

[DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Editores Rubinazal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 363-364]. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración [CREUS, CARLOS: *DERECHO PENAL – PARTE ESPECIAL*, Tomo 2, 6ta. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]–.

∞ Este delito, en cuanto al objeto del interés, comprende toda modalidad de contratación pública para las adquisiciones, de bienes o servicios, que tiene a su cargo el Estado [véase, respecto de la concepción de este delito: ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *El injusto típico en el delito de negociación incompatible*. En: V Convención de Derecho Público, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Editorial Palestra, Lima 2018, pp. 59 y ss. *Injusto típico en el delito de negociación incompatible Una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal*, Editorial Ideas, Lima, 2020, en prensa].

TERCERO. Que, fijados los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo de negociación incompatible, es de tener presente, en el caso concreto, lo siguiente:

1. Que tanto la evaluación del expediente técnico como la presentación de los documentos exigidos por las bases –solo se presentó un postor, el ganador– no se llevó a cabo como correspondía. Ello es así conforme a los dictámenes periciales 024-2015-MP-FEDCF-MBS/PAC, de dieciséis de septiembre de dos mil quince, de fojas veintiocho, y 012-2016-MP-FEDCF-MBS/PAC, de trece de abril de dos mil dieciséis, de fojas treinta y siete, realizados por el Contador Público Marcelino Barrientos Serna. De dichos informes periciales se desprende que el Comité limitó la participación de los postores; que se desnaturalizó la acreditación del residente de obra y además presentó un diplomado no vigente desde la legislación en vigor en esa fecha; que el Consorcio ganador no cumplió con los requerimientos técnicos mínimos y no debió ser descalificado de inicio; que además fue calificado con un puntaje superior al que correspondía –de sesenta y siete punto cincuenta puntos, cuando le correspondía cincuenta puntos de un mínimo de sesenta puntos–. En consecuencia, el proceso debió declararse desierto. En el examen pericial realizado en el acto oral [fojas noventa y tres, sesión de dos de abril de dos mil dieciocho, puntualizó que el Consorcio Iguain no cumplió con la presentación de los documentos obligatorios y requerimientos técnicos mínimos, no presentó con rigor las declaraciones juradas necesarias, no se adjuntaron determinados documentos que exigían las bases y lo que presentó fue de menor calidad.

2. Que en el acto público de la valoración de la licitación ocurrieron sensibles irregularidades que fueron referidas por la Notaria Pública, doctora Sammy Ibett Betalleluz Betalleluz, quien así lo declaró a fojas noventa y uno, en la sesión de dos de abril de dos mil dieciocho. Se dio comienzo al acto sin esperar su presencia, advirtió que el puntaje otorgado no es razonable –cuyas bases se le negó– y se dio

cuenta que la Secretaria del comité entraba y salía del ambiente, incluso la vio ingresar al local de la administración o de la alcaldía, y que el representante de la empresa entraba y salía y hacía coordinaciones.

CUARTO. Que, como fluye del fundamento jurídico precedente, la prueba pericial es nítidamente inculpatoria –dictamen pericial y examen del perito en el acto oral– y es evidente que la declaración de la Notaria Pública también denota la existencia de irregularidades en el desarrollo del acto de evaluación. El proceso de contratación pública fue claro y notoriamente irregular, y se otorgó la buena pro a quien no correspondía hacerlo. Las irregularidades detectadas son graves y determinaban la inadmisión como postor del “Consortio Iguain” y, en su caso, la declaración de desierta de la licitación. No son, pues, como se concluyó por los jueces de mérito, “meros actos administrativos de trascendencia subsanables” y, en todo caso, lo advertido pericialmente configuran “meros ilícitos administrativos, que pueden ser subsanados e irrelevantes para el Derecho penal”.

∞ Se trató de requisitos anteriores y obligatorios, no posteriores, e importaban el cumplimiento de lo esencial de un proceso de licitación. Luego, no eran subsanables *a posteriori*. A ello es de incorporar en el análisis el mérito del testimonio de la Notaria Pública Betalleluz Betalleluz, ajena a la administración municipal.

QUINTO. Que, ahora bien, es patente que el entendimiento del tipo delictivo de negociación incompatible fue equivocado. No hace falta, como ya se anotó, que se ocasione un perjuicio económico o un daño inminente a la administración municipal, pues no se está ante un tipo delictivo de resultado de lesión o de peligro –es un delito de **peligro abstracto**–. El otorgamiento de la buena pro importó, de parte de los imputados, un acto de interés indebido en un contrato u operación con el fin de obtener un provecho o para tercero. Esto es, mediando prevalimiento, con abuso del cargo en el comité de selección, se permitió la condición de postor al “Consortio Iguain” cuando no había cumplido con la presentación de la documentación obligatoria a estos efectos y, luego, se le calificó sobrevalorando el puntaje –se consignó uno mayor al que correspondía– otorgándole la buena pro, pese a no merecerla. Es patente, además, la tendencia al provecho para el aludido Consortio por parte de los imputados al hacerlo ganador de la ejecución de la obra “Instalación del Sistema de Alcantarillado y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable en los Centros Poblados de Chihua – Cangari”.

∞ Siendo así, se interpretó erróneamente el artículo 399 del Código Penal. Incluso, se confundió injusto administrativo con injusto penal. El motivo casacional debe estimarse y así se declara.

SEXTO. Que, asimismo, es palmario que los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal deben probarse más allá de toda duda razonable o con verosimilitud objetiva –es la regla de juicio que exige la garantía de presunción de inocencia en su

ámbito de determinación de la *quaestio facti*-. En el presente caso, no consta prueba directa –nadie mencionó conocer del “interés indebido” típico ni existió confesión al respecto–, por lo que es de acudir a la prueba por indicios.

∞ La legislación y la jurisprudencia tienen definidos los alcances de la prueba por indicios, que es llanamente un método de valoración de la prueba y, como tal, tienen entidad para enervar la presunción constitucional de inocencia. Los (1) indicios, como primer elemento de la prueba indiciaria, son, en el *sub-lite*, los que fluyen –el resultado– de la prueba pericial contable y de la testifical de la Notaria Pública Betalleluz Betalleluz. Su acreditación, como quedó señalado, es contundente; no se ha producido una contra prueba sólida. La (2) inferencia resultante –o la presunción judicial respectiva–, como segundo elemento de la prueba indiciaria, en razón a lo que la máxima de la experiencia determina (cuando, siendo manifiesto, se admite un postor que no reunía los requisitos para serlo y se le califica con un puntaje al que no tenía derecho, y en un acto con serios cuestionamientos por la Notaria Pública, es obvio que se persigue un interés indebido, al margen de lo que requiere la Administración), revela que se está ante hechos circundantes graves y precisos que, enlazados, cercanos al hecho indiciable, concordantes entre sí y convergentes, dan lugar a una (3) conclusión inferida categórica: se produjo un interés indebido a favor de un postor y, en su consecuencia, se celebró el contrato público, de ejecución de obra, correspondiente sin base legal. No aparece de autos, por lo demás, contraindicio sólido alguno.

∞ Es de precisar que el conjunto de ilicitudes perpetradas en el proceso de licitación o en toda contratación pública, de suyo, pueden erigirse en indicios que, si forman una cadena de datos suficientes, están en condiciones de acreditar la comisión de un delito contra la Administración Pública. Todo dependerá, desde luego, de la gravedad del hecho-indicio o hecho indiciado –que puede catalogarse propiamente de una ilicitud o irregularidad administrativa, aunque no necesariamente–, del carácter del mismo, de su número e interrelación, es decir, si forman una cadena de indicios, que apreciados en su conjunto y no aisladamente, sin otra opción plausible por su gravedad, precisión, concordancia e interrelación, permitan inferir razonablemente el hecho indiciable o hecho consecuencia, referido al que prevé el tipo penal [vid.: IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ediciones Olejnik – ARA Editores, Santiago, 2018, pp. 82-87].

∞ Por consiguiente, se incurrió en una motivación no solo insuficiente, pues sus argumentos no aportaban razones de prueba y jurídicas necesarias para ofrecer una justificación apropiada, sino también una motivación irracional, dado que en el análisis de la prueba por indicios no supo identificar los indicios y aplicó máximas de la experiencia impertinentes, lo que dio lugar a una absolución que carecía de coherencia contextual. El motivo casacional debe prosperar.

SÉPTIMO. Que estando a la entidad de los vicios iuris cometidos y que estos se extienden a las dos sentencias de mérito, no cabe otra opción, en función a la

nulidad absoluta que en este caso plantea la clase de defecto de motivación incurrido, que optar por una casación con reenvío.

DECISIÓN

Por estas razones y de conformidad a lo opinado por la Fiscal Adjunta Suprema:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE AYACUCHO contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y siete, de veintisiete de noviembre de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veintidós, de veinticinco de abril de dos mil dieciocho, absolvió a Wilber Rivas Osejo y Diana Rivera Acha de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Iguain; con todo lo demás que al respecto contiene.

II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista y **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **ORDENARON** se dicte nueva sentencia por otros jueces –sea en primera instancia y, de interponerse apelación, en segunda instancia–, previa realización del juicio oral correspondiente.

III. **DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal Superior de origen para los fines de ley; registrándose.

IV. **ORDENARON** se lea la sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en la Página Web del Poder Judicial, notificándose. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/Egor