UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS CONCURSOS EN LOS DELITOS DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL EN EL DISTRITO FISCAL DE ANCASH, PERIODO 2014 - 2015

Tesis para optar el ´Título profesional de Abogado

Presentado por:

Bach. DENÍS FRANCISCO SAENZ

Asesor:

Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO

Huaraz – Perú

2017

AGRADECIMIENTOS

A Dios por acompañarme en todo momento, a todos mis maestros ya que ellos me enseñaron valorar los estudios y a superarme cada día, también agradezco a mis padres por haberme apoyado a lo largo de todo este camino.

También me siento especialmente agradecida, por animarme desde el primer momento, mis tías Clotilde y Úrsula, mi hermana Gissela por su apoyo incondicional para ser mejor cada día, a mi amigo Zenón, quien me apoyo y alentó para continuar, cuando parecía que me iba a rendir.

Estoy segura que mis metas planteadas darán fruto en el futuro y por ende me debo esforzar cada día para ser mejor.

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mis padres quienes me dieron vida, educación y apoyo. A mis maestros y amigos, que sin su ayuda no hubiera podido hacer la presente tesis

ÍNDICE

RESUMEN.....8

ABSTRACT.....9

INTRODUCCIÓN.....10

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....16

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....17

1.2.1. Problema general.....17

1.2.2. Problemas específicos.....18

1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.....18

1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD.....19

1.4.1. Justificación teórica.....19

1.4.2. Justificación practica.....20

1.4.3. Justificación legal.....20

1.4.4. Justificación metodológica.....20

1.4.5. Justificación técnica.....21

1.4.6. Viabilidad.....21

1.5. FORMULACIÓN DEL OBJETIVOS.....21

1.2.1. Objetivo general.....21

1.2.2. Objetivos específicos.....22

1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....22

1.7. VARIABLES 23

1.8. METODOLOGÍA 23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes 31

2.2. Bases teóricas 32

2.2.1. Teoría de los concursos de delitos 32

2.2.2. La teoría de infracción de deber en los delitos contra la administración pública 44

2.2.3. Colusión desleal 69

2.2.4. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo ..83

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS 93

CAPÍTULO III

RESULTADO

3.1. Recurso de Nulidad N° 1092-2011 CAJAMARCA 97

3.2. Casación N° 628-2015, LIMA 106

3.3. Expediente Nº 035-2001-3° SPE/ CSJL.....128

CAPITULO IV

DISCUSIÓN

4.1. El “interés” como elemento objetivo o subjetivo del delito de negociación incompatible.....196

4.3. Aplicación concursal entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión 207

CASO PRÁCTICO.....209

MATRIZ DE CONSISTENCIA…….219
CONCLUSIONES …….....221

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....222

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar y determinar los fundamentos jurídico penales para aplicar de manera coherente la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 - 2015; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue un no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción nacional y local. La muestra estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido. Entre los método empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha contrastado que existen fundamentos jurídicos penales para aplicar coherentemente la teoría del concurso ideal en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal; debido a que en la doctrina y derecho comparado hemos encontrado argumentos suficientes que explican la diferencia de estas.

Palabras claves: colusion ilegal, negociación incompatible, derechos constitucionales, constitucionalización, proceso penal, proceso criminal, debido proceso y concurso de delitos.

ABSTRACT

The aim of the research was to analyze and determine the criminal legal grounds to consistently apply the theory of contests in trading incompatible crimes and crime of unfair collusion in fiscal Ancash district, period 2014 - 2015; for which a qualitative, cross-sectional study was conducted explanatory, which was a non-experimental design, developed in the field of national and local jurisdiction. The sample consisted of the analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. the signing and content analysis were used as techniques, using data collection instruments tabs and tab content analysis. Among the employees we have to exegetical method, hermeneutical, legal argument. Research has proven that there are legal grounds for criminal consistently apply the theory of perfect competition in trading incompatible crimes and crime of unfair collusion; because in doctrine and comparative law we have found sufficient arguments that explain the difference between these.

Keywords: Criminal Rights, Constitutional Law, Constitucioanlizacion process, criminal procedure, process, Peruvian Criminal Procedure Code.

INTRODUCCIÓN

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1993, se produce la "constitucionalización" del derecho en general y del derecho procesal penal en particular. Ello implica que corresponde a los administradores de justicia, interpretar la ley a aplicar, de conformidad con los principios, valores y preceptivas constitucionales, precisándose entender y admitir una nueva concepción del ordenamiento jurídico que escapa al método positivista en donde los derechos ya no dependen de la ley sino del balanceo entre bienes jurídicos. No se trata ya de un Estado que actúa a través del Derecho que produce, carente en ocasiones de contenido, sino de un Estado que reconoce la vigencia de la ley sí, empero sometida al estrato más alto del derecho: la constitución.

La construcción del proceso a partir de la constitución obedece esencialmente a la profunda carrera de agitación histórica que puso en crisis al positivismo formalista que además, forzó a una nueva concepción de lo jurídico como ámbito de articulación de las relaciones sociales; es una consecuencia directa de la incapacidad del Estado legalista para hacer del derecho la única alternativa de vida civilizada.

Actualmente, el proceso en general no se concibe como una simple sucesión de actos que se encuentran legalmente regulados, para disponer en forma ordenada, el ejercicio de una acción, cualquiera sea su naturaleza; tampoco el proceso es ahora el procedimiento que regula los medios para la producción de una decisión judicial en el marco de una controversia, por el contrario, el proceso funde en nuestros días, además de normas de procedimiento, un conjunto de

valores y principios que sirven como norte a una actividad procesal justa, en la cual, se respeten los derechos fundamentales de las personas.

Bajo el nuevo modelo constitucional, el proceso se concibe como una garantía jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos, positivisados en las constituciones. Es así como, en los tratados internacionales, se postulan garantías procesales que son reiteradas en la mayoría de las constituciones expedidas a partir de la Segunda Guerra Mundial y que para nuestro caso, se encuentran vertidas en el artículo 139° de nuestra Constitución, en el que se enuncian principios tan relevantes como el de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, acceso a la administración de justicia, proceso rápido sin dilaciones injustificadas, etc.

Hoy en día, se formulan mecanismos de articulación que permiten materializar la doble vinculación del juez a la constitución y a la ley, dispositivos dentro de los cuales se incluye la interpretación de la norma de cara a los valores, principios y preceptos, contenidos en el ordenamiento superior, tesis que aplicada al proceso, supone la adopción de una interpretación de la norma procesal que sin violentar su texto, permita al operador jurídico la realización de la ley y de los principios y valores postulados constitucionalmente. En este nuevo escenario, el operador no desconoce la ley, antes bien, la interpreta de acuerdo a las circunstancias existentes, recurriendo a la argumentación, con el fin de realizar la justicia sin aferrarse a la aplicación literal del texto normativo y sin olvidar que el derecho sustancial prevalece sobre el procedimental.

No puede el proceso aplicarse con apego irreflexivo a la ley. El juzgador debe adaptar las normas a la realidad humana, para culminar con el pronunciamiento de un fallo en el cual se reconozca el derecho sustancial. De igual manera, tiene la obligación de motivar sus decisiones y de indicar el camino recorrido para llegar a ellas, respetando así, el principio de lealtad procesal, que permitiría a las partes la impugnación de la sentencia mediante el rastreo argumentativo dejado por el juez.

Por ello las formalidades procesales solo se conciben como medios para garantizar la validez y eficacia de los actos procesales, en cuanto estos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales, reafirmándose la tesis conforme a la cual se reconoce a la norma procesal un carácter eminentemente instrumental, debido a que su implementación, obedece a la necesidad de regular legalmente el ejercicio de una acción, sin que sea dable desconocer que su cometido es el de servir como medio para la efectividad del derecho sustancial.

Por otro lado, el Estado Constitucional de Derecho, se rige por el principio de constitucionalidad cuyo vigor supone límites a la actividad legislativa, bajo el presupuesto de que la fuerza normativa de la ley, no se circunscribe únicamente a su validez formal sino que debe estar necesariamente revestida de legitimidad, es decir, debe reconocer valores ético-políticos tales como la justicia, la igualdad, la dignidad de las personas y el respeto de sus derechos fundamentales.

La constitucionalización del derecho se traduce en varios postulados a saber:

1. La legitimidad del sistema jurídico, de las normas y dentro de éstas, las normas procesales condicionadas a la aptitud que tengan para servir como instrumento idóneo para el reconocimiento, tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
2. Se propugna por el sometimiento del operador jurídico a la ley, pero siempre y cuando esta se encuentre impregnada de valores y principios postulados por el ordenamiento superior; es decir, a la Constitución.
3. Una nueva visión en torno a cómo ha de actuar el operador jurídico, quien acudirá a nuevos métodos de interpretación de la norma, buscando ante todo, el valor en el cual se inspira la misma, y el principio que le sirve de apoyo.

Por lo que el proceso penal debe atender asuntos de trascendentes envergaduras, recogidos no sólo en las leyes o normas ordinarias, sino pautados en la Constitución Política del Estado. Así se tiene que el artículo 44º de nuestra carta magna estipula que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo; y en efecto, nadie negará que el delito se encuadra perfectamente en esas amenazas a la seguridad y que, por ello, el Estado tiene que estructurar y poner en marcha un mecanismo que afronte, sin que esa preocupación por la seguridad autorice dejar de lado los derechos fundamentales también del justiciable incriminado, según las previsiones del amplio artículo 2º de la suprema Ley; tal es así, que en todo proceso penal se ventilan asuntos de mucha importancia, tales como la paz, tranquilidad, seguridad y derechos fundamentales,

esencialmente la libertad personal, en donde las normas jurídicas que lo regulan no pueden edificarse de espaldas a la constitución, la misma que cuenta con un programa procesal penal, que establece la orientación o el espíritu del modelo y la vigas maestras del mecanismo estatal de resolución de conflictos con relevancia jurídica y penal.

En ese sentido, para desarrollar este trabajo se hizo un rastreo bibliográfico y jurisprudencial sobre la condena del absuelto y los derechos constitucionales en el proceso penal, en las principales bibliotecas universitarias de nuestro país, en sus bases de datos, en centros de investigación de la ciudad y en la intenet. Además de libros y revistas, en la selección y utilización de las fuentes que aportaron información pertinente sobre los temas enunciados, se tuvieron en cuanta los trabajos internacionales y la normatividad nacional que consagra esta figura, más pronunciamientos jurisprudenciales internacionales y de nuestro Tribunal Constitucional en los que se hayan abordado estos temas. En cuanto a la estructura del trabajo de investigación, esta consta de cuatro capítulos, las cuales contiene las siguientes informaciones.

Capítulo I, **Planteamiento teórico metodológico de la investigación**, que comprende la descripción, el planteamiento y la importancia del problema, así como la justificación de la investigación, la formulación de los objetivos, hipótesis y variables; respecto a la metodología, involucra: el tipo y diseño de investigación, método de investigación, el plan de recolección de la información, técnicas e instrumentos de la investigación y análisis de la información y datos

obtenidos en el trabajo de campo, como son el análisis de datos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales.

Seguidamente, **el Capítulo II, El marco teórico**, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Se ha desarrollado los fundamentos teóricos doctrinales sobre los principales institutos jurídicos vinculados a nuestro problema de investigación como son la condena del absuelto, los derechos constitucionales y el debido proceso.

Capitulo III, referido al **recojo y análisis de la información**, en donde a través de la identificación y análisis de la normatividad, doctrina y las resoluciones jurisprudenciales sobre nuestra muestra de estudio se pudo determinar los problemas que presenta el delito de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en la teoría de los concursos, dicho análisis se hizo de forma sistemática las que nos permitió contrastar las hipótesis planteadas.

Por el último, el **Capítulo IV** sobre la **discusión y validación de hipótesis**, en el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis planteadas. Asimismo, se ha incluido las conclusiones al que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas.

Denis Francisco Sáenz

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

El problema de la lucha contra la corrupción en el Perú es grave. En lo esencial, este fenómeno en nuestro país posiblemente no difiere de otros estados en vías de desarrollo y con taras como pobreza extrema y grave conflictividad social. Sin embargo, es evidente que la corrupción peruana es un problema histórico que ha venido afectando porcentualmente nuestro PBI y que ha limitado nuestras posibilidades de desarrollo. Así, en épocas de alta corrupción como los gobiernos de Echenique, Leguía y Fujimori, el monto al que ésta llegó es a un 5% del PBI, mientras que en épocas de menor corrupción, el monto aproximado sería de 2 o 3%. Este tipo de cálculos indicarían que por concepto de corrupción el Perú pierde anualmente entre 30 o 50% de las posibilidades de desarrollo.

Por otro lado, el problema de la corrupción en nuestro país es de larga data. La corrupción en sí es un problema social, y desde que existe el Estado, o en buena cuenta, desde que existe alguien que ostenta una situación de poder o de privilegio respecto del resto de ciudadanos, en función de un cargo público, existe la corrupción.

Bajo este contexto, nuestros legisladores han implantado tipos penales que pretende controlar este fenómeno de la corrupción, en algunos casos con una buna base dogmática y en otras con una mera transcripción de legislaciones extranjeras que no se ajustan a nuestra realidad social.

A consecuencia de ello, la tipificación del tipo penal de colusión desleal (art. 384 del CP) y su similitud con el tipo penal de negociación incompatible (art. 399 del CP), vienen produciendo gran confusión en los operadores de justicia penal que se enfrentan a la labor de subsunción del tipo penal. Este problema resulta más álgido si se tiene en consideración que los marcos punitivos se encuentran claramente diferenciados (en la colusión la pena privativa de libertad fluctúa entre los tres a los quince años de pena privativa de libertad, en la negociación incompatible la pena privativa de libertad fluctúa entre los cuatro a los seis años).

Frente a esta similitud, corresponderá al operador de justicia penal determinar, (i) si se tratan de delitos compatibles, en cuyo caso podría un solo hecho motivar la formulación de imputación por los dos tipos penales; o, (ii) si se tratan de delitos incompatibles, no sería posible atribuir los dos tipos penales cuando se trata de una sola conducta.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los fundamentos jurídico penales para aplicar de manera coherente la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 - 2015?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Existen razones jurídico penales suficiente para distinguir en la doctrina y jurisprudencia peruana entre el delito de negociación incompatible y colusión desleal?

b) ¿Cuáles es el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión en el derecho comparado?

1.3. Importancia del problema

Este trabajo se ocupará del analizar la aplicabilidad de la teoría de los concursos sobre los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible en el distrito fiscal de Ancash, durante el periodo 2014 – 2015; toda vez que hoy en día se pone en el centro de discusión dentro del derecho penal sobre la compatibilidad y determinar la relación de los tipos penales de colusión desleal y la negociación incompatible.

Bajo este contexto, se hace de suma importancia analizar en el distrito fiscal de Ancash, cómo se vienen aplicando la teoría de los concursos sobre estos dos tipos penales antes mencionados y, de esta manera aportar en el desarrollo doctrinarios sobre la naturaleza jurídica de los tipos penales de colusión desleal y la negociación incompatible, por cuanto en algunos caso se imputa estos dos tipos penales como delitos autónomos y, en otros cosas como delitos alternativos.

Así las cosas, se intentará dar cuenta de cómo la fiscalía anticorrupción de Ancash viene aplicando las teorías del concurso sobre los tipos penales de colusión desleal y la negociación incompatible durante el periodo del 2014 al 2015.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La teoría que justifica el problema de la aplicabilidad de la teoría de los concurso en el delito de colusión desleal y negociación incompatible, es la teoría del positivismo jurídico que usualmente considerada como analítica, descriptiva y explicativa. El sentido del positivismo jurídico, desde este punto de vista, es proporcionar una precisa caracterización del Derecho tal como éste es en realidad, en lugar de como debe ser; por ello se considera al positivismo jurídico como una teoría normativa que trata de determinar qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma.

Por lo que, la interpretación normativa evita las discusiones puramente semánticas sobre la definición de Derecho y sitúa los desacuerdos sobre el Derecho en un contexto significativo en el que estos análisis y descripciones en competencia son vistos como teniendo cierta conexión con ideales jurídicos alternativos, eludiendo así la doble trampa de los desacuerdos puramente definicionales sobre conceptos

jurídicos, por un lado, y de los intercambios de información inconcluyentes sobre los diferentes sistemas jurídicos, de otro.

1.4.2. Justificación practica

La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los tipos penales surge como un tema de estudio necesario para este trabajo, al igual que su desarrollo en particular con respecto al concurso ideal de tipos penales que han sufrido y desarrollado hasta convertirse en una gran variedad de prácticas regidas por una lógica común a todas ellas y con aspiración de convertirse en instituciones normativas inherentes al derecho penal.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria Nº 30220
- Código Procesal Penal
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas

tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:** Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales.
- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismo que están detallados en el presupuesto; los mismos que serán autofinanciados.
- **Temporal:** La investigación se ejecutara durante el año 2015-2016.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar y determinar los fundamentos jurídico penales para aplicar de manera coherente la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 - 2015.

1.5.2. Objetivos específicos

a) Identificar y describir las razones jurídicos penales para distinguir en la doctrina y jurisprudencia peruana entre el delito de negociación incompatible y colusión desleal.
b) Analizar y explicar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión en el derecho comparado.

1.6. Formulación de hipótesis

1.6.1. Hipótesis general

Existen fundamentos jurídicos penales para aplicar coherentemente la teoría del concurso ideal en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 – 2015; debido a que en la doctrina y derecho comparado argumentos suficientes que explican la diferencia de estas.

1.6.2. Hipótesis especificas

a) Las razones para distinguir dentro de la doctrina y la jurisprudencia peruana entre el delito colusión desleal y negociación incompatible, es la correcta aplicación de la teoría del concurso ideal y real de tipos penales; toda vez que estos dos tipos penales provienen de raíces legislativas distintas.

b) El tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión desleal en el derecho comparado es contradictorio y disímil, debido al desarrollo dogmático de cada una de legislaciones en su determinado contexto social.

1.7. Variables

1.7.1. Variable Independiente:

La teoría de los concursos

1.7.2. Variable Dependiente:

Los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal.

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. **Tipo de investigación:** Correspondió a una investigación jurídica Mixta[1]: Dogmática Empírica, en su dimensión dogmática tiene por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir, sobre la aplicabilidad de la teoría de los concursos frente a los delitos de negociación incompatible y el delito de negociación incompatible en la Fiscalía Penal Provincial Corporativa Especializada en Delitos de

[1] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, pp. 54 y ss.

Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ancash y su dimensión empírica busca analizar el tratamiento fiscal en la ciudad de Huaraz en base a la unidad de análisis.

b. **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada **No Experimental**, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad será analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

c. **Diseño General:** Se emplearon el diseño **Transversa**[2], cuya finalidad será recolectas datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2014-2015.

d. **Diseño específico:** Se empleó el diseño **Correlaciona**[3], toda vez que se identificó las causas de la ocurrencia de las variables, categorías o conceptos en un momento determinado, y luego se explicará el comportamiento de las mismas en función de la relación causa-efecto sobre la aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash.

---

[2] HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, Mexico, p. 151.
[3] Ibíd., p. 155.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** La delimitación geográfica estuvo constituida por el Distrito Fiscal de Ancash.
- **Universo Social:** La Población o Universo accesible estuvo conformado por 10 Jueces penales y 20 Fiscales y 50 abogados y 50 Carpetas fiscales.

  N = 130 (Magistrado, Abogados, Carpetas fiscales)

  Donde:

  N_1 = 10 --- Jueces penales

  N_2 = 20 --- Fiscales

  N_3 = 50 --- Abogados

  N_4 = 50 --- Carpetas fiscales
- **Universo temporal:** El periodo de estudio correspondió al año 2014-2015.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo**: No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Jueces penales, Fiscales, abogados litigantes en casos penales y Carpetas fiscales.

- **Tamaño muestral**[4]**:** Se trabajará con lo siguiente:

1.- Personas: 10 jueces penales, 19 fiscales y 44 abogados

2.- Documentos: 79 Carpetas fiscales

El tamaño de la muestra se determinó teniendo en cuenta la siguiente "TABLA DE ADDISON-WESLEY Y LONGMAN:

TAMAÑO DE LA POBLACIÓN	TAMAÑO DE LA MUESTRA
10	10
20	19
30	27
50	44
100	79
200	113
500	216
1000	275
2000	319
5000	353

En consecuencia, la muestra estuvo conformado por 29 magistrados (jueces y fiscales); 44 abogados penalistas y 79 carpetas fiscales

- **Unidad de análisis:**

[4] La cantidad de sujetos o elementos es arbitraria y no existe criterios metodológicos para la inclusión o exclusión. El investigador fija o establece el tamaño de muestra. El tamaño de la muestra en una investigación probabilística si se fija a través de ffórmulas estadísticas más no del diseño estadístico que sirva para poder contrastar la hipótesis de investigación. (ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima, p. 73.)

1.- Personas (Jueces penales, fiscales provinciales titulares y adjuntos y Abogados penalistas litigantes) y objetos (carpetas fiscales).

2.- Doctrina y jurisprudencia penal y procesal penal.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

a) **Ficha de análisis de contenido:** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.

b) **Documentales:** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina penal

c) **Electrónicos:** La información que deberá recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.

d) **Fichas de Información Jurídica:** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose las diversas fichas.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

a) El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearan las siguientes: Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizará a través de

la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

b) Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

c) El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

d) Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo,** toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando

de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo[5].

Un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[6]. Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos y variables de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue mediante la argumentación jurídica. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con

[5] BRIONES, Guillermo (1986), *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.
[6] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada[7]. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

En ese sentido sido el derecho al ser una ciencia eminentemente argumentativa, la argumentación jurídica constituye la mejor forma de probar sus planteamientos, tesis, afirmaciones, ideas, un hecho, una conducta, etc. mediante la exposición de razones que lo justifiquen, y para ser válida y creíble debe realizarse con base a pruebas y razonamientos fundados.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (…) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (…)”[8].

[7] Ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho,* Editorial Palestra, Lima.
[8] RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP – UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica respecto a la aplicabilidad de la teoría de los concursos en los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible.

Pero se debe mencionar, revisado la información doctrinal al respecto, existen publicaciones, tanto a nivel de libros como de revistas especializadas nacionales y extranjeras que desarrollan sobre el tema la diferenciación de los delitos de colusión desleal y negociación incompatible.

La búsqueda en otras universidades nacionales, tales como la Universidad Mayor de San Marcos y Universidad Federico Villareal, asi como en las privadas: Pontificia Universidad Católica del Perú y San Martin, se hizo a través de la busqueda en la plataforma virtual de cyberteisis, en la cual no se ha podido encontrar trabajo similar alguno o que estén vinculados con las variables de estudio de la presente investigación.

Así mismo se han encontrado fuentes bibliográficas virtuales, disponibles en bibliotecas virtuales –internet –, como Scielo, Latintex, siendo de suma

importancia para la elaboración del marco teórico del presente trabajo de investigación.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Teoría de los concursos de delitos

2.2.1.1. Unidad de acción y pluralidad de acción

El problema más importante de la teoría del concurso consiste, por tanto, en determinar cuándo existe una acción y cuándo varios. Hasta la fecha no ha sido satisfactoriamente explicada de qué manera se debe de verificar la unidad y pluralidad de acciones. Sin embargo, existe acuerdo en que el concepto de acción de la teoría del concurso no es idéntica ni con el concepto de acción del sistema de delito ni con el concepto procesal penal del "hecho"[9].

Por ello el concepto de acción de la teoría del delito generalmente se considera inidóneo para la teoría del concurso, porque sólo determina los requisitos mínimos de una conducta punible, lo común de todas las acciones punibles. Esto no es una afirmación falsa, pero la inidoneidad del concepto de acción del sistema del hecho punible para la teoría del concurso puede ser comprendida con mayor precisión si se reconoce que el concepto sistemático de acción es de naturaleza pre-típica (por tanto abarca modos de comportamientos típicos y también no típicos); mientras que el concepto de acción de la teoría del

[9] VILLA STEIN, Javier (2014). *Derecho Penal Parte General*, Editorial ARA, Lima, p. 265, asimismo, RODRIGUEZ HUARADO, Mario y otros (2008) *Manual de Casos Penales – La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Cooperación Técnica Alemana, Lima, p. 38.

concurso sólo describe comportamientos típicos y en determinadas circunstancias puede incluir dentro de sí numerosas acciones típicas[10].

Por otra parte, el concepto procesal penal de hecho abarca según la jurisprudencia y la doctrina la totalidad del proceso histórico planteado por las partes en un proceso en la medida que según la concepción de la vida el mismo constituye una unidad. Tal "hecho" puede consistir en varis "acciones" realmente concurrentes en el sentido de la teoría del concurso.

El esclarecimiento del concepto de "unidad de acción" se ve dificultado adicionalmente por el problema terminológico y otras diferenciaciones. En primer lugar no se puede confundir la unidad de acción (es decir, existencia de una y misma acción) con la "unidad de hechos" (regulador del concurso ideal – Art. 48° del Código Penal). Ciertamente cada unidad de hecho presupone una unidad de acción (esto es, la realización del resultado a través de una acción); pero a la unidad de acciones se le ha de añadir varias infracciones de la ley (de diferentes o de la misma naturaleza) para que surja una unidad de hechos.

Una complicación añadida se produce por el hecho de que hay diferentes formas de manifestación de la unidad de acción, cuya denominación y delimitación en lo concreto es controvertida. Según la misma, se puede distinguir entre la acción en sentido natural, la unidad típica de acción y la unidad natural de acción.

Existe el primero supuesto cuando un único acto voluntario causa la realización típica: por ejemplo al apretar el gatillo del revólver, acción en sentido

[10] ROXIN, Claus (2014). *Derecho Penal Parte General – especial forma de aparición del delito*. Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, p. 945.

natural, se mata a un hombre. Por el contrario se acepta una unidad de acción típica si varias acciones en sentido natural son agrupadas por el tipo en una acción "jurídica". Así la violencia y el apoderamiento son dos acciones en sentido natural, pero fundamentan sólo una acción de robo según al Art. 188° de nuestro Código Penal; el tercer y el más complicado caso es el de la unidad natural de acción, en el que distintos actos particulares a causa de similitudes y cercanía espacio-temporal son reunidos en una unidad de acción en virtud del denominado por la doctrina modo de ver natural. Si, por ejemplo, un hombre se apodera en el mismo lugar de diferentes objetos, a pesar de las diferentes acciones de verá como un hurto.

Naturalmente se debe tener claro que la contraposición del punto de vista "natural" y "típico" no afecta el núcleo del asunto, porque en última instancia se trata siempre sólo de la cuestión de si existe una acción típica única. Pues bien, el concepto de unidad natural de acción se mantiene aquí sobre todo porque en la jurisprudencia está firmemente asentado y porque lo importante no es la denominación sino la determinación suficientemente exacta de lo denominado.

2.2.1.2. Concurso ideal de delitos

Se presenta cuando una sola acción configura al mismo tiempo dos o más delitos, se dañan dos o más bienes jurídicos (unidad de acción y pluralidad de delitos).

Vale decir, que lo determinante será la unidad de acción aunque los propósitos o finalidades sean varias, de lo contrario se podría confundir el

concurso ideal con el real. A la vez la ley penal peruana considera que el concurso ideal de delitos se resuelve con la aplicación de la penalidad correspondiente al delito más grave, por lo tanto se inclina al "*principio de absorción*".

En el diccionario OMEBA encontramos una definición que indica: "*cuando una sola acción o con un solo hecho se viola varias disposiciones penales autónomas* (…)"; mas adelante expresa: *"las legislaciones suelen establecer que la única acción o el único hecho violador de varias disposiciones penales, sea castigado con la pena mayor"*[11].

El jurista VILLA STEIN expresa: "*Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitaria mente en un tipo pena. Sin embargo esta unidad de hecho para integrar el presupuesto del concurso ideal tiene que dar el lugar a la realización de varios tipos"*[12].

El profesor MAURACH[13] señala: "*El concurso ideal posibilita la adecuada consideración "pluridimensional", así como la apreciación exhaustiva "de una acción, por simultánea aplicación de diversos tipos: únicamente el conjunto de estos tipos permitirá ofrecer el adecuado perfil de la acción. El concurso ideal representa pues una figura necesaria para el agotamiento (valoración exhaustiva) del proceso global. De tal suerte, el concurso ideal se presenta como una modalidad de la unidad de acción. Constituye una unidad de acción con*

---

[11] OMEBA (1980). *Enciclopedia Jurídica*. Tomo III, Editorial DRISKILL, Buenos Aires, p. 324

[12] VILLA STEIN, Javier (1998). *Derecho Penal Parte General*. Editorial San Marcos, Lima, p. 438

[13] MAURACH, Rehinhart (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Ariel, Barcelona, p. 102

pluralidad de tipo: una necesaria consideración combinatoria del mismo proceso bajo diversos aspectos valorativos".

MUÑOZ CONDE[14], explica: *"de entrada hay que excluir la identificación entre acción y movimiento y entre acción y resultado. Una sola acción en, sentido jurídico, puede contener varios contenidos corporales (por ejemplo, la agresión sexual intimidatoria, robo con fractura, etc.) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explosionar una bomba causando la muerte de varias personas). Son pues otros factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y que da sentido a la pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, asechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa única y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo)."*

a) <u>Presupuestos:</u>

- ***Unidad de Acción***. El hecho punible –acción típica– debe ser único (objetiva y subjetivamente), esta única acción deberá estar adecuada a un tipo penal determinado. Cabe mencionar que la "unidad de acción", se refiere en sentido jurídico (acción típica) y no desde un punto

[14] MUÑOZ CONDE, Francisco (1975). *Introducción al Derecho Penal.* Editorial Bosch, Barcelona, p. 175.

fenomenológico de comportamientos diversos (movimientos físicos), que pueden ser fraccionados dentro de una misma acción típica[15].

- ***Pluralidad de Delitos***. Constituye la realización de varios tipos penales (como resultado), se menoscaban varios bienes jurídicos.
- ***Unidad de Autor***. Lo realiza una sola persona y con una sola intencionalidad[16].

b) <u>Clases:</u>

- ***Homogéneo***. Una sola acción configura dos o más <u>delitos iguales</u>. Por ejemplo: un sujeto dispara un FAL de alto poder y mata al mismo tiempo a dos personas (comete dos homicidios).
- ***Heterogéneo***. Una sola acción configura dos o más <u>delitos diferentes</u>. Por ejemplo: un agente ocasiona lesiones de gravedad a una gestante (comete, lesiones graves sobre la madre y aborto en el feto). Verbigracia: "X" lanza un petardo de dinamita contra un salón de billar, como consecuencia de ello una persona "Y" muere, otra "Z" resulta con lesiones graves; y el local, que es propiedad de "W", sufre daños materiales.

c) <u>Tratamiento:</u>

El problema que siempre se presenta luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos, es de saber qué pena ha de imponerse al agente.

---

[15] En el delito de robo (tipo complejo) por ejemplo, concurren varios comportamientos en una sólo acción típica (sentido jurídico), es así que existe pluralidad de actos como son: "violentar o amenazar", "apoderamiento", "sustracción" y "aprovechamiento"; pero unidos a una sola acción típica de robo.

[16] PEÑA CABRERA, Raúl (1997). *Tratado de Derecho Penal – Estudio Programático de la Parte General.* Editorial Grijley, Lima, 197.

De acuerdo a nuestro sistema de penas, se trata de saber, con mayor exactitud, dentro de qué márgenes penales el Juez fijará la pena. Si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, la ley le ordena determinarla conforme a la más severa.

La ley penal (Art. 48º CP) considera que en el "***concurso ideal de delitos***", el tratamiento, se resuelve con la aplicación de la penalidad correspondiente al delito más grave (se inclina por el "*principio de absorción*")[17], pudiendo incrementarse un poco más. Para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites *mínimum* y *máximum*.

2.2.1.3. Concurso real de delitos

Se presenta cuando hay pluralidad de acciones y pluralidad de delitos. Cada acción debe ser independiente, de tal forma que puedan considerarse como ilícitos autónomos.

Es importante remarcar que una pluralidad de hechos puede constituir una sola unidad de acción jurídica, y en este caso no estaríamos ante un concurso real –podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal–, porque para aplicar este tipo de concurso se deben dar varias "acciones jurídicas".

En palabras del profesor JESCHEK: "*La contrapartida del concurso ideal es el concurso real. Concurre cuando el autor ha cometido varios hechos*

[17] Art. 48° del Código Penal: "*Cuando varías disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda de treinta y cinco años".* (Artículo modificado por la Ley Nº 28730 del 13/05/06).

punibles independientes que son enjuiciados en el mismo proceso penal. El primer presupuesto del concurso real es, pues, la concurrencia de una pluralidad de acciones, y el segundo la posibilidad de enjuiciamiento conjunto. No toda pluralidad de acciones conduce a la aplicación de las reglas de determinación de la pena propias del concurso real. Puede suceder que la pluralidad de acciones deba considerarse como un caso de unidad de ley (consunción), pero también cabe que falte la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto en un mismo proceso penal".

a) <u>Presupuestos:</u>

- ***Pluralidad de Acciones***. Se deben dar dos o más acciones, cada uno deben ser independientes, consideradas como autónomos; es decir, se deben dar una pluralidad de delitos provenientes de una pluralidad de acciones. Cada una de estas acciones debe ser delictiva en sí, y punible aisladamente.
- ***Ausencia de Conexión Entre Acciones***. Cada una de las acciones debe ser independiente, de suerte que puedan ser consideradas como infracciones autónomas[18].
- ***Pluralidad de Delitos***. Constituye la realización de varios tipos penales independientes.
- ***Unidad de Autor***. Lo realiza una sola persona.

b) <u>Clases:</u>

[18] Las acciones –como dice Hurtado Pozo–, pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte en otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes).

- ***Homogéneo***. Los delitos que se cometen son iguales o de la misma naturaleza. Por ejemplo: son iguales los delitos cuando el sujeto activo "hurta" todos los días, y son de la misma naturaleza cuando se protege al mismo bien jurídico, por ejemplo, cuando el sujeto activo hurta y al día siguiente roba, en ambos casos se protege "el patrimonio".
- ***Heterogéneo***. Se produce cuando los delitos son diferentes. Por ejemplo: un sujeto ingresa a un domicilio[19] para robar, luego viola a la dueña de casa, para después matarla. Los delitos cometidos serán: (robo agravado, violación sexual y asesinato). Verbigracia: "**A**" se apodera del reloj de "**B**" y cuando trata de ser detenido por un transeúnte "C" dispara contra aquel, ocasionándole la muerte.

c) Tratamiento:

El tratamiento, se resuelve con la aplicación de la sumatoria de las penas (se inclina por el "principio de acumulación")[20].

2.2.1.4. Concurso real retrospectivo

Se produce cuando los delitos en concurso no son juzgados simultáneamente (en un solo proceso). El agente es autor de varios delitos, pero inicialmente fue procesado y condenado por uno (o algunos), posteriormente

---

[19] Aparentemente habría el tipo de violación de domicilio, no obstante éste queda subsumido en el delito de robo.

[20] Art. 50° del Código Penal: "*Cuando concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de 35 años. Si alguno de estos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta*". (Artículo modificado por la Ley Nº 28730 del 13/05/06).

cuando ya ha sido condenado por éste delito, se descubre otros tantos delitos –que no fueron procesados– y por estos últimos tendrá que ser juzgado y condenado, sumando sus penas sin afectar la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente.

Por ejemplo: “A” comete un robo (en el 2012), un homicidio (en el 2013) y una violación sexual (en el 2014). “A”, es proceso y condenado sólo por el último delito a ocho años de pena privativa de libertad. Estando en prisión, recién es reconocido por el agraviado del primer delito (robo que cometió en el 2012), por lo que debe generarse un nuevo proceso y estando en pleno juicio se descubre el segundo delito (homicidio del 2013), lo que motivará que se amplié la investigación judicial por este último delito. En el caso propuesto, se aprecia un “concurso real retrospectivo”, no obstante, estos dos últimos delitos al no haber sido juzgados en el primer proceso judicial, el autor deberá ser juzgado y condenado por estos últimos delitos, por lo que se deberán sumar sus penas.

El concurso real retrospectivo difiere del concurso real (normal) ya que en éste caso no se da la simultaneidad en el juzgamiento, porque sólo después que el autor ha sido sentenciado se descubre que había cometido otro delito. Nos encontramos ante una regla procesal básica en materia de concurso real de delitos, éste no desaparece aún en el caso de que, después de una sentencia firme, haya que juzgar a esa misma persona por otro delito, cometido antes de la primera condena. La circunstancia puramente ocasional de haberse retardado el descubrimiento o el juicio del delito anterior, no quita que el culpable se halle en aquellas circunstancias objetivas que aconsejan la acumulación material.

a) <u>Presupuestos:</u>

- ***Pluralidad de Delitos***. Constituye la realización de varios tipos penales independientes.
- ***Juzgamiento sucesivo de Delitos en Concurso***. Se juzgan los delitos que no fueron anteriormente procesados.
- ***Unidad de Autor***. Lo realiza una sola persona.

b) <u>Tratamiento:</u>

El tratamiento, se resuelve con la aplicación de la última pena sumada a la pena que se viene purgando (se inclina por el "principio de acumulación")[21]

2.2.1.5. Concurso aparente de tipos penales

Surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría "aparentemente" ser calificada en dos o más tipos penales, pero en realidad sólo se reduce a un encuadramiento único (el concurso es sólo "aparente"), porque uno

[21] Art. 51° del Código Penal: "*Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará al anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito*". (Artículo modificado por la Ley Nº 28730 del 13/05/06).

de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Esta se resuelve en base a los siguientes principios:

- **Principio de Especialidad**. El tipo especial desplaza al tipo genérico, lo cual sucede en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados. Por ejemplo: el delito de asesinato (por la modalidad de alevosía) –especial– desplaza al delito de homicidio simple.
- **Principio de Subsidiariedad**. Se aplica el tipo subsidiario cuando no se puede aplicar un tipo especial. Es una posición opuesta a la del principio de especialidad, cuando no se puede cumplir con todos los requisitos que establece el tipo especial se aplicará el tipo general[22]. Por ejemplo: cuando no se puede adecuar el comportamiento de un sujeto al delito de lesiones graves de acuerdo al sujeto activo o pasivo (Art. 121 – A. C. P), se tiene que aplicar el Art. 121° (lesiones graves). Esto, implica en los diversos grados de violación del mismo bien jurídico[23].
- **Principio de Consunción**. Una acción típica incluye a otro tipo penal (un delito abarca a otro delito). El tipo más amplio o complejo absorberá a los otros consumidas en aquél. Por ejemplo: "A" y "B" secuestran a "B", luego exigen a cambio de la liberación cierta cantidad de dinero. En este caso aparentemente concurren dos tipos penales, el de secuestro y el de extorsión, pero el delito de Secuestro –menos amplio– quedará absorbido por el delito de Extorsión –más amplio– (éste último será considerado el tipo).

---

22 *lex primaría derogat legem subsidiariam* (la ley primaria deroga la subsidiaria).

23 Es el caso, –por ejemplo– del tipo culposo en relación al tipo doloso; el delito de peligro frente al de lesión; o el tipo penal que sanciona al partícipe (instigador o cómplice) se aplica "subsidiariamente" al que ha realizado el autor.

- **Principio de Alternatividad**. Puede darse casos en que un tipo se refiere a la misma acción que otro. El desplazamiento se da cuando en uno de los tipos surgen circunstancias particulares con respecto a la acción. Por ejemplo: en el delito de hurto y de apropiación ilícita sobre un tesoro, constituyen un apoderamiento de cosa ajena –el tesoro pertenece en forma parcial al propietario del suelo– pero, dado que el apoderamiento recae sobre un tesoro, se aplica el delito de apropiación ilícita de un tesoro[24].

2.2.2. La teoría de infracción de deber en los delitos contra la administración pública

2.2.2.1. Autores y partícipes en los delitos contra la administración pública

Aspecto problemático de los delitos contra la administración pública lo constituye saber o identificar quienes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un delito.

Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: "Decisión común orientada al logro exitoso del

[24] Este principio sólo se aplica en defecto de los anteriores principios, es decir cuando no es posible hallar una relación de especialidad, subsidiariedad o consunción.

resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"[25].

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.

La participación también está prevista en el artículo 24º del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es desde la postura de la teoría del dominio del hecho[26] al cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. No obstante, los delitos especiales como lo constituyen los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber. Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal.

---

[25] Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Expediente Nº 1199-99-Cañete.
[26] ROXIN, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Abanto Vásquez, Editorial Grijley, Lima, p. 470

En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

1. ¿qué sucede con los particulares que comenten el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?

2. ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?

3. ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?

4. ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?

5. ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si respondemos con la teoría del dominio del hecho, seguramente llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos y los sujetos obligados autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no pueden ser autores mediatos. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor

público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego analizares, aquí se trata de sólo cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores. En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Claus Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar en el presente trabajo.

2.2.2.2. La teoría de los delitos de infracción de deber

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin[27].

Como ya se explicó, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del

[27] De entrada debe quedar claro que aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber según la explicación y desarrollo dogmático del profesor Günther Jakobs, por las razones que luego explicaremos.

dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la "infracción del deber". Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de "delitos contra la administración pública", en los cuales autor es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. "Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado"[28].

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un "deber especial de carácter penal" que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

[28] ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, p. 338; ROXIN, Claus (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ta. Edición traducida por Cuello-Serrano, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 383- 385 y; asimismo, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). "*Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de infracción de deber*". En: Revista Penal Nº 14. Julio, Lima, p. 216.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) de evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal[29]. Autor será quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría[30] . De ello, se concluye que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica "a través de otro", infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el "dominio del hecho", el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo[31]. Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal. La

[29] PARIONA ARANA, Raúl (2011). *"La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias"*. En: Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 19, Enero, Lima, p. 79

[30] Es más, según el profesor CARO JOHN que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos "los supuestos, el intraneus responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor". CARO JOHN, José Antonio (2014). *Manual Teórico y Práctico de Teoría del Delito*. Editorial ARA, Lima, p. 157.

[31] PARIONA ARANA, Raúl. Ob. Cit., p. 71.

aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos[32].

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John[33] la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Bajo esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor.

En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad[34]. Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a

[32] PARIONA ARANA, Raúl (2006). *Participación en los delitos especiales – homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea*, Ara editores, Lima, p. 770.
[33] CARO JOHN, José Antonio. Ob. Cit., p. 71.
[34] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal – Parte General*. Editorial Grijley, Lima, p. 307.

apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387º exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana[35], por la forma como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos.

La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En otro extremo, no sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que según esta concepción si en

[35] PARIONA ARANA, Raúl. *"La Teoría de los Delitos de..."*. Ob. Cit., p. 73.

un hecho concreto participa un *extraneus*, este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular extraño, responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio[36]. Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y por tanto no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino por el contrario, sigue la teoría de la ruptura del título de imputación[37].

La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intraneus* al tipo. Los *extraneus* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber[38].

Para graficar este aspecto el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos: "una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la

---

[36] GARCÍA CAVERO, Percy (2014). *"Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos"*. En: Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública. Editorial Juristas, Lima, p. 637.
[37] PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en los delitos especiales…*, Ob. Cit., pp. 760-761.
[38] GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 634.

ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *nemimem laede* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extraneus* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)"[39].

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público[40]. Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente como por ejemplo en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune.

[39] CARO JOHN, José Antonio. Ob. Cit., p. 82.
[40] GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Editorial Grijley, Lima, p. 601

Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la administración pública.

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación[41] y accesoriedad, los particulares o *extraneus* responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. En efecto aquí entre otros aspectos se precisó que "los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores".

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación)[42]. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común)

[41] Ibíd., p. 600.
[42] ROJAS VARGAS, Fidel (2002). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley, Lima, p. 76.

que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que los terceros (extraneus) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita[43], los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad[44]. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que "la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es

[43] Claro está siguiendo la posición de Jakobs que aquí no seguimos.
[44] ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. Cit., p. 483.

inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26º del Código Penal"[45].

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que "en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia *[...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado"*[46]. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo "Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la "accesoriedad de la participación", es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido 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 la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título

[45] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (2009). *Delitos contra la administración pública – jurisprudencia penal vinculante*. Tomo II, Editorial Idemsa, Lima, p. 231.
[46] Recurso de Nulidad Nº 1813-2003-Lima.

de imputación). Por ende, las personas *"extraneus"* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder „en segundo término" y por tanto solo limitadamente"[47].

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004[48]. En efecto allí se expone que "aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe".

[47] Recurso de Nulidad. Nº 375-2004-Ucayali y, Recurso de Nulidad Nº 2976-2004-Lima.
[48] Recurso de Nulidad Nº 2976-2004-Lima.

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido[49]. Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 del Código Penal[50] que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancias especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los extraneus que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial.

Por ello se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e incluso se sostiene, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal sólo alcanza a los autores o *intranei* y no a los partícipes o *extranei*. Además, se debe tener claro que el artículo 26° del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el

[49] Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en los delitos especiales…*, Ob. Cit., p. 762.
[50] Como sugiere García Cavero, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribe el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal.* Ob. Cit., p. 60.

título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudiere resulta penas desproporcionadas[51].

Como es de advertirse en los delitos contra la administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Es obvio, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

2.2.2.3. Complicidad única

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única. La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código penal que establece que a al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena.

[51] PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en los delitos especiales…*, Ob. Cit., p. 768.

No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho. La siguiente pregunta se impone: ¿cuál es la pena que se impone en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice[52].

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general está aprobada y publicada por el Congreso de la República, y donde ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales, encontramos el artículo 26° donde se establece que: "si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten,

[52] RUEDA MARTÍN, Ángeles (2013). *"Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*". En: Delitos contra la administración pública, Editorial Idemsa, Lima, p. 152.

agraven, disminuyen o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal".

Esto significa que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que si concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo derecho comparado, encontramos que en el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente[53].

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto en la Ejecutoria Suprema del 06 de mayo de 2013[54], argumentó que "su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria".

[53] GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho* Penal. Ob. Cit., p. 603
[54] Recurso de Nulidad N° 546-2012-Lima.

Considero que si el Juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

2.2.2.4. La duplica de la prescripción.

¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como si lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP, establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que sólo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así tenemos el Acuerdo Plenario N°01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (Problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El ataque contra el patrimonio público es 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 tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere: 1.- Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado. 2.- El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y 3.- Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y por tanto es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser: 1.- Íntegramente del Estado. 2.- Bienes de sociedades de economía mixta. 3.- Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la

administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguientes: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y

extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

2.2.2.5. No es admisible la coutoria.

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría definida en el artículo 24° de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho[55] que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto de manera genérica.

La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención[56]. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específico.

[55] GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 574.
[56] Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, Recurso de Nulidad N° 3429-99-Callao.

En suma ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas. Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc. son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse[57].

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un solo deber especial.

No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

[57] SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *"El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana"*. En: Delitos contra la administración pública, Editorial Idemsa, Lima, p. 368.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010[58] y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 03 de noviembre de 2010[59], cuando se sostiene que "en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b)una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello". Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber.

Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116[60].

[58] Recurso de Nulidad N° 3181-2009-lima, Sala Penal Permanente.
[59] Recurso de Nulidad N° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.
[60] Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 02 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto: en el Recurso de Nulidad N° 1594-2009-Puno.

2.2.3. Colusión desleal

2.2.3.1. Antecedentes legales

El delito de colusión desleal tiene como fuente directa al artículo 344 del Código penal de 1924. Las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho dispositivo fueron los artículos 400 y 401 del Código penal español y 265 del Código penal argentino.

2.2.3.2. La figura penal y el derecho comparado

Este delito, que en otras legislaciones penales recibe los nombres de "negociaciones incompatibles" (Argentina, art. 265), "celebración indebida de contratos" (Colombia, arts. 144-148), "fraudes contra el Estado" (España [1973], arts. 400-401), "fraudes y exacciones legales" (España [1995], art. 436) etc., tiene un propósito específico: el conminar a los funcionarios, servidores públicos y equiparados a que observen el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y demás operaciones en los que participan a nombre del Estado.

La fórmula española de fraudes en contrataciones públicas (artículo 436 del Código Penal de 1995), a diferencia del modelo peruano que es un delito de resultado, enfatiza el núcleo del injusto en una fase previa a la consumación material, esto es, no requiere que se produzca necesariamente la defraudación a los intereses del ente público, siendo suficiente "la concertación para defraudar"; igualmente, en esta línea de diferencias, amplía las posibilidades de comisión típica al agregar -acotación que no posee nuestro modelo- la frase "o usase

cualquier otro artificio para defraudar", complementación que abre la tipicidad objetiva del tipo.

Sobre el tipo peruano de colusión desleal o defraudatoria cabe indicar que no observa una adecuada técnica legislativa en su redacción pues contiene innecesarias repeticiones y se halla condicionado a la concertación, ofreciendo además al análisis numerosos elementos normativos (contratos, licitaciones, concursos de precios, liquidaciones, etc.).

La intervención penal en esta área de conductas es de naturaleza subsidiaria y complementaria a los procesos administrativos respectivos que ventilan las responsabilidades de los sujetos públicos por conductas infuncionales de quebrantamiento del régimen de incompatibilidades y de instrumentalización del cargo o comisión especial para fines distintos a los oficiales.

2.2.3.3. El bien jurídico protegido

El objeto de la tutela penal es cautelar la regularidad, el prestigio y los intereses de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los agentes públicos. Castigando a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles han lesionado los intereses del Estado se reafirma la vigencia del ordenamiento jurídico.

La figura de colusión ilegal es una modalidad de corrupción del sujeto público que nos muestra crudamente la venalidad y deslealtad, incompatibles con el cargo o comisión[61].

2.2.3.4. Sujeto activo y sujeto pasivo

Sólo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos. No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia. La norma no crea un tercer sujeto en el comisionista[62].

Se puede actuar como autor o en coautoría siempre que, para este segundo título de imputación, los funcionarios se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón al cargo o comisión especial. La presencia de otros funcionarios, incluso de mayor jerarquía, que se hallen al margen de tal nexo, no legitima la coautoría

En este delito, como también en el de peculado, entre otros, se aprecia en toda su dimensión la exigencia de la necesaria vinculación funcional que debe poseer el sujeto activo con el objeto material del delito: en el caso del peculado, con los caudales o efectos; en el de la colusión desleal, con las operaciones o negociaciones estatales. En el caso de existir un colegiado de negociadores

---

[61] MILLÁN, Alberto (1970). *"El delito de negociaciones incompatibles"*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, enero-marzo, Buenos Aires, p. 27. Por su parte, SÁCHICA, Luis Carlos (1989). *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Editorial Temis, Bogotá, p. 96.

[62] Cfr.: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1997). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley, Lima, p. 148.

públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos funcionarios, puede configurar un estado de coautoría en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13 del Código Penal. Si la omisión le es imputable a cualquier otro funcionario o servidor público, esto es, no vinculado funcionalmente, será invocable el delito de omisión de denuncia[63].

El art. 386 realiza una extensión normativa de la autoría o de participación, según la naturaleza del aporte, a los peritos, árbitros y contadores particulares.

Sujeto pasivo es el Estado o, específicamente, alguna de sus entidades contratantes, incluidos los entes paraestatales.

2.2.3.5. Comportamiento típico

Los componentes materiales del tipo reúnen diversos componentes normativos de naturaleza administrativa extra penal (operaciones o negocios diversos) en torno al comportamiento del funcionario o servidor público. Pero el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y paraestatales concertándose con los interesados.

a) Núcleo rector típico

[63] ABANTO VASQUEZ, Manuel (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2da Edición, Editorial Palestra, Lima, p. 264.

El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros[64].

Esta defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Éstos se valen de las atribuciones poseídas para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, a los que por ley deben estar llamados a representar o cautelar, por sus pretensiones e intereses particulares[65].

Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los "interesados").

Lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo

---

[64] Por ser ilustrativos revísese las Ejecutorias supremas de 18 de abril de 1994, Exp. N" 143-93-Ica [Sumilla N° 23, p. 313] y la de 15 de abril de 1993 Sumilla N°25, p. 313], que versan sobre colusiones defraudatorias al haberse omitido convocar a licitaciones públicas. Véase igualmente un caso de inexistencia de colusión defraudatoria con adjudicaciones directas, cuando los supuestos pagos indebidos a los interesados se originaron por la diferencia cambiaría de la moneda al momento del pago (Ejecutoria suprema de 9 de mayo de 1997, Sala C, Exp. № 4159-95, Lima, en conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo).

[65] No se trata de que los funcionarios y servidores actúen con "probidad o imparcialidad", como equívocamente se acostumbra decir. El rol o papel que le toca jugar al agente público colocado en estas circunstancias es el actuar profesionalmente y con parcialidad; no se trata de que sea imparcial, ya que es parte en las operaciones -señaladas en el tipo- a nombre del Estado.

cual es incompatible con el cargo o comisión y que implica afectar los intereses económicos del Estado o de los organismos sostenidos por éste.

Defraudar al Estado y a sus organismos o entidades es, así, el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. La defraudación mediante concertación -que es lo que aquí se castiga- supone un aspecto de reproche moral juridizado por el engaño, así como la presencia de un segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.).

El perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes y dictámenes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial[66].

La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. La defraudación realizada

[66] ROJAS VARGAS, Fidel (1999). *Jurisprudencia penal comentada*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 404). En sentido distinto el caso de colusión defraudatoria en la que Corte Suprema declara haber nulidad de la sentencia condenatoria por considerar que de la pericia contable y bromatológica se desprende que no ha existido irregularidades en la adquisición y calidad de los alimentos, declarándose la existencia de duda, absolviéndose a los procesados. Ejecutoria Suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. 2395-96, Huánuco.

por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden de-fraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional. En tales supuestos, no existirá la especial concertación que exige el tipo penal, siendo ello suficiente para configurar una situación de atipicidad por delito de colusión desleal, pudiendo articular hipótesis de cohecho pasivo o subsidiariamente de enriquecimiento ilícito.

La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente, mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar precios simulados -sobrevaluados o subvaluados-, admitir calidades inferiores a las requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. El término "interesados" comprende a los particulares (por oposición a lo público), sean éstos personas jurídicas o personas naturales que negocian con el Estado.

Toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con los intereses del Estado -que es un deber funcional de los servidores y funcionarios públicos, con más énfasis para estos últimos- y defrauda expectativas especiales. Usualmente se suele indicar que el funcionario que contrata a nombre del Estado debe actuar con imparcialidad, sin embargo este enunciado debe tomarse con bastante sentido crítico, pues al ser deber reglado del funcionario o servidor defender los intereses económicos del Estado o de la entidad pública por la cual

negocie o contrate, está ya colocado en un status de parte, lo cual le impedirá actuar con imparcialidad, siendo más coherente en esta línea de pensamiento señalar que debe de actuar con objetividad y en defensa de los intereses del Estado. El concepto Estado está tomado en sentido amplio para abarcar también a las instituciones locales de gobierno (municipales y gobiernos regionales) y a las entidades y organismos que por ley forman parte de la administración pública.

b) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos

El tipo penal es abierto al respecto. Los negocios en los que tenga que intervenir el funcionario o servidor público son:

1. Contratos

Los contratos en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios (transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc.), proyectos conjuntos, etc., que vinculan a un intercambio de prestaciones y establecen un marco jurídico de responsabilidades.

2. Suministros

El término suministro está usado en sentido ordinario (no necesaria y exclusivamente en el sentido técnico de contrato comercial) para aludir con él a las provisiones o abastecimiento de bienes diversos que hace o recibe el Estado.

El suministro como contrato es aquel que se acuerda entre el Esta-do y un particular en virtud del cual éste se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.)[67].

3. Licitaciones

Es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras[68].

Es un procedimiento administrativo por el cual la administración pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato[69].

Se trata de procedimientos administrativos, de base constitucional y regulados legalmente, para dotar al Estado, en condiciones ideales, de contrataciones de obras, adquisición de bienes, servicios y suministros de diversa índole bajo estándares óptimos de calidad y precios, que posibilitarán la celebración de contratos o adquisiciones. La licitación supone una serie de actos sucesivos: autorización, publicación del pliego de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la

[67] DROMI, Roberto (2000). *Derecho Administrativo*. Tomo II, Editorial Astrae, Buenos Aires, p. 323.
[68] BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto (2013). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trillas, México, p. 146.
[69] DROMI, Roberto. Ob. Cit., p. 227.

buena pro, adjudicación y aprobación[70]. Se considera que mediante la licitación pública se protege el interés público, lo que explica que se halle contemplada en la Constitución Política del Estado (art. 76), y regulada mediante el Decreto Supremo № 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (13 de febrero de 2001), y su Reglamento, Decreto Supremo № 013-2001-PCM (13 de febrero de 2001). Antes de la dación de estos cuerpos legales, regían el Reglamento Único de Licitaciones y Concurso de Obras Públicas - RULCOP (Decreto Supremo № 034-80-VC) y el Reglamento Único de Adquisiciones - RÚA (Decreto Supremo № 065-85-PCM).

4. Concursos de precios

La palabra "concurso" es entendida como la convocatoria o llamamiento público para que se proceda ulteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. El derogado RULCOP -bajo cuyo influjo se recogió la frase "concurso de precios"- lo definía como la "modalidad por la cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública, previa invitación cursada por la entidad que convoca el concurso"[71]. Como su nombre mismo lo indica el énfasis administrativo de la locución está colocado en el mejor precio que representará la oferta dirigida a la administración pública.

---

[70] Ibídem.

[71] Cfr. el artículo 1.2.4 del Título II del derogado Reglamento Único de Licitaciones y Concurso de Obras Públicas - RULCOP (Decreto Supremo № 034-80-VC). En el Título VII se establecían además las siguientes características:
"Art. 7.1.4: El concurso de precios se convocará por invitación a un mínimo de 3 contratistas".
"Art. 7.1.5: El plazo entre la Carta Invitación y la presentación de las propuestas no podrá ser menor de 15 días”.
'Art. 7.1.6: El acto del concurso será ante Notario Público".
"Art. 7.1.8: La comisión encargada de las recepción y apertura y de los primeros y segundos sobres, así como del otorgamiento de los Buena Pro, deberá estar conformada por un mínimo de tres funcionarios (...)".

En la legislación administrativa específica y vigente de la materia (Decreto Supremo № 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento, Decreto Supremo № 013-2001-PCM), se utiliza la frase "concurso público".

5. Subastas

Subastas son operaciones de venta pública de bienes al mejor postor. Una subasta pública es de carácter judicial cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente; es administrativa cuando la efectúan los entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del juez o autoridad judicial.

6. Cualquier otra operación semejante

Con esta frase el tipo penal efectúa una vasta apertura al cúmulo posible de operaciones que se semejen a las designadas en el tipo. Aquí, a diferencia de la fórmula española de 1995[72] -que admite fraudes no concertados con los particulares ("o usase de cualquier otro artificio"), es decir, a título personal- cualquier otra operación semejante está condicionada a que igualmente sea bajo colusión.

Puede ocurrir, como acota Alberto MILLÁM[73], que se presenten situaciones donde se aduzca que no se ha contratado (por ejemplo, una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc.). Son estas y otras operaciones tales como la concesión de uso de bienes del dominio público,

[72] Véase infra, p. 292.
[73] MILLÁN, Alberto. Ob. Cit., p. 30.

liquidaciones de empresas públicas, etc., y diversos contratos de riesgo (exploración-prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes pilotos, etc.) que el tipo penal quiere cubrir con la frase "cualquier otra operación semejante".

c) Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado

A diferencia del texto amplio y abierto de negocios jurídicos en los que le toca intervenir al funcionario o servidor público, la ley restringe a cuatro las operaciones administrativas susceptibles de ofrecer el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y ser/i-dores con los interesados en su propósito de defraudar al Estado:

1. Convenios

Este término está tomado en sentido puntual para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue. Un contrato puede constar de uno o de múltiples convenios. Los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato o tratado.

2. Ajustes

El término tiene varios significados[74], pero en el contexto en que es usado en el tipo penal se hace referencia a las adecuaciones o reacomodos realizados a los convenios y contrataciones en general asumidos entre el Estado y los

[74] El ajuste en otras legislaciones es un contrato (contrato de ajuste) por el cual el capitán de buque, los oficiales y la tripulación acuerdan recíprocamente prestaciones para viabilizar viajes.

interesados. El Decreto Supremo № 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, utiliza el vocablo "reajuste".

El ajuste presupone ciertos desacuerdos o desentendimientos en los contratos, suministros, etc., que son solucionados vía "ajustes". Así, se ajustan precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc.

La idea central del ajuste implica la adecuación de un negocio, de una cosa o de cualquier acto, en el campo del Derecho, a lo justo de una norma legal, convencional o consuetudinaria previamente establecida entre las partes. En suma se puede definir el ajuste como "el acto de concertar una solución jurídica, teniendo en cuenta la ley adoptada para el caso o negocio, por las partes"[75].

3. Liquidaciones y suministro

En el lenguaje propio de los negocios públicos, "liquidación" es la culminación usual de los contratos celebrados entre el Estado y los interesados. Dicho elemento normativo se halla contemplado en el artículo 43 del Decreto Supremo № 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y en el artículo 98 de su Reglamento, Decreto Supremo № 013-2001-PCM, siendo obligación del contratista elaborarlo y presentarlo a la entidad contratada en los plazos fijados reglamentariamente. La liquidación deberá ser aprobada por Resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

2.2.3.6. Elemento subjetivo

[75] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ob. Cit., p. 622.

Se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal. El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual. El sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidades extraeconómicas que buscan perjudicar al Estado.

El dolo requerido en la omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.) para perfeccionar el elemento subjetivo típico del delito de colusión es el dolo eventual, es decir, que el agente acepte el hecho, aunque no actúe positivamente para conseguirlo, estando en posición de garante.

2.2.3.7. Consumación y tentativa

El delito es de resultado, es decir, requiere -ya que la norma penal así lo plantea-, que se produzca la defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio eco-nómico, lo que tendrá que establecerse técnicamente[76]. No se requiere necesariamente que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.

Las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de operaciones y negocios del Estado que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio. La simple concertación sin que se produzca la defraudación es tentativa inacabada. La frustración o postergación de la celebración de los acuerdos defraudatorios, de ser detectados, implica delito frustrado. El desistimiento voluntario es igualmente admisible. La colusión que no

[76] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Ob. Cit., p. 270.

llega a ocasionar perjuicio al Estado, según las circunstancias, es irrelevante penalmente o es simple tentativa.

2.2.4. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

2.2.4.1. Antecedentes legales

La fuente directa se halla en el artículo 345° del Código penal de 1924[77]: "El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27°, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías".

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175° del Código penal francés de 1810 (883) Y 324 del Código penal español de 1850, que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 Y 1991, argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980.

El modelo peruano de negociación incompatible de funcionario o servidor público tiene gran similitud con los modelos colombiano (artículo 145°, código de 1980 y artículo 409°, código del 2000) y argentino (artículo 265°). En este último

[77] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2016). *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*. Volumen 3, Legales Ediciones, Lima, p. 1885.

las modalidades de interés ilícito pueden producirse directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. En la figura peruana puede ser directa o indirectamente o por acto simulado. Dos maneras de significar lo mismo. Cabe destacar que la norma penal nacional a diferencia de la argentina no ha consignado expresamente el componente provecho patrimonial (en beneficio propio o de tercero).

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis a realizar, tiene grandes similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el artículo 384° del Código Penal, con las obvias diferencias que en la negociación no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio; esto último explica la penalidad menor del artículo 397°. El legislador peruano ha preferido ubicar esta figura en el rubro de corrupción de funcionarios, a diferencia del español que lo considera una forma de fraude ilegal (Código penal de 1973) o un delito incluido en el rubro "negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos" (Código penal de 1995), lo cual es un referente necesario para la interpretación de la norma, esto es, la negociación incompatible es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa. Por su parte, la legislación penal argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado "Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas". A efectos de una mejor sistematización, esta figura penal deberá ser reubicada a continuación de la colusión defraudatoria, ya que se trata de una modalidad atenuada de la misma.

Este tipo penal merece cuestionamientos por su existencia como sostiene ABANTO VÁSQUEZ[78], sino mismo por su ubicación sistemática como sostiene ROJAS VARGAS[79], que al igual que la figura de colusión defraudatoria exige una sección independiente integradora de "las negociaciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos". No es exacto equiparar la negociación incompatible a una fase de tentativa del delito de colusión defraudatoria, pues éste posee un componente de tipicidad objetiva que le es inexistente a aquélla; en efecto, "el concertarse con los interesados" es el elemento que la define normativamente y que se halla ausente en el tipo penal regulado en el artículo 399° del Código Penal.

2.2.4.2. Tipicidad objetiva

El delito de negociación incompatible 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 jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros[80].

---

[78] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal* peruano. 2da Edición, Editorial Palestra, Lima, p. 884
[79] SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). *Delitos contra la administración pública*. 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, p.117
[80] Ibíd., p. 554

En la estructura del tipo penal intervienen diversos elementos de la tipicidad objetiva que es necesario explicar por separado para su real comprensión en el presente trabajo:

2.2.4.2.1. Interesar

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer, concernir, incumbir; comprometer o importar algo y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros[81].

Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder, como bien apunta ROJAS VARGAS[82], 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.

El argentino Creus[83], enseña al respecto que interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate de una pretensión de parte no administrativa: que el negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros.

---

[81] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit., p. 879.
[82] ROJAS VARGAS, Fidel (2002). *Delitos contra la administración pública*. 3era Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 859.
[83] CREUS, Carlos (1990). *Derecho Penal parte Especial*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 309

El interesarse no siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, igual la conducta será típica y punible[84]. Aquí no es punible la conducta porque se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico normal y el recto funcionamiento de la administración pública. Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la administración, para sacar provecho económico para sí o terceros, la conducta es típica siendo irregularmente si con tales actos la administración se vio favorecida.

EI interés particular que expresa el agente puede materializarse en la realidad hasta de tres formas:

a. Interesarse de manera directa

Este elemento de la tipicidad objetiva significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todo los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros. Es de recibo sostener que el interesarse siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública- Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, habría coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta.

[84] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit., p. 513

b. Interesarse de manera indirecta

En esta modalidad, 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 o servidores públicos para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros. 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[85].

Con un criterio similar, Castillo Alva[86] señala que esta modalidad se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios, en especial los particulares poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto.

[85] ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., p. 589.
[86] CASTILLO ALVA, José Luis (2015). *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico, Lima, p. 37.

c. Interesarse mediante actos simulados

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 o personales. Por esta modalidad el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener una 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[87].

En realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues aquí se quiere hacer aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación; por ejemplo, la inclusión en la negociación de una empresa inexistente.

De esa forma es meridianamente claro que la ley no castiga en esta modalidad típica la simulación *in penionam*, sino más bien la simulación *in actum*. No se castiga a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada[88].

Hay simulación cuando el funcionario, para favorecer a una empresa en la cual se entiende tiene interés particular directo, en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas[89].

---

[87] ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., p. 589.
[88] CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit., p. 59.
[89] Ibídem.

2.2.4.2.2. 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 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.

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 é1.

2.2.4.2.3. Contrato u operación objeto del hecho punible

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: contrato u operaciones. 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 es relevante la materia o el carácter del mismo[90]. 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 o jurídicas particulares en las cuales el sujeto público "agente" tiene interés económico.

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y se refieren a negociaciones lícitas de contenido múltiple: de suministro de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.

En cambio, las "operaciones' son los 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 y otros. 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.

2.2.4.2.4. Vinculación funcional

El objeto del delito de negociación incompatible debe estar confiado al sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica.

[90] Ibíd., p. 89.

Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito no se configura así haya evidente perjuicio patrimonial para el Estado con el actuar del agente.

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. La relación con el objeto del delito puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o realizar las operaciones, o solo puede tener esa facultad por disposición jurídica o disposición funcional. En este último caso, se entiende que otro funcionario o servidor dependiente de aquel, participa de modo directo en el contrato u operación.

Este elemento objetivo del delito de negociación incompatible permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por los funcionarios o servidores públicos en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. Entendido así, se concluye que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo o lesionando deberes específicos que tiene para con la celebración de contratos u operaciones en representación del Estado que le han

sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS[91]

- **Concurso ideal.-** Es cuando un hecho delictivo general más de un resultado sancionado por diferentes tipos penales.
- **Concurso real.-** Se configura cuando varias acciones generan más de un resultado, que se sancionan con diferentes tipos penales para cada acción.
- **Constitución.-** Norma jurídica suprema que regula la organización del Estado y garantiza los derechos y libertades de las personas; cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento –carácter vinculante y normativo- tanto a los poderes públicos como particulares, así mismo determina la validez de las normas del ordenamiento jurídico –la constitución como fuente de derecho-.
- **Corrupción.-** Es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar) para sacar un provecho económico o de otra índole.
- **Debido Proceso:** Es una garantía constitucional innominada, cuya finalidad es proteger los derechos individuales recogidos por la constitución política y cuya función es asegurar la efectiva vigencia de esos derechos, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurídica de sus derechos individuales.

[91] Ver. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, disponible en sitio web: http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html, fecha de acceso 30 de setiembre del 2015.

- **Delito de corrupción de funcionario.**- Son todos los comportamientos delictivos que lesionan o ponen en peligro la actividad estatal en sus diversas manifestaciones.
- **Delito.-** Es una conducta típica, antijurídica y culpable, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena.
- **Derecho Penal.-** Es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.
- **Eficacia.-** Significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de la violencia posible. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo.
- **Estado de Derecho.**- Es aquel que se rige por un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno de una constitución, la cual es el fundamento jurídico de las autoridades y funcionarios, que se someten a las normas de esta. Cualquier medida o acción debe estar sujeta o ser referida a una norma jurídica escrita.
- **Funcionario.-** Es una persona que desempeña un empleo público. Se trata de un trabajador que cumple funciones en un organismo del Estado.
- **Garantismo.-** El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y

enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales. Las "garantías" son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.

- **Ordenamiento Jurídico.-** Conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta y que están estructuradas en base al principio de jerarquía normativa. En el caso de los Estados democráticos, la Constitución Política constituye la base del ordenamiento jurídico.
- **Política criminal.-** Se llama así a la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. La disciplina que estudia esta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.
- **Proceso Penal.-** Desde el punto de vista objetivo, externo y estático -cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

- **Proceso penal.-** El Derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin entre el estado y los particulares tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso y con el propósito de preservar el orden social. El derecho procesal penal busca objetivos claramente concernientes al orden público.
- **Responsabilidad penal.-** Para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable. En síntesis, para hablarse de responsabilidad penal de los imputables se exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, y además que la pena sea necesaria.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1. Recurso de Nulidad N° 1092-2011 CAJAMARCA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, dieciocho de enero de dos mil doce.

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia de fojas mil setecientos sesenta y nueve, del siete de enero de dos mil once, por: i) los encausados Julio César Gutiérrez Álvarez y Juan Nelson Quiroz Alcántara en el extremo que los condenó como autores de los delitos contra la Administración Pública en sus modalidades de colusión y negociación incompatible, y contra la fe pública - falsedad genérica, en agravio de la Municipalidad de San Miguel y el Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida por el periodo de tres años bajo el cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitó a Juan Nelson Quiroz Alcántara por el tiempo que dure la pena; así como fijó por concepto de reparación civil las cantidades de cincuenta mil nuevos soles a favor de la Municipalidad Provincial de San Miguel y diez mil nuevos soles a favor del Estado, pago que de manera solidaria deberán abonar los citados procesados; y ji) el señor Fiscal en cuanto les impuso a los procesados Julio César Gutiérrez Álvarez y Juan Nelson Quiroz Alcántara una pena suspendida;. y en el extremo que absolvió a Julio César Gutiérrez Álvarez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública - falsificación de documentos privados

en agravio de la Municipalidad Provincial de San Miguel y del Estado; y a Flavio Elmer Poma Poma, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza, Karina Maribel Urquiaga Cruzado y Miguel Antonio Quiroz Barboza de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - colusión en agravio de la Municipalidad Provincial de San Miguel y del Estado; de conformidad lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el procesado Julio César Gutiérrez Álvarez en su recurso formalizado a fojas mil ochocientos treinta y seis sostiene que se transgredieron el derecho a la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el de defensa porque no se analizaron debidamente todas las pruebas; que la imputación en su contra se funda únicamente en lo manifestado por el ex Alcalde de la entidad edil agraviada, sin que existan elementos de prueba objetivos que la corroboren; que la acusación se basa en simples suposiciones, carentes de fundamento; que, asimismo, se han considerado nuevos hechos relativos al traslado del tractor oruga modelo D seis a la ciudad de Chiclayo donde qued6 en un taller de propiedad de Víctor Gamarra Gallardo, lo que no fue tratado en juicio oral.

Segundo: Que el encausado Juan Nelson Quiroz Alcántara en su recurso formalizado a fojas mil ochocientos cincuenta y nueve esgrime que lo condenaron por meras subjetividades sin que se efectúe un peritaje que acredite el perjuicio económico ocasionado ni la existencia de acuerdos previos con terceros; que la ausencia de comunicación o de información para la reparación de las maquinas

constituirían meras infracciones administrativas; que, además, respecto a su condena por falsedad genérica señala que en esa fecha la provincia de San Miguel no contaba con el servicio de Internet por lo que no pudo verificarse si la información que le proporcionaron las empresas postoras eran fidedignas, que actuó de buena fe, creyendo que los documentos presentados por la Empresa "Representaciones Nevado" eran válidas.

Tercero: Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil ochocientos setenta y dos sostiene que la pena que se les impuso a os condenados debe ser efectiva atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos y al grave perjuicio ocasionado a la entidad agraviada; que, existen suficientes elementos de prueba que acreditan la responsabilidad penal en el delito de colusión imputado a los acusados Flavio Hmer Poma Poma, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza, Karina Maribel Urquiago Cruzado y Miguel Antonio Quiroz Barboza, así como por el delito de falsificación de documento privado imputado al encausado Julio César Gutiérrez Álvarez.

Cuarto: Que, según la acusación fiscal de fojas novecientos veinticuatro, se imputa al procesado Juan Nelson Quiroz Alcántara, que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de San Miguel del departamento de Cajamarca, se concertó con sus coprocesados Julio César Gutiérrez Álvarez -comandante del Ejército Peruano- y Alcides Nevado Campos para adquirir bienes y servicios de maquinaria pesado, tales como: Tractor Oruga O seis y Tractor de Oruga FD veinte, durante los años dos mil tres y dos mil cuatro, utilizando recursos del FONCOMUN y CANON MINERO, adquisiciones efectuadas por un

monto de ochenta y seis mil quinientos cincuenta nuevos soles con ochenta y tres céntimos, que obedecieron a dos contratos suscritos con la Empresa 'Representaciones Nevado" por los montos de treinta y nueve mil seiscientos noventa y un nuevos soles con cuarenta y dos céntimos y cuarenta y seis mil ochocientos cincuenta y ocho nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, ambos firmados el veintiuno de mayo de dos mil tres, que estos gastos fueron contratados en forma subrepticia y efectuados pese a no estar previstos en el Plan anual de bienes y servicios de la Municipalidad agraviada, sin que exista requerimiento previo del área usuaria para la adquisición y servicio de reparación, no contando con el Acuerdo del Concejo Municipal como órgano máximo del Gobierno Municipal, ni mucho menos haberse realizado un Proceso de Adjudicación Directa Selectiva que correspondía por el monto de la transacción conforme lo dispone la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; que para ese propósito se simula la participación de dos empresas postoras denominadas "Comercio y Servicios Generales o Industriales" y "Ferreyros Sociedad Anónima" participando como tercera empresa "Representaciones Nevado" que resulta favorecida con la contratación de reparación de maquinaria suscrita entre la Municipalidad, representada por su Alcalde -conforme se advierte del Informe presentado ante la Contraloría General de la República-; siendo que Incluso los procesados presentaron documentación -cotizaciones, Órdenes de compra y facturas- con información alterada, toda vez que la finalidad de dicha contratación era la de favorecer a la empresa "Representaciones Nevado" de propiedad del procesado Alcides Nevado Campos, así como a su intermediario el acusado Gutiérrez Álvarez; que los imputados Miguel Antonio Quiroz Barboza -Gerente

Municipal-, Flavio Elmer Porno Poma -Jefe de Abastecimientos-, Lorenzo Hernández Mendoza -Jefe de Almacén- y los tesoreros Juan Renón Hernández Herrera y Karina Maribel Urquiaga Cruzado, todos trabajadores de la Municipalidad de San Miguel colaboraron con las acciones irregulares durante la gestión del aludido Alcalde Provincial respecto a la adquisición indebida de repuestos y suministro para la reparación, de maquinaria pesada de ahí que participaron firmando las conformidades de recepción, visaron documentación irregular y ejecutaron pagos, pese a advertir las irregularidades existentes.

Quinto: Que no son válidos los agravios expuestos por los recurrentes Julio César Gutiérrez Álvarez y Juan Nelson Quiroz Alcántara porque son correctas sus condenas; que esta conclusión emerge de lo suficiencia probatoria que acredita de manera indubitable y en grado de certeza la responsabilidad penal que se les atribuye en los delitos de colusión [bien jurídico protegido, es el patrimonio administrado por la Administración Pública, y la legalidad del ejercicio funcional], negociación incompatible y falsedad genérica por lo que válidamente se revirtió la inicial presunción de inocencia que les amparaba; que, así las cosas, con los siguientes elementos probatorios: a) el Informe Especial número doscientos cincuenta y uno - dos mil cuatro - CC/ORCA, de fojas cientos cincuenta y ocho, Examen Especial o la Municipalidad Provincial de San Miguel - Cajamarca, periodo de dos mil tres, Oficina Regional de Control de Cajamarca; b) el Dictamen pericial de grafoctecnia forense de fojas doscientos setenta; c) el Acta de constatación policial de fojas doscientos cincuenta y ocho; y, d) el Informe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de fojas doscientos sesenta y cuatro; se demuestra que los encausados Juan Nelson Quiroz Alcántara

y Julio César Gutiérrez Álvarez, en el proceso de adjudicación para la adquisición de repuestos y suministros para la reparación de la maquinaria pesada -tractor oruga caterpilar y Fiatalis, entre otros- de propiedad de la entidad agraviada por una cantidad estimada de ochenta y seis mil quinientos cincuenta y nueve nuevos soles con ochenta y tres céntimos, y en el que el veintiuno de mayo de dos mil tres se concrete la suscripción del contrato con la Empresa "Representaciones Nevado" representada por Alcides Nevado Campos, quien lento como intermediario al procesado Gutiérrez Álvarez, concertándose pare defraudar a la Entidad agraviada, siendo que el encausado Quiroz Alcántara en su condición de Alcalde realizó tratos con el procesado Julio Gutiérrez Álvarez defraudando y perjudicando el erario de la agraviada en cuyo proceso de adjudicación se altere la realidad pare dar visor de legalidad a estos actos ilícitos pues no se realizó ninguna solicitud de cotización si no que se aparente la participación de otros postores tales como: las Empresas "Comercio y Servicios Generales" y "Ferreyros Sociedad Anónima Abierta", no obstante, luego se verific6 que estas no presentaron sus cotizaciones a ese proceso de adjudicación, siendo que as registradas eran falsas; que, edemas, se presente documentación falsa, tal como: cotizaciones, órdenes de compra y factures, las que se verificó que contenían deficiencias en cuanto al rubro de la Empresa, domicilio, entre otros factores y que no estaban registradas en la base de datos de contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, ni tenían domicilio fiscal verificable; que estas pruebas gozan de una presunción furls tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia pues no fueron cuestionadas en su aspecto fáctico -falsedad-, ni en el contenido técnico -inexactitud- y, tampoco se aportaron

pruebas o datos relevantes y no conocidos con entidad suficiente para restarle merito -lo que es conteste con el criterio adoptado en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil siete/CJ -ciento dieciséis-; que, asimismo, en su actuación en el plenario al haberse respetado las garantías de inmediación, contradicción y el derecho de defensa de las partes procesales, es legítimo asimilar su contenido como válido e idóneo.

Sexto: Que esta imputación y las conductas ilícitas desarrolladas por los citados encausados fueron corroboradas por los procesados Miguel Antonio Quiroz Barboza, Karina Maribel Urquiaga Cruzado, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza y Flavio Elmer Poma Poma, quienes en sus declaraciones plenariales de fojas mil trescientos cincuenta y ocho, mil trescientos setenta y cinco, mil trescientos ochenta y dos, respectivamente, afirmaron que por orden directa del procesado Nelson Quiroz Alcántara, en su condición de Alcalde, giraron los cheques a favor del procesado Gutiérrez Álvarez, agregando que este último mantenía evidentes Irnos de amistad con el imputado Quiroz Alcántara; que, en ese proceso de contratación, se realizaron pagos sin verificar el trabajo realizado, los que eran respaldados por facturas emitidas antes de la suscripción del Contrato con la Entidad edil para que realice el servicio que fue materia de licitación pública; que, en consecuencia, se aparentó haber llevado a cabo un proceso de adjudicación para favorecer al encausado Alcides Nevado Campos, representante de la Empresa Representaciones Nevado', quien tenía como intermediario al procesado Gutiérrez Álvarez, alterando la realidad del procedimiento establecido para contratar con el Estado, y luego llevar a cabo ese servido, no obstante, en su desarrollo se causó perjuicio a la agraviada, lo que está

acreditado con los documentos antes citados sin ser necesario un informe pericial contable al respecto, como equivocadamente lo sostienen los recurrentes, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico penal la determinación de la defraudación en la adquisición de bienes y servicios materia de acusación fiscal y, si hubo propiamente algún perjuicio de connotación económica en ese proceso fraudulento de adjudicación: que, en definitiva, estas pruebas en conjunto trasuntan una mayor verosimilitud y fidelidad en la imputación y afirman la tesis acusatoria: que, en tal sentido, en la conducta de los encausados concurren los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales imputados; que, por lo demás, los argumentos de descargo orientados a reclamar su inocencia, en modo alguno inviertan los términos de la tesis incriminatoria.

Séptimo: Que el quantum de la sanción impuesta a los citados encausados respeta la magnitud de su culpabilidad por los injustos cometidos previstos en los artículos trescientos ochenta y cuatro, trescientos noventa y nueve, y cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, respectivamente, y la función preventiva especial de la pena -circunstancias comunes y genéricas paro individualizar lo pena previstas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del acotado código, respectivamente-, sobre todo si no repararon, ni reconocieron los hechos determinados; que, además, ésta observa correspondencia con los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica de las sanciones contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del indicado Código; que, se debe complementar que esta clase de condena suspendida obedece a que por las circunstancias especiales de los injustos penales y la personalidad de los agentes

no es de estimar que perpetrarán otro delito -conforme a los criterios normativos contenidos en el artículo cincuenta y siete del citado código-.

Octavo: Que en cuanto a la situación jurídica de Julio César Gutiérrez Álvarez por el delito de falsificación de documentos privados en agravio de la Municipalidad de San Miguel y el Estado, y a Flavio Elmer Poma Poma, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza, Karina Maribel Urquiaga Cruzado y Miguel Antonio Quiroz Barboza por el delito de colusión en agravio de la Municipalidad de San Miguel y el Estado, no son válidos los agravios expuestos por el Fiscal Superior; que son correctas las absoluciones de las citadas personas involucradas en este proceso penal por los indicados delitos, en tanto que respecto del primero no se demostró el presupuesto fáctico propiamente de falsificación de documento privado; que en cuanto a las demos personas en los cargos que ocupaban en la citada Institución no tenían una posición prevalente para disponer de los caudales, ni un nivel de participación en la toma de decisión para favorecer a terceros ajenos para fines distintos a los preestablecidos por la ley de ese sector; siendo que coda uno de los encausados realizó una acción propia de sus funciones sin que se haya demostrado el elemento subjetivo de dolo en sus conductas para coadyuvar con el propósito delictual de sus coencausados Gutiérrez Álvarez y Quiroz Alcántara, por lo que no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo imputado; por lo que en este extremo es del caso reiterar la decisión absolutoria de aquellos. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil setecientos sesenta y nueve, del siete de enero de dos mil once, en el extremo que condenó a los encausados Julio Cesar Gutiérrez Álvarez y Juan Nelson Quiroz

Alcántara como autores de los delitos contra la Administración Pacifica en sus modalidades de colusión y negociación incompatible, y contra la fe pública - falsedad genérica, en agravio de la Municipalidad de San Miguel y el Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida por el periodo de tres años bajo el cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitó a Juan Nelson Quiroz Alcántara por el tiempo que dure la pena; así como fijó por concepto de reparación civil las cantidades de cincuenta mil nuevos soles a favor de lo Municipalidad Provincial de San Miguel y diez mil nuevos soles a favor del Estado, pago que de manera solidaria deberán abonar los citados procesados; y en cuanto absolvió a Julio César Gutiérrez Álvarez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública - falsificación de documentos privados en agravio de la Municipalidad Provincial de San Miguel y del Estado; y a Flavio Elmer Poma Poma, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza, Karina Maribel Urquiaga Cruzado y Miguel Antonio Quiroz Barboza de la acusación fiscal en contra de ellos por el delito contra la Administración Pública - colusión en agravio de la Municipalidad Provincial de San Miguel y del Estado; con lo demás que contiene y es materia de los recursos; y los devolvieron.

SS. LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO y VILLA BONILLA

3.2. Casación N° 628-2015, LIMA

SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que tanto la jueza del Tercer Juzgado Penal Especializado de Lima cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Lima declararon probado que el encausado Aparicio Nosselli cometió el delito de negociación incompatible y, como tal, le impusieron la pena y reparación indicadas en el introito de esta Ejecutoria.

Cabe destacar que se condenó igualmente por el referido delito a Raúl Emilio Del Solar Portal como autor y a Luis Felipe Izaguirre Uribe como cómplice primario. De otro lado, se absolvió cuatro funcionarios de Banmant del cargo de autoría del aludido delito y a dos extraneus del cargo de complicidad primaria.

SEGUNDO. Que los hechos declarados probados, en segunda instancia -que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo-, son los siguientes:

1. El diecisiete de enero de dos mil cinco el encausado Aparicio Nosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guion cero cinco guion GG guion BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.
2. Tres días después, el veinte de enero de dos mil cinco, el sentenciado Del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el Memorando número ciento dos guion cero cinco guion GIC, con el visto bueno del Jefe del Departamento de Riesgos del Banco de Materiales -en adelante Banmat- dirigido al encausado recurrente Aparicio Nosselli, que tenía como asunto "Modificaciones al Procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario".
3. El veintidós de enero de dos mil cinco el Jefe del Departamento de Evaluación de Proyectos, Sandro Rivero Gonzáles, emitió el Informe número cuarenta y dos guion cero cinco guion GT guion DEP, dirigido al Gerente Técnico, Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P guion cero cero tres guion cero tres diagonal GT. El mencionado informe, a su vez, generó el Informe número cero nueve cuatro guion cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a

cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.

4. Todo lo realizado dio lugar a que el cuatro de abril de dos mil cinco se apruebe el Procedimiento "Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario" con Código P guion cero cero tres guion cero tres diagonal GT. El encausado Aparicio Nosselli aprobó dicho Procedimiento.
5. En el nuevo Procedimiento se introdujo el requisito de suscribir un contrato preparatorio para vincular la futura venta del terreno. Se trató de un aspecto nuevo, introducido en la Revisión cero dos, que lo hacía diferente al anterior, Revisión cero uno.
6. De otro lado, el acusado Aparicio Mosselli dispuso que el Jefe de Imagen, Luis Sigler Flores, proporcione al Consorcio Los Álamos el logo de Banmat para sus impresos de promoción. Ello ocurrió en marzo de dos mil cinco.
7. El veintiocho de junio de dos mil cinco, mediante Memorando número cinco nueve dos guion cero cinco guion GICk, Roberto Me Farlane Vidal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General. convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio Los Álamos, en relación al referido Proyecto. En esa fecha, a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guion cero cinco, se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado Proyecto, en la modalidad de promotor

inmobiliario, hasta por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno en cuestión eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas Contratistas La Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas -integrantes del Consorcio Los Álamos- con fecha uno de marzo de dos mil cinco formalizaron un acuerdo preparatorio de venta del terreno, en el que se estipula que Banmat financiera esa adquisición.

8. Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor de Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado Proyecto en la Mesa de Partes de Banmat el día trece de mayo de dos mi l cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).
9. El interés en la contratación privada de compromiso de compra-venta de terreno celebrada por el Consorcio respecto del terreno en donde se ejecutó el Proyecto y el financiamiento para la compra del mismo por el Banmat, se acreditó con los aportes fácticos y valorativos citados en la prueba documental y testimonial actuadas en primera y en segunda instancia.

TERCERO. Que contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación José Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe.

Si bien el Tribunal Superior concedió el recurso de casación de dos de los imputados, como aparece de la resolución de fojas seiscientos treinta y seis, de tres de agosto de dos mil quince, este Tribunal Supremo, en la estación procesal correspondiente, con arreglo al artículo 430° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal, solo aceptó el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli, según el auto de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince -del cuadernillo de casación-.

CUARTO. Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por el auto supremo de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (artículo 429° apartado 4 del Nuevo Código Procesal Penal), al no seguirse los presupuestos para el uso de la prueba indiciaria: hecho base probado, pluralidad de indicios, concomitancia al hecho indicado, interrelación indiciaria e inferencia razonable -respecto de lo cual existe una sentencia vinculante: 1 guion dos mil seis diagonal ESV guion veintidós, de trece de octubre de dos mil seis-.

Denuncia al respecto que en la sentencia de vista se contabilizó dos veces un mismo hecho probado: autorización para el uso del logo de Banmat por Consorcio Los Álamos; y, se reputa que el cambio del Procedimiento que sustentó la aprobación del Proyecto presentado por el Consorcio Los Álamos, fue dispuesta para favorecerlo, denotando con ello un interés indebido en su aprobación y ejecución -el interés se concretó desde antes de la aprobación del aludido proyecto en la negociación con la empresa interesada, dato que se obtuvo de un correo electrónico que se encontraba en el archivo de la secretaria del imputado recurrente-.

La doctrina jurisprudencial que se pretende es que se concreten las reglas metodológicas de la prueba indiciaria, pues en el sub-lite medió una falta de justificación en la elección de la premisa menor -no se superó la exigencia del hecho a probar en el uso de ciertos indicios de intervención delictiva-.

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nul idad. materia solución anterior, se profirió el decreto de fojas doscientos setenta y uno, de abril de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintiocho de abril último.

SEXTO. Que realizada la audiencia de casación con la intervención del abogado defensor del acusado, el señor Fiscal Adjunto Supremo y el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Procedida, tras la deliberación, a la votación respectiva,

corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídica s materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penal mente antijurídico y culpable.

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo", previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones al "…funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo…".

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 de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcionarial 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 en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar 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 BALESTRA, CARLOS: Tratado de Derecho Penal. Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guion Perrot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; 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, EDGARDO ALBERTO: Delitos contra la Administración Pública, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaria -no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios

de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél-. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico -los denominados "hechos indicadores, hechos; base o indicios"-, que a partir de una inferencia -sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica- se arribó al "hecho indicado o hecho consecuencia", constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

CUARTO. Que en clave de motivación debe recordarse:

Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio -de primera instancia y de apelación, con los límites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación-, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139º inciso 5 de la Constitución.

Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados -siempre en relación con el delito atribuido-.

La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del

material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad .

En materia de prueba indiciaría, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. 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° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho

consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)-.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos -datos objetivos fiables-, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de é te, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guion novecientos cuarenta y uno].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXTO. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en el Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Banmat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto "Los Álamos" usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financista, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil cinco, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Banmat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guion cero cero tres guion cero tres diagonal GT) -el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guion cero cinco guion cero dos, de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía-. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mi l cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno -el inicio del procedimiento de modificación

tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat-.

SÉPTIMO. Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: 1. La autorización para figurar el logo de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de di fusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. 2. El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas. 3. La citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión incriminatoria?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

OCTAVO. Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: 1. Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guion cero cero tres guion cero tres guion GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. 2. Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. 3. Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento, las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionario público.

NOVENO. Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes, de cara al análisis indiciario. l. Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guion cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de entregar como aporte inicial el terreno, de modo que -aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]-. 2. Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la

sesión del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es verdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de la sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio e dos mil cinco -aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco-. 3. Que los pasos para modificar el Procedimiento del "Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario" se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco -antes de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil cinco)-, aunque con anterioridad a la intervención del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se real izaría el Proyecto de Vivienda -celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco-. 4. Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mi l cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

DÉCIMO. Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absolutoria y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del factum condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del fallo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el

relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incorporar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la questio facti.

De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería extrapetita y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO PRIMERO. Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a u n acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibid a tal posibilidad -que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno- desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo. punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas fácticas -presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado-, que se perpetró una negociación incompatible.

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado la presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción -tratándose de una entidad financiera-, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten om1s10nes y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición

del terreno, el vendedor -dueño del bien- debía asegurar el pago y el Banmat tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de "inusual" lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente (i) que la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; (ii) que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes -nada de eso se declaró probado que no existía-, y (iii) que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

DÉCIMO SEGUNDO. Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no toda reunión o entrevista, previa a la

presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuide la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los fijados institucionalmente , se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente adecuados, se impongan condiciones de pago irrazonables, se opte por proyectos de personas vinculadas, etcétera.

En el presente caso no se declaró probado que el convenio cuestionado fue financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondo , que la ejecución del convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat y que éste quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio los responsables del Banmat.

DÉCIMO TERCERO. Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda aún no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de

viviendas para personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la utilización del logo ya se contaba con el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso firme, con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

DÉCIMO CUARTO. Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objeto de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, contraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden

a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absolutoria y hacerlo sin reenvío -juicios rescindente y rescisorio-. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

DÉCIMO QUINTO. Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Nosselli, sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes -o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales- se encuentra contemplado en el artículo 408° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: l. Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince. En consecuencia: CASARON la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de

trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas. II. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, que condenó al recurrente como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que contiene; reformándola: lo ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito en agravio del Estado. En tal virtud, ORDENARON se archive el proceso definitivamente en lo que él respecta, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. MANDARON se proceda a su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente; oficiándose. III. EXTENDIERON los efectos de esta decisión a los encausados Raúl Emilio del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe, condenados por delito de negociación incompatible en agravio del Estado y les impuso al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de inhabilitación , y al segundo y tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años y de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil. En consecuencia: los ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada contra ellos, al primero por autoría y al segundo por complicidad primaria, por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. DECRETARON se archive el proceso definitivamente en lo que a ellos concierne,

y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. IV. DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Intervienen los señores jueces supremos José Antonio Neyra Flores y César Hinostroza Pariachi por licencia de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO, BARRIOS ALVARADO, HINOSTROZA PARIACHI, PRÍNCIPE TRUJILLO, NEYRA FLORES.

3.3. Expediente Nº 035-2001-3° SPE/ CSJL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Tercera Sala Penal Especial

Establecimiento Penal San Pedro, dieciséis de enero del dos mil seis.-

La Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por las señoras Vocales, doctoras **Araceli Denyse Baca Cabrera**, **Susana Ynes Castañeda Otsu** (Directora de Debates) y **Rosa María Catacora Villasante**, con la potestad de impartir justicia que les otorga el artículo 138 de la Constitución Política, pronuncia la siguiente resolución:

SENTENCIA

VISTA: En Audiencia Pública, el proceso penal seguido contra:

JOSÉ GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA, identificado con carné de identidad número 104764700, natural del departamento de Ica, nacido el veintiuno de junio de mil novecientos cuarenticuatro, hijo de don Guillermo Villanueva Villanueva y doña Elsa Ruesta Molero, de estado civil casado, de religión católica, con cinco hijos, grado de instrucción superior, consigna como último domicilio Nicolás Rodrigo 580 distrito de Santiago de Surco, Lima, como **cómplice primario** del delito contra la Fe Pública-Falsedad Ideológica, en agravio del Estado; y

ALFREDO JALILIE AWAPARA, identificado con documento nacional de identidad número 07228265, natural del Cuzco, nacido el cinco de mayo del año mil novecientos cuarentiséis, hijo de don Bichara Jalilie y doña María Awapara, divorciado, con dos hijos Alfredo y Eduardo, grado de instrucción superior, domiciliado en la avenida Pardo 640, departamento 602 distrito Miraflores, Lima, como **cómplice primario** de los delitos contra la Administración Pública-Peculado; y contra la Fe Pública-Falsedad Ideológica, ambos en agravio del Estado;

ANTECEDENTES DEL CASO

a. De la Investigación fiscal contenida en tres tomos-fojas 335 a 1052-, se advierte que la doctora Ana Cecilia Magallanes Cortéz, Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, encargada de investigar las denuncias contra Vladimiro Montesinos Torres por los delitos comprendidos en el Libro Segundo, Título XVIII (Administración pública) y demás conexos del Código Penal, en el transcurso de la investigación

recepcionó copia de documentos, entre ellos tres oficios: **a)** El N° 11296 MD-H/3 del **25 de agosto del dos mil**, dirigido por el General del Ejército Carlos Bergamino Cruz, en ese entonces Ministro de Defensa, a Carlos Boloña Behr, en ese entonces Ministro de Economía y Finanzas. En dicho oficio le solicitó la ampliación del Presupuesto de la UE 001-OGA-MINDEF, del Pliego 026: por **sesentinueve millones quinientos noventisiete mil ochocientos diez nuevos soles**, dinero que se requería para que las Fuerzas Armadas adopten medidas para evitar el ingreso al territorio peruano de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, aludiendo que se ha dispuesto la formulación y ejecución de plan de operaciones, cuyo costo según el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, (en adelante CCFFAA), ascendía al importe solicitado; **b)** El oficio 11338 MD/3 del **veintidós de setiembre del dos mil**, dirigido por el citado Bergamino Cruz a Boloña Behr, solicitando que en cumplimiento del Decreto de Urgencia 081-2000 autorice con carácter de urgente una ampliación del Presupuesto de la U/E 001: Oficina General de Administración del Pliego 026: Ministerio de Defensa por el importe de **cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles; c)** El oficio 11379 MD/3, del **3 de noviembre del dos mil,** mediante el cual Bergamino Cruz revierte al Tesoro Público la cantidad solicitada en el segundo oficio, consignado que el CCFFAA ha revaluado la situación, llegando a la conclusión que por el momento no era necesario ejecutar los planes dejando abierta la posibilidad de realizarlos el próximo año (oficios de fojas 2, 4 y 14)

b. Como quiera que en los dos primeros oficios se precisa la misma cuenta presupuestal; y además mediante el tercero se devuelve el importe solicitado al Tesoro Público, la Fiscal Magallanes Cortéz mediante resolución de **fojas 1 del**

dieciséis de abril del dos mil uno dispone investigar estos hechos, que hacen presumir una práctica inusual en el manejo de requerimiento de la aplicación del presupuesto y de su concesión, recepcionándose al día siguiente la **indagatoria de Carlos Alberto Bergamino Cruz**, quien refiere que solicitó el dinero sin haber tenido a la vista el Plan operativo del CCFFAA, pues los planes de operaciones que ahí se formulan y aplican no son difundidos al Ministerio de Defensa, por lo que al recibir una comunicación telefónica del Ministerio de Economía y Finanzas informándole que el Comando Conjunto con oficio 2041 del veinticinco de agosto del dos mil había solicitado la ampliación de su presupuesto por sesentinueve millones quinientos noventisiete mil ochocientos diez nuevos soles; y que ese no era el trámite normal, hace suyo el oficio asumiendo que existía el Plan de Operaciones Soberanía. Que el veintidós de setiembre del mismo año, recibe una llamada telefónica de Vladimiro Montesinos Torres solicitándole formule un oficio dirigido a Economía y Finanzas y requiera cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles a cuenta de la cantidad estipulada en el DU 081-2000, lo que hizo a través del oficio 11338-MD/3 de la fecha, suma que serviría para tomar acciones de reforzamiento de nuestra frontera con la de Colombia, **tomando contacto con Jalilie Awapara**, Vice Ministro de Hacienda quien le dijo "…*que ya tenía conocimiento de la necesidad del SIN y que estaba consiguiendo el dinero y que lo tendría ese mismo día";* dinero que en la noche del mismo veintidós entregó a Montesinos Torres a través de Luis Aníbal Muente Schwarz. Agrega que al salir el citado Montesinos Torres a Panamá reclama reiteradamente al Ministerio de Economía y Finanzas la justificación del monto entregado, indicándole Jalilie Awapara en repetidas veces que iba a ver como solucionaba el

problema, recibiendo el dos de noviembre del mismo año una llamada telefónica del ex Presidente Fujimori Fujimori, quien le pide acuda al Palacio de Gobierno, donde lo encontró acompañado del citado Jalilie Awapara y Carlos Boloña, entregándole el ex Presidente cuatro maletas grandes que contenían quince millones de dólares, manifestándole Jalilie Awapara que ya estaba solucionado el problema y que el dinero se devolviera al Ministerio de Economía y Finanzas, lo que se efectivizó al día siguiente.

c. Los oficios antes referidos y otras instrumentales que dan cuenta del requerimiento del dinero, su ejecución y posterior reversión, así como la indagatoria de Bergamino Cruz de fojas 38, sirvieron de base para abrir investigación fiscal, la que en un inicio solo comprendió a Montesinos Torres, Villanueva Ruesta y Jalilie Awapara. Concluida la investigación preliminar, la titular de la acción penal dejó establecido que se habían recabado suficientes indicios de la comisión de los delitos de Peculado, Asociación ilícita para delinquir y Falsificación de documentos en agravio del Estado, en los que habrían participado Vladimiro Montesinos Torres (instigador), Alfredo Jalilie Awapara (autor), José Guillermo Villanueva Ruesta, Víctor Aritomi Shinto, James Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman (cómplices), disponiendo formalizar denuncia el **treinta de mayo del dos mil uno**.

d. Respecto a las otras personas que tendrían relación con estos hechos: Alberto Fujimori Fujimori, Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Luis Federico Salas Guevara Schultz, Fernando de Trazegnies Granda y Edgardo Mosqueira, que en esa época desempeñaron altos cargos de la Nación y por lo

tanto con la prerrogativa del antejuicio político, dispuso remitir copias certificadas de los actuados a la Fiscalía de la Nación para que proceda conforme a sus atribuciones (Resolución de fojas 1046 del veintinueve de mayo del dos mil uno). En cuanto a estos investigados, el señor Fiscal Supremo en lo Penal denunció a los cuatro primeros; y el **veintiocho de febrero del dos mil cinco**, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió sentencia condenatoria contra Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz como coautores de los delitos de Falsedad ideológica y Asociación ilícita para delinquir; y contra Boloña Behr y Bergamino Cruz como coautores y Salas Guevara Schultz como cómplice primario del delito de Peculado, los tres delitos en agravio del Estado, imponiéndoles a los dos primeros cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por un período de prueba de tres años; y al tercero tres años de pena privativa de libertad, suspendida por un período de prueba de dos años; disponiendo la **Reserva del juzgamiento contra el acusado ausente Alberto Fujimori Fujimori**. Sentencia que en recurso de nulidad ha sido elevada a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

e. El Juez Penal Especial Jorge Octavio Barreto Herrera, mediante auto de fojas 1531 del veinticinco de junio del dos mil uno, admite la imputación contra Vladimiro Montesinos Torres como Instigador de los delitos de Peculado, Asociación ilícita para delinquir y Falsedad ideológica; contra Alfredo Jalilie Awapara, José Guillermo Villanueva Ruesta, Víctor Aritomi Shinto y James Stone Cohen como Cómplices de los mismos delitos; desestimándola en el extremo del denunciado Zwi Sudit Wasserman; y del delito de Falsificación de documentos. Auto apertorio de instrucción que fue ampliado en dos

oportunidades, la primera, a mérito de la denuncia fiscal de fojas 2470 del veintiséis de noviembre del dos mil uno, que motivó el Auto ampliatorio de fojas 2972 de fecha dieciocho de diciembre del mismo año; comprendiéndose en la instrucción a Zwi Sudit Wasserman y Luis Aníbal Muente Schwarz, como presuntos cómplices de los delitos de Peculado, Asociación ilícita para delinquir y Falsedad ideológica; y la segunda, a mérito de la denuncia fiscal ampliatoria de fojas 5810 del tres de diciembre del dos mil tres, que motivó el Auto ampliatorio de fojas 5813 del cinco del mismo mes y año, comprendiéndose a Zwi Sudit Wasserman y James Eliot Stone Cohen como autores del delito de Encubrimiento Real, al considerar que sus conductas se adecuaban en dicho ilícito.

f. Concluida la etapa de instrucción, se emitieron los informes finales por el señor Fiscal Provincial y el señor Juez, elevándose los autos a la Sala Penal Especial "A", la que remitió los actuados a la única Fiscalía Superior Penal existente en esos momentos a cargo del Fiscal Superior Pablo Sánchez Velarde, quien formuló acusación sustancial el veinte de febrero del dos mil cuatro conforme se aprecia a fojas 5991. La acusación comprendió a los siguientes acusados: Vladimiro Montesinos Torres en calidad de Instigador, y Alfredo Jalilie Awapara en calidad de Cómplice primario de los delitos de Peculado y Falsedad ideológica; José Guillermo Villanueva Ruesta como cómplice primario del delito de Falsedad ideológica; Luis Aníbal Muente Schwarz como cómplice secundario de los delitos de Peculado y Falsedad ideológica; y James Eliot Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman como autores del delito de Encubrimiento real en agravio del Estado.

g. A mérito de la Resolución Administrativa 024-2004-CE-PJ, publicada en el diario oficial El Peruano el tres de marzo del dos mil cuatro, la Sala Penal Especial "A" remitió los actuados a este Colegiado -, en la actualidad Tercera Sala Penal Especial en mérito a la Resolución Administrativa 041-2005-, y al no encontrarse conforme sus integrantes respecto de los extremos no acusatorios del Dictamen fiscal antes referido, mediante resolución de fojas 6409 del seis de agosto del dos mil cuatro, elevó los actuados en consulta al señor Fiscal Supremo en lo Penal a mérito del artículo 220 inciso c) del Código de Procedimientos Penales, quien **Aprobó el dictamen consultado en el extremo de No haber mérito para pasar a juicio oral** contra Vladimiro Montesinos Torres; José Guillermo Villanueva Ruesta; James Stone Cohen o James Eliot Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman o Zwi Sudit o Zvi Sudit, por el delito de Asociación ilícita para delinquir; y contra éstos dos últimos como cómplices del delito de Peculado.

h. Devueltos los autos a esta Sala Penal, el dieciséis de noviembre del dos mil cuatro a fojas 6494, se dictó el **Auto Superior de Enjuiciamiento**, declarando **Haber mérito para pasar a Juicio Oral contra los procesados respecto de los cuales el señor Fiscal Superior emitió acusación**, con excepción del acusado Muente Schwarz, pues la Sala mediante resolución de fojas 6407 del seis de agosto del dos mil cuatro, dispuso el **Archivo definitivo de lo actuado en su contra**, en mérito a la sentencia del veinticinco de febrero del mismo año dictada por la señora Juez del Segundo Juzgado Penal Especial, aprobando el Acuerdo de colaboración eficaz emitida en el Cuaderno 29-2001-B.

i. Iniciado el Juicio Oral el cinco de abril del presente año, se llevó a cabo en Audiencia Única con sesiones continuadas, luego de oída la requisitoria oral de parte del señor Fiscal Superior, los alegatos de la defensa y palabras finales de los acusados, teniéndose a la vista las conclusiones escritas; y planteadas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho de conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimientos Penales, la causa se encuentra expedita para emitir **sentencia**; y

CONSIDERANDO:

I. IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL

1. El Colegiado hace suyos en esta oportunidad los criterios establecidos desde el dieciséis de mayo del dos mil cinco en que emitió sentencia en el Expediente 24-2002 (Caso Nicolás de Bari Hermoza Ríos). Reitera que el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política establece "*...Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos...",* ello implica que el **proceso penal** es un instrumento previsto por el Estado para la realización del derecho punitivo. Está constituido por una serie de actos solemnes realizados por los sujetos procesales con observancia de las formas establecidas por la ley, correspondiendo finalmente al Juez natural aplicar la ley penal sustantiva en los casos específicos, concretos (ver entre otros E. Florian. Elementos de Derecho Procesal Penal, Bosch, Barcelona, 1933; y César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal, Volumen II, Grijley, Lima, 2003). Necesariamente la Ley penal -sustantiva y adjetiva-, debe ser acorde a los mandatos constitucionales, porque de

ese modo se evita la arbitrariedad y un uso injustificado del poder otorgado al órgano que imparte justicia: Los jueces, conforme a las competencias otorgadas en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el proceso penal **el Ministerio Público** tiene una decisiva intervención, pues es el Órgano Constitucional autónomo al que el Poder Constituyente le ha otorgado de conformidad con el artículo 159 de la Norma Fundamental, la titularidad del ejercicio de la acción penal, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y representar en estos procesos a la sociedad. Como lógica consecuencia de este rol trascendental, a los señores Fiscales que lo integran conforme al artículo 14 de su Ley Orgánica les corresponde aportar la carga de la prueba, que sustente a la culminación del proceso la imposición de una condena. En sus funciones requiriente y postulatoria, pone en marcha el proceso penal; y en este caso concreto en base a la facultad constitucional antes mencionada, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio formula contra los procesados Villanueva Ruesta y Jalilie Awapara, los siguientes cargos:

Imputación contra JOSÉ GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA, como cómplice primario del delito de Falsedad Ideológica

3. Sostiene que el acusado José Guillermo Villanueva Ruesta en su calidad de Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, remitió el oficio 2041-CCFFAA, del veinticinco de agosto del dos mil, solicitando al Ministerio de Economía y Finanzas la ampliación del Presupuesto de la Unidad Ejecutora 002 CCFFAA por la suma de sesentinueve millones quinientos noventisiete mil

ochocientos diez nuevos soles, con el pretexto de cubrir los costos de las operaciones del "Plan Soberanía", presuntamente destinado a evitar cualquier expansión e ingreso al territorio peruano de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Plan de operaciones que en realidad no existía, habiendo coordinado con el ex Ministro Bergamino Cruz para que éste a su vez envíe un oficio con el mismo requerimiento al Ministerio de Economía y Finanzas, oficios que sirvieron de sustento fáctico para la expedición del Decreto de Urgencia 081-2000.

Imputación contra ALFREDO JALILIE AWAPARA, como cómplice primario de los delitos de Falsedad Ideológica y Peculado.

4. Respecto al acusado Alfredo Jalilie Awapara, el señor Fiscal Superior en cuanto al delito de Falsedad ideológica sostiene que en su calidad de Vice Ministro de Hacienda utilizó el citado Decreto de Urgencia y el oficio 11338 MD/3 del veintidós de setiembre del dos mil suscrito por el indicado Bergamino Cruz, mediante el cual se solicitó la transferencia de cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles desde el Tesoro Público a la cuenta del Ministerio de Defensa, amparándose en la necesidad de fortalecer la frontera con Colombia, conociendo que dicha suma era para pagar a Vladimiro Montesinos Torres la compensación por tiempo de servicios, quien había condicionado su renuncia al cargo de la Alta Dirección del SIN, a dicha entrega de dinero. En cuanto al delito de Peculado, agrega que Jalilie Awapara tramitó conforme lo dispuso el ex Ministro de Economía y Finanzas la atención del requerimiento formulado por Bergamino Cruz, para lo cual instruyó a Marcelino Cárdenas (Director General

del Tesoro Público) para que sea atendido en el día, habiendo coordinado con el ex Ministro Bergamino Cruz dicha entrega instruyéndolo respecto al trámite a seguir. Que el dos de noviembre del mismo año participó en la reunión realizada en el Palacio de Gobierno, donde el Ex Presidente Fujimori Fujimori entregó al ya mencionado Bergamino Cruz otros quince millones de dólares para que pueda reponerlos al Tesoro Público aparentando que no se utilizó el dinero anteriormente entregado, coordinando con Muente Schwarz (Jefe de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa) para la reversión del dinero.

5. Concluido el juicio oral se reafirma en su hipótesis incriminatoria, pues considera que las pruebas actuadas en la investigación preliminar y sobre todo en juicio oral han determinado la responsabilidad de los dos acusados. En el Caso de Villanueva Ruesta sostiene que los hechos se inician con su participación al remitir el veinticinco de agosto del dos mil el Oficio 2041 CCFFAA solicitando dinero para el Plan Soberanía, hecho que es evidentemente falso y sirvió de sustento para la elaboración del Decreto de Urgencia 081-2000, al ser corroborado con el Oficio del ex Ministro Bergamino Cruz. En cuanto a Jalilie Awapara, sostiene que él tenía pleno conocimiento de que los cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles serían entregados al sentenciado Montesinos Torres, discrepando con la defensa técnica de este acusado, respecto a la tesis esgrimida en juicio oral en el sentido de que los quince millones de dólares entregados en horas de la noche del veintidós de setiembre del dos mil no son los mismos que se entregaron a Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman, pues si se tratara de otro dinero, hecho negado por el Ministerio Público, el delito se consumó con la entrega del mismo

III. *PRETENSIÓN DE LA PARTE CIVIL*

12. La Procuraduría Pública del Estado constituida en Parte Civil a fojas 1576, de conformidad con lo solicitado por el Fiscal Superior solicita que la reparación civil se fije en un millón de nuevos soles para Jalilie Awapara y quinientos mil nuevos soles para Villanueva Ruesta (fojas 8125 vuelta).

IV. CUESTIONES PROCESALES E INCIDENCIAS PROMOVIDAS EN JUICIO ORAL

Sometimiento del acusado Vladimiro Montesinos Torres a la Conclusión Anticipada del Proceso

13. Al instalarse la audiencia, todos los acusados concurrieron preguntándoseles de conformidad con el artículo 5 de la Ley Nº 28122 y lo establecido en la Ejecutoria vinculante del veintiuno de setiembre del dos mil cuatro emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1766-2004, si aceptaban la pena y reparación civil solicitadas por el titular de la acción penal. Ante dicha pregunta, solo aceptó el acusado Vladimiro Montesinos Torres respecto de la imputación formulada como instigador de los delitos de Peculado y Falsedad ideológica y de la reparación civil, solicitando su defensa técnica la oralización de medios probatorios tendientes a acreditar que los quince millones de dólares que recibió de parte de su coacusado Muente Schwarz no se quedaron en su poder, sino que el mismo veintidós de setiembre del dos mil los entregó a sus coacusados James Eliot Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman, por lo que cuestiona el extremo de la

reparación civil en cuanto a la restitución de esta suma y el importe fijado por los daños y perjuicios causados.

14. Al darse la conformidad del acusado Montesinos Torres - confesión según la citada Ley-, en dos sesiones de audiencia se procedió con el trámite que corresponde, procediéndose a emitir **sentencia anticipada el once de abril del dos mil cinco**, siendo condenado por los delitos indicados a cinco años de pena privativa de libertad, 180 días multa e inhabilitación por dos años; fijándose como reparación civil, dos millones de nuevos soles, sin perjuicio de restituir el dinero indebidamente recibido. Sentencia que fue impugnada por la defensa del sentenciado Montesinos Torres en el extremo de la reparación civil y la restitución del dinero; por el representante del Ministerio Público en todos sus extremos; y por la Parte Civil en el extremo de la reparación civil; declarando la Primera Sala Penal Transitoria **No haber nulidad** en la recurrida en cuanto a la condena impuesta; y **Haber nulidad** en cuanto fija en dos millones de nuevos soles la reparación civil; y **reformándola** la fijaron en **dos millones quinientos mil nuevos soles**. (Ejecutoria Suprema del veinte de julio del dos mil cinco de fojas 7691, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2275-2005).

Comunicación de sentencia condenatoria contra James Stone Cohen en el procedimiento de Colaboración Eficaz

15. El ex acusado Stone Cohen brindó su declaración en juicio oral en las audiencias del once y dieciocho de julio del dos mil cinco. En dicha declaración se ratifica en el contenido de la declaración jurada legalizada notarialmente de fojas 6119 a 6131 del veinte de febrero del dos mil cuatro; documento remitido al

Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, que detalla la participación del citado Stone Cohen en cada uno de los hechos materia de la investigación preliminar y / o judiciales en trámite. Respecto de este proceso acepta haber venido de Estados Unidos a nuestro país ante el llamado de Montesinos Torres y que en igual sentido ocurrió con su socio Sudit Wasserman; que en las instalaciones del SIN en horas de la noche del veintidós de setiembre del dos mil éste les entregó los quince millones de dólares en cuatro bolsas grandes, las que subieron a su vehículo, trasladándolas a la casa de su socio Ilan Weil. En mérito a su declaración los dos antes citados fueron notificados para las confrontaciones respectivas, manteniéndose en su versión autoinculpatoria y ratificándose en los cargos formulados especialmente contra Sudit Wasserman. (Ver folios de fojas 7438 a 7461 continuada a fojas 7498; confrontación con Ilan Weil Levy específicamente a fojas 7514; y confrontación con Zwi Sudit Wasserman específicamente a fojas 7549 a 7551).

16. En forma paralela al desarrollo del juicio oral, Stone Cohen se sometió al procedimiento de Colaboración eficaz pues en la audiencia del veinticinco de octubre del dos mil cinco, Secretaría dio cuenta que se había recibido el oficio 001-2003-BC-5°JPE- CTP suscrito por la señora Juez del Quinto Juzgado Penal Especial, mediante el cual remite copia certificada de la sentencia del catorce de octubre del dos mil cinco emitida en el cuaderno de Colaboración eficaz que aprueba el Acuerdo suscrito entre el colaborador James Eliot Stone Cohen, su abogado defensor, el Fiscal Provincial y el representante de la Procuraduría Pública, a fin de que sea considerada para la Homologación respectiva en este proceso.

17. Esta sentencia fue devuelta en la siguiente audiencia por contener incongruencias no susceptibles de aclaración por el Colegiado, habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto con la sentencia integratoria del dos de diciembre del dos mil cinco; y comprendiendo la sentencia los cargos que son objeto del presente proceso judicial, se dispuso el **archivo definitivo del proceso respecto de este acusado**, en estricta aplicación a lo dispuesto en el artículo 18 inciso 2 del Decreto Supremo 035-2001-JUS, "Reglamento del capítulo III de la Ley 27338", Ley de Colaboración Eficaz (Resolución de fojas 8116 vuelta a 8117 vuelta, sesión 34).

Excepciones resueltas en juicio oral

18. Mediante recurso de fojas 6025 del diecisiete de marzo del dos mil cuatro, el acusado Jalilie Awapara dedujo contra la acción penal la **excepción de Naturaleza de acción;** disponiéndose mediante resolución de fojas 6107 se de cuenta iniciado el juicio oral. Asimismo, el acusado **Zwi Sudit Wasserman,** mediante recurso de fojas 6549 del treinta de marzo del dos mil cinco dedujo la **excepción de Prescripción de la acción penal**. Estos medios de defensa técnico luego de ser oralizados por los respectivos abogados defensores; y luego de escuchar al Ministerio Público y a la Parte Civil, fueron resueltos por el Colegiado declarando **Fundada la excepción de Prescripción** e **Infundada la excepción de Naturaleza de acción**. Ambas resoluciones fueron impugnadas, la primera por la Parte Civil, y la segunda por la defensa del acusado Jalilie Awapara, habiéndose concedido el recurso de Nulidad sin efecto suspensivo y con el carácter de diferido;

Incidencia pendiente de resolver

19. En el ejercicio del derecho de defensa, **el abogado del acusado Villanueva Ruesta** mediante recurso de fojas 6767, **dedujo la excepción de Naturaleza de acción**, oralizando el medio de defensa técnico a fojas 6812. Sostiene que la imputación contra su patrocinado está circunscrita a la elaboración del oficio 2041 del CCFFAA del veinticinco de agosto del dos mil, que habría servido de base para la emisión del Decreto de Urgencia 081, toda vez que con dicho oficio se habría pretendido establecer la existencia del Plan Soberanía. Que la conducta de su patrocinado se limitó a redactar tal oficio, el que no constituye elemento idóneo para probar la existencia o no del referido Plan, pues el Decreto de Urgencia 081 nace del oficio 11296 emitido por Bergamino Cruz en la misma fecha, quien ha sido sentenciado por estos hechos. Este último oficio tiene como Unidad Ejecutora la 002 CCFFAA; sin embargo, el veintidós de setiembre del dos mil, el citado Bergamino Cruz emitió el oficio 11338 que cambia de Unidad Ejecutora a la 001 OGA-MINDEF para que el Ministerio de Defensa pueda disponer directamente de ese dinero como ya se ha probado y para los fines que ya ha aceptado Vladimiro Montesinos Torres. Por tanto, no existiendo el elemento subjetivo, el dolo, necesario para que la conducta sea típica ni los elementos objetivos del tipo, la excepción deducida debe ser declarada fundada.

20. El señor Fiscal Superior Adjunto opina se declare infundada la excepción deducida, pues del contenido del oficio firmado por el acusado Villanueva Ruesta se advierte que los hechos no corresponden a la realidad, basándose la imputación en una conducta típica y justiciable penalmente. La Parte

Civil, sostiene que la defensa se sustenta en alegaciones sobre irresponsabilidad penal, las que deben ventilarse en el fallo final más no durante la apertura del juicio oral, que el hecho es típico y no existe ninguna causal de justificación o de inculpabilidad que haya permitido al acusado haber participado en los hechos que son materia de Acusación penal.

21. Al respecto se advierte que la imputación Fiscal se sustenta en que en un mismo día- el veinticinco de agosto del dos mil-, Villanueva Ruesta y Bergamino Cruz suscribieron un Oficio con contenido similar, solicitando al Ministerio de Economía y Finanzas la ampliación del Presupuesto por la suma de sesentinueve millones quinientos noventisiete mil ochocientos diez nuevos soles, con el pretexto de cubrir los costos de las operaciones del "Plan Soberanía", Plan que en realidad no existía. El Colegiado tiene en cuenta que las alegaciones sostenidas no constituyen argumentos que cuestionen la tipicidad o antijuricidad de la conducta conforme lo establece el articulo 5 del Código de Procedimientos Penales, sino que a través de este medio de defensa técnico se pretende determinar la irresponsabilidad del citado Villanueva Ruesta, la que debe establecerse a través de los actos de prueba en el juicio oral; fundamentos por los cuales **la excepción deducida debe ser desestimada**.

V. *VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS*

22. En el juicio oral, luego de las declaraciones de los acusados Villanueva Ruesta y Jalilie Awapara, se recibieron las testimoniales ofrecidas por el Ministerio Público: **a)** Funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas:

Carlos Boloña Behr, ex Ministro; Marcelino Cárdenas Torres, Director General del Tesoro; Reynaldo Uladislao Bringas Delgado, Director General del Presupuesto Público; y Hermes Justo Uribe Uribe, Director de Distribución de Recursos del Tesoro Público; **b)** Funcionarios del Banco de la Nación: José Luis Miguel de Priego Palomino, Gerente General; Carlos Manuel Díaz Mariños, Gerente de Operaciones; y José Luis Nuñez Ochoa, Técnico Operativo de la Sección de Egresos del Tesoro Público; **c)** Empleados del SIN: Mario Rafael Ruiz Agüero; y Wilbert Ramos Viera; **d)** Funcionarios del Ministerio de Defensa: Carlos Alberto Bergamino Cruz, ex Ministro; y Orlando Alex Gómez Kuan, Chofer**; e)** Personas relacionadas con Stone Cohen: Ilan Weil Levy; Rony Lerner; Henry Lelouch Cohen; José Ackerman Rodríguez; Jorge Carulla Marchena, y Yoni Fishman Tau; **f)** Otros: Matilde Pinchi Pinchi, Silvana Montesinos Becerra y Manuel Jesús Aivar Marca, ex Jefe de la División de Seguridad de dignatarios de la Dirección Nacional de Seguridad del Estado de la PNP.

23. Además se recibieron las testimoniales de Ricardo Alberto Sotero Navarro y Carlos Eduardo Indacochea Ballón, ofrecidos por la defensa del acusado Villanueva Ruesta. El Colegiado por considerarlo estrictamente necesario y a efectos de cumplir con la finalidad del proceso penal, dispuso la concurrencia de los ex acusados Zwi Sudit Wasserman; Luis Aníbal Muente Schwarz y Vladimiro Montesinos Torres, prestando tan solo sus testimonios en calidad de testigos impropios, los dos primeros. Además se llevaron a cabo las confrontaciones que el Colegiado estimó pertinentes.

24. También, se recibieron las instrumentales ofrecidas por las partes, luego de lo cual el Ministerio Público, la Parte Civil y la defensa técnica de los acusados recurrieron al mecanismo de oralización de la prueba instrumental, establecido en el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales modificado por el Decreto Legislativo 959, que permite suplir en parte las deficiencias del actual modelo inquisitivo–acusatorio, ya que ha permitido las explicaciones, argumentaciones y refutaciones que a criterio de los sujetos procesales eran necesarias, cobrando vigencia el principio de contradicción.

25. Concluido el acto oral, el Colegiado analiza los actos de investigación teniendo en cuenta que la investigación preliminar fue dirigida por el Fiscal Provincial en mérito a la atribución constitucional ya indicada, que contó con la defensa técnica de los investigados, actuaciones que no han sido cuestionadas en la etapa de instrucción, por tanto mantienen su valor probatorio para los efectos del juzgamiento, conforme así lo establecen los artículos 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales. Además analiza los actos de prueba, valorándolos en forma conjunta y con el criterio de conciencia que consagra el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales; y teniendo en cuenta el precedente vinculante recaído en el Recurso de Nulidad N° 3044-2004, del dos de diciembre del dos mil cuatro, que señala *"...el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones...";* considerando **que se ha llegado a acreditar lo siguiente:**

26. El Colegiado en relación a los hechos que dieron inicio al presente proceso, tiene en cuenta el hecho notorio y de público conocimiento consistente en la difusión del denominado video Kouri-Montesinos ocurrido el catorce de setiembre del año dos mil, lo que generó una crisis política en el país, al evidenciar actos de corrupción entre el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, Asesor de la Alta Dirección del SIN y el congresista Luis Alberto Kouri Bumachar de las filas del partido de Gobierno. Crisis política que motivó que el Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori convocara públicamente a elecciones sin su participación y la desactivación del Servicio de Inteligencia Nacional, institución en la cual el citado Montesinos Torres prestaba servicios. Según refieren los testigos Carlos Leopoldo de Trazegnies Granda y Luis Federico Salas Guevara Schultz, a fojas 1933 y 2152, dos o tres días antes que Montesinos Torres viaje a Panamá -veintitrés de setiembre del dos mil-, el ex Presidente de la República les solicitó que concurran conjuntamente con los ex Ministros Mosqueira Medina, Boloña Behr y Bustamente Belaunde, a las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional con la finalidad de convencer al ex asesor Montesinos Torres para que renunciara al cargo; habiendo expresado Salas Guevara que el citado Montesinos Torres no formuló renuncia voluntaria al cargo, sino que exigió que lo ayudaran a encontrar un país que le de asilo; figurara que él había renunciado y le dieran las gracias por los servicios prestados a la Nación; mientras que Trazegnies Granda refiere que Montesinos Torres aceptó renunciar e irse del país y le solicitó le pida asilo en Panamá. En igual sentido, Boloña Behr, en su testimonial de fojas 2244 y en juicio oral a fojas 7086, corrobora haber concurrido con estos Ministros para tratar tal tema refiriendo que una comisión de

Ministros enviados por el Presidente fueron para conversar con Montesinos respecto a su renuncia, salida y huida.

27. Además, otra de las condiciones que impuso Montesinos Torres para renunciar al cargo fue la entrega de quince millones de dólares, conforme él mismo aceptó en la etapa de la instrucción; y si bien sostuvo que el dinero sería transferido a la cuenta que tenía en Bancos Europeos, con la finalidad de incrementar el Fondo de Contingencia con fines reeleccionistas del Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, lo cierto es que siempre aceptó que recibió tal suma habiéndose sometido en este juicio oral al procedimiento de Conclusión Anticipada del Proceso, lo que implica el reconocimiento total de los cargos imputados por el Ministerio Público.

28. La versión de Montesinos Torres respecto a esta condición, ha sido corroborada por la testigo Matilde Pinchi Pinchi, quien desde su primera manifestación brindada el día diecisiete de mayo del dos mil uno, las ofrecidas en la etapa de instrucción y en el acto oral, ha sostenido que el dinero solicitado y recibido por Vladimiro Montesinos fue por concepto de compensación por tiempo de servicios.

Versión que no sólo se limita a su dicho, sino que ha sido corroborada con las testimoniales de Pedro Arzaces Huertas Caballero y Manuel Jesús Aivar Marca. El primero, manifiesta que entre los días diecinueve y veintiuno de septiembre del dos mil, en horas de la noche y en circunstancias que Montesinos Torres se comunicaba por teléfono con el Presidente de la República le comentó que estaba solicitando una indemnización por su tiempo de servicios sin indicarle

la cantidad y que el Presidente de la República le exigía que salga del país. El segundo, refiere que el veintidós de setiembre del dos mil Montesinos Torres le comentó acerca de la indemnización de los quince millones de dólares más no lo del destino que le daría y que el Estado Peruano a través de una disposición del Presidente de la República le pagaba esa suma por sus servicios prestados (Testimoniales de fojas 4074 y 4231 y lo vertido en juicio oral a fojas 7368). Además por lo vertido por los ex acusados Stone Cohen y Sudit Wasserman; el primero, sobre este punto acepta que días antes de que Montesinos Torres saliera a Panamá fue citado conjuntamente con su socio Sudit Wasserman a las instalaciones del SIN y que éste les pidió le ayudasen a transferir a sus cuentas bancarias la suma de quince millones de dólares que había recibido como compensación por tiempo de servicios por parte del gobierno Peruano, (testimonial de fojas 7456); mientras el segundo refiere que Montesinos Torres le dijo *"...estoy por recibir quince millones de dólares de indemnización... "* (testimonial de fojas 7525).

29. Otro hecho acreditado y aceptado por Boloña Behr y Bergamino Cruz, lo constituye la emisión del Decreto de Urgencia 081-2000, que en copia simple obra a fojas 45; y que según el tenor de la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, el sentenciado Boloña Behr hizo entrega del original en la estación procesal de autodefensa, aduciendo que le fue dejado en su domicilio debajo de la puerta. Norma de carácter secreto cuyo texto íntegro fue redactado en computadora, excepto la fecha de emisión, consignándose el diecinueve de setiembre del dos mil, que extrañamente aparece mecanografiada.

30. Norma que autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General del Tesoro Público a transferir recursos financieros hasta por la suma de sesentinueve millones quinientos noventisiete mil ochocientos diez nuevos soles (S/. 69' 597, 810.00), a favor del pliego 026 Ministerio de Defensa; y que las transferencias que se efectivicen serán regularizadas mediante al emisión de los instrumentos de carácter presupuestario y de Tesorería que sean necesarios al Cierre del ejercicio presupuestario 2000; la que fue promulgada inobservando lo dispuesto en los artículos 118 inciso 19 y 125 inciso 2 de la Constitución Política, pues no se dio cuenta al Congreso ni contó con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. (Ver Informe de fojas 1446 a 1522, específicamente fojas 1463 y siguiente. Además, la carta de fojas 3887 del Secretario del Consejo de Ministros en la que adjunta copia de la carta del Secretario de aquel entonces, donde informa que el Decreto de Urgencia 081-2000 fue tramitado por la Secretaría General y le fue entregada por el propio ex Presidente Fujimori Fujimori para llevarla al Consejo de Ministros donde fue numerada y sellada; y luego se la entregó al ex Presidente)

Además, autoriza una suma que resulta siendo la misma que José Guillermo Villanueva Ruesta mediante oficio 2041 CCFFAA del veinticinco de agosto del dos mil solicitó al citado Boloña Behr, y que también Bergamino Cruz el mismo día solicitó en términos similares, primero mediante oficio 11296 MD-H/3, a cargo de la UE 002 CCFFAA; y luego por oficio del mismo número y fecha, pero a cargo de la UE:001 OGA-MINDEF.

31. Es en base a esta norma que el ex Ministro de Defensa, General EP Bergamino Cruz mediante oficio 11338 MD/3 del veintidós de setiembre del dos mil, se dirige al ex Ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña Behr, solicitando autorizar con carácter de urgente una ampliación del Presupuesto de la U/E 001: Oficina General de Administración del Pliego 026: Ministerio de Defensa por el importe de cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles (S/ 52' 500, 000.00), en cuyo texto se consigna "Ref. DU 081-2000/09/22", no obstante que habría sido emitido el diecinueve del mismo mes, lo que pone en duda la verdadera fecha de emisión, más aún si no existe antecedente alguno respecto a su formulación. (Oficio de fojas 4).

32. Otro hecho acreditado es que **el mismo veintidós de setiembre del dos mil se realizaron todas las gestiones tendientes a cumplir con el requerimiento** de los cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles, pese a la crisis política generada en el país a consecuencia de la difusión del ya citado vídeo Kouri-Montesinos. En efecto, las pruebas actuadas acreditan que el dinero requerido se solicitó y atendió el mismo día, conforme a la siguiente secuencia**: a)** El entonces Ministro de Defensa General EP Bergamino Cruz en horas de la mañana comisiona al General EP Luis Aníbal Muente Schwarz, Jefe de la OGA-MINDEF para que lleve el oficio 11338 MD/3 del veintidós de setiembre del dos mil al Ministerio de Economía y Finanzas solicitando cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles. Dato que ambos aceptan, y que Reynaldo Bringas Delgado corrobora cuando afirma que ese día *"... al salir de mi oficina para ir al Despacho del Vice Ministro de Hacienda alrededor de las nueve y media de la mañana me crucé en la rotonda con el General Muente y cuando yo cruzaba*

camino a los ascensores él se adelantó, yo pensé que él iba a mi oficina porque a veces iba a entrevistarse con los funcionarios que estaban ahí, entonces conversamos y él me dijo que estaba ahí para hacer una operación de soles y que iba a necesitar dólares..." (Testimonial prestada en juicio oral a fojas 7127). Versiones que se encuentran a su vez corroboradas con la instrumental de fojas 7290 correspondiente al Registro del Servicio Diurno de esa fecha, que registra que a las *"... **9:05** ingresa el general Winthy, y el Mayor Núñez, Mit. Defensa x para Dr. Bringas auto-BGR-387.(R) 09:43..."*; precisando el Colegiado que se trata de un error al consignar el apellido, pues conforme a los hechos en realidad se trata de la persona del General Muente Schwarz; **b)** Javier Núñez Bolívar, Oficial habilitado de la División de Tesorería OGA-MINDEF, aproximadamente a las **cuatro de la tarde** se constituye al Ministerio de Economía y Finanzas y se entrevista con Hermes Justo Uribe Uribe, Director de Distribución de Recursos de la División General del Tesoro Público, consultándole si existía alguna orden para atender el libramiento. A este dato se arriba por el mérito de las testimoniales de Uribe Uribe de fojas 1824 y lo vertido en juicio oral a fojas 7255, sosteniendo que Núñez Bolívar se presentó como a las cuatro de la tarde averiguando si había una orden para atender un libramiento, lo que consulta con el Director General de Presupuesto, esto es con Marcelino Cárdenas Torres, quien le dijo que no había ninguna orden; pero al regresar éste entre las siete y siete y treinta de la noche dio la autorización y se atendió el libramiento N° 00450, el cual entregó a Núñez Bolívar para que lo lleve al Banco de la Nación; **c)** Autorizado el libramiento, aproximadamente a las **ocho y treinta de la noche** Núñez Bolívar lo entrega a José Luis Núñez Ochoa, quien trabajaba en la sección de Egresos del Tesoro

Público-dependiente de la Gerencia de Recaudación del Banco de la Nación-, quien procedió a hacer el abono a la cuenta del Ministerio de Defensa por la suma requerida. (Testimonial de fojas 1970 y en juicio oral en audiencia de fojas 7255); **d)** A las **ocho y cincuénticinco de la noche**, el Gerente del Departamento de Operaciones Locales del Banco de la Nación, Carlos Manuel Díaz Mariños recibe la carta MD-OGA-4/19.02.01-03, por la que se solicita la transferencia de los ciencuentidós millones quinientos mil nuevos soles de la cuenta corriente 0000-155845 del Ministerio de Defensa a la cuenta corriente 0000-180602 de la Oficina General de Administración del mismo Ministerio, consignándose que la operación sea ejecutada *"con carácter de urgente por tratarse de fondos presupuestales para utilización inmediata"*. (Carta de fojas 7); **e) Simultáneamente**, el Banco de la Nación a través del oficio 14876, recibe el cheque 03066404 de la cuenta corriente 000-180602 por la suma indicada debidamente endosado, a través del cual se solicita adquirir moneda extranjera al mejor tipo de cambio por el monto ya referido. Oficio que es suscrito por el Ministro de Defensa, Muente Schwarz y Henry Tunanñaña Guerra, Tesorero del Departamento de Administración OGA-MINDEF; y que extrañamente instruye que la entrega del dinero se efectúe al citado Muente Schwarz. (Ver cheque de fojas 8 y oficio de fojas 9, recepcionado a las ocho y cincuentitrés de la noche); **f)** Según instrumental de fojas 98, Uribe Uribe remite el libramiento N° 00450 al Departamento de Recaudación Sección Egresos del Tesoro a las **nueve y cuarenta de la noche** conjuntamente con el cheque por la suma de cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles firmado por Núñez Bolívar, en condición de Oficial habilitado; **g)** El dinero solicitado en soles y convertido en dólares finalmente es entregado en la bóveda del Banco de

la Nación por los funcionarios del banco: Miguel de Priego Palomino, Díaz Mariños, Velarde Centurión, en presencia de otros empleados, a Muente Schwarz, quien se encontraba con Núñez Bolívar y Tunanñaña Guerra. (Declaraciones indagatorias de fojas 185, 80, testimoniales de fojas 1817, 1809, 1846 y de juicio oral 7077 y 7123).

33. En esta secuencia de actos tendientes a cumplir con lo solicitado por Bergaminio Cruz, se acredita que las instrucciones para la adquisición de moneda extranjera (dólares americanos) se dieron aproximadamente a las **diez de la mañana**. Sobre este extremo, Carlos Manuel Díaz Mariños a lo largo de todo el proceso así lo ha manifestado, conforme fluye de su indagatoria de fojas 80, testimonial de fojas 1809 y lo vertido en juicio oral a fojas 7123. Este testigo sostiene que *"Las instrucciones que me da el Gerente General fue alrededor de las diez de la mañana y posteriormente encargo a Manuel Velarde Centurión que coordine con el departamento de finanzas para conseguir el monto de efectivo necesario, yo sabía que había algo en caja pero no alcanzaba y por ello pide que coordine con el Dpto. de Finanzas para que coordine el saldo; se llegó a recopilar el dinero de las bóvedas del banco de crédito en Hermes y* ***comenzaron a llegar en diferentes remesas a partir de las dos y treinta de la tarde hasta las ocho de la noche".*** Versión que se encuentra corroborada con la testimonial del citado Velarde Centurión, Jefe de la División de Caja y Valores, quien sostiene que como el banco no tenía esa cantidad, tuvo que hacer una compra por diez millones de dólares para completar los quince millones de dólares requeridos, compra que se hizo el mismo día al Banco de Crédito, que el dinero fue transportado desde la bóveda de Prosegur a la bóveda del banco, por montos

parciales, por razones de seguridad en un total de quince viajes y que el traslado se inició aproximadamente a las dos de la tarde, y se concluyó después de las ocho y treinta de la noche (Ver fojas 1846 a 1850). En igual sentido, Alberto Armando Ganoza Lizarzaburu, en aquél entonces Gerente Jefe del Departamento Financiero en su testimonial de fojas 2284 al respecto refiere *"... recibí indicaciones de mi Gerente General Señor José Luis Miguel del Priego Palomino para la compra en el sistema Financiero de un importe del orden de diez millones de dólares en efectivo en razón de una operación de retiro de Caja por un importe de quince millones de dólares sin indicarme el detalle respecto a favor de quién se efectuaba el retiro, esta indicación la recibí aproximadamente las once de la mañana..."*.

34. Asimismo, José Luis Miguel de Priego Palomino en su declaración indagatoria de fojas 185, al ser preguntado por la hora exacta en la que se realizó la citada operación sostiene "*... debe haber sido entre las doce y catorce horas del veintidós de setiembre del dos mil, debo precisar que el Banco de Crédito tiene su depósito en Hermes, éste recibe instrucciones del Banco de Crédito para que traslade de sus fondos al depósito que tiene allí mismo el Banco de la Nación y luego el Banco de la Nación solicita que traslade a sus bóvedas, hecho que se realizó a partir de las dos de la tarde y media, el traslado fue en varios viajes por medida de seguridad de la empresa Hermes..."*. Por otro lado, Bringas Delgado también confirma este dato cuando sostiene que al ser informado por Muente Schwarz de la operación que realizaría el Ministerio de Defensa, efectúa una llamada al Banco de la Nación transmitiéndola (Testimonial de fojas 1837 y en juicio oral a fojas 7127-7128).

35. Otro hecho probado, **es que recibido los quince millones de dólares americanos por Muente Schwarz, se dirige a las instalaciones del SIN, en cuyo lugar procede a entregarlos al sentenciado Montesinos Torres,** constituyendo uno de los hechos por los cuales se sometió al procedimiento de colaboración eficaz, habiéndose emitido sentencia condenatoria en su contra por la señora Juez Carolina Lizárraga Houghton (Sentencia de fojas 6371 del veinticinco de febrero del dos mil cuatro). En dicho procedimiento, el ex Jefe de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa, quien tuvo activa participación en la gestión del dinero, reconoce haber llevado el equivalente de más de cincuentidós millones de nuevos soles convertidos en dólares, del Banco de la Nación al SIN en tres impedimentas, siendo recibido por el Capitán EP Mario Rafael Ruiz Agüero, secretario del sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, quien lo condujo a la oficina de éste último, quien luego ingresó y ordenó a su chofer bajara las impedimentas y las dejara recostadas en la maletera de un Mercedes Benz, luego de lo cual se retiró; versión que ratifica en la etapa de instrucción (instructiva de fojas 3128) y en juicio oral a fojas 7293, donde sostiene *"... yo llegué a las diez y cinco, fui, me abrieron la puerta de la cochera. Estaban los dos capitanes, pregunté por el Jefe del SIN y me dijeron que no estaba, bajó Vladimiro Montesinos, los dos capitanes, vió las bolsas y vi que las guardaron en un carro y yo me retiré..."*.

36. Entrega del dinero que no solo se limita a su dicho, sino que además se encuentra corroborada con las siguientes declaraciones: **a)** De Carlos Bergamino Cruz, prestada a fojas 2093 en la etapa de instrucción y ratificada en el juicio oral, quien manifiesta que luego que formuló el oficio 11388-MD/3 solicitando el

dinero, Montesinos Torres se contactó con Muente Schwarz, para que recogiera y entregara el dinero a su persona; **b)** De Henry David Tuñanñana Guerra, quien refiere que el General Muente Schwarz entre las seis o siete de la noche telefónicamente le ordenó se dirija al Banco de la Nación de Orrantia para que le entregue el cheque 03066404 a la orden del referido Banco por la suma de cincuentidós quinientos mil nuevos soles, y el oficio 14076/MD-8/19804 en el que se detalla la venta de moneda extranjera; los que habrían sido redactadas a su solicitud aproximadamente a las cinco de la tarde, que al llegar a dicha oficina encuentra al mayor Javier Nuñez Bolivar y los acompaña a la bóveda para guardar el dinero, el que fue entregado en aproximadamente veinte bolsas y a su vez depositadas en cuatro o cinco bolsas grandes de lona -impedimentas-, siendo conducidas al vehículo del General Muente Schwarz quien estaba acompañado de su chofer el Suboficial PNP Orlando Gómez Kuan. Que el citado General les ordenó seguirlo hasta la avenida Las Palmas del distrito de Surco, en cuyo lugar sacó la mano por la ventana ordenándoles se retiren; versión que Nuñez Bolivar también ha corroborado (Testimoniales de fojas 3552 y 3420); **c)** De Orlando Alex Gómez Kuan, de fojas 4071, quien refiere que encontrándose de comisión, en su condición de chofer, con el General Muente Schwarz se dirigieron aproximadamente a las ocho y cuarenta de la noche al Banco de la Nación, recogiendo tres impedimentas de color verde de cuarenta kilogramos cada una colocándolas en la maletera del vehículo para luego dirigirse a las instalaciones del SIN, en cuyo lugar en una cochera el Capitán Ruiz los recibió, ausentándose éste último por diez minutos luego de los cuales regresó con el sentenciado Montesinos Torres, ordenándole el Muente Schwarz bajara las tres bolsas del

vehículo colocándolas pegadas a la pared detrás de un vehículo Mercedes Benz; que el doctor (Montesinos Torres) se acercó a una de las bolsas, las verificó y dio su conformidad para luego despedirse y salir inmediatamente de la cochera. Agrega que las impedimentas contenían paquetes de dólares, pues cuando llegó a la bóveda del banco estaban terminando de llenar la última con aquellos y presume que las otras dos contenían lo mismo; **d)** Declaraciones de José Luís Miguel de Priego Palomino, Gerente General, de Carlos Díaz Marinos, Gerente de Operaciones y Manuel Alberto Velarde, Jefe de Divisas de Caja y Valores del Banco de la Nación, de fojas 1817,1809,1846, 7077 y 7123 respectivamente, con las que se acredita que las gestiones para la entrega del dinero concluyeron en horas de la noche, el que fue recibido por Muente Schwarz; **e)** De Mario Ruiz Agüero de fojas 1886 ratificada en juicio oral a fojas 7293, quien refiere conocer de la entrega de dinero a Montesinos Torres, lo que se produjo el veintidós de setiembre del dos mil, por parte del General Muente Schwarz, quien lo llevó en impedimentas, ratificándose en su indagatoria de fojas 488; y, **f)** De Manuel Jesús Aivar Marca de fojas 4231, quien sostiene que el general EP Muente Schwarz llegó a las instalaciones del SIN específicamente a la cochera del ex asesor Vladimiro Montesinos, percatándose que las bolsas militares fueron dejadas en ese lugar y quien las manipuló físicamente fue el Capitán Ruiz Agüero, ratificándose en su dicho en juicio oral a fojas 7369.

37. Otro hecho probado **es que el dinero recibido por Montesinos Torres, fue entregado en las instalaciones del SIN a James Eliot Stone Cohen,** conforme se acredita con las siguientes testimoniales: **a)** De Matilde Pinchi Pinchi, quien desde su primera declaración brindada ante el Ministerio Público el

diecisiete de mayo del dos mil uno (fojas 485) dio la versión de que una vez recibido el dinero Montesinos Torres llamó a Stone Cohen indicándole que tenía que llevárselo, versión que ratificó en su testimonial de fojas 1851 y en el acto oral a fojas 7293, donde refiere que los exacusados Stone Cohen y Sudit Wasserman llegaron a las instalaciones del SIN días antes del veintidós de setiembre del dos mil y permanecieron allí ese día, que eran las personas que manejaban las cuentas de Montesinos Torres en el extranjero, manifestándole éste que Stone Cohen debía llevarse los quince millones para que los deposite en sus cuentas de Suiza; y que cuando regresó de Panamá le preguntó sobre el dinero, contestándole que Stone Cohen lo había depositado en sus cuentas; **b)** De Mario Ruiz Agüero, quien en juicio oral a fojas 7293**,** refiere que el veintidós de setiembre del dos mil en las instalaciones del SIN se entregó las impedimentas que contenían el dinero a Stone Cohen, quien se encontraba acompañado de Sudit Wasserman, ratificándose de este modo en las versiones prestadas a lo largo del proceso (Ver indagatoria de fojas 488 y testimonial de fojas 1886); **c)** De Manuel Jesús Aivar Marca, quien en su testimonial de fojas 4233 manifestó que las bolsas militares que fueron dejadas por el General Muente fueron a su vez entregadas a Stone Cohen y Sudit Wasserman; precisando que se encontraba en el acceso al garaje -en la escalera caracol- a una distancia aproximada de seis metro, versión que es ratificada en juicio oral (fojas 7364).

Versiones de los testigos confirmadas por el propio Montesinos Torres en su instructiva (fojas 1758, 3319, 3327 y 3950), quien siempre mantuvo la tesis que el dinero lo entregó a Stone Cohen, versión ampliamente corroborada por éste último, conforme ya se ha precisado en el párrafo 15.

38. Si bien la tesis de la defensa técnica del acusado Jalilie Awapara se basa en que la entrega de los quince millones de dólares por parte del sentenciado Montesinos Torres a los ex acusados Stone Cohen y Sudit Wasserman se produjo a la siete y treinta de la noche, y que el dinero entregado a Montesinos Torres del Banco de la Nación ocurrió a partir de la nueve de la noche; y por tanto el dinero que se llevaron éstos tiene otra procedencia. Sin embargo, su tesis se encuentra desvirtuada por las declaraciones de los tres testigos antes referidos y autoinculpaciones de Montesinos Torres y especialmente de Stone Cohen.

39. También se tiene como un hecho probado que el **dos de noviembre del dos mil**, en horas de la noche se produjo una reunión entre el ex Presidente Fujimori Fujimori, los ex Ministros Boloña Behr y Bergamino Cruz; y el acusado Jalilie Awapara, donde **se trató el tema de la reversión del dinero que se solicitó en base al Decreto de Urgencia 081-2000,** conforme lo han aceptado los tres últimos, tanto en la investigación preliminar, la etapa de instrucción y el juicio oral. Asimismo, se ha acreditado que al día siguiente, esto es, después de 41 días de haberse producido la entrega de los quince millones de dólares a Vladimiro Montesinos Torres, el citado Bergamino Cruz efectuó la devolución de cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles a través del oficio 11379-MD/3, consignando: *"El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas ha revaluado la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el documento de la referencia, habiendo llegado a la conclusión, que, por el momento no es necesario poner en ejercicio los planes contemplados, quedando abierta la posibilidad de realizarlos a partir del próximo año"*.

40. Para ello, Muente Schwarz siguiendo las instrucciones de Marcelino Cárdenas mediante oficio de fojas 20, ofreció al Banco de la Nación la venta de quince millones de dólares al tipo de cambio de tres nuevos soles con cincuenta céntimos por dólar, solicitando se proceda a abonar el contravalor en nuevos soles (52'500,000.00) a la cuenta principal del Tesoro Público N° 0-000-263737 mediante formulario T6, solicitando la confirmación del ofrecimiento vía fax. Armando Ganoza Lizarzaburu, Gerente Jefe del Departamento Financiero envía el fax de fojas 23 aceptando el ofrecimiento, **y de este modo se inicia un trámite inverso al efectuado el veintidós de setiembre del dos mil,** conforme se acredita con las instrumentales de fojas 21, 22, 24, 25, 27 al 32 y recibo de transporte de valores Nº 8951346 de fojas 305. Además con las declaraciones de Jalilie Awapara, Muente Schwarz, Cárdenas Torres y Miguel de Priego, quienes aceptan haberse reunido el citado día en el Ministerio de Economía y Finanzas, dato corroborado en parte con la declaración de Bringas Delgado a fojas 7130, en la que refiere que *"...la sala de trabajo del señor Jalilie está pegada al despacho de la Secretaría Ejecutiva y al pasar dentro de la reunión estaban Jalilie Awapara, Miguel de Priego, Marcelino Cárdenas y el General Muente, entonces entré, los saludé y el tema de la conversación era la reversión y salí porque no tenía nada que ver en el asunto...."*. Además por el contenido de las testimoniales de Tunanñaña Guerra y Centurión Velarde, quienes participaron en la operación de la reversión del dinero.

41. Finalmente, otro hecho probado, es que el monto de los quince millones de dólares que fueron recibidos por Muente Schwarz en horas de la noche del veintidós de setiembre del dos mil, estuvo conformado por billetes de la siguientes

denominaciones: trece millones setecientos mil dólares en billetes de cien dólares; setecientos mil dólares en billetes de cincuenta dólares y seiscientos mil dólares en billetes de veinte dólares. Mientras que el mismo monto, devuelto el tres de noviembre del mismo año, sólo constaba en billetes de cien dólares (Ver balancín de fojas 31 y recibo de transporte de valores antes indicados).

VI. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA

42. La Constitución Política es la norma que vincula a los Poderes Públicos y a todos los ciudadanos. Su artículo 39 establece "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*; disposición que debe ser concordada con el tercer párrafo del artículo 41, que a su vez consagra: *"La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública"*.

43. Teniendo como punto de partida el mandato constitucional vinculante para los Jueces que integramos el Poder Judicial, se tiene en cuenta además los motivos que determinaron que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos se decidieran a adoptar la Convención Interamericana contra la Corrupción. En este tratado, se consiga que *"... la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos"* estableciendo entre otros fundamentos de su adopción, que es necesario combatir la corrupción con el objeto de fortalecer las instituciones democráticas, evitar distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. Tratado

que forma parte del ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, al haber sido ratificado por Decreto Supremo 012-97-RE.

44. Por otro lado, conforme sostiene Fontán Balestra, *"La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes"* (Carlos Fontan Balestra, Derecho Penal Parte Especial, 13 Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, página 896).

45. Los cargos imputados por el Ministerio Público están referidos a dos delitos, el de Peculado, incluido en el Título XVIII del Código Penal: Delitos contra la Administración Pública; y el de Falsedad ideológica. Respecto al primero, el 1er. párrafo del artículo 387 del Código Penal, establece: "*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años".* Figura delictiva que tiene como elementos típicos que el autor sea un funcionario público, entendiéndose como tal, aquel que realiza la función pública: *"Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en*

nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos" (artículo 1ero. de la citada Convención).

46. Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcionarial específica. En este sentido, el bien jurídico tutelado *"...sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados; no puede haber una violación de "deberes generales del cargo"* (Manuel Abanto Vásquez. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Palestra Editores, Lima, 2003, página 338).

47. Sobre el bien jurídico, Rojas Vargas, sostiene que la posición que mantiene la teoría de la pluriofensidad de Peculado, como es el caso de España y Perú, mantiene la consideración de que el bien jurídico es de modo genérico los intereses implícitos en la administración pública: patrimonio público y deberes de lealtad, ya dando preferencia a uno u otro interés (Fidel Rojas Vargas. Delitos contra la Administración Pública, Grijley, 2da. Edición, Lima, 2001, página 281). En cuanto a la tipicidad objetiva, para la consumación de este delito es necesario que el vínculo con el ámbito de la custodia de la administración en algún momento haya sido quebrado; quebrantamiento que se produce cuando el funcionario público sustrae -separa o aparta- los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública (Edgardo Alberto Donna, Delitos contra

la Administración Pública. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos aires, 2000, pág. 281). Soler, citado por Donna, sostiene que la acción consiste en extraer lo que en caja está, en impedir que ingrese o emplear los fondos en uso privado; en todas esta hipótesis se compromete el dinero, por lo cual la mera sustracción del dinero consuma siempre el Peculado, aunque sea hecha con propósitos de restitución y efectivamente se restituya (Citado por Donna, Edgardo Alberto. Op. Cit.; pág 280. Subrayado nuestro). Criterio que ha sido asumido por los órganos jurisdiccionales; es el caso de la Ejecutoria Suprema del quince de noviembre de mil novecientos noventitrés (Exp. 256-93); y reiterado por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Ejecutoria del veinte de julio del dos mil cinco (Recurso de Nulidad N° 2275-05), donde se consigna *"...se configura el delito de Peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque los mismos hayan sido devueltos..."*. Ejecutoria que declaró No Haber Nulidad en la sentencia de Conclusión anticipada emitida por este Colegiado contra Vladimiro Montesinos Torres, precisamente por los hechos que motivan la presente sentencia.

48. En cuanto al delito de **Falsedad ideológica**, el artículo 428 del Código Penal establece: *"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 la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa"*. La Falsedad ideológica, llamada también histórica, según Carlos Creus recae exclusivamente sobre el contenido de

representación del documento, sin que se modifiquen ni imiten para nada los signos de autenticidad. En ella nos encontramos con un documento cuya forma es verdadera, como lo son también sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas. (Carlos Creus. Falsificación de Documentos en General, siguiendo a Sebastián Soler y Fontán Balestra, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, páginas 123 y 124).

49. Sobre este delito, el Colegiado precisa: **a)** El artículo 428 del Código Penal tiene como bien jurídico la Fe pública contenida en un documento público. La norma jurídica conexa es el artículo 235 del Código Procesal Civil, norma que define cuando estamos ante un documento público; **b)** En cuanto a la tipicidad objetiva, el sujeto activo puede ser una persona común o un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones o notario público; el sujeto pasivo siempre será el Estado; **c)** La acción típica, según la descripción legal consiste en "insertar" o "hacer insertar"; **d)** El objeto material, está constituido por el documento público, lo falaz está contenido en dicho documento; **e)** El elemento normativo solo admite el instrumento público, en el que recae la acción típica concerniente a hechos que deban probarse con el documento como si la declaración fuera conforme a la verdad, estableciéndose como condición objetiva de punibilidad que del empleo o uso pueda resultar algún perjuicio; **f)** En cuanto a la tipicidad subjetiva, siguiendo a Creus "*... el dolo estriba en el conocimiento del carácter de documento del objeto y de lo falso que en él se introduce....*". (Carlos Creus. Op. Cit.; página 144).

VII. ADECUACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS A LOS TIPOS PENALES Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACUSADOS.

50. Establecido el juicio histórico; y en el punto VI los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que fundamentan jurídicamente los tipos penales materia de juicio oral; corresponde la realización del **juicio jurídico penal** *"... que tiende lógicamente a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penalmente ilícito y merece la imposición de una pena"* (Valentín Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, 2da edición, Colex, Madrid, 1997, página 603). Pues a criterio del Colegiado *"...la sentencia encierra una declaración de ciencia, una declaración o expresión de voluntad, en cuya virtud el Juez después de realizar el juicio de hecho y el de derecho, dicta el fallo como conclusión entre la relación de aquellos dos juicios, equivalentes al juicio histórico y el juicio lógico"* (César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal, Grigley, Tomo I, 2da. edición, 2003, página 722). De este modo, el Colegiado cumple con motivar sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Determinación de Responsabilidad del acusado José Guillermo Villanueva Ruesta respecto al delito de Falsedad Ideólogica.

51. El Colegiado parte de la consideración que **no se ha acreditado la existencia del denominado Plan Soberanía**, y por tanto la necesidad del requerimiento de fondos para el cumplimiento de tales fines. En efecto, así

aparece del contenido del Oficio N° 3926 EMFFAA/D 2/INTG-FE del doce de noviembre del dos mil uno, remitido por el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas al Secretario General del Ministerio de Defensa, informando que en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas no existe el Plan de Inteligencia o Plan de Operaciones denominado Soberanía; contenido que se reitera en el oficio de fojas 3547. En igual sentido fue informada la Fiscal Provincial a cargo de la investigación preliminar, conforme se advierte del contenido del oficio N° 3873 SGMD-C/4 del veintiocho de mayo del dos mil uno.

52. Por otro lado, en juicio oral el acusado Villanueva Ruesta sostiene que la Quinta Región Militar remitió muchas informaciones de inteligencia al Comando Conjunto, que en mil novecientos noventinueve en su condición de Ministro del Interior viajó en compañía de todos los Comandantes Generales y Ministros a esa zona, donde el Jefe de Teatro de Operaciones General Sotero efectuó una exposición del plan para evitar el ingreso de las FARC, la que constituyó elemento de juicio para preparar el Plan soberanía, versión que en parte corroboran los testigo de descargo Ricardo Alberto Sotero Navarro y Carlos Indacochea Ballón.

Así el primero sostiene que cuando se desempeñó como Comandante General de la Quinta Región, se elaboró un Plan de Operaciones para adoptar un dispositivo defensivo a lo largo del Eje del Río Putumayo, plan que fue sustentado en agosto del dos mil por el General José Elqui Elera Ramírez ante el CCFFAA; y que a fines de julio del mismo año en Lima, Villanueva Ruesta le comentó que el Plan Soberanía, *"... se había formulado en base al Plan de Operaciones de la*

Quinta Región Militar". El segundo, al ser preguntado si tuvo conocimiento del Plan Soberanía dijo "*....la Quinta Región Mílitar en el año dos mil entregó un Plan bastante completo al Comandante General del Ejército, creo que ese plan se llamaba "Soberanía*". (Testimoniales de fojas 7632 y 7677).

53. En mérito a estas declaraciones, el Colegiado dispuso oficiar al Ministro de Defensa, a fin de que remita copias certificadas del Plan de Operaciones referido al Frente Colombia del Teatro de Operaciones Nor Oriente, años mil novecientos noventinueve al dos mil, el que se habría expuesto en abril de mil novecientos noventinueve y agosto del dos mil, (Ver oficio de fojas 7754). La respuesta obtenida fue en sentido negativo, pues según el oficio de fojas 7784 el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas da cuenta que en los archivos del CCFFFAA no existen dichos planes; y que el Comandante del Comando Operacional del Nor Oriente (Ex Quinta Región Militar) ha hecho conocer que en sus archivos tampoco existen documentos de los planes referidos al dispositivo defensivo para evitar posibles infiltraciones en territorio peruano de las FARC.

54. A esta respuesta negativa se aúnan las versiones del acusado Villanueva Ruesta, las que no han sido uniformes. Así en su indagatoria de fojas 266 respondió que el Plan debe estar en el CCFFAA, donde se lleva un anexo de los organismos a los que se distribuyen los planes que allí se registran, y que no recuerda mayores detalles sobre el Plan de Operaciones Soberanía. Posteriormente, en su continuación de instructiva de fojas 1609 afirma que el citado plan existió, que debe estar en la División de Operaciones del CCFFAA y

una copia la tenía el Ministro de Defensa, agregando que deben tener conocimiento de su existencia el Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Armada, General Carlos Indacochea Ballón y los Comandantes Generales de La Marina y de Aviación. Sin embargo, estos Oficiales de las Fuerzas Armadas que a la fecha de los hechos ostentaban dichos cargos, en la etapa de instrucción han referido no conocer la existencia de dicho plan, conforme se advierte de las testimoniales de Antonio Américo Ibárcena Amico y Elesván Eduardo Bello Vásquez. (Testimoniales de fojas 3944 y 4227).

Finalmente, en el acto oral al ser preguntado por qué manifiesta que el Plan existió en su momento y ahora no existe, contestó que cuando era Comandante General en el año dos mil pasó a retiro a un General por una serie de irregularidades administrativas, el que fue reintegrado y nombrado Inspector General y luego Comandante del Ejército en el gobierno del Presidente Paniagua, persona que ordenó destruyan en el CCFFA toda documentación que podría ayudarle, incluyendo la referida al Plan Soberanía.

55. Por tanto, el oficio 2041 – CCFFAA del veinticinco de agosto del dos mil suscrito por Villanueva Ruesta, mediante el cual solicita al Ministerio de Economía y Finanzas la ampliación del Presupuesto de la Unidad Ejecutora 002 CCFFAA por la suma de sesentinueve millones quinientos noventisiete mil ochocientos diez nuevos soles, con el objeto de cubrir los costos de las operaciones del “Plan Soberanía”, destinado a evitar cualquier expansión e ingreso al territorio peruano de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC); se basó en un plan que según informe de los Oficiales de las

entidades pertinentes no registra antecedentes, oficio que al ser devuelto por funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas (no identificados), extrañamente Bergamino Cruz hizo suyo, sin tener a la vista el denominado Plan de Operaciones Soberanía.

56. Adicionalmente, considera **el *modus operandi* de los altos mandos militares para proveer de fondos al Servicio de Inteligencia Nacional**, conforme se detalla en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales de la Sub especialidad Anticorrupción, en los expedientes 11-2001 2° SPE y 30-2001 1° SPE; y que son de público conocimiento. En la primera, se establece en mérito a las pruebas actuadas que el Servicio de Inteligencia Nacional realizaba diversos gastos y una de sus fuentes provenía del dinero aportado por el Ministerio de Defensa, a través de la Oficina General de Administración por cuenta del Ejército Peruano, Armada Peruana y Fuerza Aérea del Perú (Párrafo 5.17); sentencia sobre la que recayó la Ejecutoria Suprema del nueve de junio del dos mil cinco, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad 2674-2004. En la segunda, en la cual Villanueva Ruesta fue condenado por los delitos de Asociación ilícita para delinquir y Peculado, aparece que hizo llegar un escrito en el que se consignaba que *"....durante el período en que ejerció la Comandancia General del Ejército (veintitrés de julio de mil novecientos noventinueve hasta el veintiocho de octubre del dos mil), el monto transferido al Servicio de Inteligencia Nacional ascendió a la suma de noventinueve millones trescientos veintiún mil novecientos ochenticuatro nuevos soles, puntualizando que durante el año dos mil se hizo transferencia del Ejército al SIN por un monto de sesentiocho millones ciento veintinueve mil seiscientos*

veintidós soles justificados en la ejecución de los siguientes planes de operaciones de inteligencia: TRUENO, PUMECA, TORNADO, REMOCIÓN, COSMOS, RECUAY, CUARZO, RIGUL, SAETA, TUNES, OMEGA, GAMA, RAYO , PUMA KAISER y RAMAL" (Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial del veintiséis de enero del dos mil cinco, páginas 46-47); *modus operandi*, que permitió que las arcas del SIN siempre contaran con fondos, para los fines de apropiación de quienes ejercieron el poder político directa e indirectamente.

57. El Colegiado también tiene en cuenta el accionar totalmente irregular, tanto del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas - acusado Villanueva Ruesta; y del ex Ministro de Defensa - sentenciado Bergamino Cruz-, en cuanto al modo de solicitar dinero al Tesoro Público, irregularidad que se evidencia cuando el segundo refiere hacer suyo el oficio del acusado Villanueva Ruesta, con el mismo tenor, pero extrañamente aparece suscribiendo el mismo veinticinco de agosto del dos mil, **dos oficios con diferente unidad ejecutora**: en un primer inicio unidad ejecutora 002 CCFFAA; el que es sustituido por el segundo que tiene como unidad ejecutora 001 OGA-MINDEF, conforme se acredita con el contenido de los oficios de fojas 44 y 2.

58. No obstante las versiones de los dos antes citados, en el sentido de que todo fue regular pues el oficio suscrito por Bergamino Cruz solicitando el dinero a cargo de la Unidad Ejecutoria 001-OGA-MINDEF ingresó al Ministerio de Economía y Finanzas y tuvo hoja de ruta, Muente Schwarz a fojas 3129, refiere que Reynaldo Bringas le mencionó que *" ... por orden del Presidente de la*

República el pedido se debe hacer a favor de la Unidad Ejecutora 001 que es la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa", por lo que procede a efectuar el pedido. Versión que se valora en el contexto de los hechos ocurridos posteriormente, entre el dos y tres de noviembre del dos mil, cuando el ex Presidente de la República Fujimori Fujimori, aborda el tema de la reversión del dinero no utilizado por el Ministerio de Defensa, conforme se ha detallado en el párrafo 39.

59. Por otro lado, conforme a lo sostenido por Boloña Behr en la etapa de instrucción, el oficio 11296 MD-H/3 suscrito por Bergamino Cruz el veinticinco de agosto del dos mil fue derivado al Vice Ministro de Hacienda, el acusado Jalilie Awapara, lo que es confirmado por éste a fojas 7034 vta; cuando al ser preguntado sobre el origen del Decreto de Urgencia 081-2000 sostiene: *"El origen tiene que haber sido las cartas más los hechos del día veinticinco de agosto donde hay el pedido de los sesentinueve millones del Ministerio de Defensa al Ministro Boloña, y todos los antecedentes anterior a la FARC, porque si usted revisa la carta del día veinticinco de agosto y revisa el oficio, va a encontrar dos cosas importantes, que los montos son exactamente los mismos y que es un problema de seguridad nacional, por tanto si quiere buscar los antecedentes está en la carta del veinticinco de agosto".*

60. En consecuencia no queda duda que el oficio de Villanueva Ruesta hecho suyo por Bergamino Cruz, constituyen los antecedentes de la norma en mención, pues lo está afirmando el titular de un Pliego quien en su indagatoria de fojas 175 sostiene que el oficio 11296MD-H/3 *"... llegó a raíz de que el veintiuno*

de agosto del dos mil, se produce la conferencia de prensa sobre una desarticulación de una mafia de tráfico de armas para las FARC, dicho oficio se recepcionó a las once de la mañana del veintiocho de agosto del dos mil, según hoja de ruta, el cual fue canalizado a Alfredo Jalilie y se va viendo de conseguir los recursos, dándosele el marco presupuestal con el Decreto de Urgencia 081-2000"; y agrega *"....el Decreto de Urgencia lo redactó el Ministerio de Economía y Finanzas, que presentó un proyecto, consiguiéndose después las firmas de los señores Ministros Salas Guevara y Bergamino Cruz"*. Si bien luego ha pretendido dar una versión distinta en juicio oral, sosteniendo que no tuvo conocimiento del referido oficio y que éste a su vez debe haber sido derivado al Vice Ministro de Hacienda a través de Secretaría General (fojas 7090), el Colegiado da mayor credibilidad a la primera versión, que además es la más próxima a la fecha en que ocurrieron los hechos.

61. De este modo Villanueva Ruesta viabilizó el desencadenamiento y constitución del riesgo jurídicamente prohibido para el patrimonio del Estado, fortaleciéndose la creación de este riesgo con el documento de Bergamino Cruz y el accionar de los agentes de Economía y Finanzas. Por ello, no compartimos la tesis de la defensa técnica de Villanueva Ruesta, en cuanto alega que se ha violado la imputación objetiva y la prohibición de regreso. Al respecto, debe entenderse que la imputación objetiva, es una teoría que considera que la sociedad no se organiza causalmente sino normativamente, la que a su vez "... *posee dos elementos que son el de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo, entendido este último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas"* (Yesid Reyes Alvarado.

Imputación Objetiva, Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, página 105); en tanto que la prohibición de regreso, considera una conducta como neutra cuando la persona desarrolla su actuar desde su aspecto estereotípico; en tal sentido las acciones cotidianas no deben ser subsumidas bajo el tipo objetivo de la complicidad, al tratarse de conductas jurídicamente irrelevantes, que no pueden ser criminalizadas por el hecho de que un tercero auto responsable haya abusado de ellas. Que en este caso concreto, la conducta de Villanueva Ruesta anterior al veinticinco de agosto del dos mil y posterior a esta fecha, en relación a las acciones del sentenciado Montesinos Torres no puede ser considerada normal, regular, habitual, ni mucho menos cotidiana de un Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

62. Lo antes expuesto encuentra sustento en el accionar de Villanueva Ruesta después del 22 de setiembre del 2000, ya que es de público conocimiento, que ha sido sentenciado por el delito de Encubrimiento personal por haber coordinado la manera de encubrir y ocultar al acusado Montesinos Torres, en su condición de Jefe del CCFFAA en contubernio con el Coronel PNP Manuel Aivar Marca y el Coronel EP Roberto Edmundo Huamán Azcurra, luego que éste retornara de Panamá el veintidós de octubre del dos mil acompañado de Manuel Túllume Gonzáles, disponiendo Villanueva Ruesta que un helicóptero del Ejército Peruano los recogiera conjuntamente con sus acompañantes desde la base ubicada en Pisco para transportarlos hasta la Base Aérea de Las Palmas (Exp. 08-2001, 1era. Sala Penal Especial, sentencia del 15 de diciembre del dos mil tres, sobre la que recayó la Ejecutoria Suprema del dos de agosto del dos mil cuatro emitida por

la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 730-2004).

63. Conforme lo detalla el testigo Manuel Túllume Gonzáles, en su testimonial de fojas 4275, el día veintidós de setiembre del dos mil, Montesinos Torres lo llamó para pedirle que le alistara el teléfono encriptado y al día siguiente le comunicó que viajaría con él a Panamá para realizarle el enlace de comunicación por intermedio de dicho teléfono con el ex Presidente Alberto Fujimori y los Comandantes Generales; por lo que le pregunta cómo iba a viajar sin tener una papeleta de comisión, a lo que *"...Montesinos Torres me acerca donde estaba el ex Comandante General y le menciona que yo viajaría con él ....., respondiendo el General Villanueva que viajara y que luego regularizaría sus documentos";* lo que denota la estrecha relación con Montesinos Torres y desvirtúa su versión, en el sentido que las imputaciones que éste le formula obedecen a que aconsejó al ex Presidente Fujimori Fujimori para que lo denunciara luego de la difusión del vídeo Kouri-Montesinos.

64. En conclusión en la conducta de Villanueva Ruesta se dan los presupuestos previstos en el artículo 428 del Código Penal, toda vez que se trata de un agente oficial que a través del oficio 2041-CCFFAA (documento público) insertó hechos falsos, como la existencia del Plan Soberanía que está demostrado no existió, constituyendo el antecedente para que a su vez se gestara un Decreto de Urgencia con contenido también falsos. Asimismo, se dio la condición objetiva de punibilidad, ya que finalmente con la secuencia documental, se afectó el patrimonio del Estado con cincuentidos millones quinientos mil nuevos soles,

hecho constitutivo del delito de Peculado, imputado a los demás implicados a título de autores o partícipes, ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema y este Colegiado.

Determinación de Responsabilidad del acusado Jalilie Awapara respecto de los delitos de Falsedad Ideológica y Peculado.

65. La defensa de Jalilie Awapara se basa en que actuó conforme a la normativa legal cuando en horas de la tarde- cuatro a seis- del veintidós de setiembre del dos mil, el ex Ministro Boloña Behr le entregó a la mano los reiteradamente citados Decretos de Urgencia 081-2000 y oficio 11338 MD/3 suscrito por Bergamino Cruz, culminando su intervención cuando dio instrucciones a Marcelino Cárdenas para que atendiera el requerimiento. Con esta versión se excluye todo tipo de conocimiento respecto de la emisión de esta norma, del citado oficio y de cualquier gestión para la entrega del dinero al Ministerio de Defensa; y con ello, del conocimiento previo o simultaneo, de que sería entregado a Vladimiro Montesinos Torres por un concepto ilegal -compensación por tiempo de servicios-, que según Ley no le correspondía en un importe tan elevado, ya que éste al inicio de su instructiva a fojas 1564, refiere que en su condición de Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional hasta el catorce de setiembre del dos mil percibió un sueldo de mil trescientos a mil quinientos nuevos soles.

66. El Colegiado no comparte esta tesis, por el contrario estima que

Jalilie Awapara participó en la ejecución del requerimiento con pleno conocimiento que el dinero sería entregado a Montesinos Torres. La prueba de cargo consistente en la imputación de Bregamino Cruz se encuentra corroborada con otras que sustentan esta conclusión. En efecto, Bergamino Cruz en su indagatoria de fojas 39, dijo "*... se formuló el oficio 11338 de fecha 22 de setiembre del 2000, en el que se solicitó la cantidad indicada y se tomó contacto con el señor Alfredo Jalilie Vice Ministro de Hacienda, el cual indicó que ya tenía conocimiento de la necesidad del SIN y que estaba consiguiendo el dinero y que lo tendría ese mismo día";* versión que ratifica en su testimonial de fojas 2099 al afirmar que en horas de la mañana Jalilie lo llama y le dice *"estamos haciendo los esfuerzos necesarios para conseguir quince millones de dólares",* imputación reiterada a fojas 7054 y en la respectiva confrontación en la que enfáticamente mantuvo su posición (fojas 7078).

67. Si bien Bergamino Cruz ha sido sentenciado por estos hechos, lo que obliga a evaluar su declaración con las reservas del caso, el Colegiado la valora en un contexto integral. Otra prueba de cargo la constituye la testimonial de Muente Schwarz, quien en el acto oral sostiene que luego de elaborar el Oficio 11338-MD/3 por orden de Bergamino cruz se dirigió a Economía y Finanzas para dejar las copias del mismo: una para el Ministro del Ramo, otra para el Vice Ministro de Hacienda y otra para el Director General de Presupuesto Público, quienes tenían que conocer de la gestión para dar el visto bueno, **entregándolas entre las ocho y media y nueve de la mañana** en las respectivas secretarías. Que vio a Jalilie Awapara en la rotonda y conversó con él sobre la gestión; que Cárdenas Torres en el ascensor le dijo que ya estaba aprobada la entrega del dinero y

también vio a Reynaldo Bringas cuando dejó el documento, por lo que le manifestó *"...que traía una gestión por los cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles para que el Ministerio pudiera manejarlo y empozarlo a la cuenta del Ministerio de Defensa en el Banco de la Nación"*, sin que le haya mencionado que necesitaba moneda extranjera.

68. Matilde Pinchi Pinchi a lo largo del proceso ha sostenido que Jalilie Awapara tomó conocimiento del pedido de los quince millones de dólares, dos o tres días antes del veintidós de setiembre del dos mil, ya que escuchó que Montesinos Torres lo llamó por teléfono para el retiro de dicha suma, efectuando éste constantes llamadas al Presidente Fujimori Fujimori, Jalilie Awapara, Boloña Behr y Bergamino Cruz; y que el veintidós de setiembre Montesinos Torres le contó que había llamado a Jalilie Awapara (Indagatoria de fojas 485 y testimonial de fojas 1851 y 4135; y en juicio oral en la sesión 14, fojas 7364). Versión corroborada por el propio Montesinos Torres quien en su instructiva refiere que Jalilie Awapara tuvo conocimiento de la operación (fojas 3225).

Respecto de esta testigo, el Colegiado tiene en cuenta que su versión ha sido uniforme y ha sido corroborada por las versiones de otros testigos y de algunos procesados. Así, ella sostuvo que el Presidente envió una Comisión de Ministros para convencer a Montesinos Torres para que renunciara al cargo, dato que ha sido corroborado por los ya citados Salas Guevara Schultz, Trazegnies Granda y Boloña Behr. Ella refirió que el dinero que Montesinos Torres solicito era por su retiro del país y en concepto de compensación por tiempo de servicios, dato que Montesinos Torres acepta y corroboran Aybar Marca, Huerta Caballero, Stone

Cohen y Sudit Wasserman. Ella sostuvo que éstos dos últimos, días previos al veintidós de setiembre del dos mil, llegaron a las instalaciones del SIN y se llevaron los quince millones de dólares, datos que han sido corroborados por los dos antes citados en cuanto a su estadía en el SIN y por Stone Cohen, respecto de que recibieron el dinero.

Por tanto, se trata de un testimonio creíble; y en cuanto al reporte de llamadas telefónicas que acreditarían que no se estableció comunicación telefónica entre Montesinos Torres y Jalilie Awapara días previos al veintidós de setiembre, el Colegiado valora la testimonial de Ada del Pilar Loli Chávez, quien se desempeñó como secretaria de Jalilie Awapara y si bien refiere que no recibió llamadas de Montesinos Torres, Bergamino Cruz o del ex Presidente Fujimori Fujimori entre el diecinueve al veintiséis de setiembre del dos mil, también refiere que en dicha oficina además de los teléfonos normales había un teléfono confidencial de tres cifras, el número 243 (Ver fojas 2279).

69. Por otro lado, Jalilie Awapara sostiene que cumplió con la ley y que no podía observar una norma como es el Decreto de Urgencia que tiene rango de ley; norma que conforme él refiere a fojas 7030, no siguió el trámite normal, pues *"...los decretos de urgencia, se elaboran en la Dirección Nacional de Presupuesto, luego pasan a la Dirección General del Tesoro en algunos casos, luego a la Dirección General de Asesoría jurídica y luego de todos esos informes pasan al Vice Ministro de Hacienda para su visto y para elevar ello a la Secretaría General para que llegue al Ministro para que lo lleve al Consejo de Ministros. El Vice Ministro no elabora decretos, simplemente visa decretos que*

han sido elaborados por las Direcciones Generales anteriormente descritas". Según su dicho, el DU 081-2000 no siguió este trámite, porque era muy especial, *sui generis,* ya que autorizaba al Tesoro a entregar recursos de Tesorería y recién a fin de año se regularizaría la operación, siendo la primera vez que veía este tipo de norma.

70. El Colegiado considera que es correcto lo afirmado por Jalilie Awapara, él no podía observar un decreto de urgencia que tiene rango de ley conforme el artículo 200 inc. 4 de la Constitución Política, pero este impedimento no lo libera de su obligación de que el trámite a seguir para su ejecución sea normal, regular, más aún por la suma requerida y dado el contexto histórico en que fue emitida y ejecutada. Por tanto, si bien Jalilie Awapara con su versión pretende justificar la inexistencia de antecedentes en el Vice Ministerio de Hacienda, empero esta justificación no es válida, resultando incongruente que el oficio 11296-MD-H/3 del veinticinco de agosto del dos mil, tuviera una hoja de ruta pese a que quedó como una demanda pendiente de atender, y el oficio 11338-MD/3 del veintidós de setiembre del dos mil, mediante el cual se solicitó el requerimiento a cuenta de una suma elevada, le haya sido entregado a la mano por el ex Ministro Boloña Behr; y éste a su vez, a la mano se lo entregue para su ejecución a Marcelino Cárdenas Torres, en su condición de Director General del Tesoro Público.

71. Asimismo, Jalilie Awapara no hizo ninguna observación a un trámite a todas luces irregular; sin embargo, el citado Cárdenas Torres, su inferior jerárquico, pese a que la norma era mandatoria, abierta, que podía realizarse sin el libramiento, conforme así lo han explicado en juicio oral, exigió tal documento;

motivo por el cual pese a que la suma requerida ya se había convertido en dólares -cuya gestión de compra le fue comunicada a Miguel de Priego Palomino desde las diez de la mañana-, recién fue entregada a Muente Schwarz en horas de la noche. Libramiento sin el cual *"...Tesoro Público del Ministerio de Defensa no podía cobrar el dinero procedente del Tesoro Público para el crédito solicitado"* (testimonial de Marcelino Cárdenas Torres de fojas 1744)

72. Además no resulta congruente la versión de Jalilie Awapara en el sentido de verse precisado a atender el requerimiento por la sola disposición de su superior jerárquico, aun cuando se aduzcan razones de seguridad nacional; y respecto de las cuales Jalilie Awapara y Boloña Behr dan versiones distintas. En efecto, el primero sostiene que el segundo lo llama entre las cinco o seis de la tarde, indicándole que baje inmediatamente, y le dijo que: *"... acababa de llamar el Presidente diciéndole que había un problema de seguridad nacional en la frontera con las FARC, y esto tenía que ser atendido en el acto. Yo le dije a esta hora, Boloña me dijo sí, metió la mano a su bolsillo, saca su lapicero y de puño y letra coloca en la parte superior del oficio de Bergamino: señor Vice Ministro su atención inmediata, y me indicó esto se hace hoy en este momento"*. Sin embargo, Boloña Behr, en juicio oral a fojas 7085 vta., refiere que entregó copia del Decreto de Urgencia a Jalilie Awapara y le dice que por razones de seguridad nacional proceda a hacerlo con la rapidez del caso pues el Presidente le había solicitado; y que no entró en detalles para decirle que habían razones de gobernabilidad porque el Presidente le pidió reserva al respecto.

73. Tema de urgencia que no resulta del todo exacto debido al contexto político social, pues no estábamos en guerra, no existía la necesidad del requerimiento, porque en el país lo que existía era una gran crisis política generada por los actos de corrupción descubiertos a raíz del vídeo Kouri-Montesinos. Además, el argumento cae por su propio peso, cuando el tres de noviembre del dos mil el dinero es revertido a favor del Estado, porque según el oficio de la misma fecha, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas revaluó la situación llegando a la conclusión que por el momento no era necesario poner en ejercicio los planes contemplados.

74. Asimismo, el Colegiado tiene en cuenta los hechos ocurridos el dos y tres de noviembre del dos mil. En el primer día, se llevó a cabo en Palacio de Gobierno una reunión entre el Presidente Fujimori Fujimori, Boloña Behr y Jalilie Awapara. Según refiere Boloña Behr, fueron convocados por el primero, solicitándole a Jalilie Awapara que lo acompañara y cuando llegaron a Palacio, éste les preguntó que se hace con los fondos de Defensa que no han sido para las FARC, contestando ambos que ese fondo se devuelve al Tesoro, versión que Jalilie Awapara corrobora. Que luego llegó Bergamino Cruz, y el Presidente le dice los fondos no utilizados para las FARC hay que devolverlos, preguntando éste cómo se haría, respondiendo Jalilie Awapara que al no conocer los procedimientos operativos eso lo tenían que ver en el Ministerio de Economía y Finanzas, viendo que Bergamino Cruz se retiró de Palacio de Gobierno llevándose cuatro maletas; y que inclusive por cortesía ayudaron a empujarlas al ascensor.

75. Frente a estas dos versiones, Bergamino Cruz ha sostenido que luego que Montesinos Torres viajó a Panamá, exigió la devolución del dinero a Jalilie Awapara, llamándolo en reiteradas oportunidades, hasta que logró que se devolviera dicha suma, lo que ocurrió el dos de noviembre precisamente en la reunión en que participaron Fujimori Fujimori, Boloña Behr y Jalilie Awapara. En la confrontación sostenida entre Bergamino Cruz y Jalilie Awapara a fojas 7079, el primero fue enfático en sostener que en dicha reunión Fujimori Fujimori **le entregó cuatro maletas con dinero y que inclusive Boloña Behr y Jalilie Awapara vieron el contenido de la cuarta maleta,** que éste último ayudó a arrastrarlas ya que pesaban y Boloña Behr empujó con el pie. Ante estas versiones totalmente opuestas, corresponde al Colegiado apreciarlas conforme lo establece el Código Adjetivo; considerando que lo sostenido por Bergamino Cruz que ratifica la conclusión arribada, en el sentido que Jalilie Awapara conocía antes de las cuatro de la tarde del veintidós de setiembre del dos mil, que el dinero se entregaría a Montesinos Torres y no estaba destinado a razones de seguridad nacional; y que pese a ello dispuso la ejecución del requerimiento, inobservando de este modo su deber de cautelar el patrimonio del Estado.

76. Participación de Jalilie Awapara que se corrobora aún más con lo ocurrido el tres de noviembre del dos mil, en que se revierte el dinero presuntamente no utilizado por el Ministerio de Defensa a favor del Tesoro Público. Muente Schwarz a fojas 7298, refiere que Jalilie Awapara se comunicó con él para tener una reunión en el Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de coordinar las acciones para la devolución de los quince millones de dólares, que cuando llegó ya se encontraban, Bringas Delgado, Cárdenas Torres, Miguel de

Priego Palomino y Jalilie Awapara, quien dijo *"...por fin se va a solucionar el problema de los quince millones de dólares..."*, ordenándole al último que realice todas las gestiones, lo que efectuaron a través de Prosegur, solucionándose el problema. Jalilie Awapara respecto a esta reunión refiere que Muente Schwarz llega a su oficina a las diez de la mañana y que había convocado a Cárdenas Torres y Miguel de Priego Palomino, pidiéndole al primero explique a Muente Schwarz el procedimiento de la devolución y al segundo "*..vea como se hace la operación de la devolución"*, y allí concluyó su intervención.

77. Esta reunión confirma que el pedido de Bergamino Cruz para la devolución del dinero mereció atención por parte de quienes estuvieron implicados en su gestión y ejecución, entre ellos el propio Bergamino Cruz, Boloña Behr y Jalilie Awapara. Resultando que en la misma estuvo Bringas Delgado, quien resultó ser la persona que el día veintidós de setiembre del dos mil, sin que se haya autorizado el Libramiento N° 00450, entre las diez a once de la mañana, conforme se ha detallado en el párrafo 34 efectúa una llamada al Banco de la Nación, transmitiendo la operación que realizaría el Ministerio de Defensa; por lo que se inició la compra de los diez millones de dólares.

78. Por tanto, aún asumiendo la tesis exculpatoria de Jalilie Awapara de haber actuado conforme a las disposiciones legales al dar cumplimiento a la orden del ex ministro Boloña Behr; y que éste le comunicó que el problema de seguridad nacional tenía relación con el tema de las FARC, y así lo creyó al relacionar el DU 081-2000 y el oficio del veintidós de setiembre del dos mil, con el oficio que le fue derivado el veintiocho de agosto del mismo año; dado el contexto político

social que se vivía, la naturaleza *sui géneris* de la norma, el hecho de que el requerimiento efectuado en agosto no fue atendido por falta de presupuesto; y su amplia experiencia en Política Económica y Financiera; estaba en perfectas condiciones de inferir razonablemente que la disposición que se le impartió era a todas luces ilegal.

79. En conclusión, en la conducta de Jalilie Awapara se dan los presupuestos previsto en el artículo 428 del Código Penal, ya que en calidad de partícipe utilizó un documento con contenido falso, pues conocía que el dinero requerido no era para fines de seguridad nacional sino para fines distintos a los que se establecen en una norma de urgencia de carácter secreto; con su actuar participa en la concreción del documento de contenido falso, permitiendo a su vez la materialización del delito de Peculado, previsto en el artículo 387 del citado Código, constituyendo su intervención un aporte fundamental, por lo que debe responder a titulo de cómplice primario.

80. Finalmente, el Colegiado deja establecido que en esta operación de ejecución del requerimiento que concluye con la entrega del dinero al ya sentenciado Montesinos Torres habrían participado otros funcionarios, pues la pruebas aportadas permiten afirmar que se trató de una operación concertada, en la cual se cometieron irregularidades que merecen ser investigadas. Por citar dos ejemplos: **a)** Según la Nota operaciones en trámite acreedores N° 291602 de fojas 12 y el Mandato de salida a caja de fojas 13, el abono a la cuenta del Ministerio de Defensa fue por **cincuentidós millones doscientos mil nuevos soles para adquirir quince millones de dólares al tipo de cambio 3.48 nuevos soles,** sin

que Samuel Acero Huamán y Manuel Velarde Centurión en sus testimoniales de fojas 2148 y 1846 - los que no fueron ofrecidos como testigos en juicio oral-, hayan explicado el por qué del cambio de importe consignado en la Nota de fojas 12 que establece un tipo de cambio menor y por ende una suma menor; sin embargo, en la liquidación de la venta de moneda extranjera 436068, el tipo de cambio es **3.50 nuevos soles,** lo que equivale al importe requerido de cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles (documentos de fojas 10 y 11); **b)** Asimismo, se ha sostenido en juicio oral que por la extrema urgencia para ejecutar el requerimiento, el oficio 11338-MD/3 del veintidós de setiembre del dos mil no tuvo hoja de ruta y se atendió en el acto, versión corroborada por la testigo Irma Roxana Córdova Sunico, Secretaria General del Ministerio de Economía y Finanzas, en cuanto al trámite, refiere que dicho oficio *"...no ingresó ni por trámite documentario ni por Secretaría General porque no tiene la Hoja de Ruta ni anotación y las anotaciones que aparecen en la parte superior del oficio lado derecho son del ex Ministro Boloña debajo de estas de Alfredo Jalilie..."*. Sin embargo, el diecinueve de marzo del dos mil dos, el Ministro Pedro Pablo Kuczynski remite el documento de fojas 4053, que **contiene la hoja de ruta del oficio 11338-MD/3, la que consigna como fecha y hora de registro el *"22/09/2000 07:42:07 PM"*;** y lleva el sello de la Secretaría Privada del Despacho Ministerial del indicado Ministerio, con una derivación al Vice Ministro de Hacienda, fecha de derivación veintidós de setiembre del dos mil.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA PENA

81. Según Jeschek *"La determinación judicial de la pena no solo comprende la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de inimputabilidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las consecuencias accesorias"* (Hans Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal, Volumen II).

A efectos de determinación de la pena, debe garantizarse que la sanción penal guarde correlación con el injusto penal y la culpabilidad del agente, considerando los fines de prevención general y prevención especial. Para ello se tiene en cuenta también la dosis de la pena establecida en los tipos penales realizados, es decir, la **pena-tipo**, que es el castigo que el legislador ha previsto para la tipología en cuestión, lo que implica la pena legal en abstracto, cuya duración estará establecida en el Código entre un mínimo y un máximo, lapso en el cual el órgano judicial determinará la duración que más se adecué al agente y a las circunstancias concurrentes (José LLorca Ortega. Manual de determinación de la Pena, 5ta. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, página 22). Sobre este punto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en **la Ejecutoria vinculante recaída en el Recurso de Nulidad N° 1766-2004 del veintiuno de setiembre del dos mil cuarto,** ha establecido en los casos de Conclusión anticipada del proceso *"Que el Colegiado está facultado a recorrer la pena en toda su extensión"*, facultad que a criterio del Colegiado es extensiva en todos los casos, y que en el caso concreto se extiende de dos a ocho años de pena privativa

de libertad, considerando la agravante específica del artículo 46-A para el delito de Falsedad ideológica.

82. En nuestro ordenamiento, para efectos de determinación de la pena, el Colegiado tiene en cuenta los diversos criterios establecidos en los artículos 45 y 46 del Código Penal, porque como bien se afirma *"... se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible…"* (Víctor, Prado Saldarriaga. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Palestra, Lima, 1999, página 270). El artículo 45 del Código Penal establece los criterios para la determinación de la pena: Las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. El artículo 46 a su vez establece los principios para la medición de la pena, a los que el Juez recurrirá atendiendo la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad; consagrando en once incisos los principios que el Juez debe tomar en cuenta para la graduación de la pena.

83. En base a estos criterios, el Colegiado observa que el acusado **JOSÉ GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA** llegó a ocupar el más alto grado dentro su institución, el Ejército Peruano; en igual sentido el acusado **ALFREDO JALILIE AWAPARA,** quien ocupó puestos importantes en el Ministerio de Economía y Finanzas; que ambos provienen de un medio social sin carencias, por lo cual es posible formularles un reproche social por las conductas asumidas, y

que éste último no registra antecedentes penales. Asimismo, el Colegiado considera que estamos ante un concurso real heterogéneo; la naturaleza de la acción, la misma que fue planificada, y en la que intervinieron diversos agentes pues este proceso constituye una unidad, que se ha dividido por razones de competencia funcional, en atención a lo dispuesto por el artículo 34 inciso 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

También se tiene en cuenta los medios empleados, los que fueron de orden político normativo; que la imputación que se les formula es a título de Cómplices primarios, por lo que es de aplicación el artículo 25 del Código Pena; y que en este proceso se emitió una condena para el instigador de estos hechos, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, expresando su conformidad la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

IX. REPARACIÓN CIVIL

84. Para los efectos de la Reparación civil, el artículo 93 del Código Penal, dispone que ella comprende: **a)** La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y, **b)** La indemnización de los daños y perjuicios. Entiéndase que este concepto debe ser fijado teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para ello debe guardar correspondencia con el daño ocasionado al agraviado.

En este caso concreto, el Colegiado considera que se afectó el patrimonio del Estado, pues que si bien el tres de noviembre del dos mil se restituyó al Tesoro

Público los cincuentidós millones quinientos mil nuevos soles, también es verdad que el dinero que restituyen es otro, cuyo origen es incierto. Que el dinero permaneció cuarentiún días sin haber sido utilizado; y por el contrario pone en evidencia el mal manejo del patrimonio del Estado por quienes precisamente se encuentran obligados a cautelarlo adecuadamente. Se deja constancia, que en este caso la Reparación civil no comprende la restitución de la suma antes indicada, pues Villanueva Ruesta y Jalilie Awapara no se han beneficiado con este dinero, sino la persona para quien estuvo destinado, el sentenciado Montesinos Torres, quien lo entregó a Stone Cohen, que como ya se dijo se sometió a colaboración eficaz.

Asimismo, tiene en cuenta el precedente vinculante establecido en el Recurso de Nulidad N° 216- 2005 del catorce de abril del dos mil cinco, publicado el tres de junio del mismo año, que establece: *"La restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme, esto con el objeto de que: a) exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento. b) se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación. y c) no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestas mediante los artículos noventitrés y noventicinco del Código Penal".*

DECISIÓN:

Por los fundamentos antes expuestos, la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de conformidad con los artículos 12, 23, 25, 28, 29, 36 incisos 1 y 2, 45, 46, 92, 93, 387, 425 inciso 5, 426, 428 y 432 del Código Penal, concordado con el 3er párrafo del artículo 41 de la Constitución Política; y artículos 265 y 280 al 283 y 285 del Código de Procedimientos Penales**,**

FALLA:

I. DECLARANDO INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN, deducida por el acusado **JOSÉ GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA,** en el proceso que se le sigue como **cómplice primario** del delito contra la Fe Pública – Falsedad Ideológica, en agravio del Estado.

II. CONDENANDO: a **JOSÉ GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA**, como **cómplice primario** del delito contra la Fe Pública - Falsedad Ideológica, en agravio del Estado; y como tal le **IMPUSIERON CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD,** que con el descuento de carcelería sufrida desde el veinticinco de junio del dos mil uno según resolución de fojas 1531 que dispone su detención preventiva, hasta el diez de agosto del mismo año que se hace efectiva la libertad dispuesta mediante resolución del nueve de agosto de fojas 301 del respectivo cuaderno incidental que Revoca el mandato de detención por comparecencia con restricciones, vencerá el **treinta de noviembre del dos mil**

nueve; **CIENTO OCHENTA DÍAS-MULTA,** estableciéndose como importe de un día-multa el Treinta por ciento del ingreso promedio diario del sentenciado, que deberá pagar dentro de los diez días de pronunciada la presente sentencia, bajo apercibimiento de procederse a su conversión conforme a lo establecido en el artículo 56 del Código Penal en caso de incumplimiento; e **INHABILITACION** por el plazo de **dos años; DISPUSIERON**: Que por Secretaría se curse el oficio correspondiente para que se proceda al internamiento del sentenciado en un establecimiento penal.

III. CONDENANDO: a **ALFREDO JALILIE AWAPARA**, como **cómplice primario** de los delitos contra la Administración Pública -Peculado; y contra la Fe Pública -Falsedad Ideológica, ambos en agravio del Estado; y como tal le **IMPUSIERON CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**; que se computará desde la fecha y vencerá el **quince de enero del dos mil diez**; **DOSCIENTOS DÍAS-MULTA,** estableciéndose como importe de un día-multa el Treinta por ciento del ingreso promedio diario del sentenciado, que deberá pagar dentro de los diez días de pronunciada la presente sentencia, bajo apercibimiento de procederse a su conversión conforme a lo establecido en el artículo 56 del Código Penal en caso de incumplimiento; e **INHABILITACION** por el plazo de **dos años; DISPUSIERON**: Que por Secretaría se curse el oficio correspondiente para que se proceda al internamiento del sentenciado en un establecimiento penal.

IV. FIJARON: En **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL NUEVOS SOLES**, el importe que por concepto de **Reparación Civil** deberán pagar en

forma solidaria los sentenciados, conjuntamente con el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, a favor del Estado.

V. DISPUSIERON: Remitir copias certificadas de los actuados pertinentes al señor Fiscal Provincial y Fiscal Supremo en lo Penal para que actúen conforme a sus atribuciones, según lo establecido en los párrafos 85 y 86.

VI. MANDARON: Que Consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia se expidan los boletines y testimonios de condena, inscribiéndose en el Registro Judicial respectivo, **archivándose definitivamente los actuados**, en el Juzgado de origen. En caso de ser impugnada esta sentencia, nuestro máximo órgano jurisdiccional en materia penal se pronunciará sobre la impugnación concedida con el carácter de diferida conforme se detalla en el párrafo 18.

SS. Baca Cabrera, Castañeda Otsu y Catacora Villasante

CAPITULO IV

DISCUSIÓN

4.1. El "interés" como elemento objetivo o subjetivo del delito de negociación incompatible

4.1.1. Generalidades

En esta exposición me ocupare de analizar el contenido del injusto del tipo penal del artículo 399° de nuestro Código Penal, es decir, del llamado delito de «negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas".

La interpretación que vamos a proponer se apartara de modo considerable de la explicación teórica formulada corrientemente por la doctrina nacional[92].

El motivo de esta propuesta divergente se origina en una profunda preocupación por un problema de indudable trascendencia político-criminal probablemente el de mayor trascendencia después de las tremendas violaciones a los derechos fundamentales del hombre, cual es la gravedad que reviste en el Perú la delincuencia económica cometida por funcionarios, caracterizada por una muy alta cifra negra y una escasísima cuota de esclarecimiento en los pocos casos concretos en que se emprende una investigación.

El problema social base está determinado por factores diferentes que es preciso tener en cuenta a la hora de resolver los problemas interpretativos que

[92] GARCÍA CAVERO, Percy y, CASTILLO ALVA, José Luis (2008). *El delito de colusión*. Editorial Grijley, Lima, p. 23; ROJAS VARGAS, Fidel (2006). *Delitos contra la administración pública*. 4ta Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 239.

presenta este delito. Por un lado, la inexistencia de controles de legalidad durante los regímenes ilegítimos, de facto, y el muy escaso ejercicio del control político de los actos de gobierno durante los periodos de administraciones de justicia. Por otro lado, la limitada idoneidad de los órganos de persecución y de aplicación penal en las instancias administrativas y judiciales. Finalmente, la elevada dificultad probatoria que presentan, en los contados casos que son investigados, los delitos de colusión defraudatoria y negociación incompatible de manera específica en el distrito fiscal de Ancash.

De estos factores diversos, el ultimo -la dificultad probatoria en las formas comunes de delitos de colusión defraudatoria y negociación incompatible quizá pueda ser superado mediante una adecuada interpretación del artículo 399° del Código penal, como la que, según creo, vamos a realizar en este apartado de la investigación.

Y es que la descripción del delito de "negociaciones incompatibles" adolece de una profunda ambigüedad, una textura abierta, en la que se puede advertir muy claramente la diferencia entre el tipo del texto y tipo de la interpretación.

En nuestro doctrina nacional se ha sostenido uniformemente, al igual que en la doctrina española e italiana, que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Publica y el prestigio de los funcionarios; se pretende el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad; es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos . Solo de

modo mediato esta incriminación estaría orientada también a proteger el interés económico de la Administración que, desde luego, con frecuencia quedaría afectado si se admitiera de modo general que quienes se hallan al cuidado de los negocios públicos actúen de modo interesado o parcial.

A pesar de partir de esta explicación satisfactoria del bien jurídico protegido, la doctrina nacional ha explicado este delito de modo sumamente restringido, alcanzando prácticamente solo al caso del funcionario que contrata para si con la Administración en un negocio jurídico estatal en el que el mismo interviene por ella (es decir, un contrato del funcionario consigo mismo). Esta es la interpretación que se ha dado, de manera casi unánime, acerca de lo que significa interesarse en una negociación en la que se interviene en razón del cargo (tipo del texto); y en los casos en los que se ha deslizado algún criterio más amplio.

El resultado ha sido que este delito careció siempre de toda utilidad práctica, tanto desde el punto de vista de la prevención general, positiva y negativa, cuanto desde la prevención especial, como lo demuestra el hecho de que nuestra jurisprudencia, exactamente igual en esto que la española y a diferencia de la italiana, no registra absolutamente ningún caso de verdadera trascendencia. Y no lo registra, no porque no hayan existido casos de funcionarios que "se interesaran"-al menos, en algún sentido posible de esta expresión- en las negociaciones a su cargo, sino porque es lo característico de un estilo de pensamiento dogmático que prescinde de las consecuencias; modelo que no se corresponde con la apertura a las ciencias sociales que la dogmática ha registrado

a partir de los últimos años de la década pasada, por la fuerte presión ejercida; precisamente, por las ciencias empíricas.

La jurisprudencia italiana, por el contrario, ante un texto legal que presenta solo ligeras diferencias con el argentino -y que proviene de un tronco común: el artículo 175° del Código Penal francés de 1810, todavía vigente-, registra innumerables condenas por este delito, gracias a que la Corte de Casación ha hecho una interpretación más dinámica del texto de la ley, en correspondencia, probablemente, con una mayor conciencia del pueblo italiano por el ejercicio responsable del control político.

Los métodos comparativo y teleológico serán las pautas de orientación al desarrollo de la propuesta que se esbozaran en el presente apartado del presente discusión.

4.1.2. El interés como elemento del tipo objetivo o subjetivo

Las cuestiones por resolver se plasman en el siguiente escenario: ¿es lo constitutivo que el autor obtenga un "interés" en una negociación en la que interviene, o es determinante más bien que el autor intervenga en una negociación persiguiendo un interés? ¿El tipo penal se realiza (consuma) porque el funcionario concrete un interés (beneficio) o porque actué interesadamente?

Ambas interpretaciones son, en principio, compatibles con la expresión "interesarse en un contrato u operación en que se interviene" (tipo del texto), de manera que el método gramatical no ofrece aquí solución alguna.

La primera interpretación, desde el punto de vista dogmático, condicionara el memento consumativo a la obtención de aquello en que consista el interés del funcionario y probablemente retrasaría también al propio comienzo de ejecución hasta el instante en el que el actor estuviera a punto de concretar el interés. La segunda alternativa, al no caracterizar la conducta por la obtención de un interés, sino por la mera intervención en el acto con miras a un interés futuro no administrativo (desviación de poder, en el lenguaje del Derecho administrativo moderno), adelantaría al comienzo de ejecución y a la consumación misma al momento en que el autor tomare injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración.

Pero las consecuencias prácticas de esta alternativa tendrían acaso mayor repercusión desde el punto de vista político-criminal, por su relación con la dificultad o simplicidad probatoria, porque, según la primera interpretación, la imputación objetiva requeriría demostrar la existencia de un beneficio final (obtener un interés) y la adecuación al tipo exigiría comprobar la identidad entre el interés "representado" (dolo) con el obtenido; conforme a la segunda, en cambio, solo sería precise demostrar que el funcionario actuó con una tendencia beneficiante, con independencia del resultado económico final.

Es posible, a nuestro juicio, resolver rápidamente esta primera cuestión en favor de la interpretación más amplia del tipo penal, porque es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino

que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea; al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa -y para decirlo con palabras de la Corte de Casación italiana- una ingerenza profittatrice; es decir: una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la Administración, por la inserción del interés particular.

La confrontación del problema con el Derecho administrativo, por ejemplo, también muestra a una interpretación amplia como más adecuada, pues es una conquista del derecho moderno que se considere elemento esencial del acto administrativo, el que se haya movido por una finalidad administrativa legítima, y no por un interés particular. El propio vicio de desviación de poder en la teoría, practica y legislación modernas, es una prueba eficiente de ello.

Por consiguiente, el "interés" del que habla el texto es un requisito que se halla exclusivamente en el tipo subjetivo, como un "especial" elemento subjetivo del injusto, que acompaña a la actuación administrativa por razón de cargo.

4.1.3. La delimitación del "interés"

La segunda cuestión que debemos de precisar consiste en la caracterización o indicar las características del interés.

Podemos distinguir aquí dos aspectos: la naturaleza o contenido del interés, y el destinatario o titular del interés.

4.1.3.1. La "naturaleza" del interés

El primer aspecto se refiere a si el interés perseguido debe ser necesariamente de naturaleza económica, o si es suficiente un interés particular cualquiera; por ejemplo, ¿constituye una injerencia de aprovechamiento suficiente para el artículo 399° del Código Penal que, al decidir una licitación, el funcionario elimine a la empresa de su enemigo político?

La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha admitido siempre que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal.

La doctrina nacional y argentina ha dado, sin embargo, también en este punto, una respuesta restrictiva (especialmente, Soler), sobre la base de que nuestra ley se refiere a contratos u operaciones, en tanto el Código Penal italiano menciona a cualquier acto.

En verdad, estos argumentos serían insuficientes, por si solos, para aceptar esa restricción, porque del hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que también el interés perseguido deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico -como ocurre en el ejemplo anterior del enemigo político-, y quedar la imparcialidad de la Administración tan afectada como si se tratara de un interés económico. En todo caso, son razones históricas las que podrían apoyar la interpretación restrictiva, porque en su raíz hispánica este delito nació confundido entre delitos de fraude y exacciones Regales, como sigue llamándose el capítulo pertinente del Código Penal español vigente.

Sin embargo, sea de un modo o de otro, lo; cierto es que este aspecto no reviste la trascendencia practica que se le atribuye; porque el centro del problema social base -como plantee al comienzo- lo constituye, precisamente, el caso de que se inmiscuyan en las contrataciones del Estado, intereses particulares de carácter económico, y no de otra naturaleza.

El caso del enemigo político se halla en una zona marginal. Si se demostrare que este caso también corrompe con frecuencia a la actuación imparcial de la Administración pública, entonces seria acaso plausible intentar también en este aspecto una interpretación teleológica orientada al resultado, es decir, por las consecuencias, incluyendo a estos casos también en el tipo de la interpretación. Entre tanto, la cuestión puede quedar abierta.

4.1.3.2. La "titularidad" del interés.

En cambio, si es decisiva y altamente problemática la cuestión relativa a si el interés ha de ser necesariamente propio, personal del funcionario, o si es suficiente el interés en beneficiar a un tercero.

Desde luego, no pretendo sostener la ingenuidad de que este es el punto decisivo porque los funcionarios tengan la costumbre de delinquir solo altruistamente, beneficiando a sus amigos antes que a sí mismos, sino por una dificultad procesal, probatoria, que explicare en un momento.

También en este sentido la interpretación gramatical admite ambas posibilidades; pues si bien el reflexivo "interesarse" alude a que el propio funcionario "se interese", esto, de todos modos, no demuestra que quede afuera

del texto el caso del funcionario que “se interesa” por un tercero, porque esta también es una manera de actuar interesadamente.

4.1.3.3. La interpretación teleológica del interés

Solo es posible, entonces, orientar la interpretación teleológicamente, en correspondencia con el bien jurídico tutelado y con los resultados de la interpretación desde el punto de vista del problema social que se halla en la base de la discusión.

Parece evidente que, desde el punto de vista de la transparencia e imparcialidad de la actuación de los órganos administrativos, es absolutamente irrelevante que la finalidad espuria consista en beneficiarse a sí mismo o a un tercero. La imparcialidad de la Administración no se halla más afectada por el hecho de que la desviación de poder tienda a beneficiar al autor, que a cualquier otro.

Si partimos de esto, y tenemos en cuenta además que consecuencias derivarían de una interpretación, y de otra, creo que será sencillo tomar una decisión capaz de obtener el consenso suficiente.

Nos enfrentamos, de hecho, al siguiente problema político-criminal.

Es muy extraño que un funcionario aparezca como el contratante de la Administración en una contratación que él debe decidir como funcionario. Esto solo ocurre en, jerarquías muy inferiores de los cuadros administrativos y en contrataciones de importancia escasa o nula. En las grandes contrataciones, en

aquellas en que están claramente en juego “intereses supraindividuales”, el funcionario adjudica el concurso a la empresa con la que lo unen acuerdos patrimoniales no demostrables; y, entonces, cualesquiera que sean las irregularidades administrativas que cometa para adjudicar el negocio a “su” empresa -lo cual es, con frecuencia, más fácil de comprobar de lo que parece-, nunca se podrá acreditar la real vinculación económicos entre el funcionario y el “tercero” (es decir, los acuerdos ocultos) .

De manera que una interpretación restrictiva dejaría a la más importante constelación de casos fuera de la adecuación al tipo, y este artículo del código penal estaría condenado, en su utilidad social, al más absoluto destierro, como supo hacerlo la práctica.

No sería acertado argumentar que una propuesta de interpretación amplia con la orientación que hemos sugerido contravendría el principio de inocencia; toda vez, se tendrá de trabajar de manera adecuada la prueba mediante indicios, por perseguir la finalidad de simplificar la prueba de uno de los elementos de la adecuación al tipo, ampliando la punibilidad con relación a lo que la ley quiere prohibir. Y no sería acertado justamente porque -como he dicho- el bien jurídico protegido se halla idénticamente lesionado, cualquiera que sea el destinatario final del interés, en la medida en que este interés no administrativo haya tomado injerencia en la actuación del funcionario. Se trata de una problemática análoga a cuando se critica la introducción de figuras de peligro abstracto, sin advertir que la inclusión, de estos tipos penales se justifica precisamente “si ya el mero peligro abstracto es merecedor de sanción”.

Por consiguiente, desde nuestro punto de vista, se hace necesario interpretar, la expresión “se interesa” del artículo 399° del código penal, del modo en que lo ha hecho la Corte de Casación italiana respecto de “tomar un interés privado”. La acción prohibida se configura, entonces, por una injerencia provechosa, es decir, para la manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero. Lo constitutivo es la inserci6n del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusive de la Administración Publica.

Si aceptamos la propuesta, entonces, no solo esta figure podría ser aplicada con buenos resultados preventivo-generales y especiales, sino que dejaría de ser aplicable allí donde no existe ninguna necesidad. Porque si se presta atención a la estructura que sostengo, el mero hecho de contratar con la Administración en la que se actúa no es suficiente para fundar la injerencia de aprovechamiento que sostengo como necesaria. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un funcionario de un banco público que autoriza el otorgamiento de un crédito en favor de una empresa propia, en las mismas condiciones en que lo obtendrá cualquier tercero, y cumpliendo todas las reglas que fueran objetivamente requeridas per la línea de crédito pertinente. ¿Por qué razón este comportamiento caería fuera del orden social tan gravemente como para merecer una pena de hasta 6 años de pena privativa de libertad?.

4.2. Aplicación concursal entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión.

Uno de los problemas de aplicación judicial que enfrenta a diario el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está en encontrar puntos de diferencia con el delito de colusión desleal (Artículo 384° del Código Penal), porque ambos ilícitos tienen zonas comunes en cuanto a su tipificación penal se refieren.

Por ejemplo, ambos son delitos de infracción al deber, cometido por funcionarios y servidores públicos, ambos se tratan de afectaciones al patrimonio del Estado, de manera concreta o potencial, y ahora en la colusión se incorpora un resultado lesivo. Por ello la diferencia entre ambas figuras, aunque parezca paradójico, habría que encontrarlo también en la misma conducta típica de cada delito.

Como es sabido, en la colusión desleal, llamado ahora colusión simple o agravada, el funcionario o servidor público se ha *concertado* con los terceros - interesados para defraudarlos interés de la administración pública (se trata de un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro); o se ha interesado para promover un beneficio personal o de tercero. Mientras que en la negociación incompatible el funcionario o servidor público se interesa en determinadas relaciones contractuales u operacionales, constituyendo, por ende, un acto propio del funcionario o servidor público; es decir, la diferencia estaría en la forma o los medios de afectación del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la

concertación entre dos personas, y el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial.

MINISTERIO PÚBLICO
FISCALIA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA
EN DELITOS DE CORRUPCION DE
FUNCIONARIOS-ANCASH

CEDULA DE CITACIÓN

505 - 2016
Muy Urgente

Caso Nro 1306015500-2015-201-0

NOMBRE: CECILIO CABRERA, WILFREDO

DIRECCION: PJE. DESARROLLO Nº 218 (2DA. CUADRA) NUEVO PROGRESO-INDEPENDENCIA-HUARAZ-H

REFERENCIA: ABOG. LUIS ROBLES TREJO

FINALIDAD: Citación/Declaración

MATERIA: CONCUSION (COLUSION ILEGAL)

Por la presente, queda Usted debidamente **NOTIFICADO,** que, por disposición del Sr.(a) Fiscal WILMER PAREDES REBAZA, se presente a éste Despacho Fiscal, con la finalidad de Citación/Declaración para el dia 1 de MARZO del 2016 a horas 12:00. BAJO APERCIBIMIENTO DE SER CONDUCIDO EN FORMA COMPULSIVA; ASIMISMO SE DEBERÁ APERSONAR A LA PRESENTE INVESTIGACIÓN SEÑALANDO SU DOMICILIO PROCESAL Y DESIGNANDO SU ABOGADO DEFENSOR ADJUNTO COPIAS DE LA DISPOSICIÓN FISCAL Nº 05 DE FECHA 25/01/2016 - DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

IMPUTADO: CECILIO CABRERA, WILFREDO
IMPUTADO: FLORES MIRANDA, WILDER
IMPUTADO: JARAMILLO RUBINA, JORGE
Y OTROS

Sandra Cynthia Rojas Melgarejo
ASISTENTE ADMINISTRATIVO
DISTRITO FISCAL DE ANCASH

Firma y Sello

Fecha de Emisión: 26 DE ENERO DEL 2016.

CIBIO CONFORME — **Caso : 1306015500-2015-201-0**

bre :
ulación :
a y Hora : 28-01-16 2:30
ar :
ono Fijo :

Observ.:
Caract. Domic.:
Sumin. de Agua o Energ. Elect.:

Carpeta Fiscal N° : 2015-201-0.

Fiscal Responsable : Wilmer Paredes Rebaza.

DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

DISPOSICIÓN Nº 05.

Huaraz, veinticinco de enero del año dos mil dieciséis.

I: **DADO CUENTA**: El resultado de las diligencias preliminares realizadas contra **JORGE JARAMILLO RUBINA, WILDER FLORES MIRANDA, WILFREDO CECILIO CABRERA Y SERGIO GABRIEL ACEVEDO MEDINA** como autores del delito contra la Administración Pública- Colusión y de manera alternativa del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo y **CASILDA CLEOFE VEGA TREBEJO** como complice primario Extraneus; contra **JORGE JARAMILLO RUBINA y ZULEMA SANTAMARIA RODRÍGUEZ** como autores del delito contra la fe publica, en su modalidad de Falsedad Generica y contra **SERGIO GABRIEL ACEVEDO MEDINA Y WILDER FLORES MIRANDA** como autor del delito contra la fe publica, en su modalidad de Uso de Documento Falso, en agravio del Estado- Municipalidad Distrital de Huallanca- Bolognesi, debidamente representado por el Procurador Publico Especializado en delitos de corrupción de funcionarios de Ancash;

II.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: OBJETO O DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN:

A) Que, de conformidad con el artículo 159º de la Constitución Política, concordado con el Art. IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público ostenta el monopolio acusatorio, es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, y como tal es el único persecutor autorizado para promover el ejercicio público de la acción penal, asume la conducción de la investigación desde su inicio, y está obligado a

actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los determinen y acrediten responsabilidad o inocencia del imputado, por tanto, Fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito (Sentencia del Tribunal Constitucional No. 2725-2 PHC/TC).

B) Que, el inciso 1) del artículo 336 del Código Procesal Penal establece que, Fiscal: "... *de la Denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción p no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y continuación de la investigación preparatoria.*"

C) En mérito a este dispositivo legal y conforme a lo actuado, este Seg Despacho Fiscal Corporativo Especializado en Delitos de Corrupción Funcionarios, al haber hallado indicios reveladores de la existencia de los de Contra la Administración Pública- Colusión y Negociación Incompatib Aprovechamiento Indebido del Cargo; así como del delito contra la fe pública, e modalidad de Falsedad Genérica y Uso de Documento Falso; y luego de ha verificado que estos delitos no han prescrito, además de haber identificado a posibles responsables de la comisión de estos ilícitos penales y no habiendo ni requisito de procedibilidad que impida la persecución penal; procede co Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria correspondi exponiendo los hechos sustento de imputación y las conductas desplegadas por investigados para la materialización de los delitos imputados.

SEGUNDO : HECHOS IMPUTADOS EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

A) El investigado Wilder Flores Miranda Sub Gerente de Rentas d Municipalidad Distrital de Huallanca, quien mediante comprobante de pago N° 1 de fecha 18 de diciembre del 2014, de la cuenta corriente N° 021-0493-00020 con cheque N° 79387300, recibió la suma de S/ 27,000.00 nuevos soles, importe se gira por encargo para la compra de juguetes, según acuerdo de concejo N° 2014.

B) El Investigado Jorge Jaramillo Rubina, en su condición de Alcalde

contubernio con Zulema Santamaría Rodríguez, secretaria General emitieron y suscribieron el acuerdo N° 074-2014-MDH/A de fecha 27 de noviembre del 2014, documento falso en que se facilitó el desembolso del dinero; mientras que los investigados Wilfredo Cecilio como Gerente de Administración y Finanzas y Tesorero encargado y Sergio Gabriel Acevedo Medina como Sub Gerente de Logística, lejos de cumplir con su misión de manejar el dinero como tesorero, así como llevar adelante el proceso de compras a través de una licitación pública de acorde a ley, debido a que ha sobrepasado los tres unidades impositivas tributarias, sin embargo hicieron lo posible para facilitar la entrega del dinero al investigado Wilder Flores Miranda.

C) Que, si bien es cierto se puede manejar dinero de una institución mediante la figura de encargo, también es cierto que no procede para fines de adquisición o compras, mucho más si el precio de la adquisición o compras sobrepasa los límites que permite la ley, y es la razón que el investigado Wilder Flores Miranda no tenía nada que ver en compras y adquisiciones, por tener el cargo de Sub Gerente de Rentas y que para el manejo del dinero por encargo, previo a su desembolso tiene que existir un acuerdo de sesión de concejo aprobando dicho manejo, aparejado de una resolución de Alcaldía, sin embargo los investigados con alevosía y ventaja sin que exista acuerdo de sesión de concejo ni resolución en ese sentido procedieron a desembolsar los S/ 27,000.00 nuevos soles con la finalidad de defraudar patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Huallanca.

D) Que, en el cuaderno de legajos de acuerdo de consejos que obran en la Municipalidad Distrital de Huallanca, obran dos acuerdos con el mismo número es decir N° 74-2014-MDH/A de fecha 27 de noviembre del 2014, cada uno diferente, en donde los investigados Jorge Jaramillo y la secretaria Zulma Santamaría Rodríguez habrían insertado en las resoluciones supuestos acuerdos de sesión de concejo que realmente nunca se tomaron, es decir se habría falsificado un documento con la finalidad defraudatoria; pues no existe acuerdo en que se lectura la aprobación por unanimidad la donación de 4,000 juguetes para su repartición a los niños por la campaña navideña del año 2014, así como no existe documento alguno que indique que dicha compra se haya suscitado por la petición del párroco del pueblo Juan Reyes Yarleque hechos que se acreditan con la lectura de las actas de sesión de concejo N 41, 42 y 43 respectivamente, donde se aprecia que no existe acuerdo de sesión d

concejo en que se haya determinado la compra de juguetes, así como tampo haya acordado desembolsar dinero por el monto de S/ 27,000.00 mil nuevos sole

E) En el expediente de adquisición de los indicados juguetes existen cotizaciones, dos de la ciudad de Huaraz y uno de Huallanca, pero que no se adq de ninguno de ellos habiéndose finalmente adquirido de Casilda Cleofe Vega Tre según las facturas 000003, de fecha 19 de diciembre del 2014, por el mont S/10,125.00, N° 00004 de fecha 14 de diciembre del 2014 por el monto S/ 6,750.00 nuevos soles y N° 005 de fecha 14 de diciembre del 2014 por el mo de S/ 10,125.00 nuevos soles, siendo además que la orden para realizar cotizaciones son con fecha 12 de diciembre del 2014, según memorándum N° 015 2014-MDH-GAF/WCC, sin embargo las cotizaciones han sido realizadas antes de fecha es decir 08 y 10 de diciembre del año 2014, siendo que finalmente se determinado según pericia que las proformas Nº 000495 de la ferreteria y servi "MACEDO" y Nº 000487 de "MULTISERVICIOS FERRETERIA SILVA", de fecha 08 diciembre del 2014, no proceden de puño suscriptor de Juan Higinio Macedo Agu y Ronal Rolando Silva Yauri.

TERCERO : ELEMENTOS DE CONVICCIÓN RECABADOS EN LA INVESTIGAC PRELIMINAR.

De la revisión de la Carpeta Fiscal, se advierte indicios de la presunta comisión de delitos denunciados, los siguientes elementos a criterio de este despacho,constitu suficientes indicios que sustentan las imputaciones y justifican la Formalización d investigación preparatoria. Tales como:

3.1.- DECLARACIONES:

3.1.1.- Declaración testimonial de Juan Higinio Macedo Aguedo, (*fs. 96-97 de carpeta fiscal*), quien dijo ser el dueño de la Ferretería y Servicios "MACE dededicada a la venta de materiales de construcción, artículos de ferrería y o ubicado en el Jirón Bolognesi Mz. 4 lote 23 y que al habersele puesto a la vis proforma Nº 000495, refiere que si bien es cierto aparece la razón social d negocio, precisa que dicho documento no le pertenece, la letra signada en el cu de dicha proforma no es de su puño y letra, de igual forma el sello de post firma rubrica que

Disponibilidad Presupuestal, el mismo día en que se le solicita realice las cotizaciones, es decir el día 12 de diciembre del 2014, y como consecuencia de ello es que el imputado Wilfredo Cecilio Cabrera con fecha 15 de diciembre del 2014 solicita certificar el pago por el importe de S/ 27,000.00 mil nuevos soles.

Se le imputa haber concertado con los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Huallanca que se encuentran como imputados intraneus, emitiendo facturación por fraccionamientos en montos menores a Tres Unidades Impositivas Tributarias inobservando los procedimientos pre establecidos, conforme a las facturas que se encuentran en la carpeta fiscal.

Se le imputa haberse concertado con los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Huallanca que se encuentran como imputados intraneus, debido a que existiendo proveedores en la ciuda de Huaraz y Huallanca conforme a las tres cotizaciones existentes, lo eligen como proveedora a pesar de tener su domicilio legal en la ciudad de Huaral- Lima, conforme al reporte de la SUNAT.

QUINTO : DE LA TIPICIDAD:

COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

(Art. 384 del Código Penal) (...) "*El funcionario o servidor público que, interviene 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*".

El tipo penal que nos aborda, se tutela fundamentalmente, el deber de los funcionarios y servidores públicos, de velar por los intereses extra patrimoniales (la regularidad de la administración pública) y patrimoniales del Estado, en las diversas negociaciones y en la ejecución de los diversos contratos públicos. Es bajo esa linea, que el patrimonio estatal puede verse afectado por una lesión a puesta en peligro, incluyendose en este último supuesto al perjuicio potencial del interés económico estatal.

Así pues, se trata de un delito especial propio, dado que el agente del delito solo puede ser el funcionario o servidor público. Siendo que el sujeto activo del delito, será siempre el funcionario o servidor público que tiene dentro de sus atribuciones

Por otro lado, ya en la vertiente procesal, conviene realizar un análisis, en cuanto al sistema de libre valoración de la prueba (elementos de convicción en esta etapa procesal) las pericias deben valorarse atendiendo a su unidad, pero sobre todo, de manera conjunta con los demás elementos de convicción que obran en la presente investigación y recabados durante las diligencias preliminares.

En este ámbito valorativo, debe atenderse en el caso concreto, como uno de los aspectos centrales de la imputación: el perjuicio por una supuesta sobrevaloración- aspecto que manifestaría el elemento objetivo de la Colusión Agravada : la defraudación. Partiendo de este elemento fáctico, la valoración de una opinión profesional, como lo es una pericia, pasa por verificar, necesariamente, su contundencia y solidez técnica, que en este particular supuesto exige obligatoriamente un análisis de la calidad y las características y/o especificaciones técnicas del producto adquirido (bienes y servicios).

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO (Art.399 del Código Penal): *"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".*

El delito de Negociación Incompatible 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 jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros.

Este delito busca proteger al deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración.

CORTE SUPERIOR DE ANCASH
Juez: JIMENEZ BACILIO, WALTER AGUSTIN
Fecha: 13/03/2017 17:08:44
Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL
D.Judicial: ANCASH/HUARAZ
FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE ANCASH
Secretario: ROBLES TORRES HIBETH LEGNNY
Fecha: 13/03/2017 19:25:55
Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL
D.Judicial: ANCASH/HUARAZ
FIRMA DIGITAL

3°JUZGADO DE LA INVEST. PREP. - FLAGRANCIA, OAF Y CEED
EXPEDIENTE : 00861-2016-72-0201-JR-PE-03
JUEZ : JIMENEZ BACILIO, WALTER AGUSTIN
ESPECIALISTA : ROBLES TORRES HIBETH LEGNNY
IMPUTADO : FERNANDEZ CHAMBI, MILDER LOLO Y OTROS
DELITO : COLUSIÓN Y OTRO
AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MASIN HUARI ,

AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS
Huaraz, trece de marzo
Del año dos mil diecisiete.-

I. **Antecedentes:**

DADO CUENTA: El OFICIO Nº 471-2017-MP-FN-FPCEDF-ANCASH, presentado por la representante del Ministerio Público, mediante el cual cumple con lo ordenado en la resolución número uno; y, estando al requerimiento mixto, presentado por el Fiscal Anderson Pinto Quiñonez del Según do Despacho de la Fiscalia Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, en la investigación seguida contra **FELICIANA JARA SOTO DE ESPINOZA, ISAAC AURELIO VIDAL BERMUDEZ, ZENON MARQUEZ SANTIAGO (Intraneus) y MILER LOLO FERNÁNDEZ CHAMBI (Extraneus),** por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos- en las modalidades de Colusión agravada y Acusación contra **FELICIANA JARA SOTO DE ESPINOZA, MAURO EDGAR MOLINA SALINAS, AREQUIPO VÍCTOR HERRERA OBREGÓN, JOERL FICHER MALDONADO GUERRERO (Autor Intraneus) y ZENON MARQUEZ SANTIAGO (Cómplice Extraneus),** por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos - en la modalidad de de Negociación Incompatible, en agravio del Estado.

II. **Análisis y valoración contiene fundamentación jurídica:**

2.1. De conformidad con el articulo 345° del Código Procesal Penal, se deberá ***correr traslado*** por el ***plazo de diez días*** a los sujetos procesales, el requerimiento de sobreseimiento instado por el representante del Ministerio Público.

2.2. De la revisión del expediente principal (**00861-2016-0-0201-JR-PE-03**), se advierte que mediante resolución número 04 de fecha 13 de marzo de 2017, se dispuso tener presente la comunicación que ***da por concluida la investigación preparatoria***.

En tal sentido, se emite la siguiente:

III. **Decisión judicial:**

3.1. Tener por **RECIBIDO** el Requerimiento de Sobreseimiento, contra **FELICIANA JARA SOTO DE ESPINOZA, ISAAC AURELIO VIDAL BERMUDEZ,, ZENON MARQUEZ SANTIAGO (Intraneus) y MILER LOLO FERNÁNDEZ CHAMBI**

Hibeth Legnny Robles Torres
Especialista Judicial de Juzgado del Área de APOYO a Cortes Jurisdiccionales del N.P. de Huaraz
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH

Ministerio Público
Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial
Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción
del Distrito Fiscal de Ancash

REQUERIMIENTO MIXTO DE SOBRESEIMIENTO Y ACUSACIÓN

Expediente N° : 00861-2016-84-0201-JR-PE-03
Carpeta Fiscal N° : 1306015500-2015-168-0
Imputado : Feliciana Jara Soto de Espinoza y Otros
Delito : Colusión y otros
Agraviado : Municipalidad Distrital de Masin

SEÑOR JUEZ DEL TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – FLAGRANCIA, OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD DE HUARAZ.

ANDERSON PINTO QUIÑONES, Fiscal Adjunto Provincial (P) del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, señalando domicilio procesal en el Pasaje María Alvarado Trujillo N° 241 – Boulevar Pastorita Huaracina, Distrito de Independencia, Provincia de Huaraz; Casilla Electrónica N°65944; en la investigación preparatoria seguida contra Feliciana Jara Soto Espinoza y Otros, por la presunta comisión de los Delitos contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos – en la modalidad de Colusión y Otros; ante Ud. expongo:

I. PETITORIO:

Luego de efectuada la Investigación Preparatoria con las facultades conferidas en el Artículo 159° numerales 1° y 5° de la Constitución Política del Perú, concordante con el Artículo 11° de la Ley Orgánica del Ministerio Público - D. L. N° 052, habiéndose concluida la misma el día 19 de Enero de 2017, de conformidad al Artículo 344 inciso 1[1] del Código Procesal Penal postulo el presente **REQUERIMIENTO MIXTO:**

1.1.- REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO a favor de **FELICIANA JARA SOTO DE ESPINOZA, ISAAC AURELIO VIDAL BERMUDEZ, ZENON**

[1] Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.

ANDERSON PERIN PINTO QUIÑONES
FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL (P)
Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
DISTRITO FISCAL DE ANCASH

MARQUEZ SANTIAGO (Intraneus), y, MILDER LOLO FERNANDEZ CHAMBI (Extraneus), por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos – en las modalidades de **COLUSIÓN AGRAVADA** delito contemplado en el artículo 384°[2] 2° Párrafo del Código Penal. ***"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"*** y **Peculado Doloso**, delito contemplado en el artículo 387°[3] del Código Penal que establece: ***"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años".*** Sobreseimiento que se sustenta en el supuesto contenido en el **Artículo 344°** numeral 2 literal b) **„El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad"** del Decreto Legislativo 957.

1.2.- REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN[4] contra **FELICIANA JARA SOTO DE ESPINOZA, MAURO EDGAR MOLINA SALINAS, AREQUIPO VÍCTOR HERRERA OBREGON, JOEL FICHER MALDONADO GUERRERO (Autor Intraneus); y, ZENON MARQUEZ SANTIAGO (Complice Extraneus)** por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos – en la modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE,** delito contemplado en el artículo 399°[5] del Código Penal. ***"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 (...)".***

II. REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO.

2.1. Identificación de las Partes.

A. IMPUTADOS.

---

2 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N°30111, publicada el 26 Noviembre 2013.
3 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011.
4 Artículo 349°: La acusación Fiscal será debidamente motivada y contendrá:
a) Los datos que identifiquen al imputado;
b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes y posteriores. En caso de contener varios hechos, independientes, la Separación y el detalle de cada uno de ellos;
c) los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
d) La relación que se le atribuye al imputado;
e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
g) El monto de la Reparación Civil, los bienes embargados o incautados al acusado o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo;
h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia.."
5 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N°30111, publicada el 26 Noviembre 2013.

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: **LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS CONCURSOS EN LOS DELITOS DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL EN EL DISTRITO FISCAL DE ANCASH, PERIODO 2014 - 2015**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
GENERAL: ¿Cuáles son los fundamentos jurídico penales para aplicar de manera coherente la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 - 2015? ESPECÍFICOS: P.1.- ¿Existen razones jurídico penales suficiente para distinguir en la doctrina y jurisprudencia peruana entre el delito de negociación incompatible y colusión desleal? P.2.- ¿Cuáles es el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión en el derecho comparado?	GENERAL: Analizar y determinar los fundamentos jurídico penales para aplicar de manera coherente la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 - 2015. ESPECÍFICOS: O.1.- Identificar y describir las razones jurídicos penales para distinguir en la doctrina y jurisprudencia peruana entre el delito de negociación incompatible y colusión desleal. O.2.- Analizar y explicar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión en el derecho comparado.	HIPÓTESIS GENERAL Existen fundamentos jurídicos penales para aplicar coherentemente la teoría del concurso ideal en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, periodo 2014 – 2015; debido a que en la doctrina y derecho comparado argumentos suficientes que explican la diferencia de estas. HIPÓTESIS ESPECIFICAS H.1.- Las razones para distinguir dentro de la doctrina y la jurisprudencia peruana entre el delito colusión desleal y negociación incompatible, es la correcta aplicación de la teoría del concurso ideal y real de tipos penales; toda vez que estos dos tipos penales provienen de raíces legislativas distintas. H.2.- El tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto al delito de negociación incompatible y colusión desleal en el derecho comparado es contradictorio y disímil, debido al desarrollo dogmático de cada una de legislaciones en su determinado contexto social.	V.I: La teoría de los concursos INDICADORES: • Doctrina. • Normatividad • Disposiciones fiscales • Relación con el proceso penal. V.D. Los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal INDICADORES: • Doctrina • Jurisprudencia • Mandato normativo. • Disposiciones fiscales • Aplicabilidad • Relación de los dos tipos penales	TIPO DE INVESTIGACIÓN: jurídica dogmática – Empírica TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Correlacional PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO **Universo Físico** Estará constituida por el ámbito del distrito fiscal de Ancash. **Universo Social** Está conformado por 10 Jueces penales y 20 Fiscales y 50 abogados y 50 Carpetas fiscales. **Universo temporal** El periodo de estudio corresponderá al año 2014-2015. **Muestra.** • Tipo: No Probabilística • Técnica muestral: Intencional • Marco muestral: Doctrina y jurisprudencia penal. • Unidad de análisis: Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

				INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN a) Ficha de análisis de contenido b) Documentales c) Electrónicos d) Fichas de Información Jurídica PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÓN Para la obtención de datos de la presente investigación se hará a través del método cualitativo lo que permitirá recoger opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en las encuestas y sobretodo, en la jurisprudencia. El recojo de información del trabajo de campo se realizará a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada. Para el estudio de la normatividad se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. Finalmente para la validación de las hipótesis, se formulará en la ejecución del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional.

CONCLUSIONES

1. Para distinguir el delito de negociación incompatible, hacer la diferenciación entre los medios comisivos de ambos delitos, llegándose a establecer en cuanto a la colusión ilegal se requiere concertación de dos personas a mas con la finalidad de "defraudar los intereses del estado", el primero en su condición de garante de los intereses estatales y el segundo lo constituye un particular. Mientras que en el delito de negociación incompatible, requiere el interés del funcionario o servidor público, quien de manera particular actúa en beneficio propio o de un tercero, en su condición también de garante del Estado atenta contra su deber de lealtad con la administración pública.
2. No pueden concurrir en forma simultanea los delitos de colusión desleal y negociación incompatible porque se trata de delitos autónomos, aun cuando tienen puntos coincidentes (funcionarios o servidores públicos – sujeto activo afectación en ambos casos del patrimonio del Estado, de manera concreta o potencial).
3. El delito de colusión ilegal y negociación incompatible son delitos que constituyen tipos penales autónomos eminentemente dolosos, así como de peligro abstracto, así como de peligro concreto, con excepción del segundo párrafo del artículo 384 del código sustantivo, en el que si se exige un resultado. Por otro lado, admiten la posibilidad que se produzca un concurso real de delitos, siempre y cuando los actos comisivos sean producidos en distintos periodos. Por otro lado no se admite la tentativa en el delito de colusión ilegal, esto en razón a que los casos en que no se llega

a determinar la defraudación patrimonial ya se encuentran tipificado en el primer párrafo trescientos ochenta y cuatro del código penal.

4. Excepcionalmente, pueden concurrir siempre y cuando las conductas que desarrolla el sujeto activo configuren ambos tipos penales. Un solo comportamiento no puede calificar para ambos tipos penales, salvo que se presente conductas independientes al mismo hecho. De acuerdo a lo expuesto y cuando se presenten ambos comportamientos estaríamos frente al concurso real de delitos, por ende, al momento de computar en este caso los plazos de prescripción estos serán de manera independiente. Y, finalmente concluimos que en el distrito judicial de Ancash, se tipifica ambos delitos simultáneamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABANTO VASQUEZ, Manuel (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2da Edición, Editorial Palestra, Lima.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal* peruano. 2da Edición, Editorial Palestra, Lima.
3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). "*Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de infracción de deber*". En: Revista Penal Nº 14. Julio, Lima.
4. BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto (2013). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trillas, México.
5. BRIONES, Guillermo (1986), *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México.
6. CARO JOHN, José Antonio (2014). *Manual Teórico y Práctico de Teoría del Delito*. Editorial ARA, Lima.
7. CASTILLO ALVA, José Luis (2015). *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico, Lima.
8. CREUS, Carlos (1990). *Derecho Penal parte Especial*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires.
9. DROMI, Roberto (2000). *Derecho Administrativo*. Tomo II, Editorial Astrae, Buenos Aires.

10. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, disponible en sitio web: http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html.
11. GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Editorial Grijley, Lima.
12. GARCÍA CAVERO, Percy (2014). *"Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos"*. En: Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública. Editorial Juristas, Lima.
13. GARCÍA CAVERO, Percy y, CASTILLO ALVA, José Luis (2008). *El delito de colusión*. Editorial Grijley, Lima.
14. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.
15. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, Mexico.
16. MAURACH, Rehinhart (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Ariel, Barcelona.
17. MILLÁN, Alberto (1970). *"El delito de negociaciones incompatibles"*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, enero-marzo, Buenos Aires.
18. MUÑOZ CONDE, Francisco (1975). *Introducción al Derecho Penal.* Editorial Bosch, Barcelona.
19. OMEBA (1980). *Enciclopedia Jurídica*. Tomo III, Editorial DRISKILL, Buenos Aires.

20. PARIONA ARANA, Raúl (2006). *Participación en los delitos especiales – homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea*, Ara editores, Lima.
21. PARIONA ARANA, Raúl (2011). *"La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias"*. En: Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 19, Enero, Lima.
22. PEÑA CABRERA, Raúl (1997). *Tratado de Derecho Penal – Estudio Programático de la Parte General.* Editorial Grijley, Lima.
23. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1997). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley, Lima.
24. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.
25. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2016). *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*. Volumen 3, Legales Ediciones, Lima.
26. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.
27. RODRIGUEZ HUARADO, Mario y otros (2008) *Manual de Casos Penales – La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Cooperación Técnica Alemana, Lima.
28. ROJAS VARGAS, Fidel (1999). *Jurisprudencia penal comentada*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
29. ROJAS VARGAS, Fidel (2002). *Delitos contra la administración pública*. 2da Edición, Editorial Grijley, Lima.
30. ROJAS VARGAS, Fidel (2006). *Delitos contra la administración pública*. 4ta Edición, Editorial Grijley, Lima.

31. ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid.
32. ROXIN, Claus (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ta. Edición traducida por Cuello-Serrano, Editorial Marcial Pons, Madrid.
33. ROXIN, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Abanto Vásquez, Editorial Grijley, Lima.
34. ROXIN, Claus (2014). *Derecho Penal Parte General – especial forma de aparición del delito*. Tomo II, Editorial Civitas, Madrid.
35. RUEDA MARTÍN, Ángeles (2013). *"Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*". En: Delitos contra la administración pública, Editorial Idemsa, Lima.
36. SÁCHICA, Luis Carlos (1989). *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Editorial Temis, Bogotá.
37. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (2009). *Delitos contra la administración pública – jurisprudencia penal vinculante*. Tomo II, Editorial Idemsa, Lima.
38. SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). *Delitos contra la administración pública*. 2da Edición, Editorial Grijley, Lima.
39. SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *"El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana"*. En: Delitos contra la administración pública, Editorial Idemsa, Lima.
40. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima.

41. VILLA STEIN, Javier (1998). *Derecho Penal Parte General*. Editorial San Marcos, Lima.
42. VILLA STEIN, Javier (2014). *Derecho Penal Parte General*, Editorial ARA, Lima.
43. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal – Parte General*. Editorial Grijley, Lima.