA, Caso Asociación Real Club de Lima, del 6 de diciembre de 2001, FJ.2; STC Expediente No. 03943-2006-PA/TC - LIMA, Caso Juan de Dios Valle Molina, del 11 de diciembre de 2006; STC Expediente No. 04295-2007-PHC/TC - LIMA, Caso Luis Eladio Casas Santillán, del 22 de setiembre de 2008; STC Expediente No. 00728-2008-PHC/TC - LIMA, Caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes, del 13 de octubre de 2008; STC Expediente No. 00079-2008-PA/TC - LIMA, Caso Celso Leonidas San Martín Camacho, del 13 de agosto de 2009; STC Expediente No. 03264-2009-PHC/TC - LIMA, Caso Javier León Eyzaguirre, del 2 de octubre de 2009; STC Expediente No. 00037-2012-PA/TC - LIMA, Caso SCOTIABANK PERU S.A.A., del 25 de enero de 2012, FJ. 34. Incluso, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que existen diferentes tipos de defectos a la motivación, todos los cuales parten de la premisa fijada por la filósofa alemana doctora Edith Stein (Santa Teresa Benedicta de la Cruz O.C.D.) - "lo arbitrario es aquello que no tiene ninguna manera de ser explicado". Con gran respaldo en la doctrina, Cfr. HART, Herbert Lionel Adolph (1961) *El concepto del derecho*, trad. Genero R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 98 a 119; WRÓBLESWSKI, Jerzy (1974) *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* No. 5, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 8 a 11; TARUFFO, Michele. (1975) *La motivazione della sentenza civile*, Padua: CEDAM-PADOVA, pp. 392; MAC CORMICK, Neil (1978) *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon, pp. 12 a 31; TOULMIN, Stephen (1982) *Razones y Causas*, en AA.VV. *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. J. Daniel Quesada, Madrid: Alianza, pp. 87 a 90; ALEXI, Robert. (1983) *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Duncker, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 102 y ss.;

332. Sobre la condena firme de Higinio Manuel Morales Valencia. Como se señaló en el fundamento 11 el sentenciado **Higinio Manuel Morales Valencia** fue condenado a Cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por los delitos de colusión y falsedad ideológica, no obstante, de iura novit curiae a la luz de lo actuado en este expediente, debe entenderse, en mérito a la acusación alternativa fiscal que su condena se ajusta con mayor perfección al delito de negociación incompatible y así deberá precisarse, para guardar la coherencia y por justicia material; en el presente proceso. Decisión que posee respaldo en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria en la **Casación No. 430-2015-LIMA, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**, Caso María Consuelo Sipión Zapata, Verónica Janinne Luna – Victoria Becerra, José Raúl Rodríguez Yllanes, José Arturo Velásquez y Luis Enrique Ocrospoma Pella sobre delito de peculado doloso y falsificación de documentos en agravio del Estado y otros, del 28 de junio de 2016, Fundamentos Vigésimo Primero y vigésimo segundo.

333. Sobre la reparación civil. Con respecto a este punto, ninguno de los procesados lo ha impugnado expresamente, por lo que, al ser la condena civil regida por las reglas procesales y sustanciales civiles que, son **dispositivas**, si bien por economía procesal se sustancia en el proceso penal; sin apelación expresa al respecto, resulta imposible inferir la apelación implícita, no teniendo potestad este Tribunal para actuar de oficio al respecto sin vulnerar el **principio de congruencia procesal**, ya que el efecto devolutivo del recurso de apelación solo puede alcanzar al extremo impugnado, por lo que el extremo civil debe ser confirmado, en todos sus alcances, con mayor razón si en su estación de pretensiones la Procuraduría como actor civil, solicitó expresamente que se confirme la reparación civil, desarrollando sus razones para ello. Mayor razón si el Ad quo, ha desarrollado los fundamentos del daño que merece ser indemnizado.

334. Haciendo presente que este Tribunal adopta la posición de privilegio del principio dispositivo, considerando que la víctima de un delito merece ser resarcida efectivamente, en respeto al Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva material, no pudiendo desconocer dicho Derecho fundamental en privilegio de los procesados que no han fundamentado cuestionamiento alguno a este extremo. Razonar en contrario sería aniquilar la sana expectativa que posee la víctima del delito y generan un desigual tratamiento procesal contrario al artículo I, numeral 2) del Título Preliminar del CPP. En consecuencia, las apelaciones deben ser declaradas infundadas.

XXIV. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y lo actuado conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia, y de conformidad con los fundamentos expresados, la Sala de apelaciones especializada transitoria de Extinción de Dominio con competencia macro regional Nor Oriente del Perú, actuando provisionalmente como Sala Penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

10. DECLARAR INFUNDADAS las apelaciones deducidas por los procesados impugnantes; en consecuencia:

AARNIO, Aulis. (1991) *Lo racional como razonable*, Trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 46 a 61; ATIENZA, Manuel. (1994) *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 23 y ss.; LUJAN TUPEZ, Manuel Estuardo (1997) *Aplicación prevalente de los principios de derecho*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego, pp. 117 a 138; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. (2003) *La motivación de las sentencias*, Imperativo constitucional, Madrid: CEC, p.23; RODENAS, Ángeles, (2012) *Los intersticios del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 17 a 106; VIEHWEG, Theodor. (2014) *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, México: Fondo de Cultura económica, pp. 23 a 84.

11. **CONFIRMAR** la Sentencia contenida en la Resolución **NOVENTA Y UNO** del once de julio de dos mil dieciocho, **en los extremos** que:
- 11.1. **CONDENÓ** al acusado **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES**, como *autor* del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de *Negociación incompatible*, previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Chepén, representado por la Procuraduría Pública de Corrupción de Funcionarios Descentralizada de La Libertad, a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS Y OCHO MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA**; que se computa desde el 11 de julio de 2018 y vencerá el 10 de marzo de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente.
- 11.2. **CONDENÓ** a los acusados **JAIME CARLOS GUANILO DIAZ y SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA** como *autores* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; y como tal les impuso **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de pena privativa de la libertad con carácter de EFECTIVA**, que se computa desde el 16 de marzo de 2019 y vencerá el 15 de setiembre de 2023, fecha en que recobrará su libertad siempre que no tenga otro proceso con mandato de detención emanado de autoridad competente.
- 11.3. **CONDENÓ** a la acusada **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ** como *cómplice* del delito contra la Administración Pública en la modalidad *Negociación incompatible* previsto en el artículo 399° del Código Penal, en agravio del Estado – representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de La Libertad; a la sanción punitiva de **CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad**, que se **suspende en su ejecución por el periodo de TRES años**, sujeta a Reglas de conducta.⁷³⁸
- 11.4. **IMPUSO** la pena de **INHABILITACIÓN** a los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, consistente en *la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los acusados o cualquier cargo público para el Estado*, por el periodo de **TRES AÑOS**, de conformidad con lo establecido en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.
- 11.5. Y **FIJÓ** por concepto de reparación civil, la suma de **OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820.546.94)** soles a favor del Estado representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; la misma que será cancelada solidariamente por los acusados **OFRONIO WILFREDO QUESQUEN TERRONES, JAIME CARLOS GUANILO DIAZ, SEGUNDO MARCIAL PORTILLA VILCA y**

⁷³⁸ **Reglas de conducta:** a) No variar de su domicilio, sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a cargo de la ejecución de la sentencia, con conocimiento del Ministerio Público; b) Comparecer en forma personal y obligatoria cada 30 días a la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de informar y justificar sus actividades, firmando la ficha respectiva; c) No cometer nuevo delito doloso; d) Reparar el daño ocasionados por su delito, pagando la reparación civil, en forma **solidaria** con sus coprocesados, por la suma de OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 94/100 SOLES (S/ 820, 546.94), a ser cancelados dentro de los seis meses siguientes de haber quedado firme la presente sentencia. **Todo bajo apercibimiento** de aplicarse lo establecido en el artículo 59° del Código Penal, ante el incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta; precisándose que las reglas de conducta serán cumplidas en cuanto la sentencia adquiera la calidad de firme.

- LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ**, en ejecución de sentencia, en la forma ya indicada y como regla de conducta (para la última).
12. **CONFIRMAR** lo demás que contiene al respecto la Sentencia de primera instancia.
13. **DECLARAR FIRMES y con calidad de cosa juzgada**, por consentimiento, los **extremos no impugnados** señalados en los fundamentos 2 y 10 de esta Sentencia. Así como el extremo de la Sentencia del diez de noviembre de dos mil catorce que **ABSOLVIÓ** a la acusada **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ** del delito de **falsa declaración en procedimiento administrativo** en agravio del Estado. **PRECISANDO** que la condena firme a Higinio Morales Valencia debe entenderse por los delitos de Falsedad ideológica y *Negociación incompatible*. Hágase saber.
14. **ORDENAR** que firme que sea la presente, los actuados se devuelvan al Juzgado de origen, para su ejecución una vez que quede firme la presente. En el extremo de la condena con carácter de suspendida de la sentenciada **LUISA AUGUSTA RÍOS RODRÍGUEZ** el cumplimiento de las Reglas de conducta y el cómputo de los plazos iniciará desde que esta decisión sea firme.

Interviniendo como director de debates y ponente, el señor Juez Superior Doctor Manuel Estuardo Luján Túpez.

Manuel Estuardo Luján Túpez
Presidente (e)
Director de Debates y Ponente
Juez Superior Titular

Eliseo Giammpol Taboada Pilco
Integrante
Juez Superior Titular

Manuel Rodolfo Sosaya López
Integrante
Juez Superior Titular



PODER JUDICIAL

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

SALA DE APELACIONES TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE DOMINIO
DE LA LIBERTAD

CALLE LOS FRESNOS N° 455 - URB. CALIFORNIA, DISTRITO VÍCTOR LARCO HERRERA - TRUJILLO - PERÚ

SALA PENAL DE APELACIONES ESPEC. EN DELITOS CORRUPC. FUNC.

EXPEDIENTE : 05472-2018-90-1601-JR-PE-08

(Redistribuido de la Tercera Sala Penal de Apelaciones, conforme a las Resoluciones Administrativas N° 327-2019-CE-PJ de fecha 14-08-2019 y N° 725-2019-P-CSJLL/PJ de fecha 27-08-2019).

ESPECIALISTA : SANTOS YANET QUISPE NUÑEZ

**MINISTERIO PUBLICO: FISCALIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE
FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD**
IMPUTADO : ELIZABETH GABY SÁNCHEZ LA BARRERA
: JORGE DAVID CEDRON PLASENCIA
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : EL ESTADO – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PACANGA
PROCURADURIA PÚBLICA ANTICORRUPCION
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA SUSPENDIDA
RECURRENTES : LOS SENTENCIADOS

Resolución Nro. CATORCE

Trujillo, treinta y uno de enero

Del año dos mil veinte.-

AUTOS Y VISTOS; Dado cuenta con el cuaderno de debate y dos escritos con cargo de ingreso a CDG N° 50-2020 y N° 56-2020, presentados por los abogados de los procesados Elizabeth Gaby Sánchez La Barrera y Jorge David Cedron Plasencia; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Mediante resolución número trece, expedida en audiencia de apelación de sentencia condenatoria de fecha 09 de enero de 2020 (folios 163 - 164); se declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por **Elizabeth Gaby Sánchez La Barrera y Jorge David Cedron Plasencia**, por inconcurrencia de las partes apelantes a la audiencia de apelación de sentencia condenatoria programada para el día 09 de enero de 2020. Consecuentemente queda firme para todos los efectos la sentencia condenatoria contenida en la resolución número siete de fecha 13 de marzo de 2019 (folios 52 a 69).

SEGUNDO: A través del escrito con cargo de ingreso a CDG N° 50-2020, el abogado defensor de la procesada **Elizabeth Gaby Sánchez La Barrera**, solicita se declare la nulidad de la resolución que declaró inadmisibile su recurso de apelación, consecuentemente se fije nueva fecha para la sustentación de su recurso, bajo el argumento de que tiene conocimiento que los magistrados (jueces y fiscales) del Distrito Judicial de La Libertad se encuentran más de 15 días en sesión permanente. Al respecto se tiene que el argumento que sustenta el pedido de nulidad, no se encuentra acorde con lo previsto en el artículo 149º, concordante con los artículos 150º y 151º del Código Procesal Penal; no obstante ello cabe indicar que los señores magistrado que integran la Sala de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, órgano que viene actuando provisionalmente como Sala Penal de Apelaciones Especializada en Corrupción de Funcionarios de La Libertad, no han paralizado sus labores, vienen desempeñando sus funciones con total normalidad. Sumado a ello se tiene que conforme a lo previsto en el artículo 84º, numeral 4) del Código Procesal Penal, es deber de todo abogado diligente constituirse a las diligencias que se hubieran programado por el órgano jurisdiccional, más aun si en el presente caso se trataba de la realización de la audiencia de apelación de sentencia condenatoria, acto procesal que contenía un apercibimiento en caso de inconcurrencia, apercibimiento que consistía en la declaración de inadmisibilidat del recurso de apelación, finalmente se debe tener en cuenta que el escrito ha sido presentado cinco días después de la fecha de la realización de la audiencia de apelación, lo que denota la falta de interés en el proceso por parte del abogado y del procesado, es por tales razones que no corresponde amparar el pedido de nulidad de la resolución número trece, dictada en audiencia de fecha 09 de enero de 2020, y por ende la fijación de nueva fecha para la realización de la audiencia de apelación de sentencia; deviniendo por tanto en improcedente lo peticionado.

TERCERO: Asimismo con escrito con cargo de ingreso a CDG N° 56-2020, la persona de Juan Antonio Alvarado Espinoza, solicita la reprogramación de la audiencia en nombre del procesado **Jorge David Cedron Plasencia**; en principio se debe señalar que el aludido escrito ésta suscrito por el letrado Juan Antonio Alvarado Espinoza, quien no cuenta con legitimidad para representar procesalmente al procesado **Jorge David Cedron Plasencia**, toda vez no ha sido designado como nuevo abogado defensor, por ende no se encuentra debidamente incorporado en el presente proceso, sumado a ello el mencionado escrito no está autorizado con la firma del aludido procesado, por estas razones el pedido debe ser declarado improcedente.

CUARTO: No obstante, lo señalado en el considerando precedente, a fin de salva guardar la tutela jurisdiccional efectiva que le asiste al procesado apelante, se procese a analizar si corresponde de manera excepcional disponer la reprogramación de la audiencia de apelación de sentencia. El procesado **Jorge David Cedron Plasencia**, refiere que por motivos de salud no pudo asistir a la audiencia de apelación de sentencia programada para el día 09 de enero de 2020, para acreditar lo alegado adjunta

el certificado médico N° 1195959, el cual ha sido emitido con fecha 08 de enero de 2020, por Dr. Alberto Tello Velásquez, médico del Centro de Salud de Ciudad de Dios – Red Pacasmayo – Gerencia Regional de Salud de La Libertad, contando con la correspondiente visación de la Jefatura del Centro de Salud de la Ciudad de Dios –Red de Salud de Pacasmayo-Ministerio de Salud, apreciándose que a don Jorge David Cedron Plasencia, se le diagnosticó rinoфарингитis aguda, otorgándosele descanso médico por los días 08 y 09 de enero de 2020. Al respecto como es de verse del certificado médico antes descrito, por un lado éste fue expedido y bisado el 08 de enero de 2020 y por el otro lado la dolencia cesó el 09 de enero de 2020, por lo que era obligación del procesado informar al órgano jurisdiccional un día antes de la realización de la audiencia o inmediatamente después de haber cesado la dolencia, pero no hizo, por el contrario después de 07 días de haber sido expedido el certificado médico y después de 06 días de haber cesado la dolencia, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2020, pretende justificar su inasistencia a la audiencia de apelación de sentencia programada para el 09 de enero de 2020, hecho que denota la falta de interés de justificar oportunamente la inasistencia del procesado y del abogado defensor a la aludida audiencia. Finalmente cabe indicar que la dolencia del procesado **Jorge David Cedron Plasencia**, no justifica la inasistencia de su abogado defensor. Por las razones expuestas no es posible disponer de manera excepcional la reprogramación de la audiencia de apelación de sentencia, deviniendo por tanto en improcedente lo peticionado.

Por las consideraciones expuestas, **RESUELVE:**

4. **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** el pedido de nulidad de la resolución número trece, que declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la procesada **Elizabeth Gaby Sánchez La Barrera**, así como se fije nueva fecha para la sustentación de su recurso, formulado mediante escrito con cargo de ingreso a CDG N° 50-2020.
5. **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** el pedido de reprogramación de audiencia de apelación, presentado por el letrado Antonio Alvarado Espinoza, mediante escrito con cargo de ingreso a CDG N° 56-2020, quien no tiene legitimidad para representar procesalmente al procesado **Jorge David Cedron Plasencia**.
6. **NOTIFÍQUESE** la presente resolución en forma oportuna y con arreglo a Ley; y fecho **DEVUELVA** los autos al Juzgado de origen.

S.S.
CÁRDENAS FALCÓN
ZAMORA BARBOZA
LUJÁN TÚPEZ



*CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN EXTINCIÓN DE
DOMINIO DE LA LIBERTAD*

CASO PENAL N° : 01609-2018-83-1601-JR-PE-07
DELITO : COLUSIÓN
PROCESADO : SIMÓN VALDERRAMA BAZÁN
AGRAVIADO : EL ESTADO
IMPUGNANTE : EL PROCESADO
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA

SENTENCIA DE VISTA

Resolución número veintiséis

Trujillo, veintiséis de febrero de dos mil veinte

VISTA Y OÍDA en audiencia de apelación, por los magistrados integrantes de la Sala Superior de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, señores Jueces Superiores Wilda Mercedes Cárdenas Falcón (Presidenta), Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza (Director de Debates y Ponente) y Manuel Estuardo Luján Túpez; órgano jurisdiccional que actúa como Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - en virtud de las Resoluciones Administrativas N° 191-2019-CE.PJ, y N° 0452-2019-P-CSJLL -; audiencia en la que intervino la señora Editha Sernaqué Chiroque – abogada de Simón Valderrama Bazán, en adelante “el procesado” -; el señor Fiscal Adjunto Superior Héctor Martín Rebaza Carrasco, y la señorita Karina Ruby Núñez Romero, abogada del actor civil – Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO

227. Viene el presente proceso penal, en apelación de la sentencia, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el señor Juez del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, en el extremo que condenó al acusado Simón Valderrama Bazán como autor de delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tal se le impuso tres años de pena privativa de la libertad - suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición del cumplimiento de reglas de conducta -, e inhabilitación por el plazo de tres años consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público, conforme a lo establecido por el artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal.

228. La abogada del apelante, invocando incorrección en la valoración de la prueba y en la subsunción de los hechos probados, formuló como pretensión impugnatoria que se revoque la sentencia y se le absuelva de la acusación.

229. Tanto la señora Fiscal Superior como la señora abogada delegada de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios requirieron que se confirme la sentencia.

II. CONSIDERANDOS

2.1. CONSIDERACIONES NORMATIVAS

230. Primero.- La competencia de este tribunal superior para decidir se circunscribe al material impugnativo contenido en las pretensiones formuladas por las partes y sus fundamentos, teniendo como parámetros los principios de rogación y de límite del recurso; estando habilitado también para pronunciarse por las nulidades absolutas, conforme a lo dispuesto por los artículos 149 y 150 del Código Procesal Penal, disposiciones recogidas específicamente en la regulación de la apelación de sentencias del artículo 425 inciso 3.

231. Segundo.- Invocamos los preceptos del artículo 39 de la Constitución que establece que *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”*, el artículo 40 que reserva a la ley la regulación del ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; y el artículo 77 en cuanto a la obligatoriedad de ejecutar por contrato o licitación pública, las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos, así como también la adquisición o enajenación de bienes.

232. Tercero.- El Código Penal peruano incluye un catálogo de conductas típicas de delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos; es el caso del delito de colusión como manifestación de los delitos de corrupción: fenómeno que *“socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”*.⁷³⁹

233. Cuarto.- El delito de colusión es un delito de infracción de deber, por tanto, el bien jurídico genérico objeto de tutela lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁷⁴⁰, lo que importa la transparencia en la realización de las licitaciones y contrataciones del Estado, cautelando sus intereses y anteponiéndolos a cualquier beneficio para quienes ejercen la función pública o para terceros. Se ha identificado además que el delito de colusión es un delito de encuentro, *“requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público –*

⁷³⁹ Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁷⁴⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos Contra la Administración Pública. Editorial Iustitia, 5ª edición, Lima, enero de 2019, p.361.

intraneus- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto –los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la administración pública –ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica.”⁷⁴¹

234. Quinto.- En concordancia con lo establecido por el artículo 3 inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁷⁴², el bien jurídico protegido específicamente en el delito de colusión “(...) no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales.”⁷⁴³.

235. Sexto.- El artículo 384 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26713⁷⁴⁴ - texto vigente a la fecha de los hechos objeto de acusación que prescribía 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.”

236. Séptimo.- Respecto de los elementos típicos del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, la jurisprudencia penal ha establecido que “La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determinaría un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses

⁷⁴¹ Ejecutoria Suprema - Recurso de Nulidad N° 1565-2012-ICA, de fecha 19 de noviembre de 2013 (Fundamento Quinto).

⁷⁴² Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrita en Nueva York el 31 de octubre de 2003, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357 y ratificada mediante Decreto Supremo N° 075-2004-RE, publicado el 20 de octubre de 2004. En el inciso 2 del artículo 3 se establece: “Para la aplicación de la presente convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado” -

⁷⁴³ Sentencia de Casación N° 9-2018-Junín, de fecha 26 de junio de 2019; emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Fundamento Primero).

⁷⁴⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de diciembre de 1996.

*públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa*⁷⁴⁵. Cabe indicar, además, que por el propio ámbito de configuración del ilícito penal – contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado – el análisis de la conducta imputada requiere la remisión a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las contrataciones del Estado, como lo son, en el caso concreto, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017- en adelante “LCE” y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF – en adelante – “el Reglamento”⁷⁴⁶

237. Octavo.- Conforme al artículo 157 del Código procesal penal, los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley; estableciendo en su artículo 158 los cánones de valoración probatoria, así como las exigencias de la prueba indiciaria

2.2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

238. Noveno.- En juicio de apelación no hubo actuación probatoria ni pedidos de oralización.

2.3. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

239. Décimo.- La defensa del procesado argumenta en su recurso que no se ha probado que haya concertado de manera dolosa con su coprocesado, valorándose únicamente su condición de funcionario público sin tener en cuenta que no decidía sobre las contrataciones pues estas responden a la observancia del debido procedimiento administrativo en el marco de la normatividad vigente. Que no se ha probado la existencia de un acuerdo colusorio, lo que hubo fue una falta administrativa al no realizar una invitación a más empresas y solo conformarse con la que tenía más cerca. Que verificó el cumplimiento de los requisitos mínimos que ofrecía la empresa de su coprocesado, procediendo a efectuar cuadros comparativos inclinándose según su

⁷⁴⁵ Ejecutoria Suprema – Recurso de Nulidad N° 1296-2007-Lima, de fecha 12 de diciembre de 2007; emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Fundamento Quinto)

⁷⁴⁶ La Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, publicada el 04 de junio de 2008, era la norma vigente a la fecha de los hechos objeto de acusación. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – en adelante R.L.C.E - vigente en la época fue el aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente desde el 01 de febrero de 2009.

sano juicio por aquella que le ofrecía mayores beneficios, sin presentir que las cotizaciones eran falsas. No se ha probado si fue quien hizo las cotizaciones falsas o fue otra persona. No existe pluralidad de indicios, no se tuvo en cuenta que para la compra hubo un acuerdo del pleno del concejo. Los testimonios corroboran sólo la existencia de una falta administrativa. Sobre la sobrevaloración del precio de la fotocopiadora no se podría asumir que sea un indicio de que haya obtenido una ventaja económica. En la sentencia se ha omitido expresar los fundamentos jurídicos en que se sustentan los hechos.

240. Décimo primero.- El señor representante del Ministerio Público, después de hacer referencia a los hechos objeto de acusación y a la actuación desarrollada en el juzgamiento oral, sostuvo que de la actividad probatoria producida en el plenario ha quedado acreditado que el procesado, en su condición de funcionario público, se concertó ilícitamente con su coprocesado para defraudar al Estado, configurándose por tanto el delito de colusión, por tanto, la sentencia debe ser confirmada.

241. Décimo segundo.- La abogada delegada de la Procuraduría Pública sostuvo que en el juicio de apelación no se desvirtuaron los fundamentos de la sentencia de primera instancia en cuanto a la acreditación de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, consideraciones por las cuales requirió que se confirme la sentencia.

2.4. ANALISIS DEL CASO

2.4.1 Hechos objeto de acusación y fundamentos de la impugnada

242. Décimo tercero.- Según la base fáctica de la tesis fiscal: *"El 23 de junio de 2010, mediante Requerimiento N° 09-2010-0-A-MDG el Jefe de Abastecimiento y Logística de la Municipalidad Distrital de Guadalupito, Simón Valderrama Bazán solicita al Gerente Municipal la adquisición de una fotocopiadora para la entidad. Llevada a cabo por el Gerente Municipal Juan Acevedo Arellano la tramitación administrativa necesaria para la procedencia de la adquisición con fecha 17 de agosto de 2010, mediante Informe N° 115-2010-0/A-MDG, Simón Valderrama Bazán informa al Gerente Municipal que ha solicitado las propuestas económicas correspondientes para la compra de una Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211; siendo que A & V Guadalupito*

Constructora SAC representada por Santos Andrés Arqueros Alvarado es la que ha presentado la mejor propuesta, por un monto de S/ 10, 600.00 soles; adjuntando las propuestas económicas en las que se puede observar que Maquinarias JAAM SA – que es representante exclusivo de Konica Minolta en nuestro país - ha presentado por el mismo bien una proforma supuestamente firmada por Edwin Nizama Fernández en el precio de S/. 10, 699.00 soles, y Máquinas y Maquinarias SAC ha presentado una proforma supuestamente firmada por Ismael Gaona Rocha por un precio de S/. 10, 750.00 soles. Realizada las indagaciones por la Fiscalía resulta que en ningún momento Maquinarias JAAM SA ni Maquinarias SAC han presentado proforma alguna a la Municipalidad Distrital de Guadalupe; no sólo eso sino que las firmas que se consignan en las proformas remitidas a la Gerencia Municipal por Simón Valderrama Bazán como pertenecientes a los representantes de dichas empresas se aprecian fácilmente como falsas a su simple comparación con las impresiones de las fichas RENIEC de las personas antes mencionadas; pero sobre todo los precios realizados de la fotocopiadora han sido exageradamente sobrecosteados en las proformas – incluso en el monto que ha sido pagado finalmente a A & V Guadalupe Constructora SAC – pues el precio que en dicha época ofertaba Maquinarias JAAM SA por la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211 no superaba los S/ 4, 000.00 soles – lo que es entendible, además, por tratarse del representante exclusivo de Konica Minolta en nuestro país; siendo que la otra empresa Maquinas y Maquinarias SAC en realidad daba un precio de S/ 6, 000.00 soles. El que haya existido un contubernio entre Simón Valderrama Bazán y Santos Andrés Arqueros Alvarado se puede apreciar porque A & V Guadalupe Constructora SAC no se dedicaba a la venta de fotocopiadoras, por lo que, el primero de los nombrados no tenía por qué pedirle proforma a dicha empresa, pero principalmente en el hecho de que haya fraguado las proformas de Maquinarias JAAM SA y Maquinarias SAC; siendo de suma relevancia que la representante legal de esta última Merly Jacqueline Carrasco Sosa haya que señalado con fecha 18 de agosto de 2010 que su empresa vendió la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211 a A & V Guadalupe Constructora SAC a través de su vendedor Ismael Gaona Rocha, de lo que se concluye que fue Santos Andrés Arqueros Alvarado quien proporcionó a Simón

Valderrama Bazán el nombre de dicho trabajador de Máquinas y Maquinarias SAC para que lo consigne en la proforma que este último iba a falsificar. En concreción del acuerdo colusorio es que mediante Comprobante de Pago 0000503 – por orden del Gerente Municipal Juan Arellano Acevedo – con fecha 24 de agosto de 2010 se canceló a A & V Guadalupito Constructora SAC el importe de S/. 10, 600.00 soles (cheque N° 49123053 cargado a la Cuenta Corriente N° 010-0741-136171) en razón de la conformidad dada por Simón Valderrama Bazán de la recepción de la Fotocopiadora Multifuncional Bizhub Lazer 211.”(SIC.)

243. Décimo cuarto.- Los hechos expuestos precedentemente fueron calificados por la fiscalía, conforme a su requerimiento acusatorio, como constitutivos del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26713⁷⁴⁷ - atribuyéndosele al procesado Simón Valderrama Bazán - con motivo de la adquisición de una fotocopiadora multifuncional - haber defraudado al Estado - Municipalidad Distrital de Guadalupito, Provincia de Virú, departamento de La Libertad -, concertándose con el procesado Santos Andrés Arqueros Alvarado, representante de la empresa A & V Guadalupito Constructora SAC; requiriendo en juicio oral que se imponga a ambos procesados como autor y cómplice del delito, respectivamente, cinco años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación, conforme a lo dispuesto por el artículo 36° incisos 1) y 3) del Código Penal. En cuanto a la pretensión resarcitoria, la abogada de la Procuraduría Pública Anticorrupción requirió que se fije a los acusados por concepto de reparación civil, la obligación de cancelar solidariamente el importe de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil a favor del Estado. La defensa argumentó que el procesado actuó dentro del marco de sus atribuciones y en observancia de la ley.

244. Décimo quinto.- Culminado el juzgamiento oral, el señor juez del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió pronunciamiento condenatorio, decisión que fundamentó en la acreditación probatoria de los hechos materia de acusación, infiriendo de los hechos probados que los procesados dolosamente defraudaron al Estado concertándose ilícitamente, configurándose los elementos típicos del delito de colusión. Como consecuencia del establecimiento de responsabilidad, se impuso a ambos procesados, en sus calidades de autor y cómplice, respectivamente, del delito de colusión, tres años de pena

⁷⁴⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de diciembre de 1996.

privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición del cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitación por el mismo plazo, conforme a lo establecido por el artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal. Imponiéndoles la obligación de pagar solidariamente el importe de ocho mil soles a favor del agraviado.

2.4.2. Análisis de los agravios invocados por el apelante

245. Décimo sexto.- De los argumentos formulados en el recurso de apelación se colige que el procesado sustenta su pretensión de revocatoria objetando tanto la valoración de la prueba como el juicio de tipicidad de los hechos probados.

2.4.2.1 Sobre el cuestionamiento a la valoración de la prueba

246. Décimo sétimo.- El apelante alega que sólo se valoró su calidad de funcionario público para concluir que infringió un deber especial, condenándosele como autor de colusión sin tener en cuenta que no decidía sobre las contrataciones y que hubo un acuerdo de concejo sobre la compra; asimismo, cuestiona el razonamiento indiciario utilizado por el juez para acreditar la existencia de un acuerdo colusorio con su coprocesado, circunscribiéndose su conducta a verificar los requisitos mínimos que ofrecía la empresa representada por su coprocesado, efectuando los cuadros comparativos e inclinándose según su sano juicio por aquella que le ofrecía mayores beneficios, sin presentir que las cotizaciones eran falsas, no habiéndose probado tampoco quién las elaboró. No existe pluralidad de indicios y los testimonios solo dan cuenta de una falta administrativa, la sobrevaloración del precio no constituye indicio de que haya obtenido una ventaja económica.

247. Décimo octavo.- Del examen de la sentencia verificamos que la acreditación de la intervención del procesado en los hechos materia de acusación no se sustenta únicamente en su calidad de funcionario público como lo sostiene el apelante; en efecto, la valoración judicial de la prueba actuada ha tenido como ejes además su concreta participación en la adquisición de la fotocopiadora, la concertación ilegal con su coprocesado con fundamento en la valoración indiciaria, el peligro potencial de afectación al patrimonio del Estado y el dolo.

248. Décimo noveno.- Con relación a su intervención en la adquisición de la fotocopiadora, en los acápite 7.6 a 7.12 se resalta que fue en razón de su cargo como

Jefe de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Guadalupito, solicitando su adquisición – como área usuaria (requerimiento N° 09-2010-O-A-MDG) -, participando como órgano encargado de las contrataciones (informe N° 115-2010-O/A-MDG), dando su conformidad a la adquisición y solicitando su cancelación (informe N° 120-2010-O/A-MDG) - la que se concretizó mediante el comprobante de pago N° 0000503 por el importe de diez mil seiscientos soles, lo que se corrobora con el examen del testigo Juan Acevedo Arellano, gerente municipal -; acreditándose pues su relación funcional específica en la cuestionada adquisición de la fotocopiadora, independientemente de que para su aprobación haya intervenido el concejo municipal o que los hechos configuren también ilícitos administrativos. Por tanto, no son atendibles los argumentos de que carecía de poder de decisión sobre las adquisiciones, su intervención funcional ha quedado probada.

249. Vigésimo.- En lo que atañe a la concertación ilegal con su coprocesado. Cabe indicar que culminada la actuación de los medios de prueba el juez tiene la libertad de apreciar su mérito en relación con los hechos propuestos por las partes, acreditándolos o descartándolos o infiriéndolos a partir de hechos distintos con los que están relacionados de manera lógica. En el caso concreto, en la sentencia el juez despliega el razonamiento indiciario valorando los medios de prueba acreditativos de una serie de hechos (indicios plurales, conducentes y convergentes) de los que infiere la existencia de una concertación ilegal, elemento del tipo penal de colusión que - por importar conductas contrarias a la ley desplegadas por funcionarios públicos, con características ínsitas de clandestinidad - difícilmente puede ser acreditadas con prueba directa.

250. Vigésimo primero.- En efecto, en el acápite 7.16 de la sentencia se resalta la acreditación de: a) la intervención directa del procesado en la adquisición del bien – por el mérito de la prueba referida en el considerando décimo noveno de la presente – resaltando la inobservancia del artículo 13 del Reglamento que impone la obligación de describir minuciosamente el bien a adquirir; b) la falsedad de las proformas supuestamente presentadas por las empresas Maquinarias JAAM SA y Máquinas y Maquinarias SAC, en mérito del examen del testigo Adrián Gerardo Gagó Pérez, de las divergencias gráficas existentes en los documentos así como - en el caso de la segunda empresa - por no estar suscrita por su representante legal, resaltándose que el procesado conocía de su falsedad; c) las proformas económicas no registraban una diferencia considerable, optándose por la de menor importe, es decir, la presentada por la empresa representada por su coprocesado, que no fue cuestionada en su autenticidad; d) la sobrevaluación del precio de la fotocopiadora en relación a su

precio regular de mercado, ello por el mérito del contrato N° 037-2010, acreditándose que el procesado Arqueros Alvarado adquirió el equipo en la ciudad de Chimbote, precisamente del proveedor Máquinas y Maquinaria SAC por S/ 6,000.00 (seis mil soles), conforme a su declaración indagatoria y contrato N° 000218, lo que revela que la contratación pública tenía por propósito obtener un provecho económico perjudicando al Estado; e) carencia de experiencia de la empresa A & V Guadalupito Constructora SAC en la venta de fotocopiadoras, el procesado Arqueros Alvarado reconoció en juicio que fue la primera venta que realizaba; f) el bien fue adquirido originariamente a la Empresa Máquinas y Maquinarias SAC, conforme al contrato N° 00218 por S/ 6,000.00 (seis mil soles), corroborándose la falsedad de la propuesta económica de dicha empresa por S/. 10,750.00 (diez mil setecientos cincuenta soles); coincidiendo este tribunal no solo en la probanza de cada uno de los indicios sino también en la validez de la inferencia – que guarda coherencia lógica con estos - que permite acreditar inequívocamente que el procesado concertó ilícitamente con su coprocesado con motivo de la adquisición de una fotocopiadora para la municipalidad agraviada.

251. Vigésimo segundo.- En cuanto al riesgo de perjuicio al patrimonio estatal, en el acápite 7.22 de la sentencia se resalta que además de privarse a la municipalidad agraviada de adquirir bienes en mejores condiciones de precio, se verifica un perjuicio efectivo al sobrevalorarse el bien en S/ 4,600.00 (cuatro mil seiscientos soles).

252. Vigésimo tercero.- Con relación al proceder consciente e intencional, conforme se expone en el acápite 7.24 de la sentencia, coincidimos en que los indicios probados revelan que el procesado no solo conocía de cada uno de ellos, sino que optó por un proceso de adquisición de un bien en desmedro de los intereses del Estado.

2.4.2.2 Sobre el cuestionamiento a la subsunción de los hechos probados

253. Vigésimo cuarto.- En lo que atañe al juicio de subsunción efectuado en la sentencia, el apelante cuestiona la concurrencia de los elementos de "acuerdo colusorio", "defraudación al Estado" y "dolo".

254. Vigésimo quinto.- En cuanto al acuerdo colusorio, de los indicios probados se ha inferido la existencia de una concertación ilegal con motivo de la adquisición de una fotocopiadora multifuncional Bizhub Lazer 211 para la Municipalidad de Guadalupito, provincia de Virú, Región La Libertad", configurándose el elemento de concertación con los interesados que exige el tipo penal del delito de colusión.

255. Vigésimo sexto.- En cuanto a la defraudación al Estado. En el juzgamiento oral se ha probado que con el acuerdo colusorio se buscó defraudar al Estado, perjuicio que acorde a los alcances normativos y su vinculación con el bien jurídico protegido no necesariamente tiene que ser real sino potencial. En el caso concreto, al haberse determinado la adquisición de un equipo (fotocopiadora multifuncional Bizhub Lazer 211) en desmedro de los intereses económicos del Estado, revela innegablemente una defraudación al Estado; se antepusieron los intereses del procesado a los de cautela de los intereses de la municipalidad, como es la pulcritud en el trámite de las contrataciones, en especial la disposición justificada de los recursos en observancia de la legalidad. Por tanto, coincidimos con la sentencia en la concurrencia del elemento defraudatorio.

256. Vigésimo sétimo.- En cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, consideramos que los hechos probados durante del juicio oral son reveladores de que el procesado conociendo de los alcances y exigencias del procedimiento de contratación para la adquisición de la fotocopiadora multifuncional, se concertó ilícitamente con su coprocesado para defraudar al Estado, acreditándose por tanto su proceder doloso.

2.4.4. Conclusión.

257. Vigésimo octavo.- Conforme se ha expuesto en los considerandos precedentes, esta Sala de Apelaciones comparte el razonamiento efectuado por el juez de primera instancia, quien ha sustentado su pronunciamiento condenatorio en la valoración individual y conjunta de los medios de prueba actuados en juicio oral, con recurso a la sana crítica, de los que se ha llegado a establecer que la conducta del procesado, acreditada en juicio, se subsume en la hipótesis normativa del delito de colusión; asentada la antijuridicidad y culpabilidad de su conducta se hace merecedor de reproche penal, así como también de la reparación civil impuesta al haberse probado en juicio su responsabilidad civil, consideraciones por la cuales debe confirmarse la sentencia.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos, las pruebas y los argumentos expuestos conforme a las normatividad invocada, la Sala Superior de

Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, actuando como Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios,
POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:

2. **CONFIRMAR** la sentencia, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el señor Juez del Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, en el extremo que condenó al acusado Simón Valderrama Bazán como autor de delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, y como tal se le impuso tres años de pena privativa de la libertad - suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición del cumplimiento de reglas de conducta -, e inhabilitación por el plazo de tres años consistente en la privación, incapacidad o impedimento para obtener cargo público, conforme a lo establecido por el artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal, con todo lo demás que contiene.

3. **ORDENARON** que los actuados sean devueltos al juzgado de origen para la ejecución de la sentencia.

Interviniendo como director de debates y ponente, el señor Juez Superior Juan Rodolfo S. Zamora Barboza.

Wilda Mercedes Cárdenas Falcón
Jueza Superior
Presidenta

Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza
Juez Superior Titular

Manuel Estuardo Luján Túpez
Juez Superior Titular

ANEXO VIII

PROPUESTA DE

CRITERIOS

Flor de Maria Trejo Broncano con DNI N° 74042068, en ejercicio de sus derechos, a iniciativa propone la siguiente Propuesta:

Propuesta de Criterios para ser discutidos y seleccionados en un Pleno Jurisdiccional, a fin de que se establezca como criterios de aplicación obligatoria por los Jueces que

resuelven sobre delitos de Colusión y Negociación Incompatible, en su modalidad simple y agravada.

1. CRITERIO DE DELITO DE PELIGRO Y DELITO DE RESULTADO:

Los delitos de Negociación Incompatible y Colusión, forman parte de los delitos especiales que lesionan el normal desenvolvimiento de la administración pública: **1) Al poner en peligro o 2) Generar un perjuicio patrimonial determinado.**

Siendo que, en el primer supuesto, se ha puesto en peligro potencial el perjudicar al Estado, con actos destinados a favorecer a un tercero (Quien no pertenece a la Administración Pública), para que pueda obtener un privilegio indebido (Delito de Negociación Incompatible o Colusión Simple). Aunque dicho acto no se haya materializado, considero que, se debe considerar como criterio, cuando se trate de la comisión de un delito de peligro, como una atenuante para determinar la reparación civil, debido a que el peligro deja de cobrar fuerza, porque no se ha efectivizado.

Con respecto al segundo supuesto, nos encontramos ante un panorama distinto, el ataque contra el patrimonio público ya fue ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas. Como dichos actos, ya fueron materializados, como es el caso del delito de Colusión Agravada, consideramos que debe ser una agravante para la determinación de la reparación civil, puesto que el perjuicio ya se finiquitó y no sólo se encuentra en un peligro potencial.

2. CRITERIO DE INDIVIDUALIZACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL:

De la revisión, de las sentencias se ha podido verificar que no se realiza cuando se determina la reparación civil de manera individual, sino que se realiza un análisis en conjunto de manera general por todos los acusados, a pesar de existir diferentes tipos de responsabilidades y participaciones en los hechos delictivos.

Es por ello, que consideramos que debe incluirse este criterio a fin de que se realice una determinación para la reparación civil, tal como merezca cada acusado y contribuir con ello, a la reparación integral del Estado.

3. EL APROVECHAMIENTO OBTENIDO POR LOS SUJETOS RESPONSABLES:

Tomando en cuenta lo establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia en la **Casación N° 189-2019 Lima Norte**⁷⁴⁸, en donde ha desarrollado "*Criterios de cuantificación de la reparación civil por daño extrapatrimonial en los delitos cometidos por funcionarios públicos*"; siendo criterios genéricos para cualquier delito cometido por funcionarios o servidores públicos, entre ellos, podría incorporarse como criterio específico para los delitos de colusión y negociación incompatible, conforme al **fundamento 20.3** de la mencionada sentencia:

20.3. El aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables. El grado de ventaja o ganancia conseguida es un factor a considerar, pues cuan mayor sea esta mayor debe ser el monto indemnizatorio. Desde una lógica preventiva con la reparación civil impuesta al responsable se debe desincentivar en el futuro conductas orientadas a obtener este provecho ilícito. El responsable no puede quedar en la misma situación anterior al provecho obtenido, pues, caso contrario, no encontraría inconveniente en reiterar su conducta.

Ello, debido a que el grado de participación de los funcionarios y/o servidores públicos en un proceso de contratación estatal, donde se cometen los delitos de colusión y

⁷⁴⁸ Idem.

negociación incompatible, son distintos, debido a que los funcionarios al tener el poder de decidir, a diferencia de los servidores públicos, obtienen ventajas o beneficios indebidos, en diferente proporción, de manera más privilegiada.

4. LA AFECTACIÓN O IMPACTO SOCIAL DEL HECHO ILÍCITO:

Otro de los criterios desarrollados por la Casación N° 189-2019 Lima Norte y que deberá ser tomado en cuenta como criterio específico, se encuentra en el **fundamento 20.5:**

20.5. La afectación o impacto social del hecho ilícito. La función pública tiene una naturaleza y relevancia social pues influye en las condiciones de vida de la población. La actividad estatal está estrechamente vinculada con la realización de servicios públicos indispensables para la calidad de vida de la ciudadanía. El acto de corrupción afecta el bienestar e impide el desarrollo de las mejores condiciones de vida de la ciudadanía. En tal sentido, por ejemplo, el acto será más lesivo si el hecho ilícito afecta los servicios públicos de urgente atención como la salud pública, a diferencia de la ejecución de una obra de esparcimiento que si bien tiene también un carácter social el grado de afectación es menor (...).

El impacto social que genera la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible es altamente perjudicial, si el propósito de los contratos celebrados por el Estado y terceros que se encargan de ejecutar obras públicas, proveer bienes, o prestar servicios, tiene como fin y prioridad el satisfacer intereses públicos; por lo tanto, eso genera mayor pobreza, dilatación innecesaria de la satisfacción de necesidades urgentes, entre los ciudadanos beneficiados de dichos contratos, por lo tanto, debería ser considerado como criterio específico para determinar el monto de la reparación civil en los delitos de Colusión y Negociación Incompatible.

5. EL CARGO O POSICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

Conforme a lo desarrollado en la Casación N° 189-2019 Lima Norte, señala también que deberá tenerse en cuenta como criterio, siendo pertinente para la presente propuesta, el **fundamento 20.8:**

20.8. El cargo o posición de los funcionarios públicos. Hay que tener en cuenta la jerarquía del cargo que ocupaba el funcionario público. No es lo mismo que el hecho haya sido cometido por el titular de una entidad o que ocupa un cargo de dirección que un integrante que cumple una labor ordinaria. Asimismo, un punto a considerar es el número de sujetos públicos responsables, pues si se trata de una pluralidad de agentes el descrédito a la institución se acrecienta.

Este criterio, se encuentra estrechamente vinculado con el **criterio N° 02: Criterio de Individualización para la determinación de la Reparación Civil**, ello debido a que los funcionarios y servidores públicos, tienen diferentes facultades dentro del ejercicio de sus funciones en una entidad pública, ello debido a que a pesar que ambos tienen participación en una contratación estatal, los funcionarios tienen poder de decisión, mientras los servidores no, por lo tanto es desproporcional que, se analice el monto de la reparación civil a imponer en las sentencias en las cuales son condenados por la comisión de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, de manera conjunta y no por cada acusado, cuando el cargo que ostentan, no es el mismo.