

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PODER JUDICIAL
SALA PENAL PERMANENTE EQUIPO TÉCNICO DE IMPLEMENTACIÓN DEL CPP
SECRETARIA

26 MAY 2017

Lima, 23 de Mayo de 2017

RECIBIDO
Firma:.....Hor:

OF. Nro.3061-2017-S-SPPC

Señorita

SECRETARIA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Presente.-

Por disposición de la Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, tengo el honor de dirigirme a Ud., a fin de **REMITIRLE a fojas 69**, copia certificada de la Sentencia del Recurso de Casación de fecha 16 de Mayo de 2017, expedida por esta Suprema Sala, declarando **por mayoría FUNDADO** el **Recurso de Casación N° 23-2016** por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados C,E,F y G, **INFUNDADO el Recurso de Casación** por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: A,B,D y H.-, Sin Renvió, **CASARON** la Sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2015; Actuando en sede de Instancia, absolvieron a Wilfredo Oscorima Nuñez y otros, **NULA** la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2015, declararon **SIN REENVIO**, actuando en sede de Instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo **CONFIRMARON** la sentencia de fecha 16 de Junio de 2015, **ORDENARON** la inmediata libertad de Wilfredo Oscorima Nuñez y otros, **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31, **MANDARON** se publique en el diario oficial "El Peruano", en el **Proceso Nro. 603-2014**, seguido contra Wilfredo Oscorima Nuñez y otros por el delito contra la administración pública- negociación incompatible- en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, para conocimiento y fines pertinentes.

Dios guarde a usted,




PILAR SALAS CAMPOS

Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

SUMILLA: En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es inexistente, al indicar que los defectos administrativos, en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria, configuran dicho ilícito penal.

Cabe señalar que los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. En ese sentido, este Tribunal Supremo advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia resulta ficticia, no consideró que los defectos administrativos no configuran por sí solos prueba suficiente para arribar a la responsabilidad penal de los procesados; es decir, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría -pese a los defectos administrativos en la contratación- el referido ilícito.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública el recurso de casación excepcional por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal, en razón de los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, Rosaura GAMBOA VENTURA, Walter QUINTERO CARBAJAL, Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES contra la sentencia de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince -obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

I. ANTECEDENTES:

1.1 Según la acusación fiscal -fojas dos del tomo I- se imputa a los recurrentes la comisión del delito de negociación incompatible -artículo 399 del Código Penal- en virtud del proceso de exoneración N° 06-2011-GRA SEDE CENTRAL, el cual se configuró en tres momentos:

a) La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

El 29 de noviembre de 2011 se convocó al proceso de Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL para la adquisición de las maquinarias y equipos para el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico. Pese a existir este proceso, el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, *Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco*, mediante el oficio N° 0938-2011-GRA/PRES-GG del 12 de diciembre de 2011, solicitó ante el Consejero Delegado que se determine una situación de emergencia de atención del sistema vial de la región Ayacucho. Atendiendo a dicho pedido, que habría estado sustentado por estudios técnicos de personal del Gobierno Regional, los consejeros regionales Víctor De La Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar, Rosaura Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales, mediante Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre de 2011, declararon en situación de emergencia la red

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

vial de la región Ayacucho. La Fiscalía imputa la simulación de una situación de emergencia, para que -de esa forma- se convoque irregularmente el proceso de Exoneración por la suma de S/. 20, 000 000.00 soles, lo que habría generado que se cancele el proceso de licitación Pública N° 13-2011-GRA- SEDE CENTRAL, permitiendo que el presidente del Gobierno Regional de Ayacucho -Wilfredo Ocorima Núñez- apruebe, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL, la adquisición de las máquinas que iban a adquirirse en el proceso de Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

b) El proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDECENTRAL

El jefe de abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, Edwin Teodoro Ayala Hinostraza, fue designado como encargado de la adquisición de las maquinarias del proceso de Exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL, mediante el memorándum N° 2438-2011-GERA/PRES-GG del 21 de diciembre de 2011, que fue emitido por el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco. Según la Fiscalía, Ayala Hinostraza habría realizado dicho proceso de exoneración sin cumplir con lo previsto en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. La irregularidad consistiría en haber dado las condiciones para aparentar que se trataba de una licitación pública, sin serlo. Muestra de ello sería la exclusión de los postores Komatsu y Volvo, pues ya habría direccionado la buena pro. Así, se imputa a Hinojosa Vivanco el haber suscrito dicho contrato, pese a que habrían existido una serie de irregularidades, tales como haber realizado pagos a los ganadores, sin respetar el tipo de cambio previsto en la Superintendencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de Banca y Seguros, según lo señalado por el informe pericial contable N° 002-2013-MP-FEDCF-MBS/PAC.

c) Nulidad del Proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El OSCE mediante oficio N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, requirió al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho -Wilfredo Ocorima Nuñez- para que deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, porque -a su entender- no existía situación de emergencia en dicha región. Asimismo, este mismo proceso de exoneración también fue observado por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración. Agrega que, pese a ello, el acusado Ocorima Nuñez -Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho- habría dispuesto continuar con este proceso de exoneración. Muestra de ello sería el haber presentado un recurso de reconsideración, con fecha 5 de enero de 2012, contra el oficio emitido por el OSCE, incumpliendo con dejar sin efecto dicho proceso de exoneración, permitiendo que se le pague a los proveedores en dicho proceso de exoneración observado. El OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA, del 19 de enero de 2012, comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsistían las conclusiones señaladas en el oficio N° E-067-2011/DSU-VVS.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1° INSTANCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

2.1. El requerimiento de acusación y sobreseimiento -fojas 2 del tomo I- señaló que en el extremo a la imputación fáctica de la formalización de la investigación preparatoria por delito de colusión desleal, respecto a que los funcionarios públicos Carlos Andrés Capelleti Zuñiga y otros, se habrían concertado en el proceso de licitación pública con los imputados Jaime Eduardo Gujón Guerra [representante legal de la empresa UNINAQ], Manuel Martín Rojas Álvarez [representante de la empresa FERREYROS S.A.A.], César Chávez Campos [representante de la empresa FERREYROS S.A.A.], Jorge Enrique Martínez Merizalde Ríos [representante de la empresa TRACTO CAMIONES USA] y Luis Ernesto Zapata Ríos [representante legal de la empresa SAN BARTOLOMÉ S.A.]; sin embargo, el representante del Ministerio Público, en el referido extremo, sobreseyó la causa al considerar que no existen suficientes elementos de convicción que acrediten fehacientemente la concertación entre proveedores y los funcionarios públicos.

Cabe resaltar que ante la decisión del representante del Ministerio Público en sobreseer la causa en el extremo señalado líneas arriba, las partes en el control de acusación estuvieron conforme -véase resolución del ocho de enero de dos mil catorce, obrante a fojas ochenta del tomo I-, emitiéndose el auto de enjuiciamiento contra Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa y otros, por delito de negociación incompatible -fojas resolución que obra a fojas ochenta y seis-.

2.2. El proceso tuvo los siguientes resultados: Se declaró prescrita la acción penal a favor de Richard William Reyes Araujo, Carlos Andrés Capelletti Zuñiga, Pavel Torres Quispe y Rafael Americo Vargas Lindo por delito de incumplimiento de funciones. Se absolvió a Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

CUADROS GONZALES de los cargos atribuidos como cómplices primarios del delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho. Se condenó como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; asimismo, se condenó como cómplices primarios del citado ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto LUIS IBARRA SALAZAR, Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL -VÉASE RESOLUCIÓN DEL DIECISÉIS DE JUNIO DE DOS MIL QUINCE, OBRANTE A FOJAS SEISCIENTOS QUINCE-.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2º INSTANCIA

3.1. Ante la resolución precedente, interpusieron recursos de apelación los condenados por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, a título de coautores y cómplices primarios -véase considerando precedente-; asimismo, el Ministerio Público apeló el extremo absolutorio, y el que declaraba la prescripción del delito de incumplimiento de funciones.

3.2. En ese sentido, se emitió la resolución de vista del 18 de noviembre de 2015 -obstante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- que resuelve, por unanimidad: **i)** Confirmar el extremo que prescribe la acción penal del delito de incumplimiento de funciones; y, **ii)** Declaró Nulo el extremo absolutorio. Por otro lado, por mayoría, decidieron: **i)** Confirmar el extremo que condena como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; y, condena como cómplices primarios del referido ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Luis IBARRA SALAZAR, Rosauro GAMBOA VENTURA, Walter QUINTERO CARBAJAL, en agravio del antes citado.

Deliberado la causa en sesión concreta y producida la votación, corresponde dictar la sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el dieciséis de mayo del presente año, a horas ocho y treinta de la mañana.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

4.1. Contra la sentencia del 18 de noviembre de 2015 -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2016 -fojas mil seiscientos once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por esta Suprema Corte a partir del caso concreto son: **1.** La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación. **2.** La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia. **3.** El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia. **4.** El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero. **5.** La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible. **6.** El principio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho. **7.** El significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia (artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). **8.** El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.

A. DE LA ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA EN APELACIÓN - CRITERIOS

4.2. La Prueba.- La definición que se encuentra de la prueba en la RAE -lenguaje común- es: "*razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo*". Esta definición toma dos puntos necesarios de lo que ha de entenderse por prueba al interior del proceso.

El primer punto se encuentra estrechamente ligado a uno de los fines del proceso: el establecimiento de una verdad procesal. Si bien es cierto no es posible una reconstrucción exacta de lo sucedido en el pretérito, es posible aproximarse a la misma mediante la actividad probatoria. Por ende, es necesario realizar una doble diferencia cuando hablamos del concepto de verdad: la verdad en un sentido natural y la verdad procesal. Ambas tienen una característica en común, que se refieren a hechos sucedidos en el pasado, pero la diferencia está en el nivel de proximidad de dichos hechos. Por un lado, la verdad natural refleja fielmente los hechos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

sucedidos en el pasado, sin que algún detalle pueda escaparse a ella. Por otro lado, la verdad procesal es el acercamiento al hecho acaecido, el cual -por su complejidad- ya no puede ser totalmente reconstruido, sino que sólo puede producirse una aproximación que intenta ser lo más cercana a él. El proceso no tiene como objeto buscar la verdad natural, pues ello no resulta -al menos según el avance científico actual- posible. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de justicia, entonces sólo se circunscribe a la verdad procesal.

El segundo punto está vinculado a la forma cómo se alcanza la verdad procesal. Dado que nos encontramos frente a sucesos pasados y sobre los cuales el Juzgador carece de conocimiento alguno, es necesario acudir a un medio para que él pueda reconstruir el suceso histórico. Ese mecanismo es la actividad probatoria, pues mediante la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes el juez puede reconstruir hechos ya acaecidos.

4.3. La doctrina realiza una definición más extensa del tema. Así, Mixán Mass señala que:

"La prueba consiste en una actividad cognoscitiva, metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionamiento con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal."¹

4.4. El derecho a la prueba.- En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el **derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios;** a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia (...)"² [El resaltado es nuestro].

4.5. Asimismo, se entiende que:

"(...) el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que **los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes,** a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos."³ [El resaltado es nuestro].

¹ MIXÁN MASS, Florencio, *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p.303.

² Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, caso MEDINA VELA, fundamento jurídico N.º 15.

³ Cfr. EXP. N.º 01557-2012-PHC/TC, caso NINAHUANCA SOSA, fundamento jurídico N.º 2.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.6. Sin embargo, no podemos olvidar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión⁴. A lo largo del Código Procesal Penal, podemos encontrar una serie de restricciones a este derecho fundamental, las cuales tienen diversos fundamentos.

En lo referente, a la admisión de pruebas en segunda instancia, la disposición legal pertinente es el artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala:

"(...) 2. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:

- a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. (...)"

4.7. Los límites que se precisan en el artículo precedente, buscan evitar que las partes abusen del derecho, e interpongan -maliciosamente- medios

⁴ Cfr. STC 4831-2005-PHC/TC, caso Curse Castro, fundamento jurídico N° 4.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

probatorios en segunda instancia que no puedan ser contradichos. Asimismo, si bien se permite la interposición de medios probatorios ya propuestos que pudieron ser denegados indebidamente, ello se condiciona a la existencia de una reserva. Se entiende que, en tanto exista una reserva, se garantiza el interés que se tiene sobre determinado medio probatorio y su importancia en el caso concreto. Y, por último, la norma procesal busca subsanar la omisión de actuación de prueba que no le es imputable al recurrente; ello en virtud del respeto al derecho de prueba del que éste goza (derecho a que se actúen las pruebas).

4.8. Con los conceptos previos referidos a la prueba y su rango constitucional, cabe preguntarnos si, en efecto, el cumplimiento del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal debe ser irrestricto; o si, por el contrario, merece una interpretación constitucional, que permitiría -según el caso- la flexibilización de la regla, a fin de admitir pruebas legales y pertinentes al proceso. Previo a resolver la interrogante planteada, cabe precisar que, ya en otras oportunidades, esta Suprema Corte ha mantenido una posición abierta respecto a superar formalidades que exige la ley en pos de una interpretación constitucional de la norma procesal para una mejor resolución -siempre respetando los derechos de las partes-. Así, en la Sentencia de Casación N° 07-2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en su fundamento jurídico sexto, indicó que:

"La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.9. Sobre la base de las consideraciones pertinentes, corresponde a este Supremo Tribunal fijar una posición sobre si es o no posible la admisión de prueba -fuera de los supuestos antes mencionados- en segunda instancia.

Con respecto al supuesto del literal "a", del inciso 2 del artículo 422° del Código Procesal Penal, podemos observar que el mismo prevé la clásica excepción al principio de preclusión procesal: la existencia de una prueba nueva, que se configura como aquella que la etapa procesal precluyera, no existía o las partes no tuvieron conocimiento de su existencia. Así, la prueba nueva es la excepción, por excelencia, a las reglas de temporalidad de la admisión de un medio probatorio.

4.10. Respecto a la prohibición de admisión de medios probatorios que fueron indebidamente denegados, sin que exista una reserva formulada, este Tribunal Supremo considera que -igual que en el punto precedente- este artículo es ya una excepción en sí misma.

El supuesto establecido en la norma procesal es que existen medios probatorios indebidamente denegados. Ergo, es la misma norma, la que establece que existió una posibilidad de error por parte del Juzgador de primera instancia en denegar dichos medios. Por ende, para evitar una situación en la cual la verdad procesal no sea debidamente alcanzada, se prevé como salida procesal que el error del Juzgador de primera instancia sea subsanado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.11. Por último, es necesario abordar la causal referida a la admisión de medios probatorios no actuados por causas no imputables al recurrente. Constituye también una excepción a la preclusión de la admisión de la prueba.

En este caso, si fue el propio recurrente quien impidió o generó que dicho medio probatorio no se actúe, resulta claro que la consecuencia será la imposibilidad de que se produzca en segunda instancia. Sin embargo, aun en este supuesto es posible que el medio probatorio se actúe nuevamente, considerando la prevalencia de la obtención de la verdad procesal; no obstante, la actuación se encuentra supeditada a situaciones mucho más restrictivas, como es el caso de una defensa técnica negligente.

4.12. Analizando el caso concreto, el Juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento, que el Gobierno Regional no debió declarar la situación de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del Testigo Experto *Víctor Villanueva Sandoval*, quien -como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales)- consideró que no existía una situación de emergencia -conforme a lo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado-, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia, lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del SINAGERD de la región de Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del SINAGERD, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones mediante la Resolución N° 32 no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto, pues es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD -órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la Ley N° 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no deberían de ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente- para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son sólo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza).

B. CRITERIOS DE ADMISIÓN DE PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIA.

4.17. Respecto a la prueba en segunda instancia en el inciso 5 del artículo 422° del Código Procesal Penal, prevé que:

*"También serán citados aquellos **testigos** -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala **por exigencias de inmediación y contradicción** considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta de juicio."*

4.18. De la norma previamente citada se puede advertir que nuestro legislador sólo ha previsto la actuación de ciertas pruebas -de primera instancia- a nivel de segunda. Uno de esos medios de prueba son las declaraciones testimoniales, cuya necesidad se sustenta en dos exigencias: inmediación, entendida como la vinculación entre el Juzgador

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

y el órgano de prueba, y de contradicción, sometimiento a un test de credibilidad por las partes.

Así, la citada norma se refiere a los testigos, precisando que también sean los agraviados; ello en razón al principio de inmediación y contradicción. Sin embargo, no se regula esta admisión en segunda instancia para pruebas de carácter pericial o documental, entendiéndose que dichos medios probatorios pueden ser valoradas nuevamente por el Juzgador de segunda instancia, sin vulnerar el principio de inmediación.

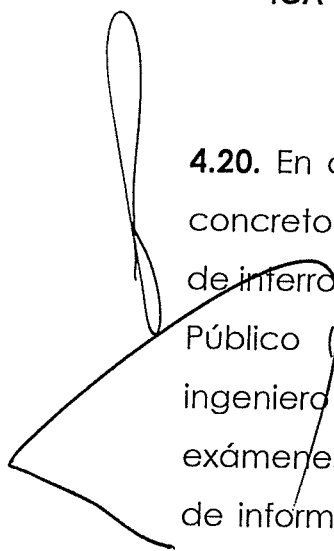
El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que:

"La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, (...)"

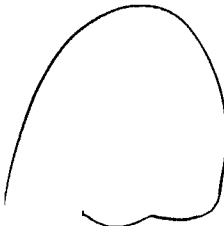
4.19. Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite afirmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial -conforme al inciso 2 del artículo 425° del CPP-; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181 del CPP un examen o interrogatorio al perito, con la finalidad de obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos, y la conclusión que se sostiene. El examen o interrogatorio del perito, será de mayor necesidad si a nivel de segunda instancia se presenta un medio probatorio -nuevo- que contradiga el peritaje realizado en primera instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA




4.20. En consideración a lo señalado, se puede advertir que, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, rechazó el pedido de la defensa de interrogar a los peritos presentados en primera instancia por el Ministerio Público (Examen Pericial N° 05-2012-2-5335, y el informe pericial del ingeniero del 30 de enero de 2013), al considerar que los citados exámenes periciales no adolecían de sensibles defectos legales o déficits de información que impidan el esclarecimiento de los hechos objeto de debate. Este Supremo Tribunal advierte que lo señalado por la Sala Penal de Apelaciones, en dicho extremo es correcto, en la medida que a su consideración no necesitaban del interrogatorio al perito, por tener claro el informe pericial, siendo éste suficiente, pues no existía medio probatorio -nuevo- que lo desacreditará a punto de que se necesite de una mejor explicación por parte del perito especialista.

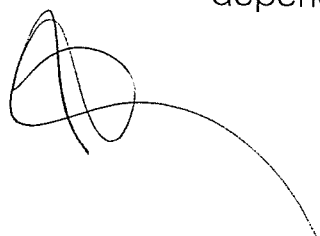


Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundado.

C. EL MÉTODO NECESARIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA



4.21. La resolución del presente tema amerita contar con ciertos conceptos del ámbito procesal, como son el *objeto de prueba*, y el *medio de prueba*. Como se desarrollará a continuación, en principio, el objeto de prueba definirá el medio de prueba idóneo a utilizar, y de este último dependerá la valoración probatoria a realizar.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.22. El objeto de prueba.- Conforme lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 156:

"Son (...) los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito."

4.23. El medio probatorio.- Como ya se señaló, el objeto de prueba es todo aquel hecho y/o realidad susceptible de ser probado. En ese sentido, el medio probatorio es todo aquello que sirve para probar determinado hecho -objeto de prueba-. Así, respecto a los medios probatorios nuestro Código Procesal Penal señala en su artículo 157°, lo siguiente:

"1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos."

4.24. El medio probatorio que se utilice para demostrar la configuración de determinado hecho necesario en juicio dependerá directamente del hecho a probar -objeto de prueba-. Lo señalado permitirá la buscar la idoneidad del medio probatorio que generará el escenario perfecto para una correcta valoración probatoria.

Citado lo anterior, se puede afirmar que ante hechos complejos que se planteen demostrar en juicio, será de aplicar necesariamente el medio probatorio denominado *pericia*. Así, el Código Procesal Penal en su artículo 172, establece que:

"La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica artística o de experiencia calificada."

4.25. En ese sentido, si se pretende demostrar un desbalance patrimonial, más allá de las afirmaciones vertidas por testigos, se requerirá una pericia contable, que en efecto determine el citado desbalance. Asimismo, si hablamos de delitos contra el medio ambiente, en donde se aduzca contaminación sonora, se requerirá una pericia especializada que demuestre que los índices acústicos de determinada zona superan el límite legalmente permitido. Como se aprecia las situaciones planteadas son complejas, requieren conocimientos especializados, y en más de una

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

ocasión nos remite a normativa sumamente detallada -que suele ser ignorada-.

Diariamente se observa que el Derecho Penal se encuentra más involucrado con otras ramas del derecho -ambiental, corporativo, minero, administrativo, entre otros-. Cada una cuenta con normativa e instituciones especializadas, las cuales deben ser de conocimiento del Juzgador, en el extremo que se relacionen con la actividad delictiva. Sin embargo, debido a la sobrepundancia normativa y a la alta especialización, es necesario contar con una opinión jurídica técnica que proponga sólidos criterios de interpretación de la normativa extrapenal.

4.26. En el caso concreto, se ha de determinar la definición de **grave peligro**, en un contexto específico de declaración de **situación de emergencia**⁵. Es preciso señalar el contexto en el que se habla de determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida como:

"Artículo 22.- Situación de emergencia.-

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que

⁵ La declaración de la situación de emergencia es una decisión de una Entidad de carácter particular que intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.

En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley.

El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley."

En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que:

"Artículo 128.- Situación de Emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que **supongan grave peligro**, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

4.27. Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia, no se define, ni precisa qué se debe entender por *grave peligro*, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un *grave peligro* que pueda generar una situación de emergencia.

4.28. El artículo 1 de la Ley N° 29664 -"Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres"-, publicado el 19 de febrero de 2011, establece lo siguiente:

"(Se crea) el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres."

Teniendo dentro de sus objetivos principales:

"a) La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres." (Véase artículo 8 de la citada Ley)

4.29. Asimismo, es importante advertir que conforme el artículo 3 de la citada Ley:

"La Gestión del Riesgo de Desastres está basada en **la investigación científica y de registro de informaciones**, y orienta las políticas,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

estrategias y acciones en todos los niveles de gobierno y de la sociedad con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado."

En ese sentido, dependiendo del riesgo que se busque determinar, el proceso de investigación de nivel científico estará a cargo de instituciones especializadas como son el Instituto Geofísico del Perú, el Instituto Geológico Minero (INGEMET), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), entre otros.

4.30. El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI)⁶, es la institución encargada de determinar el riesgo –nivel- de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave –que generará una situación de emergencia-; asimismo, lo señala este organismo en repetidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión N° 084-2014/DTN, que, en su fundamento N° 2.1.1, señala que:

"En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de

⁶Creado mediante el Decreto Ley N° 17532, el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI) es un organismo técnico especializado del Estado Peruano que brinda información sobre el pronóstico del tiempo, así como asesoría y estudios científicos en las áreas de hidrología, meteorología, agro-meteorología y asuntos ambientales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

consulta, este Organismo Supervisor no puede determinar si una situación en específico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j) del artículo 58 de la Ley."

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un *peligro grave*.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de *peligro grave* a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia –SINAGERD, entre otras- que no involucra a organismos consultores –de opinión- como el OSCE cuya especialidad es otra –Normativa referida a la contratación del Estado-. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierta que ello no depende de un criterio jurídico, sino -ante todo- técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como el SENAMHI. Si ellas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32. Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región de Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N° 012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta, y Vilcashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N° 016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas, y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N° 047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones [conforme se advierte del informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias –véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N° 007-2012-INDECI/11.0, obrante a fojas tres mil trescientos cuarenta y cinco-]. Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confirman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo, interpuestos por los recurrentes Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De la Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar.

D. EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO DE TERCERO

4.34. Previo análisis de la cuestión planteada, amerita citar la regulación normativa referida al tipo penal de análisis: *negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo*, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que señala:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

“Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación -es un tipo penal general, de amplio espectro- que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio.⁷ El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal de 1991*, 2 Ed., Palestra, Lima, 2003, p. 510.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

"(...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (...) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado."

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos –en aplicación del principio de legalidad–, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al momento de los hechos–, precisa que *"En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.**"* (El resaltado es nuestro); en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

Contrataciones con el Estado señala, "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)**" (El resaltado es nuestro).

4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero *contratado*, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero –que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado –de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrente (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostraza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

E. LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N° 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, *"El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario"*.

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43 De la revisión de autos -véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- no se advierte una motivación suficiente que sustente -más allá de toda duda razonable- la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados *Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostraza*, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados -tercero-; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, **fundado** los recursos de casación interpuestos por *Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco* y *Ayala Hinojosa*.

F. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.44. La atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción.

A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y, por tanto, la hace responsable de dicha acción. Para ello, la teoría de la imputación objetiva tiene cuatro instituciones, que sirven a dicho fin: **1)** el riesgo permitido, **2)** el principio de confianza, **3)** la prohibición de regreso, y **4)** la imputación de a la víctima. A continuación, para efectos de desarrollar el presente punto del recurso de casación, nos centraremos en analizar puntualmente lo que se entiende por principio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

confianza y sus alcances, en el marco de estructuras organizadas de la administración pública.

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización.

4.46. Las organizaciones (públicas o privadas), como por ejemplo: las Municipalidades, Clínicas, Hospitales, entre otros, son estructuras en las cuales se manifiesta un alto nivel de organización, para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante. Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, sólo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcional por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder por las consecuencias del ejercicio de las funciones que pertenecen a la esfera de competencia de terceros. Mejor dicho, solamente se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF. Al respecto, REYES ALVARADO refiere que en las organizaciones *"Las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros harán asimismo con las labores inherentes a sus cargos"*⁸.

4.47. La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero, y con ello se afecta un bien jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica -en el caso concreto- que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría

⁸ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 153.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado⁹. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante¹⁰ que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba¹¹. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada

⁹ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 219.

¹⁰ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 220.

¹¹ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 220.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados.

4.48. Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo, que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo. Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias. Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobretodo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva. Precisamente contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, máxime cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcional de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcional.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Suprema Corte, mediante el R.N. N° 449-2009/Lima, emitida el nueve de julio de dos mil nueve¹².

4.49. Centrándonos en el análisis del caso concreto, en base a los conceptos jurídicos previos, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿El principio de confianza permite excluir de responsabilidad penal al 1) Presidente regional de Ayacucho, 2) Gerente General, 3) Jefe de abastecimiento, y demás Consejeros Regionales? Para poder dar una respuesta, resulta necesario establecer la participación que se imputa a cada uno de los citados involucrados, en el delito de negociación incompatible. Asimismo, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional de mérito hizo un adecuado análisis de la delimitación del ámbito de funciones que cumplían los antes señalados funcionarios, para lo cual debió basarse en el MOF y en el ROF de la citada entidad. Permittiéndonos ello verificar si los recurrentes, en sus diversos roles dentro de la organización, actuaron dentro de su rol jurídicamente establecido, en base al principio de confianza.

4.50. Se advierte conforme la acusación fiscal que la primera infracción que generaría la configuración del delito de negociación incompatible, sería la declaratoria de la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho, que la Sala Penal de Apelaciones estimó como falsa. En los hechos probados se tiene que la declaratoria de la citada situación de emergencia del sistema vial, fue solicitada por la Gerencia de infraestructura al Gerente Regional, para lo cual se amparó en un informe técnico y jurídico. A su vez, el Gerente General trasladó dicho pedido al

¹² La Corte Suprema también ha resuelto conforme al principio de confianza los R.N. N° 608-2004; 552-2004; 4631-2008; 1865-2010; 1449-2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

órgano competente para aprobarlo: el Consejo Regional de Ayacucho. Conforme lo establecido en el art. 37, numeral a, y el art. 39 de la Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), el acuerdo regional fue adoptado y el Consejo Regional emitió el Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR. En dicho acuerdo, el Consejo Regional ampara la solicitud de la Gerencia Regional y acuerda declarar la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho. Finalmente, es el Consejo Regional, como consta en el acuerdo regional antes mencionado, quien dispone la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones y adquisiciones para afrontar la situación de emergencia previamente declarada.

Una vez que el acuerdo es adoptado, sólo corresponde que el órgano ejecutivo del Gobierno Regional cumpla el mismo, pues se encuentra vinculado a dicho mandato. Así, tanto el Presidente Regional, como el Gerente Regional y demás funcionarios integrantes del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, se encontraron en la obligación de adoptar las acciones destinadas a cumplir dicho acuerdo. Finalmente, es necesario destacar que ello no significa dar una carta abierta a los funcionarios del ejecutivo, pues sus actos son fiscalizados directamente por el Consejo Regional, quien -conforme también se dispuso en la mencionada resolución- conformó una comisión de fiscalización de las decisiones adoptadas por el ejecutivo.

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante resolución ejecutiva regional 1409-2011-GRA-PRES, el Presidente Regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

pedido, los cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones no señala que el Presidente Regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que supone que éste tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto, es decir si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que lo señalado resulta erróneo. La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente Regional y los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el Presidente Regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.51. Por otro lado, tenemos que una vez declarada la situación de emergencia, se continuó con el proceso de contratación de carácter excepcional, en el cual el Presidente Regional no intervino, pues correspondía a otros órganos de la entidad su realización (Gerente General, el Jefe de abastecimiento, entre otros). Sin embargo, conforme la acusación fiscal, el Presidente Regional vuelve a intervenir -a su entender de manera delictiva- al hacer caso omiso al oficio emitido por la OSCE -N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, donde se recomendaba que si deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado por no existir tal situación de emergencia; y a las observaciones planteadas por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración.

Al respecto, de la revisión de autos, esta Suprema Sala puede advertir que si bien el Presidente Regional continuó con un proceso observado, fue en razón a que levantó dichas observaciones mediante un recurso de reconsideración con fecha 5 de enero de 2012 contra el oficio emitido por el OSCE, que contaba con sustento técnico y legal -realizado por las áreas correspondientes-; y si bien la OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA del 19 de enero de 2012 comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones, sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia -pues las necesidades de las zonas afectadas se mantenían y más bien reclamaban la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención del peligro grave generador del estado de emergencia- ni del proceso administrativo correspondiente. En tanto, a consideración del procesado, se consideró que la OSCE no era el organismo competente que determinara una situación de emergencia,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.


Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el Presidente Regional habría actuado en base al principio de confianza, sustentando su posición en argumentos elaborados por áreas especializadas de la entidad.

4.52. Como se puede advertir, el punto específico de análisis es determinar si el Presidente Regional, el Gerente General, Jefe de Abastecimiento, y los Consejeros actuaron bajo el principio de confianza; o, si ellos tenían la obligación de verificar la correcta elaboración de los informes técnicos que sustentaron la idoneidad de la situación de emergencia y, por ende, desconfiar de los informes técnicos emitidos por los especialistas en prevención de riesgos.

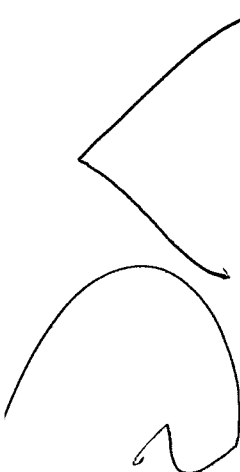
No se puede afirmar que únicamente el estatus de Presidente Regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquella que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del Presidente Regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas -por ejemplo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como inmediato superior al Gerente Regional. A su vez, éste tampoco es

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE


CASACIÓN N° 23-2016
ICA



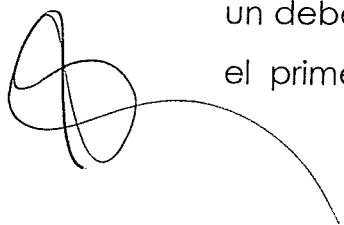
la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el despliegue de funciones, se puede afirmar que en el caso concreto los informes -técnicos y legales- que arriben al Presidente Regional, al Gerente Regional y a los Consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.



4.53. En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al Presidente Regional, rechaza la falta de imputación objetiva -principio de confianza-, por considerar que en el caso concreto el Presidente Regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.



Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del Gerente General, como el caso de los Consejeros Regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el Gerente General tiene un ámbito de competencias



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los Consejeros Regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe -al igual que la función legislativa- a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a éste se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas.

Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en **fundado**, debiendo aplicarse el principio de confianza, y -por tanto- declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

G. EL SIGNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS EN UNA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

4.54. Para el desarrollo del presente tema, resulta necesario remitirnos al artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de los hechos, que para el presente caso fija la regla de la regularización de los defectos administrativos en los casos de situaciones de emergencia:

“Formalidades de las contrataciones exoneradas:

Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20 de la presente norma.

Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia.”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

A este respecto es oportuno también considerar la sentencia de Casación N° 841-2015/Ayacucho, en la cual este Supremo Tribunal sienta como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

“Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones con el Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contrataciones como la única que admite la regularización administrativa. Estos efectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.”¹³

4.55. En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa

¹³ Cfr. sumilla de la citada resolución, y para mayor detalle los fundamentos jurídicos del 12 al 23 y del 34 al 37 de la citada Ejecutoria Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de que la declaración de situación de emergencia es falsa; así cita, además defectos administrativos en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria que demostrarían la configuración del ilícito.

Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.

En ese sentido, esta Suprema Corte puede advertir que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia era ficticia, no consideró que los defectos administrativos que señala -fuera de la declaratoria de emergencia- son defectos que no configuran por sí solos prueba suficiente del delito de negociación incompatible. Entonces, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría -pese a defectos administrativos en la contratación-, el delito imputado; por tales razones este extremo del recurso interpuesto por los procesados Oscurima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales es **fundado**.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

H. EL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, Y SI DICHA NORMA ACOGE LA PARTICIPACIÓN CULPOSA DE LOS CÓMPLICES COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL

4.56. Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: **1)** el dolo, y **2)** el elemento de trascendencia interna -debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado -artículo 399 del Código Penal- es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público -sujeto activo- portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente -con conocimiento- ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

4.57. De la autoría y participación.- Conforme a nuestra jurisprudencia (a nivel judicial y constitucional), nuestro sistema penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo. Así, por ejemplo contamos con la sentencia N° 1805-2005-HC/TC-¹Lima, caso Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, emitida por el Tribunal Constitucional donde se tomó una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, a partir de la teoría del dominio del hecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.58. Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe -pese a no tener control del hecho- reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: **1)** la autoría y **2)** la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.¹⁴ Entonces, la complicidad es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo¹⁵.

4.59. Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad

¹⁴ La posición aquí expuesta es sustentada con anterioridad por esta Suprema Corte, véase el recurso de casación N° 367-2011, del quince de julio de 2013.

¹⁵ Véase a más detalle la sentencia de casación N° 367-2011, fundamentos jurídicos N° 3.10 a 3.12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

no es complicidad, y no cabe hablar de participación -jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico-. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

4.60. En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible -delito de comisión exclusivamente doloso- en principio admite participación, la cual para ser considerada tal -conforme nuestro ordenamiento jurídico- es necesariamente de carácter doloso. Es decir, los intervinientes considerados como cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero. El concepto de dolo que se considera a efectos de demostrar la imputación subjetiva -sea del autor o cómplice- es uno de carácter normativo; es decir, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito, si contribuía o no a la comisión de un ilícito.

4.61. En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los **imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales**, se sustentó considerando que su participación el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerandos precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los términos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte a, casualmente, permitió celebrar los procesos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR.

Sin embargo, antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza. Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo. Por las razones referidas, el presente extremo del recurso de casación es declarado infundado en lo presentado por Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales.

Cabe precisar que los procesados **Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales interpusieron sus respectivos recursos de casación** [como se señala precedentemente], de modo que al indicarse que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza; por ello, se debe confirmar la decisión emitida en primera instancia, en dicho extremo.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon, por mayoría:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

I. **FUNDADO** el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: C, E, F y G.

II. **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: A, B, D, y H.

III. **SÍN REENVÍO, CASARON** la sentencia de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, en el extremo que confirmó, por mayoría, la sentencia del dieciséis de junio de dos quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que condenó a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA como co-autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, a cinco años de pena privativa de libertad; a Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios, en agravio del referido Gobierno Regional, a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva; a Víctor DELA CRUZ EYZAGUIRRE y Sixto Luis IBARRA SALAZAR por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios, en agravio del acotado Gobierno Regional, a cuatro años de pena privativa de libertad de carácter suspendida por el periodo de prueba de tres años; **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA** absolviéron a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, Víctor DE LA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, ROSAURO GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL por el delito y agraviado antes mencionados.

IV. NULA la resolución de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince, en el extremo que declaró nula la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince-fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANI PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES en calidad de cómplices primarios, por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; declararon **SIN REENVÍO**, actuando en sede de instancia, y emitiendo pronunciamiento de fondo **CONFIRMARON** la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a los referidos procesados por el delito y agraviado antes citado.

V. ORDENARON la inmediata libertad de Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Walter Quintero Carbajal y Rosauro Gamboa Ventura, siempre y cuando no exista mandato judicial por otra autoridad competente, **oficiándose VÍA FAX** para tal efecto, así como la anulación de sus antecedentes penales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa,

VI. ESTABLECIERON como desarrollo de doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 23-2016
ICA**

VII. DISPUSIERON que se anule los antecedentes generados por el presente proceso y se de lectura la presente sentencia en audiencia pública.

VIII. MANDARON se publique en el Diario oficial "El Peruano" de conformidad con lo previsto en el numeral 3) del artículo 433° del Código Procesal Penal. Hágase saber.

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

FIGUEROA NAVARRO

JPP/mceb

05 6 MAY 2017

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA


VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SEQUEIROS VARGAS

VISTOS: Los recursos de Casación interpuestos por: i) Las defensa de los encausados Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamani Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles, ii) La defensa técnica de Rasauro Gamboa Ventura y Walter Quintero Carbajal, iii) Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, y iv) la defensa de Víctor de la Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Ibarra Salazar; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno de casación; y **OÍDO** el Informe Oral llevado a cabo el cinco de abril

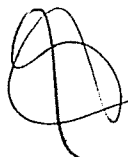
FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO.- SENTENCIA IMPUGNADA

Es la Sentencia de Vista expedida por los integrantes de la Primera Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica que **POR UNANIMIDAD:**

- 
- i) Declararon que se confirme la sentencia contenida en la Resolución veintidós, de dieciséis de junio de dos mil quince, en el extremo que declaró prescrita la acción penal a favor de Richer William Reyes Araujo, Carlos Andrés Capelletti Zúñiga, Pavel Torres Quispe y Rafael Américo Vargas Lindo en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de incumplimiento de funciones tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal.
 - ii) Declararon Nula la sentencia en el extremo que absolvió a Eladio Huamani Pacotaype, María Del Carmen Cuadros Gonzáles, Alfonso Martínez Vargas u Jhoan Pavel Rojas Carhuas de la acusación como cómplices secundarios de la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, disponiendo un nuevo juzgamiento por otro Juez.

En tanto que por **MAYORÍA** acordaron confirmar:

- 
- i) La condena dictada contra Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza como coautores de la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio del Gobierno Regional de Ayacucho; y en consecuencia les impuso la pena de cinco años de privación de la libertad, e inhabilitación por el periodo de tres años.
 - ii) La condena dictada contra Walter Quintero Carbajal y Rosauro Gamboa Ventura como cómplices primarios de la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; y

en consecuencia le impusieron la pena de cuatro años y seis meses de privación de la libertad, e inhabilitación por un periodo de dos años y seis meses.

- iii) La condena dictada contra Víctor De La Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Salazar como cómplices primarios del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en perjuicio del Gobierno Regional de Ayacucho; y en consecuencia le impuso la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, e inhabilitación por un periodo de dos años.
- iv) El monto a pagar por concepto de reparación civil en la suma de Un Millon, Trescientos Nueve Mil Cuatrocientos once soles.

SEGUNDO.- IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. Hechos imputados

La imputación fáctica se halla conforme a lo referido en el voto en mayoría, clasificado en tres apartados:

- a. La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N° 131-2011-GRA-SEDE CENTRAL
- b. El Proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL
- c. Nulidad del Proceso de exoneración N° 6-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

2.2. Calificación Jurídica

Conforme a la acusación Fiscal, se imputan y condenaron a los procesados la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal cuya estructura típica es:

Art. 399.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta, a trescientos sesenta y cinco días-multa.

TERCERO.- SOBRE ELEMENTOS DE LA CASACIÓN

El planteamiento de casación para ser declarado fundado o infundado, conforme a las exigencias estipuladas en la Sección V, del Libro IV sobre la impugnación, requiere la configuración de las causas de fundabilidad previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.



Conforme al auto de calificación, expedido por Ejecutoria Suprema de cuatro de julio de dos mil dieciséis, se concedió el recurso de casación en su forma excepcional –inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal– para su evaluación conforme a los incisos uno –casación constitucional–¹ y tres –casación procesal–² del artículo cuatrocientos veintinueve de la norma procesal.

Por ello, el recurso de casación además de exponer las razones por las que desarrolla la doctrina jurisprudencial en determinadas materias, con igual o mayor exigencia también debe fundamentar la configuración de una causa de fundabilidad, evaluando el grado de afectación que su concurrencia genera, así las materias que propone

	MATERIA PROPUESTA	CAUSA DE FUNDABILIDAD Art. 429
1	La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación	Inciso 1
2	La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia	Inciso 1
3	El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia	Inciso 1
4	El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero	Inciso 3
5	La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible	Inciso 1
6	El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho	No precisa
7	El significado del procedimiento de regularización Administrativa en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	Inciso 3
8	El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo	No precisa

En cuanto a la primera causa se refiere a una presunta infracción al principio de legalidad, en tanto que la causa prevista en el inciso tres se halla referido a una errónea interpretación de la Ley penal, sin embargo ambas causas de fundabilidad exigen un juicio de suficiencia sobre su configuración.

CUARTO.- EVALUACIÓN DE LAS MATERIAS PROPUESTAS PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

¹ Si la sentencia o auto han sido expedidas con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

² Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Los temas analizados para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, conforme plantea el voto en mayoría son los siguientes:

1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación
2. La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia
3. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero
5. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible
6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
7. El significado del procedimiento de regularización Administrativa en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo

Sin embargo, conforme al Auto de Calificación del Recurso de casación dichas materias fueron propuestas indistintamente, así:

La defensa de los procesados Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamani Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales plantearon los siguientes temas:

1. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.
2. La exigencia de motivación de resoluciones judiciales en la participación culposa en el delito de negociación incompatible –tema no evaluado en la casación de fondo–.


En tanto que los encausados Rosauro Gamboa Ventura, y Walter Quintero Carbajal plantearon las siguientes materias:

1. La prueba del grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia del artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
2. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.

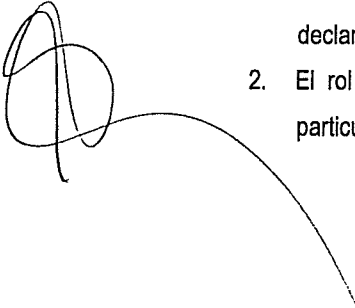


3. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho.
4. La determinación del dolo de complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, previsto en el primer párrafo del artículo veinticinco, y el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –no precisado en el voto en mayoría–
5. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
6. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria–

De otro lado la defensa técnica de los encausados Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa propuso los siguientes temas:

- 
1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación
 2. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
 3. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.
 4. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible
 5. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
 6. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
 7. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria–

Finalmente, la defensa de Víctor de la Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Ibarra Salazar, propuso los siguientes temas:

- 
1. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
 2. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.



3. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
4. La determinación del dolo de complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, previsto en el primer párrafo del artículo veinticinco, y el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –no precisado en el voto en mayoría–
5. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
6. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria, planteada únicamente por el sentenciado Sixto Luis Ibarra Salazar–.

Como se aprecia, los temas propuestos difieren en determinados puntos, no obstante, el Colegiado Supremo que calificó el referido recurso en virtud de la aplicación de la doctrina de la voluntad impugnativa, consideró los referidos temas para el desarrollo jurisprudencial.

Al respecto, expreso discordia en tal extremo, dado que la Casación al ser un recurso excepcional requiere un mayor grado de precisión en los términos que se plantea. El juzgador no puede proceder de oficio, invocando la voluntad impugnativa, para adecuar o determinar los temas de interés casacional, tanto más si dicha exigencia habilita el requisito de procedibilidad a los que se refieren los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Adicionalmente se debe tener presente que respecto a las materias propuestas no hubo una adecuada evaluación en el auto de calificación, dado que no se examinó la necesidad de desarrollo jurisprudencial en cada caso, toda vez que dicho estándar debería ser cumplido atendiendo al carácter diverso del proceso en el que concurren diversas personas con diferente grado de participación.

Si bien mediante la casación excepcional se permite quebrantar una norma procesal claramente establecida para habilitar el recurso en un caso al que la Ley expresamente impone límites; también es cierto que en virtud de la función nomofiláctica de la Casación,



los términos a los que se arribe en acuerdo en la casación excepcional, deben servir para todos los casos, por ser un referente desarrollado jurisprudencialmente.

Conforme a lo expresado, correspondería reevaluar la calificación del recurso de casación; sin embargo también es cierto que el proceso penal, por seguridad jurídica, se guía conforme al principio de prelación, por lo que no se puede retrotraer la causa al estado anterior; sin embargo, considerando las materias obtenidas por casación excepcional sirven para arribar a una solución en la impugnación planteada.

QUINTO.- EVALUACIÓN DE LAS MATERIAS ANALIZADAS POR EL VOTO EN MAYORÍA

Con el mayor respeto que se merecen mis colegas que suscriben el voto en mayoría, considero que la evaluación de las causas de procedibilidad por las que se habilitó el recurso de casación, y mediante interpretación entimemática de las sentencia se arribaría a la configuración de una causa de fundabilidad de la casación; sin embargo considero que la relevancia de los temas amparados por el voto en mayoría deberían ser evaluados en el caso por caso, conforme a las pretensiones casatorias propuestas, esto es si el tema o materia amparada soluciona o varía la condena dictada por el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, mas no realizar una evaluación sin diferenciar el presupuesto fáctico y jurídico.

SEXTO.- PRECISIONES SOBRE LAS MATERIAS PROPUESTAS

6.1. SOBRE EL CRITERIO REFERIDO A LA ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA EN APELACIÓN

Comparto el análisis referido a la inadmisibilidad de los testigos, dado que la propuesta de un testigo experto en derecho administrativo y otro experto del SINAGERD no constituyen nuevos medios de prueba a ser evaluados a nivel de la judicatura Superior por no estar dentro de los supuestos establecidos en el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal.

La Ley en este extremo es clara, por lo que no se puede hacer distinciones donde la Ley no distingue. La prueba que se pretenda incorporar en segunda instancia, si está referida a la modalidad del ofrecimiento de pruebas nuevas, este supuesto exige como presupuesto el desconocimiento de su existencia o que su aparición se hubiera producido una vez expedida la sentencia; sin embargo las pruebas que se pretendió incorporar en Segunda Instancia al no tener esta connotación, no es objeto de evaluación en Sede Superior.



6.2. SOBRE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DE PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIA.

Concuero con los fundamentos sostenidos en esta materia, dado que el inciso 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal refiere que "La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y la prueba pericial, documental", dado que constituye una Facultad de la Sala, a solicitud de la parte legitimada en aquellos casos en los que haya necesidad de dicho examen por defecto o déficit de la información, y toda vez que esa condición no surge, corresponde desestimar el recurso en este extremo.

6.3. SOBRE EL MÉTODO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA

No expreso conformidad con lo señalado en este extremo, dado que los métodos de valoración de prueba deben ser generales, y deben obedecer al principio de libre valoración de la prueba, actividad que se halla directamente ligada a la capacidad cognoscitiva de aprehensión que tiene el Juez para comprender el contenido de la prueba actuada ante su Tribunal.

La determinación de una situación de emergencia es una situación concreta que se debe evaluar de modo contextual. La emergencia no puede ser declarada vía jurisprudencial, sino únicamente su declaración conforme a Ley, dado que en el sistema nacional existen entidades competentes para esta declaración.

6.4. SOBRE EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO

Concuero con este extremo del voto en Mayoría, dado que por la estructura del tipo penal, los terceros *-el extraneus-* no forma parte esencial de la estructura típica, toda vez que es un delito especial propio, y no es bilateral.

6.5. SOBRE LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

El elemento subjetivo debe ser motivado, sin embargo en la sentencia emitida en sede ordinaria se aprecia un déficit en tal extremo, por lo que a criterio del suscrito, conforme a los recaudos, la finalidad indebida como elemento del subjetivo del tipo penal es la obtención de recursos ilícitos como consecuencia de la declaración de



emergencia que genera el empleo de recursos públicos del Gobierno Regional de Ayacucho sin el control respectivo aprovechando una presunta situación de necesidad/emergencia, cuya negación fue advertida y reiterada en su momento tanto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, así como por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Finalmente, de modo puntual considero que la naturaleza del delito de negociación incompatible, al ser un delito de peligro abstracto no requiere este elemento adicional en el tipo subjetivo.

6.6. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Considero que en el presente caso no se configura este supuesto de la teoría de la imputación objetiva por las siguientes razones

El principio de confianza no niega la comisión del hecho, por el contrario inicia su análisis sobre la base de un hecho con apariencia delictiva, buscando justificar y determinar normativamente la responsabilidad de los implicados con la comisión de este hecho.

Para el presente caso, el Presidente Regional y sus funcionarios deberían asumir una decisión en función al contexto –si se quiere entender como elemento contextual–, y la evaluación no se debe restringir al cumplimiento o incumplimiento de determinada norma como primer análisis, sino se debe evaluar la circunstancia excepcional como la declaración de una situación de emergencia, en el que razonablemente los estados de alerta de los funcionarios de alto nivel de la entidad se incrementan y denotan mayor interés en las acciones que se realizan con motivo de contrarrestar la emergencia.

El principio de confianza se aplica bajo la premisa de que uno u otro funcionario actúa en función al error, sin embargo conforme al Oficio E-067-2011-DSU-VVS/ de veintiocho de diciembre de dos mil once, el OSCE advirtió a los funcionarios del Gobierno Regional de Ayacucho que dejen sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, asimismo el Ministerio de Economía y Finanzas también hizo una observación en su Informe 4-2012/EF63.01 de cinco de enero de dos mil doce; por lo que estos instrumentos no hacen más que incrementar los estados de alerta, y



limitaban el proceder erróneo en el que incurrieron los procesados, mas aún si dichas observaciones fueron levantadas mediante recurso de Reconsideración. Los elementos mencionados hacen vencible el error desapareciendo el supuesto de ignorancia conllevando a obrar de modo diligente, activándose el deber de garante que tienen los principales directivos de las entidades Públicas.

Nadie se puede escudar en el principio de confianza, desconociendo su deber de garante, así como sostiene el voto en Mayoría el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante.

Contextualmente considero que el principio de confianza se relativiza en situaciones de emergencia, dado que la atención de las autoridades se halla captada o enfocada en las circunstancias que genera el peligro común, por lo que su proceder demanda mayor cuidado y el deber de verificación o consulta con los organismos encargados de la Supervisión de Contrataciones del Estado. El principio de confianza no puede amparar un capricho de la autoridad para disponer de fondos de la entidad pública para adquirir bienes cuya advertencia, de su mal proceder, fue realizada por el organismo supervisor.

6.7. RESPECTO AL SIGNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS EN UNA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

La subsanación de los defectos administrativos no constituye fuente de delito de modo genérico; sin embargo en el caso analizado, la reconsideración o levantamiento de las observaciones formuladas por la OSCE en modo alguno hace atípica la conducta de negociación incompatible.

La declaración de emergencia puede dar lugar a la configuración del delito de negociación incompatible, no es que se trate del momento consumativo, sino que es la base para disponer el patrimonio del Estado sin control.

Este extremo podría entenderse de aplicación para los cómplices primarios, mas no para los autores Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala por la naturaleza de la imputación y la modalidad declarada. El tema propuesto no ostenta mayor relevancia.



6.8. RESPECTO A LA MODALIDAD CULPOSA DE LOS CÓMPLICES SECUNDARIOS

Conforme al artículo 12 del Código penal, los delitos son dolosos y culposos, los culposos se hallan tipificados expresamente como tales en el Código penal, y toda vez que el delito de negociación incompatible no admite modalidad culposa de comisión, se tiene que esta materia no es relevante, dado que la sala Superior dispuso la realización de un nuevo juicio para Eladio Huamani Pacotaype, María del Carmen Cuadros Gonzáles, Alfonso Martínez Vargas y Johan Pavel Rojas Carhuas por la presunta comisión del delito de negociación incompatible, a título de cómplice primario

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **MI VOTO** es porque:

1. **SE DECLAREN INFUNDADOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN**, por falta de acreditación de las causas de fundabilidad previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Penal.
2. **DISPONER** el archivo definitivo de lo actuado, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes, sin perjuicio de leer estos fundamentos en la Audiencia de Lectura de Sentencia Casatoria.

S.S.

SEQUEIROS VARGAS

IASV/WHCh

16 MAY 2017

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 23-2016

ICA

VISTOS; en mérito a la Ejecutoria Suprema del dieciséis de mayo de dos diecisiete [recaía en el recurso de casación n° 23-2016], emitida por este Tribunal Supremo, y de conformidad con el artículo 124° del Código Procesal Penal que faculta al Juez adicionar el contenido de una resolución que no implique modificar el fondo de la controversia; declararon: **INTEGRAR** la referida resolución, en su parte resolutive, en lo siguiente: **DISPUSIERON** la suspensión de las ordenes de capturas e internamiento en cárcel que pudiera registrar en contra de los encausados Tony Oswaldo Hinojoza Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa y Rosauro Gamboa Ventura, a causa del presente proceso; con lo demás que contiene; oficiándose para tal fin, **VÍA FAX**, a la Sala Superior correspondiente; y los devolvieron.-

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

FIGUEROA NAVARRO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA