

LAS CLÍNICAS JURÍDICAS ANTICORRUPCIÓN: ESTUDIOS DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN CUATRO REGIONES DEL PAÍS

Rafael Chanjan Documet
(coordinador)

**LAS
CLÍNICAS
JURÍDICAS
ANTICORRUPCIÓN:
ESTUDIOS DE CASOS DE
CORRUPCIÓN EN CUATRO
REGIONES DEL PAÍS**

Rafael Chanjan Documet
(coordinador)

LAS CLÍNICAS JURÍDICAS ANTICORRUPCIÓN:
ESTUDIOS DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN CUATRO REGIONES DEL PAÍS

Coordinador: Rafael Chanjan Documet

Colaboración: Ana Janampa Almora
Marie Gonzales Cieza

Primera edición: diciembre de 2020

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Tomás Ramsey 925, Lima 17-Perú
Teléfono: (51-1) 626-5000, anexos: 7500-7501
ideh@pucp.edu.pe
http://idehpucp.pucp.edu.pe

Corrección de estilo: Sandra Arbulú Duclos
Diseño y diagramación: Ximena Barreto

Impresión: Equis Equis S.A.
Jr. Inca 130, Lima 34
Teléfono: (51-1) 447-2110 / (51) 9925 05638
equis50@yahoo.com

Derechos reservados. Se autoriza la reproducción de este documento por cualquier medio, siempre y cuando se haga referencia a la fuente bibliográfica.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-08664
ISBN: 978-612-4474-07-1

Impreso en Perú - Printed in Peru

Índice

Introducción	9
Rafael Chanjan Documet	
Caso «Construcción del canal de riego Mesa Rumi- Catiama-Tzactza-Santa Cruz-Huaylas»	11
Zoila Milagros Amez del Río	
Caso de presunto cohecho pasivo propio contra efectivo policial en Huamanga	19
Daniela Coras Sulca y Franklin Silva Yaranga	
Caso «Mejoramiento de la carretera Putica-Accosa-Manchiri, del distrito de Carapo, provincia de Huanca Sancos, Ayacucho»	28
Alejandra del Pilar Carrillo López	
Caso de presuntas coimas en contrataciones en la Municipalidad del distrito de Echarati, Cusco	41
Kelein Mirtha Ccahuana Saldívar	
Caso de la presunta contratación irregular de servicios profesionales en la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU)	52
Fiorella Torres Flores y Aurora Flor Córdova Abregú	
Caso de la presunta contratación irregular de Richard Cisneros en el Ministerio de Cultura	63
Ana Janampa Almora y Marie Gonzales Cieza	
Caso de la presunta sobrevaloración en los proyectos de infraestructura y equipamiento del Hospital Víctor Ramos Guardia de Huaraz, Áncash	82
Paola Cecilia Echevarría Mejía y Rubí Diana Sifuentes Vásquez	
Caso de presunta corrupción en la entrega de canastas en la Municipalidad de Casma	92
Sam Lee Alva Cochachín	
Caso del Hospital Antonio Lorena del Cusco	102
Libia Mercedes Vargas Almanza y Aarón Rivas Atauchi	

Caso de la presunta sobrevaloración en la compra de sesenta mil pruebas rápidas de COVID-19 en el distrito de Cajamarca 111

Yudy Lizeth Montes Cahuapaza

Caso de la presunta apropiación de fondos de pensiones de los trabajadores de la Municipalidad Distrital de Coris 120

Jakelín Cecilia Huanca Tuya

Caso de la presunta venta de materiales médicos del Estado peruano por parte de la jefa de la farmacia del Hospital Regional de Ayacucho 127

Yeni Tovar Vergara y Franklin Silva Yaranga

Caso del excongresista Héctor Becerril por presuntos delitos de corrupción y organización criminal en el ejercicio de su función 139

Yasnina Barboza Navarro

Caso de presunta compra y entrega irregular de canastas de víveres en el distrito del Rímac 147

Diana Astuhamán Baldeón

Introducción

Desde 2017, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), con el apoyo de la National Endowment for Democracy (NED), está apostando por el empoderamiento de la sociedad civil en materia de lucha contra la corrupción. De esta manera, desde hace más de tres años, el equipo anticorrupción del IDEHPUCP está impulsando y promoviendo el fortalecimiento de capacidades de estudiantes universitarios de Derecho y Periodismo en distintas regiones del país con la finalidad de prevenir y controlar los actos de corrupción pública.

En tal sentido, el IDEHPUCP, mediante alianzas estratégicas con universidades públicas pertenecientes a la Red Peruana de Universidades (RPU), de la cual también forma parte la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), ha fomentado la implementación y el funcionamiento de las Clínicas Jurídicas Anticorrupción en las facultades de Derecho de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga de Ayacucho, la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Huaraz y la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana de Iquitos, así como en la PUCP, en Lima. Dichas clínicas tienen el objetivo fundamental de generar un espacio de reflexión académica y de incidencia pública en los casos de corrupción que se suscitan en las regiones del país, de tal manera que, además de brindar herramientas conceptuales a las y los estudiantes universitarios en materia anticorrupción, pudo propiciarse su intervención en casos emblemáticos de corrupción en sus regiones, mediante la preparación y la presentación de informes jurídicos especializados (*amicus curiae*) a las instancias jurisdiccionales correspondientes.

Sobre la base de la experiencia de las Clínicas Jurídicas Anticorrupción, en 2020, el IDEHPUCP está consolidando una Red de Clínicas Jurídicas Anticorrupción con el objetivo de articular conocimientos y experiencias entre los estudiantes universitarios de las clínicas de Lima, Cusco, Ayacucho y Áncash. Es así que, entre julio y agosto, el IDEHPUCP, con el apoyo de NED, implementó un curso de reforzamiento en «Herramientas para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción», dirigido a todos los integrantes de la Red de Clínicas Jurídicas Anticorrupción. Como actividad final del curso, los estudiantes

elaboraron notas académicas sobre casos de corrupción en sus regiones, las cuales fueron evaluadas por el equipo anticorrupción del IDEHPUCP y de las cuales fueron seleccionadas las mejores para publicarlas en este documento.

Por tanto, esta publicación académica representa la materialización del trabajo que, desde hace años, están realizando las Clínicas Jurídicas Anticorrupción impulsadas por el IDEHPUCP en las regiones de Lima, Cusco, Ayacucho y Áncash. Sin lugar a dudas, como parte de la sociedad civil, los estudiantes universitarios cumplen también un rol importante en la lucha contra la corrupción en nuestro país, por lo que esperamos que este documento pueda contribuir al debate académico, así como a incentivar a más jóvenes universitarios a involucrarse en estos esfuerzos de combate contra este flagelo.

Mg. Rafael Chanjan Documet

Coordinador del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

CASO

CONSTRUCCIÓN DEL CANAL DE RIEGO MESA RUMI- CATIAMA-TZACTZA- SANTA CRUZ –HUAYLAS

Zoila Milagros Amez del Río¹

1. Resumen del caso

El caso «Construcción del canal de riego Mesa Rumi-Catiama-Tzactza-Santa Cruz-Huaylas» habría comprendido hechos cometidos durante el primer gobierno del presidente regional de Áncash César Joaquín Álvarez Aguilar (2007-2010) y habría continuado hasta su segundo gobierno (2011-2014).

Según la tesis de la Fiscalía, el 29 de diciembre de 2010 se requirió el recurso humano mínimo que habría sido elaborado por I.R.B.G. En este, se habría verificado que los requisitos solicitados eran excesivos para las características que tuvo la obra materia de convocatoria —que habría estado relacionada con la construcción de un canal de riego—, pues se podría haber evitado la pluralidad de postores y otorgado la buena pro a la empresa GRECOSEM como única postora que se habría presentado con las características solicitadas.

De esta manera, el expresidente regional de Áncash César Álvarez Aguilar e I.R.B.G. se habrían interesado en favorecer a la empresa GRECOSEM con la finalidad de defraudar al Estado.

¹ Miembro de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de NED en 2019.

2. Hechos relevantes del caso

- El presente proceso se encuentra en el expediente N° 1541-2018, a cargo del Tercer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Áncash.
- El 9 de diciembre de 2019, el fiscal a cargo del Tercer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Áncash formuló el requerimiento de acusación, el cual indica lo siguiente:

INTERESAMIENTO DE FUNCIONARIOS DURANTE EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DEL CONTRATISTA EJECUTOR DEL PROYECTO DENOMINADO: «Construcción del canal de riego Mesa Rumi- Catiama-Tzactza-San Cruz-Huaylas».

- Para realizar la ejecución de la obra «Construcción del canal de riego Mesa Rumi-Catiama-Tzactza-Santa Cruz-Huaylas», con un valor referencial de S/4 100 883.17, se habría solicitado que el equipo técnico presente un consultor, quien debía contar con tres años de experiencia como residente de obra y con diez años de experiencia como consultor de obras. Respecto al ingeniero asistente, se habría solicitado que cuente con estudios de maestría en Gerencia de Proyectos y que sea inspector de INDECI. En suma, estos requisitos habrían resultado excesivos, ya que la obra materia de convocatoria habría estado relacionada con la construcción de un canal de riego; en esta actividad, el ingeniero asistente no realiza labores de gerencia, menos aún, actividades vinculadas con defensa civil. Finalmente, respecto al especialista ambiental, se habría solicitado que este cuente con título de ingeniero industrial, maestría en Gestión Ambiental y doctorado en Ciencias e Ingeniería del Medio Ambiente y Desarrollo. En este caso, lo solicitado también habría resultado excesivo.
- Como es posible notar, los requisitos solicitados por el residente de obra resultarían ser excesivos y restrictivos para garantizar la pluralidad de postores. Esto habría sido posible observar en el resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado. En efecto, con ello se habría trasgredido lo prescrito en los artículos 13, tercer párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 12 de su reglamento.

- Posterior a ello, conforme se advierte en el Acta N° 05-2011-GRA-CEDU, N° 041-2009-GRA, N°19-2010-GRA, se habría presentado el CONSORCIO MESARUMI como único postor del proceso de selección, conformado por la empresa GRECOSEM S.R. LTDA., con RUC N° 20406906460, y L.R.J.E.T., con RUC N°10104750741, las que habrían acreditado al señor H.B.C.D. como su representante para la presentación de propuestas. Luego de la evaluación de las propuestas efectuadas por el comité especial, el postor habría obtenido un puntaje total de 93.43, razón por la cual se le habría otorgado la buena pro por el monto de S/4 100 883.17.

3. Individualización de los intervinientes (imputación concreta)

Al acusado César Joaquín Álvarez Aguilar se le atribuye ser **autor** del delito de **negociación incompatible**, dado que, en condición de gobernador regional de Áncash, indebidamente, y de manera directa, se habría interesado, en beneficio del consorcio MESARUMI, en la contratación para la ejecución de la obra «Construcción del canal de riego Mesa Rumi-Catiama-Tzactza-Santa Cruz-Huaylas»; la imputación se infiere de los hechos narrados anteriormente.

A la acusada I.R.B.G. se le atribuye ser **autora** del delito de **negociación incompatible**, dado que, en condición de subgerente de Estudios del Gobierno Regional de Áncash, se habría interesado indebidamente, y de manera directa, en beneficio del consorcio MESARUMI, en la contratación para la ejecución de la obra «Construcción del canal de riego Mesa Rumi-Catiama-Tzactza-Santa Cruz-Huaylas», específicamente en la elaboración de los requerimientos técnicos mínimos y la aprobación de los adicionales.

4. Aspectos procesales

Este proceso se encuentra en la etapa intermedia, en la cual, el 9 de diciembre de 2019, fiscal provincial del Tercer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporati-

va Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Áncash formuló el requerimiento de acusación.

Esta etapa está referida a las actuaciones procesales que tienen lugar desde el fin de la investigación preparatoria hasta la emisión de citación a juicio oral. Se verificará si la acusación fiscal cumple con todos los requisitos de ley y si hay elementos de convicción suficientes para pasar al juicio oral del proceso o, de lo contrario, corresponde archivar el caso (sobreseimiento) (San Martín, 2015, p. 302).

5. Implicancias procesales de la imputación por negociación incompatible en contratación pública

5.1. El delito de negociación incompatible

Artículo 399 del Código Penal. - 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 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.

5.1.1. Bien jurídico

Para Castillo (2015), el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos pro-

pios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado (p. 15).

En esta línea, Rojas (2007) señala que

se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal a un sector de ella brinde una imagen de funcionarios o servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de los cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas (p. 818).

En conclusión, este delito no protege al patrimonio del Estado sino la rectitud, la probidad, la legalidad y el prestigio de los actos de la función pública. Específicamente, busca preservar la Administración Pública sobre interés privado de sus agentes.

5.1.2. Sujeto activo y sujeto pasivo

Según Rojas (2007), es sujeto activo del delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público con facultades o competencias para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, así que posee facultades decisorias o de manejo de las negociaciones u operaciones; «de modo que, de no existir vínculo en razón de su cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico» (p. 820).

Por otro lado, el Estado es sujeto pasivo genérico en este delito, por lo que la institución o entidad pública directamente afectada por la corrupción será la que se beneficie de la reparación civil.

5.1.3. Conducta típica

El verbo rector del delito de negociación incompatible, según Salinas (2014), es «interesarse»; es decir, atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, con el objetivo de satisfacer el interés propio particular (p. 826).

Para ello, como expresa Rojas (2007):

no se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito, el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la Administración Pública. El agente puede interesarse para sí en una parte del contrato u operación (p. 826).

La Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad N° 2641-2011, Lambayeque, en referencia a este punto, ha establecido que el verbo rector «interesarse» supone una injerencia y, por tanto, excede los parámetros fijados por el cargo o la función, y que los actos están orientados hacia finalidades no funcionales.

5.1.4. Tipicidad subjetiva

Rojas (2007) considera que, para la configuración del delito, basta que este se haya realizado con dolo indirecto, sobre todo en las hipótesis de intervención simulada, en las cuales el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño (p. 824), de conformidad con lo que señala la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2770-2011, Piura.

5.1.5. Las irregularidades administrativas como prueba indiciaria

Como la probanza del interés indebido termina siendo sumamente compleja, para poder condenar es indispensable recurrir a la prueba indiciaria. Esta es un método probatorio cuyo objeto es un hecho distinto al delictivo, pero que permite llegar a este por medio del razonamiento lógico, pues se trata de indicios que nos llevan a entender que el delito se ha cometido². Tales indicios pueden ser:

- Las irregularidades administrativas, como la infracción a la Ley de Contrataciones del Estado, la festinación de trámites obligatorios, entre otras.
- Efectuar la contratación directa y sin limitación previa de ciertos funcionarios. Como ejemplo de ello tenemos a los consultores de ejecución de obras.

² R.N.05-02-2008. Ejecutoria emitida el 4 de mayo de 2009.

6. Sobre el fondo del asunto

El verbo rector «interesarse», en el presente caso, se habría evidenciado por la poca transparencia en los requisitos solicitados por el residente de obra, pues habrían resultado ser excesivos y restrictivos para garantizar la pluralidad de postores. Ello se evidencia en el resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado; de esta manera, se habría transgredido lo prescrito en los artículos 13, tercer párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 12 de su reglamento.

De los medios probatorios (Acta N° 05-2011-GRA-CEDU, N° 041-2009-GRA y N°19-2010-GRA) se observa que se presentó como único postor del proceso de selección el CONSORCIO MESARUMI y que, luego de la evaluación de propuestas efectuadas por el comité especial, se le otorgó la buena pro. De ello se desprende que no habría existido una intención basada en el bien común, sino en fines privados. En consecuencia, el «interesarse» en este aspecto habría contenido una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, pero que habría buscado generar la apariencia de un negocio jurídico.

7. El accionar doloso de los funcionarios públicos

La teoría adecuada para determinar el dolo es la teoría cognitiva. En ese sentido, el elemento cognitivo es el elemento esencial central del dolo; por ende, se desecha a la teoría volitiva como su elemento esencial. Dicho de otro modo, pasa a un segundo plano si el funcionario público quiso o no quiso realizar el injusto penal. Lo que interesa analizar es si el funcionario sabía que su actuar estaba conforme a ley. Este conocimiento se presume desde que el funcionario público asume el cargo específico; por lo tanto, es perfectamente posible atribuir el accionar doloso a los procesados en este caso.



8. Conclusiones

Para que se configure el delito de negociación incompatible no es necesario que exista perjuicio económico durante o después del proceso de selección. En este delito, tal circunstancia resulta irrelevante.

Si durante el juicio no se llega a probar la «concertación» con el beneficiado —para así imputar el delito de colusión—, sí se puede generar la convicción suficiente en el juez para sancionar «el interés debido» de los funcionarios, destinado a «defraudar los intereses» del Estado. Esta es una estrategia más eficaz para lograr una condena sólida y efectiva por actos de corrupción.

Si bien el no cumplimiento de las formalidades en las contrataciones con el Estado, por sí mismo, no conlleva una sanción penal, en este caso dicho no cumplimiento se habría producido de manera dolosa. Es decir, los involucrados actuaron deliberadamente en contra de los intereses del Estado.

Algunas irregularidades administrativas que son sintomáticas de la comisión de delitos de corrupción, en el marco de las contrataciones con el Estado, son las regularizaciones posteriores al contrato. En estas se exigen requisitos excesivos a cambio de la prestación de servicios, lo cual termina restringiendo la pluralidad de postores que establece la Ley de Contrataciones del Estado.

Se plantea que, para evitar la defraudación a los intereses del Estado, los y las fiscales del sistema anticorrupción deben recurrir a los informes técnicos que justifiquen los contratos de servicios que se realicen.

9. Bibliografía

- Castillo, L. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP.

CASO DE PRESUNTO COHECHO PASIVO PROPIO CONTRA EFECTIVO POLICIAL EN HUAMANGA

Daniela Coras Sulca y Franklin Silva Yaranga³

1. Hechos del caso

- El suboficial técnico de segunda de la Policía Nacional del Perú A.N.G.O., quien laboraba prestando servicio motorizado en la Unidad de Tránsito y Seguridad Vial de Ayacucho (ubicada en el jirón Manuel Alarcón N° 221 del distrito de Jesús Nazareno, Huamanga), habría intervenido, el día 16 de mayo de 2020, al promediar las 09:40 horas, en una de las arterias de esta ciudad (en las inmediaciones de las avenidas Arenales y Cusco) al ciudadano E.Q.A. —quien habría estado conduciendo un vehículo camión marca Isuzu, con placa de rodaje ATF-744—, a quien le habría solicitado sus documentos personales y los del vehículo.
- Asimismo, A.N.G.O. le habría solicitado a E.Q.A. una suma de dinero (S/200.00) para no ponerle una papeleta, pues este no habría contado con la licencia de conducir en físico ni con lentes; para ello, el suboficial habría citado a E.Q.A en otro lugar de la ciudad —en las inmediaciones del óvalo Maravillas— y se habría llevado consigo la tarjeta de propiedad del carro y la licencia de conducir del copiloto y acompañante F.Q.A.
- Ante estas circunstancias, el conductor habría puesto el hecho en conocimiento del Ministerio Público, cuyos representantes realizaron un operativo de intervención junto con la Policía Especializada Anticorrupción. Todos ellos se habrían constituido en el lugar citado el mismo día, al promediar

³ Miembros de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2018.

las 11:50 horas, donde el efectivo policial le habría indicado al conductor que dejara el dinero en un papel blanco dentro de un sobre, encima del *grass* (jardín). A.N.G.O. habría llegado y, luego de verificar el lugar, habría recogido el sobre; ante ello, habría sido inmediatamente intervenido por efectivos policiales. No obstante, A.N.G.O. habría arrojado el sobre e intentado huir del lugar. Luego, este fue alcanzado por los efectivos policiales intervinientes, quienes habrían constatado que los cuatro billetes de cincuenta soles entregados coincidían con los números de serie de los billetes previamente fotocopiados.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

De los hechos antes descritos, el 16 de mayo de 2020 se realizaron las primeras actividades de la investigación preparatoria.

Ante ello, al tener suficientes elementos probatorios que acreditaran la comisión del hecho delictivo, el Ministerio Público requirió, el 18 de mayo, la incoación de proceso inmediato contra el ciudadano A.N.G.O. (en adelante el investigado) ante el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con sede en Huamanga (en adelante el Juzgado de Investigación Preparatoria), por ser presunto autor del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos en la modalidad de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, en el subtipo de solicitar directamente donativo-dinero con el fin de omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial —previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 395-A del Código Penal—. Asimismo, la Fiscalía solicitó la imposición de la medida coercitiva de prisión preventiva por el plazo de cinco meses contra el investigado por el delito antes señalado.

En la audiencia del 20 de mayo del año en curso, el Juzgado de Investigación Preparatoria resolvió los requerimientos por parte de la Fiscalía y declaró improcedente la incoación del proceso inmediato y, fundado, el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de cinco meses en contra de A.N.G.O., como presunto autor del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (subtipo de solicitar directamente donativo-dinero, para

omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial), en agravio del Estado-Policía Nacional del Perú.

Por otro lado, ante la improcedencia del proceso inmediato, la Fiscalía presentó al juez de investigación preparatoria la disposición de formalización de investigación preparatoria N° 01-2020-01FPCEDCF-AYA, la que se tuvo por presentada mediante resolución N° 03 y señala que se formaliza y continúa con la investigación preparatoria en vía de proceso común por el plazo de ciento veinte días contra el investigado. Además, se dispuso que se realice, como parte de los actos de investigación, la pericia de homologación de voces de los audios y los videos obrantes en la investigación con el fin de determinar las partes ininteligibles, así como la correspondencia a cada uno de los intervinientes.

3. Análisis jurídico-penal del caso

3.1. La presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio

El artículo 393° del Código Penal establece diversas hipótesis delictivas, por lo que es necesario identificarlas y poder conocer así su naturaleza jurídica, tal como señala Salinas (2016):

El primer párrafo prevé tres supuestos generales que se configuran cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio: a) para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) para omitir un acto en violación de sus obligaciones; y c) se perfecciona cuando el agente acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

El segundo párrafo de igual forma prevé tres supuestos delictivos, cuya configuración obedece cuando el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio: a) para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) para omitir un acto en violación de sus obligaciones; y c) el que se configura cuando el agente funcionario o servidor

público solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

El tercer párrafo prevé dos supuestos, cuando el agente, siempre funcionario o servidor público: a) condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja; y cuando b) condiciona su conducta funcional, derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo (pp. 515 y 516).

De los hechos materia de investigación, se tiene que el ciudadano A.N.G.O., en condición de **“efectivo policial”** en actividad, habría solicitado los documentos personales y de vehículo al ciudadano E.Q.A., quien no habría contado con la licencia de conducir en físico ni habría portado sus lentes conforme consignaba su licencia. Por ello, el efectivo policial, a efectos de no imponerle la papeleta respectiva, como correspondía en el ejercicio regular de sus funciones, le habría **“solicitado”** una **“suma de dinero”** (S/200.00).

Se advierte que el hecho descrito encuadra en el delito de cohecho pasivo propio, específicamente descrito en el segundo párrafo del artículo 395-A del Código Penal vigente, el cual prescribe:

Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial
(...)
El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber fallado a ellas (...).

3.1.1. Naturaleza jurídica del cohecho pasivo propio

Se entiende por cohecho pasivo propio la conducta del funcionario que solicita o acepta una dádiva o promesa para realizar un acto al margen de la ley en la esfera de su competencia. Las modalidades del cohecho pasivo propio se distinguen por el acto del funcionario en el ejercicio de su cargo (...) (Díaz y García Conlledo, 1997, p. 162).

3.1.2. Bien jurídico

De acuerdo con el recurso de nulidad N° 1406- 2007, emitido el 7 de marzo de 2008, “(...) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (...)”.

En el presente, como ha mencionado Abanto Vásquez, citado en Salinas (2016), se habría vulnerado la imparcialidad del efectivo policial en el desenvolvimiento de sus funciones; esto es, que sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias (p. 528).

3.1.3. Sujeto activo

De acuerdo con Salinas (2016), el delito de cohecho pasivo propio es un delito especial, ya que solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público (p. 529). Además, como menciona Rojas, citado en Salinas (2016), la exigencia es que aquel funcionario o servidor público debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete (p. 529).

En el presente caso, se verifica que el efectivo policial A.N.G.O., mediante el oficio N° 660-2019-VIII-MACREPOL-A/REGPOL-AYA/OFAD-URH, del 12 de diciembre de 2019, se desempeñaba en la Unidad de Tránsito y Seguridad Vial de Ayacucho y tenía como función “intervenir los vehículos que infringen el Reglamento Nacional de Tránsito de conformidad al POV” e imponer papeletas de infracción al Reglamento Nacional de Tránsito.

3.1.4. Beneficio indebido

El recurso de nulidad N° 497-2011-Cusco precisa que:

La boleta de transferencia de dinero a favor del agente policial, por parte del conductor de un vehículo, cuya carga no se encontraba regularizada, conforme se observó en la intervención realizada, acredita que este agente solicitó la entrega de dinero a cambio de incumplir sus obligaciones, bajo amenaza de decomiso.

En el presente caso, se habría solicitado un beneficio indebido por la suma de S/200.00, conforme se tiene en el acta de fotocopiado de los billetes.

3.1.5. Consumación del delito

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de descuidar, abstenerse o prescindir de un acto en violación a sus deberes funcionales (Salinas, 2016, p. 534). En este sentido, bastará con acreditar que el agente solicitó a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de omitir un acto al que está obligado. Ello implica la transgresión, mediante su actuar, de sus deberes funcionales, para consumarse el delito (p. 534).

Cabe destacar que, en efecto, se está frente al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por constituirse sus elementos, conforme se ha precisado; sin embargo, debemos analizar las instituciones procesales como el proceso inmediato y la figura de la flagrancia delictiva, pues lo consideramos pertinente, tal como se ha desarrollado el caso en concreto.

3.2. Análisis del requerimiento de incoación de proceso inmediato

3.2.1. El proceso inmediato

El proceso inmediato obedece a la noción de evidencia delictiva, pues es la conversión de un procedimiento común en inmediato que, a su vez, autoriza la simplificación de sus trámites y el aceleramiento procesal —se concentra en los primeros momentos de la investigación preparatoria, en especial, en la subfase de diligencias preliminares, y se elimina la etapa intermedia—. Por tanto, la característica definitoria de este proceso es su celeridad, consecuencia del recorte de la actividad probatoria por falta de necesidad de esta (San Martín, 2015, p. 803).

Ello, conforme al artículo 446.1 del Código Procesal Penal que establece los siguientes supuestos de aplicación:

Artículo 446.- Supuestos de aplicación
(...)

El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259;
El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o
Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

El requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato se sustenta bajo el supuesto de flagrancia delictiva.

3.2.2. Flagrancia delictiva

De acuerdo con el fundamento jurídico 8 del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, del 1° junio de 2016, el delito flagrante se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente.

Dicha evidencia se distingue sustantivamente por su: a) inmediatez temporal, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; b) inmediatez personal, es decir, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva.

Asimismo, se distingue adjetivamente por: a) la percepción directa y efectiva, vista directamente o percibida de otro modo, tal como material filmico o fotografías —nunca debe ser meramente presuntiva o indiciaria— de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad para evitar intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos.

Sin embargo, la relación de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato radica en que en la noción de evidencia siempre ha de primar la claridad de la comisión del delito por el imputado y la lógica concluyente de lo que se aprecia y observa —incluso a través de medios audiovisuales—, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investi-

gación provisionales, realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, denominados “diligencias policiales de prevención”.

En este caso, el requerimiento de incoación de proceso inmediato se resolvió en audiencia, donde la defensa técnica refiere al mencionado acuerdo plenario y señala puntos ilegibles en el audio y video que no determinan claramente que su patrocinado haya cometido el delito en flagrancia; por ende, considera necesario que se recaben algunas declaraciones testimoniales con el fin de esclarecer los hechos imputados.

Si bien, se advierten en el acta de transcripción de audio de la grabación de la supuesta conversación entre el investigado y el denunciante —en el contexto de coordinación para la entrega del dinero—, palabras y hasta oraciones ininteligibles; ello es una prueba que vendría a ser concluyente, pues acreditaría que el investigado habría solicitado el beneficio indebido al denunciante. Así, a partir de la conversación es posible colegir que el investigado es quien habría hecho alusión al dinero al señalar “¿Has traído lo que te dije o no?”, ante lo que el denunciante habría pedido una rebaja; sin embargo, el investigado habría mostrado su negativa a ello.

Sin embargo, en este tipo de delitos debemos considerar la valoración de las pruebas conforme al recurso de nulidad N° 1294-2011, emitido el 20 de setiembre de 2011, que precisa:

que esa falta de uniformidad, contradicciones sustanciales de los relatos entre sí y falta de concreción en las afirmaciones a la que se opone la versión exculpatoria de los acusados imputados afectan la credibilidad de las declaraciones, pues no es posible que existan posiciones opuestas sobre un mismo acontecimiento, provenientes de las mismas personas y en diferentes lapsos, lo que impide formar convencimiento pleno de culpabilidad por la comisión del delito de cohecho pasivo propio.

En este sentido, el haber declarado improcedente el requerimiento de incoación de proceso inmediato es prudente, puesto que, al presentarse palabras y oraciones ilegibles en la mencionada acta, resulta necesario que se realice la pericia de homologación de voz entre el investigado y el denunciante.

4. Conclusiones

- A pesar de las circunstancias que vive nuestro país, la criminalidad en los delitos contra Administración Pública está en aumento; sin embargo, las investigaciones que realiza la Fiscalía, ya sea instada por un ciudadano o de oficio, deben darse de acuerdo con el derecho; es decir, sobre la base de todos los medios de prueba para presentar su acusación —sean estos de cargo o de descargo—, con la finalidad de que el estándar probatorio prevalezca. Por ello, es el juez quien deberá analizar en conjunto la valoración de los medios probatorios, debido a que la probanza del delito de cohecho pasivo propio obedece al verbo “solicitar” por parte del agente.
- La incoación del proceso inmediato obedece a tres supuestos específicos, conforme lo establece el artículo 446 del Código Procesal Penal; por ende, es fundamental que los fiscales los precisen y fundamenten de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116.
- Finalmente, reflexionar respecto al incremento de casos de corrupción en pleno estado de emergencia, pues las autoridades, los funcionarios y los servidores públicos deberían actuar conforme a sus funciones y atribuciones. De lo contrario, estarían faltando a la ética de la función pública, la cual tiene un papel importante en la lucha contra la corrupción estatal (Montoya, 2015, p. 27).

5. Bibliografía

Díaz y García Conlledo, M. (1997). El delito de cohecho. En A. Asúa (coord.), *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 161-170). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

Montoya, Y. (coord.) (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Iustitia.

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal lecciones* (primera edición). Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.



«MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA PUTICA-ACCOSA-MANCHIRI, DEL DISTRITO DE CARAPO, PROVINCIA DE HUANCA SANCOS, AYACUCHO»

Alejandra del Pilar Carrillo López⁴

1. Descripción de los hechos

- Las comunidades de Accosa y Manchiri se ubican en el distrito de Carapo, provincia de Huanca Sancos del departamento de Ayacucho, donde hay un deficiente transporte de carga y de pasajeros.
- El proyecto de «Mejoramiento de la carretera Putica-Accosa-Manchiri, del distrito de Carapo, provincia de Huanca Sancos, Ayacucho» (en adelante, el proyecto), se centra en el transporte terrestre. La Unidad Formuladora del Proyecto de Inversión Pública es el Gobierno Regional de Ayacucho y la Unidad Ejecutora del Proyecto, el Gobierno Distrital de Carapo, con un total de 2247 beneficiarios directos de la obra, quienes son pobladores de Accosa y Manchiri. Dada la intransitabilidad de la carretera, sobre todo desde octubre hasta mayo, estas personas han quedado aisladas de la capital del distrito provincial y departamental, pues tienen que salir de sus comunidades a pie por los caminos de herradura, lo que implica un tiempo de viaje de dos horas⁵.
- El Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Ayacucho, como parte de los servicios de control posterior, dispuso realizar una auditoría de cumplimiento al expediente técnico y servicio de fabricación del

puede ser carrozable para la obra «Mejoramiento de la carretera Putica-Accosa-Manchiri, del distrito de Carapo, provincia de Huanca Sancos, Ayacucho», durante el periodo comprendido entre el 30 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2017, a cargo del Gobierno Regional de Ayacucho.

Como resultado de dicha auditoría, se emitió el **Informe de Auditoría N° 020-2018-2-5335**, en el que se habría observado que la comisión regional y los servidores de la entidad aprobaron el expediente técnico de obra y los estudios básicos para la construcción del puente Accosa-Manchiri, sin advertir su deficiente ubicación y diseño. Pese a ello, los funcionarios y los servidores habrían permitido la innecesaria ejecución de partidas en dicha obra. En efecto, estos hechos han generado la irrogación de gastos de inversión en perjuicio de la entidad por el monto de S/177 829.24, debido a la posterior reubicación, rediseño y construcción del puente.

Asimismo, los funcionarios y los servidores de la entidad habrían permitido el consentimiento de las solicitudes de ampliación de plazo N° 1, 2 y 3, y opinado a favor de la aprobación de la solicitud de ampliación del plazo N° 2, la cual carecería de justificación, con lo cual se evitó la aplicación de penalidades en perjuicio económico de la entidad por S/293 169.74⁶.

2. Aspectos y antecedentes procesales

- El 31 de julio de 2019 se presentó una denuncia interpuesta por el procurador público regional del Gobierno Regional de Ayacucho, por la presunta comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; y se identificó a los investigados de la siguiente manera:

⁴ Miembro de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2017.

⁵ Ficha de Registro-Banco de proyectos, Formato SNIP-03, <http://ofi4.mef.gob.pe/bp/ConsultarPIP/frmConsultarPIP.asp?accion=consultar&txtCodigo=119454>, revisado el 3 de agosto de 2020.

⁶ Denuncia interpuesta por el procurador público regional del Gobierno Regional de Ayacucho, el 31 de julio de 2019.

DENUNCIADO	CARGO
C.W.S.V.	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluador de la Oficina Regional de Estudios e Investigación (OREI) • Miembro suplente de la Comisión Regional de Revisión Evaluación y Aprobación de Expediente Técnicos y Estudios (CRREAETE)
A.G.V.F.	<ul style="list-style-type: none"> • Responsable de meta de la OREI
Z.R.M.	<ul style="list-style-type: none"> • Inspector de meta de la SGSL
I.Q.S.	<ul style="list-style-type: none"> • Inspector de meta de la SGSL
S.Q.S.	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la CRREAETE
E.C.L.	<ul style="list-style-type: none"> • Primer miembro de la CRREAETE
R.S.S.	<ul style="list-style-type: none"> • Residente de obra
J.A.L.J.	<ul style="list-style-type: none"> • Supervisor de obra
E.M.V.	<ul style="list-style-type: none"> • Director de la Oficina Subregional de Huanca Sancos
W.L.B.	<ul style="list-style-type: none"> • Gerente regional de Infraestructura
A.S.B.H.	<ul style="list-style-type: none"> • Subgerente de Supervisión y Liquidación
G.A.E.	<ul style="list-style-type: none"> • Inspector de obra
Otros que resulten responsables	

- El 16 de setiembre de 2019, el Segundo Despacho Fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito fiscal de Ayacucho emitió la Disposición de Apertura de Investigación Preliminar N° 01-2019-MP-02DFPCEDCF-AYA; en la cual delimita la investigación de la siguiente manera:
 - Que una vez analizados los hechos denunciados, advierte que estos se subsumen en el supuesto fáctico del delito de **colusión agravada** (principio de especialidad), puesto que se dio la emisión de conformidad de unos servicios cuando estos no habrían sido cumplidos en su integridad o no contaban con las pruebas necesarias, situación que generó un perjuicio económico al Gobierno Regional de Ayacucho, por lo que se deberá disponer la apertura de la investigación contra los funcionarios así como los contratistas, no siendo posible disponer el archivo por el delito de negociación incompatible puesto que los hechos que la sustentan son los mismos del delito. Por lo que se APERTURA [sic] INVESTIGACIÓN PRELIMINAR por un plazo de 120 días, contra **C.W.S.V., A.G.V.F., Z.R.M., I.Q.S.**, como presuntos funcionarios públicos, en la modalidad de colusión agravada; y contra **D.M.Z., J.E.S.Z. y A.G.H.**, como presuntos cómplices primarios del mencionado delito, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho.
 - Con relación a la denuncia formulada contra **S.Q.S., C.W.S.V., E.C.L., R.S.S. y J.A.L.J.**, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, esta deberá ser ARCHIVADA por la siguiente razón:

En el caso de **S.Q.S., C.W.S.V., E.C.L.**, el delito de negociación incompatible, a la fecha de los hechos, prevé una pena privativa de la libertad no mayor de seis años, por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 80 y siguiente del Código Penal, **este delito, a la presentación de la denuncia, ya habría PRESCRITO** en forma ordinaria por haber transcurrido un tiempo igual a la pena prevista para el delito de negociación incompatible (más de seis años); ya que a este delito no se aplica la duplicidad de la prescripción, prevista en el último párrafo del artículo 80 del mencionado código, debido a que el referido delito no protege el patrimonio estatal.
 - Con relación a **R.S.S.**, residente de obra, y **J.A.L.J.**, supervisor de la obra, habrían ejecutado parcialmente la obra pese a haber advertido los defectos que contenía el expediente técnico, lo que generó un perjuicio

de S/141 929.24; asimismo, se denuncia que **E.M.V.**, en su condición de director de la Oficina Subregional de Huanca Sancos, no efectuó trámite alguno ante las instancias administrativas para evitar su ejecución parcial. Una vez analizado estos hechos, se concluye que en ellos no se menciona que los imputados hayan manifestado un interés directo, indirecto o simulado en contratos u operaciones en favor propio o de tercero, puesto que no se hace referencia a la realización de procesos de selección, firmas de contratos, otorgamiento o emisión de conformidad, no imposición de penalidades, etc.; solo se resaltan actos omisivos en los que habrían incurrido al no haber adoptado las medidas correctivas para evitar la ejecución parcial de la obra por administración directa, situación que se subsume en el supuesto fáctico del delito de omisión de actos funcionales; siendo así, se deberá DISPONER EL ARCHIVO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

- En cuanto al SEGUNDO HECHO descrito en la denuncia, son de funcionarios y servidores de la entidad que permitieron el consentimiento de las solicitudes de ampliación de plazo N° 1, 2 y 3, asimismo, opinaron a favor de la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 2, la cual carecía de justificación, evitando con ello la aplicación de penalidades en perjuicio económico de la entidad; al ser este un hecho distinto a pago de servicios y aprobación de expediente técnico, de deberá DESACUMULAR la investigación, debiéndose extractar copias certificadas de las partes pertinentes como caso nuevo y ser remitidas al suscrito fiscal.
- El 7 de octubre de 2019, la Procuraduría interpone recurso de queja de derecho contra la disposición fiscal N° 01, en el extremo de la decisión de no formalizar ni continuar la investigación preparatoria en contra de los denunciados S.Q.S., C.W.S.V., E.C.L. y R.S.S., con la finalidad de que el fiscal superior la declare fundada y disponga la apertura de la investigación preliminar bajo el siguiente fundamento:
 - Los hechos denunciados imputados a S.Q.S. y C.W.S.V. y E.C.L., sí representan un perjuicio económico-patrimonial por la suma total de S/177 829.24, pues, en su condición de miembros de la Comisión Regional de Revisión, Evaluación y Aprobación de Expedientes Técnicos y Estudios (CRREAETE), aprobaron indebidamente el expediente técnico inicial de la obra mediante Acta de Sesión N° 056-2012-GRA/GG-CRREAETE, del 30 de octubre de 2012, lo cual manifiesta el interés directo indebido por parte de la Comisión Regional. Por lo tanto, convendría realizar los actos de investigación correspondiente a los hechos efectuados por los denunciados en aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción

señalada en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal y lo señalado en la Constitución Política del Perú, en el último párrafo del artículo 41.

- La Fiscalía declaró fundado el recurso de queja de derecho y revocó la disposición N° 01-2019, en el extremo que dispuso no formalizar y continuar la investigación preparatoria contra S.Q.S. y C.W.S.V. y E.C. por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado-GRA.

La Fiscalía Superior consideró prematuro el archivo liminar de la investigación respecto de C.W.S.V. en su actuación como miembro de la CRREAETE, toda vez que ambas situaciones (como miembro de la CRREAETE y como evaluador de la OER) tienen relación con el expediente técnico y con el servicio de fabricación del puente carrozable para la obra, en el cual tuvo participación conjunta con S.Q.S., en su condición de presidente de la CRREAETE; y de E.C.L., en su condición de primer miembro de la CRREAETE. Por ello, debe disponerse el inicio de la respectiva investigación preliminar por el presunto delito de colusión y recabar elementos de convicción reveladores del hecho ilícito para que en la estación correspondiente se disponga el archivo de la investigación preliminar o la formalización de la investigación preparatoria, según corresponda.

Así también, no se pronunció sobre el archivamiento de la investigación de R.S.S., J.A.L.J. y E.M.V., porque la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ayacucho no cuestionó dicha situación.

3. Análisis jurídico-penal del caso

La presente causa es seguida contra servidores, funcionarios públicos y contratistas, por la presunta comisión de un delito de corrupción puesto que, en el ámbito de investigación preliminar, se delimita la tipificación de los hechos, además de otros aspectos procesales. Por tal razón, la presente nota considera pertinente analizar los siguientes temas que han sido desarrollados en la Disposición de Apertura de Investigación Preliminar N° 01-2019-MP-02DFPCE-DCF-AYA:

- La correcta tipificación de los hechos y la determinación de participación de los imputados;
- La prescripción de delitos de corrupción; y
- La decisión de archivar un caso en la Disposición de Apertura de Investigación Preliminar.

3.1. Imputación penal

La Disposición de Apertura de Investigación Preliminar N° 01-2019-MP-02DFP-CEDCF-AYA delimita los hechos descritos en la denuncia presentada por el procurador público del Gobierno Regional de Ayacucho, como un delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión agravada, criterio que se comparte en el sentido de que se está frente a elementos típicos del presunto delito establecido en el artículo 384 del CP; además, que por el «[p]rincipio de especialidad, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsume de manera más compleja la conducta delictiva» (Montoya, 2016, p. 142):

Artículo 384.- Colusión:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Como se puede observar, se considera a la defraudación patrimonial como un elemento diferenciador entre el tipo base y agravado, hecho que se habría determinado en el **Informe de Auditoría N° 020-2018-2-5335**, realizado por el Gobierno Regional de Ayacucho, pues se concluyó que entre los dos hechos descritos habría existido un perjuicio económico de S/471 998.98 (por la reubicación, el rediseño y la construcción del puente en el expediente técnico; y por la ampliación injustificada y por evitar la aplicación de penalidades a favor del Gobierno Regional), hecho que, además, se habría suscitado como resultado de la presunta concertación entre funcionarios, servidores públicos y contratistas.

Por otro lado,

el sujeto activo del delito de colusión será aquel funcionario o servidor público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, es decir, debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc. Lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal (Montoya, 2016, p. 138).

Siendo así, en el presente caso, los supuestos responsables ocupaban cargos con responsabilidad de dar el visto bueno a la elaboración del expediente técnico, el cual fue realizado presuntamente omitiendo o dejando pasar infracciones respecto a la ubicación, el diseño y la construcción del puente, esto de acuerdo con la **Directiva N° 001-2003-GRA/PRES-GG-GRI-SGO «Directiva para la ejecución de obras bajo la modalidad de administración directa y/o encargado en el Gobierno Regional de Ayacucho»** que especifica que:

V. Normas generales:

(...) La Gerencia Regional de Infraestructura, Subgerencias y Direcciones Subregionales, a través de la Subgerencia de Obras como órganos ejecutores, deberán velar por la correcta aplicación de las normas técnicas y procedimientos durante el proceso de ejecución de obras, teniendo como sustento el expediente técnico debidamente aprobado por la Comisión Regional de Revisión Evaluación y aprobación de Expedientes Técnicos y estudios -CRREAETE

VI. Implementación para el inicio de la obra:

Cumplidos los requisitos para programar y ejecutar obras por administración directa, las unidades ejecutorias o las oficinas subregionales, en coordinación con las subgerencias de obras, serán las encargadas y responsables de la dirección e implementación de la obra, para lo cual deberán proponer, solicitar, coordinar o tramitar lo siguiente (...).

b. Nombramiento de un ingeniero residente o responsable de obra que deberá ser designado mediante resolución gerencial por la Gerencia Regional de Infraestructura. (...).

Por lo tanto, los funcionarios públicos denunciados con los cargos especificados posiblemente tendrían la legitimidad para decidir sobre la elaboración y la aprobación del expediente técnico, el cual habría sido realizado, presuntamente, con notorias deficiencias. Cabe resaltar que dicha directiva no es el único documento oficial que determina las funciones tanto de funcionarios como de servidores públicos, por lo que también se deberían recabar el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) vigentes al momento de los hechos; también se deben recopilar los contratos del supervisor y del residente de obra en los que se especifican los términos de referencia a los que están sujetos.

3.2. Prescripción de delitos contra la Administración Pública

En términos generales, la prescripción es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP). «En síntesis, opera como una sanción legal al Estado, que impide, por el transcurso del tiempo, procesar a un imputado; es decir, imposibilita que una persecución se pueda dar en el futuro» (San Martín, 2005, p. 284).

Por lo tanto, el Ministerio Público, como titular exclusivo de la acción persecutoria y encargado de reclamar al órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva—; y el Poder Judicial, a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—⁷.

Sin embargo, la prescripción para delitos contra la Administración Pública posee una regla especial, pues, de acuerdo con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución y al artículo 80 del Código Penal, los delitos de corrupción

⁷ Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, fundamento 5.

que afecten el patrimonio del Estado y son cometidos por funcionarios públicos prescriben en el doble del tiempo normal. Ello en razón de que la ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce o abusa. «Con esta medida adoptada, el legislador busca extender los plazos de prescripción, a fin de evitar que los delitos cometidos por funcionarios públicos queden impunes a causa de la prescripción» (Rímac, 2015, p. 21).

Es así que el acuerdo plenario N° 01-2010/CJ-116 establece tres presupuestos concretos para determinar la viabilidad de la regla especial de prescripción⁸:

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.
- El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente, por su nivel y facultades específicas, no poseía.

Frente a estas disposiciones, existen diferentes posturas para determinar su aplicación pues, por una parte, se encuentra el sector que determina como presupuesto que el delito debe proteger en específico el bien jurídico del patrimonio del Estado; sin embargo, se ha de observar que gran número de los delitos de corrupción no establecen que protegen dicho bien jurídico. Por otro lado, se encuentra el sector que concluye que el Acuerdo Plenario N° 01-2010 no establece que el delito materia de investigación debe proteger de manera concreta el bien jurídico de patrimonio de Estado, sino que debe ser evaluado caso a caso, como en el que nos concierne, pues nos encontramos frente a un

⁸ Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, fundamento 15.

delito de colusión agravada que, de acuerdo con el artículo 384 del Código Penal, establece lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, **defraudare patrimonialmente** al Estado o entidad u organismo del Estado, según la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El bien jurídico protegido del delito de colusión es «el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que debe guardar en la gestión de la función pública»⁹; pero, si hubiese existido un supuesto perjuicio patrimonial para la entidad pública (Gobierno Regional de Ayacucho), el caso no prescribiría en seis años, tal como fundamenta el fiscal provincial, en la Disposición de Apertura de Investigación Preliminar N° 01-2019-MP-02DFPCEDCF-AYA, pues, como se ha determinado de los hechos, habría existido una supuesta defraudación patrimonial, por la presunta mala elaboración del expediente técnico, así como la autorización injustificada de ampliación de plazo, lo cual no habría permitido aplicar penalidades, error que advirtió el procurador público en su recurso de queja, ya que argumenta que se deben aplicar estas reglas especiales para delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, no se habría tomado en cuenta la pena establecida en el tipo agravado y considera que el delito prescribe en doce años, lo cual también es errado, pues se ha delimitado que los hechos se subsumen en el tipo agravado cuya pena máxima es de quince años; entonces, el caso prescribiría dentro de treinta años una vez consumado el delito.

3.3. La decisión de archivar un caso en la disposición de apertura de investigación preliminar

Como se ha determinado en los apartados anteriores, en este caso se podría considerar que la comisión del hecho delictivo se podría subsumir en el delito de colusión agravada; sin embargo, es un estadio procesal muy prematuro para

⁹ Recurso de Nulidad N° 3307-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009.

determinar que se archive el caso, pues se debe tener presente que, para iniciar la persecución penal, es necesaria y suficiente la llamada **sospecha inicial**, para ordenar la realización de «diligencias preliminares», cuya finalidad es realizar actos urgentes e inaplazables. Así pues, buscan «determinar si han tenido lugar los hechos denunciados y su delictuosidad, asegurar los indicios materiales, individualizar a los involucrados, incluidos los agraviados y asegurarlos debidamente» (San Martín, 2005, p. 310). Por ello, la disposición de archivo debe ser producto de la subfase de las diligencias preliminares. Por tanto, aún se deben efectuar más actos de investigación para determinar el grado de participación de cada uno de los denunciados, además de determinar la existencia de prueba indiciaria para reforzar y argumentar el acuerdo colusorio.

Se debe tener en cuenta que, en el contexto nacional, los delitos de corrupción van aumentando con el tiempo, por lo que, con la medida adoptada con la prescripción especial en delitos contra la Administración pública

(...) [se] busca extender los plazos de prescripción, a fin de evitar que los delitos cometidos por funcionarios públicos queden impunes a causa de la prescripción. Esta idea cobra sentido si tenemos en cuenta que, en muchos casos, los funcionarios públicos utilizan maniobras dilatorias al interior de sus procesos para verse favorecidos con la prescripción de sus delitos, coadyuvados, además, por su capacidad económica, conocimientos, manejo del sistema, posición de poder, relaciones políticas y mediáticas con el propósito de lograr equiparar la acción de la justicia y consecuentemente evitar obtener una sentencia condenatoria (Rímac, 2015, p. 21).

Por este motivo, se aprobó recientemente la reforma constitucional de la imprescriptibilidad de delitos más graves cometidos contra la Administración Pública, publicada el 20 de agosto de 2017, por lo que podrá aplicarse para delitos consumados a partir de 2017.

4. Conclusiones

- Se podría estar frente a una supuesta conducta punible que podría adecuarse en el delito de colusión agravada por parte de los funcionarios públicos que conformaron la CREAETE; así como el gerente regional, los

subgerentes, los directores de oficinas subregionales, los inspectores, los supervisores y residentes de obra, lo cual se suscitó dentro en un contexto típico que posee una naturaleza eminentemente patrimonial o económica.

- La prescripción en delitos contra la Administración Pública tiene un trato especial, por la envergadura de las acciones de los sujetos activos frente a la protección del patrimonio del Estado, porque lo que se debe tener en cuenta es el doble de la pena más grave del delito.
- Aún falta recabar más documentación para determinar la participación y la responsabilidad de los denunciados; sin embargo, se pueden considerar los hechos descritos por la denuncia interpuesta por el procurador público como indicios para determinar la consumación del presunto acuerdo colusorio. Por tanto, es injustificable que no se haya continuado la investigación a algunos de los denunciados y, más aún, sin una argumentación válida.
- Por otro lado, se debe considerar con más responsabilidad que los delitos contra la Administración Pública no solo afectarían a una entidad pública pues, como se especificó en la descripción de los hechos, los beneficiarios de la ejecución de la obra eran directamente los pobladores de Accosa y Manchiri, que suman un total de 2247 habitantes.

5. Bibliografía

Montoya, Y. (coord.) (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: IDEHPUCP.

Rímac, J. (2015). *Comentario sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿Es la prescripción una situación inmodificable?* Comentario Académico de Proyecto Anticorrupción-PUCP. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/12/Comentario2.pdf>

San Martín, C. (2005). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP.

CASO



PRESUNTAS COIMAS EN CONTRATACIONES EN LA MUNICIPALIDAD DEL DISTRITO DE ECHARATI, CUSCO

Kelein Mirtha Ccahuana Saldívar¹⁰

1. Hechos del caso

- J.E.A.E. habría apoyado de manera activa la candidatura de Boris Chávez a la Alcaldía del distrito de Echarati, provincia de La Convención, ubicada en el departamento del Cusco, debido a que fue su seguridad personal en el transcurso de la campaña política realizada por este último. Al ganar las elecciones municipales para el periodo 2019-2020, el electo alcalde habría hecho que contraten a J.E.A.E. como asistente administrativo en la Unidad de RR.HH. de la Municipalidad de Echarati para el periodo enero-marzo de 2019. Posteriormente, J.E.A.E. habría pasado a laborar en la Gerencia de Infraestructura de la Municipalidad de Echarati como responsable del personal de la Gerencia hasta el 30 de abril de año 2019, fecha en la que se habría producido una intervención a cargo de la Fiscalía Anticorrupción de La Convención en la Oficina de Logística, donde se habría encontrado laborando el hermano de J.E.A.E., en calidad de cotizador y, a solicitud de los regidores de la Municipalidad de Echarati, ambos hermanos dejaron de trabajar para dicha entidad.
- En agosto de 2019, J.E.A.E. se habría contactado con el alcalde para pedirle apoyo en la entrega de cotizaciones y otorgamiento de la buena pro en adquisiciones de bienes y servicios menores o iguales a 8 UIT, como compensación por haberlo apoyado en la campaña política. Por ello, el alcalde le habría manifestado que tendría su apoyo, razón por la cual, en los primeros

¹⁰ Miembro de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2017.

días de octubre, una cotizadora de nombre desconocido habría llamado a J.E.A.E. para solicitarle su correo electrónico y enviarle las cotizaciones para la adquisición de tubos de metal por S/25 000; sin embargo, esta nunca se habría presentado, ya que no le representaría mucha ganancia.

- M.E.A., tío de J.E.A.E., laboró, desde noviembre de 2018 hasta setiembre de 2019, en la construcción de un edificio de propiedad del alcalde; además, desde junio hasta setiembre de 2019, M.E.A. se habría constituido en la Municipalidad de Echarati para participar en contrataciones de bienes y servicios que no superaran las 8 UIT. De las pocas veces en que M.E.A. habría llegado a recibir cotizaciones, estas habrían sido presentadas a nombre de otra persona por sugerencia del alcalde, para evitar comentarios; sin embargo, no se le otorgó la buena pro a ninguna de estas cotizaciones.
- J.E.A.E., a través de sus compañeros militantes del partido político, se habría enterado de que, para recibir cotizaciones y proveer a la Municipalidad Distrital de Echarati debía «matricularse» con el alcalde; es decir, debía entregarle dinero en efectivo, previa conversación con Y.H.H. y F.P.T., personas de confianza del funcionario, quienes se encargarían de realizar los arreglos.
- Y.H.H. y F.P.T. le habrían manifestado a M.E.A. que, para recibir un mayor número de cotizaciones y se le otorgara la buena pro, debía entregar una suma de dinero. Entonces, este, aprovechando que trabajaba en la construcción del edificio del alcalde, se habría reunido con él en horas de la tarde del día 13 de octubre de 2019 y le habría indicado que le entregaría «un cariñito» (entrega del dinero para recibir a cambio cotizaciones y el otorgamiento de la buena pro). Ante ello, el alcalde le habría manifestado que lo buscaría a las 9:30 p.m. en su casa. Por ello, M.E.A., en compañía de su sobrino J.E.A.E., se habrían presentado en la casa del alcalde. J.E.A.E. le habría solicitado al funcionario que se le otorgara la buena pro para realizar el servicio de techado de una escuelita del poblado de Echarati; a cambio de ello, M.E.A. le habría entregado S/2000. Este dinero habría sido aceptado por el alcalde, quien incluso les habría manifestado que los apoyaría con la entrega de más cotizaciones.
- El 24 de octubre de 2019, J.E.A.E. habría recibido la llamada del cotizador de servicios de la Municipalidad de Echarati, quien le habría enviado la cotización de la instalación de un cerco perimétrico que sería presentada a nombre de otra persona debido a los problemas que se habrían suscitado en abril; sin embargo, en este caso tampoco se le habría otorgado la buena pro.

- Posteriormente, M.E.A. habría vuelto a hablar con las dos personas de confianza del alcalde para comentarles que, a pesar de que le habían entregado al alcalde la suma de S/2000, no se les estarían entregando cotizaciones. Frente a esto, Y.H.H. y F.P.T. les habrían manifestado que debían «matricularse» con una suma mínima de S/5000; por lo que ambos, para ser favorecidos con el otorgamiento de la buena pro, habrían acordado que M.E.A. pusiera la suma de S/2000 y J.E.A.E., S/3000.
- El 31 de octubre de 2019, M.E.A. se habría encontrado con el alcalde para entregarle los S/5000; luego de ello, el 20 de noviembre de 2019, la municipalidad, a través de sus cotizadores, le habrían hecho llegar dos cotizaciones a J.E.A.E.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

El Ministerio Público, en coordinación con la Policía Nacional del Perú, montó un operativo para intervenir al alcalde y a sus dos personas de confianza por la posible comisión del delito de cohecho pasivo propio y por liderar una organización criminal. Entre la noche del día 9 y la madrugada del 10 de diciembre de 2019, los tres sujetos fueron detenidos en el centro poblado de Palma Real; se habrían encontrado S/12 000 y un arma de fuego en poder del alcalde.

La Fiscalía Especializada de Delitos de Corrupción de La Convención solicitó siete días de detención preliminar y, posteriormente, la prisión preventiva, toda vez que habrían existido indicios de obstaculizar las investigaciones, así como un video sobre las dos entregas de dinero efectuadas por J.E.A.E.

En razón de ello, el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, el 18 de diciembre de 2020, dispuso nueve meses de prisión preventiva para el alcalde del distrito de Echarati Boris Chávez Zevallos, por el presunto delito de cohecho pasivo propio y banda criminal, en agravio del Estado; y, para las dos personas de confianza, comparecencia restringida más el pago de una caución.

En mayo de 2020, la Corte Superior de Justicia del Cusco declaró infundada la solicitud de cesación de prisión preventiva, por lo que, hasta la fecha, el alcalde sigue internado en el Centro Penitenciario de San Joaquín de Quillabamba.

3. Análisis jurídico-penal del caso

En la presente nota académica se analizará el delito de cohecho pasivo propio. A partir de los hechos narrados párrafos arriba se coincide con la imputación realizada por la Fiscalía de Anticorrupción de La Convención, ya que estos hechos se podrían subsumir en el delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios, subtipo cohecho pasivo propio previsto en el artículo 393¹¹ del Código Penal.

3.1. Conductas sancionadas

Las conductas que sanciona el Código Penal con el delito de cohecho pasivo son cuatro: aceptar, recibir, solicitar y condicionar. El acto de aceptar implica tolerar, admitir, consentir el beneficio (promesa, favor, objeto material) otorgado por el tercero). El acto de solicitar implica el pedir, gestionar, requerir, de forma directa o indirecta, algo a cambio. Finalmente, condicionar significa que el servidor público le garantiza al tercero actuar en su beneficio o su perjuicio a cambio de un donativo (Salinas, 2019, pp. 557 y ss.).

Del relato del presente caso se tiene: (a) un primer momento, cuando J.E.A.E. se habría contactado con el alcalde para solicitarle «apoyo» con la entrega de

¹¹ Artículo 393 del Código Penal Peruano. - Cohecho pasivo propio.

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

cotizaciones y otorgamiento de la buena pro de adquisiciones de bienes y servicios, por lo que se le habría entregado la suma de S/2000; entonces, la conducta del alcalde se subsumiría en el primer párrafo del tipo penal de cohecho pasivo propio; (b) el segundo momento, cuando el personal de confianza, como intermediario del alcalde, habría solicitado a los dos particulares la suma de S/5000 para el otorgamiento de las cotizaciones y la buena pro; por ende, estos hechos se subsumirían en la conducta de solicitar —prevista en el segundo párrafo del tipo penal de cohecho pasivo propio—.

3.2. Bien jurídico

En el caso del cohecho pasivo propio, el bien jurídico será la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, puesto que el funcionario dejará de cumplir con el deber de neutralidad que se le exige para actuar de acuerdo con los intereses de un tercero¹².

3.3. Sujetos del delito

3.3.1. Sujeto activo

De acuerdo con Chanjan, Torres y Gonzales (2020):

Los delitos de cohecho son —entre otros— el cohecho pasivo propio, el cohecho pasivo impropio y el cohecho activo genérico. La característica común de estos delitos es su bilateralidad, porque son dos partes las que intervienen en su comisión. No obstante, no es necesario que siempre se halle responsabilidad penal en ambas partes (funcionario y particular), pues, por ejemplo, bastará para aplicar el delito de cohecho activo genérico que se ofrezca un soborno al funcionario público, con independencia de que este lo acepte o rechace (p. 29).

¹² Así, por ejemplo, el R. N. 1406-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de marzo de 2008 y el Exp. N° 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 5 de julio de 2011.

Es así que la jurisprudencia ha señalado que:

El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actué proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí, la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor del cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores)¹³.

Al ser un delito especial propio, exige que el agente posea una calidad o condición especial de funcionario o servidor público. Asimismo, este debe tener competencia en razón de su cargo. Entonces, se configurará el delito de cohecho pasivo propio siempre que el acto funcional se encuentre dentro del ámbito de competencias que se le atribuyen al funcionario en virtud del cargo que desempeña; si faltare este supuesto, la conducta del agente constituiría otros ilícitos penales como la invasión de funciones por falta de competencia u otro delito.

En el presente caso, Boris Chávez sería un funcionario público, elegido en mérito de una elección popular, por lo que la calidad de sujeto especial se estaría cumpliendo; asimismo, de las atribuciones previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ley 27972, inciso 23, se dispone que el alcalde puede celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, al tratarse de un delito bilateral, el particular que ofrece o entrega el beneficio podría cometer el delito de cohecho activo genérico, previsto en el artículo 397 del Código Penal¹⁴. Por ello, el Ministerio Público tendría que abrir investigación en contra de J.E.A.E. y M.E.A. por la presunta comisión del delito de cohecho activo genérico, ya que, de acuerdo con lo descrito en los hechos, ambos habrían otorgado un beneficio económico al alcalde con la finalidad de

¹³ Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 5 de junio de 2011.

¹⁴ Artículo 397 del Código Penal peruano: «El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

que se les otorgue la buena pro en distintas contrataciones públicas; tal conducta se enmarcaría en el primer párrafo del artículo 397 del Código Penal.

Considerando el presunto accionar de los particulares, es menester tomar en cuenta lo señalado en el fundamento cuarto (precedente vinculante) del recurso de nulidad recaído en el expediente 1091-2004:

Cuarto: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término «aceptar», el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario¹⁵.

Si bien son dos sujetos los que actúan, como señalan Chanjan, Torres y Gonzales (2019), esto no implica que haya coautoría, ya que el tercero que se beneficia del actuar del funcionario público será sujeto activo del delito de cohecho activo genérico.

3.3.2 Sujeto pasivo

En lo que respecta al sujeto pasivo del delito, como señala Díez Ripollés, citado en Martínez (s.f.), es el portador del bien jurídico afectado por la comisión del hecho delictivo (p. 6).

En concreto, en el caso en análisis, la entidad pública (Municipalidad Distrital de Echarati) sería el sujeto pasivo.

¹⁵ Compendio de doctrinal y jurisprudencial vinculante, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (MINJUSDH, 2013, p. 34).

3.4. El intermediario en el delito de cohecho pasivo

Como señala la Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 10 de noviembre de 1999, en su fundamento 9:

(...) es necesario abordar el tema de la consumación del delito; esto es, la solicitud o entrega del dinero; en este punto, debemos esbozar lo sostenido por Carlos Creus en su obra *Derecho Penal- Parte Especial* respecto de la persona interpuesta que «las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario por sí o por persona interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero». La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material [de la tipicidad de la conducta], sino una referencia en orden a la participación [posibilidad de que el *extraneus* interpuesto sea partícipe del delito] (...).

En este caso, Y.H.H. y F.P.T. servían como intermediarios del alcalde para contactarse con posibles interesados en proveer bienes y servicios a la Municipalidad Distrital de Echarati; si bien el alcalde recibía los montos dinerarios, estos serían un nexo de los posibles proveedores para llegar a contactarse con él.

3.5. Consumación

Como señala Chanjan, Torres y Gonzales (2019), «En el caso del cohecho pasivo (propio o impropio) el delito se consume con el simple hecho de aceptar o recibir el donativo, promesa o ventaja ya sea para actuar conforme o en contra de sus obligaciones. No será necesario que esto último se configure».

En este caso se habría cometido el delito de cohecho pasivo propio en el escenario de contrataciones de bienes y servicios hasta las 8 UIT.

3.6. Regulación de contrataciones menores o iguales a 8 UIT

Las contrataciones hasta 8 UIT están excluidas de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, ley 30225¹⁶; por tanto, no se aplican los aspectos dispuestos en la normativa de compras públicas, sino el Código Civil (contratos), en lo referente al acuerdo entre las partes —en este caso, el representante de la municipalidad y la parte contratista (persona natural o jurídica)—.

Es así que Luis Eduardo Morante, citado en González (2020), manifiesta lo siguiente:

Es necesario precisar que estas compras están sujetas a los requisitos que establezca el reglamento. No obstante, ello, si bien el monto (...) no es una suma elevada y tal vez el costo de gestión de someterla a un procedimiento de selección no siempre se puede justificar, debe tenerse en cuenta que la elevación no creará riesgos de corrupción en la medida que los requisitos y mecanismos de supervisión sean los más apropiados, por lo que se hace necesario un seguimiento permanente en el observatorio de compras estatales.

Entonces, como señala González (2020):

Todos los fondos públicos deben ser debidamente regulados y fiscalizados sin excepción; la burocratización de control de los fondos públicos no debería ser considerada como un retroceso en la gestión pública, mas, por el contrario, debemos recordar que el monto de ocho unidades impositivas tributarias muchas veces puede llegar a concebirse como 36 sueldos mínimos.

Es menester mencionar que, para este tipo de contratos, no se realiza propiamente un procedimiento de selección, como se ha podido ver en los hechos del caso. Entonces, podría suceder que el alcalde y los miembros de la Unidad de Logística direccionen el otorgamiento de la buena pro a ciertos particulares a cambio de un beneficio económico o de otra naturaleza.

¹⁶ Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE, 5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la ley:

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) unidades impositivas tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

4. Conclusiones

- Los hechos del presente caso se tipificarían: (a) respecto del funcionario público en el delito de cohecho pasivo activo y (b) respecto de los particulares en el delito de cohecho activo genérico.
- Consideramos que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe realizar una investigación rigurosa del presente caso para determinar los responsables de los hechos sindicados, ya que no sería la primera vez que se investiga a un funcionario público de la Municipalidad Distrital de Echarati por la presunta comisión de delitos de corrupción; de hecho, actualmente un exalcalde está cumpliendo condena por este tipo de delitos.
- El hecho de que las contrataciones de bienes y servicios no superen los S/34 400, no implica alejarse de un correcto ejercicio de la Administración Pública y la imparcialidad; por el contrario, es en estas situaciones que se requiere una actuación más diligente por parte de nuestras autoridades.
- Se debe tener en cuenta que actualmente las contrataciones de bienes y servicios hasta las 8 UIT están excluidas del amparo de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, se debe acotar que, en el presente caso, la presunta comisión del delito de cohecho se habría cometido en ese contexto. Entonces, consideramos que las facultades de supervisión del OSCE deben ser más eficaces en las contrataciones de bienes y servicios hasta las 8 UIT, ya que, de lo contrario, estarían dando lugar a la comisión de delitos contra la Administración Pública.

5. Bibliografía

- Chanjan, R., Torres, D. & Gonzales, M. (2019). *10 claves para reconocer el delito de cohecho*. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-cohecho/>
- Chanjan, R., Torres, D. & Gonzales, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: IDEHPUCP.
- Chanjan, R., Solís, E. & Puchuri, F. (2018). *Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima: IDEHPUCP.
- González J. (2020). *¿Regulación de contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT amparadas en la Ley de Contrataciones del Estado?* Recuperado de <https://laley.pe/art/9864/regulacion-de-contrataciones-cuyos-montos-sean-iguales-o-inferiores-a-8-uit-amparadas-en-la-ley-de-contrataciones-del-estado>
- Montoya, Y. (coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Perú.21 (11 de diciembre de 2019). *Cusco: Detienen al alcalde de Echarate tras estar involucrado en caso de corrupción*. Recuperado de <https://peru21.pe/peru/cusco-detienen-al-alcalde-de-echarate-tras-estar-involucrado-en-caso-de-corrupcion-noticia/>
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Quinta edición. Lima: Iustita.
- Martínez, R. (s.f.). *Cohecho pasivo propio, en análisis del Art. 393 del Código Penal*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20191208_03.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH). (2013). *Compendio de doctrina y jurisprudencia vinculante. Emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*. Lima: autor.
- Oficina de Imagen Institucional, Prensa y Protocolo del Poder Judicial (31 de mayo de 2020). *Poder Judicial declaró infundado pedido de cese de prisión preventiva para Boris Chávez*. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuperiorcuscopj/s_csj_cusco_nuevo/as_inicio/as_imagen_prensa/as_noticias/csju_d_borischavez_31052020

PRESUNTA CONTRATACIÓN IRREGULAR DE SERVICIOS PROFESIONALES EN LA AUTORIDAD DE TRANSPORTE URBANO PARA LIMA Y CALLAO (ATU)

Fiorella Torres Flores y Aurora Flor Córdova Abregú¹⁷

1. Introducción

La corrupción es un fenómeno complejo que no tiene una definición establecida en diversos instrumentos internacionales ni un concepto unánime en el ámbito doctrinario, pues muchos autores la conciben a partir de un enfoque político, jurídico, económico, etcétera. Ello termina siendo problemático, sobre todo cuando dicho fenómeno no solo está presente en espacios privados, sino también en los públicos. En esa línea, un acercamiento al concepto de corrupción en dicho ámbito consiste en: «El abuso de poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público» (Montoya, 2016, p. 18).

La presente nota jurídica se basa en la investigación preliminar iniciada el 7 de julio de 2020 por la Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Centro contra María Esperanza Jara Risco, actual presidenta de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU) por las presuntas contrataciones irregulares de servicios profesionales de L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G., socios de la empresa Valkiria Consultores S.A.C., antes denominada Jara Consulting Group, empresa fundada por M.E.J.R., lo cual constituye un indicio de presuntos actos de corrupción.

2. Antecedentes procesales del caso

Actualmente, este caso se encuentra en investigación preliminar por la Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Centro.

En ese sentido, como parte de sus funciones, y luego de una denuncia periódica, el 8 de julio de 2020, la mencionada fiscalía allanó las oficinas de la ATU, con la finalidad de incautar documentación que evidenciara presuntas irregularidades en las contrataciones de servicios profesionales de los exsocios de la empresa Jara Consulting Group.

3. Descripción de los hechos

- El 16 de octubre de 2019 se publicó, en el diario oficial *El Peruano*, la Resolución Suprema N° 004-2019-MTC que aprobó la designación de la señora M.E.J.R. como miembro y presidenta del Consejo Directivo de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU). M.E.R.J. es exdirectora general de Transporte Terrestre del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (2016-2017) y renunció luego de rechazar las acusaciones sobre una presunta fábrica de papeletas falsas durante su gestión en la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).
- Durante su gestión en la ATU, el día 4 de noviembre de ese mismo año, habría otorgado conformidad a la contratación de H.E.R.G. por sus servicios profesionales, consistentes en el «diseño y evaluación de las líneas de trabajo establecidas en las diversas direcciones de la ATU»; lo mismo para las contrataciones de L.F.V.G. y L.J.C.C., ambos por la prestación de servicios profesionales de «Asesoría, monitoreo y/o seguimiento en las líneas de trabajo de la ATU», por un pago a cada uno de ascendente S/13 000 (trece mil soles), a pesar de que los servicios profesionales prestados variaron ligeramente en su descripción.

¹⁷ Estudiantes del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

- Curiosamente, a partir de la revisión e información transmitida por diversos medios periodísticos¹⁸, se supo que dichos profesionales habrían sido exsocios de la empresa Jara Consulting Group (hoy denominada Valkiria Consultores S.A.C), fundada por la actual presidenta M.E.J.R.. No obstante, según la información extraída del portal web de la SUNAT, dicha empresa estaría conformada por H.E.R.G. (gerente general) y L.J.C.C. (apoderado).
- El 29 de noviembre de 2019, a menos de un mes de la primera contratación, M.E.J.R. habría otorgado nuevamente la conformidad en una segunda contratación por los «servicios profesionales especializados en gestión y seguimiento de procesos», pero, esta vez, los profesionales antes aludidos habrían recibido cada uno una contraprestación ascendente a S/31 000 (treinta y un mil soles); L.F.V.G, L.J.C.C y H.E.R.G. habrían percibido un pago mensual de S/44 000 cada uno durante noviembre de 2019.
- Convenientemente, el 17 de enero de 2020 se habría vuelto a contratar a H.E.R.G por la prestación de sus servicios profesionales de «planificación de las líneas de trabajo», por un monto de S/15 500 (quince mil quinientos soles), habida cuenta de que no había pasado ni una semana para que el aludido profesional fuese nombrado como director de la Dirección de Asuntos Ambientales y Sociales de la ATU, el 24 de enero de ese mismo año, tal como consta en la Resolución N° 15-2020-ATU/PE, publicada en el diario oficial *El Peruano*.
- Sobre la base de los hechos, y al presumirse la existencia del lazo amical que supuestamente habría existido entre los tres exsocios y la actual presidenta M.E.J.R., no resultaría sorpresivo, entonces, que el mismo 17 de enero de 2020 también se le hubiese otorgado conformidad a la contratación de L.F.V.G. por los servicios profesionales consistentes en el «monitoreo y seguimiento de la dirección de gestión comercial», así como a la contratación de L.J.C.C. por los servicios de «acompañamiento técnico en la operación de la ATU»; cada una, por un mismo monto de S/31 000 (treinta y un mil soles).
- La supuesta celebración sucesiva de dichos contratos por montos exorbitantes y similares podría permitir presumir que M.E.J.R. habría cometido presuntas irregularidades en la contratación de sus exsocios de la empresa Jara Consulting Group, hoy conocida como Valkiria Consultores S.A.C., pues, sumado a ello, tampoco se habría cumplido —supuestamente— con

¹⁸ Véase en: <https://diariocorreo.pe/politica/comision-de-fiscalizacion-acuerda-citar-maria-jara-por-presuntas-irregularidades-contrataciones-atu-congreso-nndc-noticia/?ref=dcr>
<https://www.youtube.com/watch?v=kk9DFWlJlpc>

la debida publicación de toda la documentación e información vinculada a dichas contrataciones en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), en el plazo establecido por la Directiva N° 007-2019-OSCE/CD, en concordancia con lo dispuesto por la ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, lo que supone la omisión de la ATU de información disponible al público.

4. Análisis de las problemáticas jurídicas del caso

Respecto a la contratación de servicios profesionales que supuestamente habría beneficiado a tres miembros (L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G.) cercanos a la empresa que fundó la funcionaria M.E.J.R., denominada Jara Consulting Group, hoy denominada Valkiria Consultores SAC., se habría cometido el siguiente delito:

- El delito de colusión agravada contemplado en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...). (colusión agravada)

4.1. Análisis de la presunta comisión del delito de colusión agravada

- Sujeto activo

El sujeto activo de este presunto delito es la funcionaria M.E.J.R., quien habría presuntamente concertado con sus tres exsocios L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G, con la finalidad de contratarlos a través de órdenes de servicios profesionales para beneficiarlos con montos exorbitantes pagados por el Estado.

Tal como lo señala Ramiro Salinas

no basta [con] que se trate de un funcionario público, sino que, como lo menciona el tipo penal, este debe poder intervenir de manera directa o indirecta, por razón de su cargo, en alguna etapa de las adquisiciones, contrataciones o cualquier operación a cargo del Estado. Esto quiere decir que el funcionario cuenta con atribuciones que el Estado u organismo estatal le han confiado para que los represente en cualquiera de las etapas mencionadas anteriormente, actividades que son propias de su cargo (2011, p. 255).

En ese sentido, la investigada M.E.J.R., al ser presidenta de la ATU, habría tenido el poder para interferir de forma directa o indirecta en la contratación de sus tres exsocios, justamente, por el cargo que ostenta.

- Sujeto pasivo

Por su parte, el sujeto pasivo es el Estado, ya que se ha confiado en la funcionaria M.E.J.R. el cargo de presidenta de la ATU, quien debería actuar teniendo en consideración el interés público y no intereses propios.

- Bien jurídico tutelado

Respecto al bien jurídico tutelado, en este caso se habría vulnerado la asignación eficiente e imparcial de recursos públicos en las operaciones contractuales (Montoya, 2016, p. 137), de modo que se habría incurrido en una actuar imparcial de la funcionaria M.E.J.R., al haber presuntamente favorecido y direccionado las contrataciones de servicios profesionales de sus exsocios, en perjuicio del Estado, al extraer de los fondos públicos un monto total de S/ 132 000 (noviembre de 2019) y S/77 500 (enero de 2020) para el financiamiento total de dichos servicios.

- Contexto típico

Tal como lo señala la sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010, de fecha 7 de noviembre de 2012, CASO COFOPRI:

La Sala (...) encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de

una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: «(...) la doctrina remarca, con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica».

En el caso materia de análisis, se observa que se podría estar ante la presunta conducta de haber realizado contrataciones menores a 8 UIT (supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, pero supervisado por el OSCE) para favorecer a profesionales allegados a M.E.J.R., con pagos iguales y elevados a cargo de los fondos públicos, sin la debida publicidad y transparencia que rige una contratación pública en el marco de lo dispuesto por la Directiva N° 007-2019-OSCE/CD, en concordancia con el artículo 48 de la ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

4.2. Prueba de indicios del acuerdo colusorio

Considerando el carácter clandestino de la naturaleza jurídica del acuerdo colusorio, se requieren pruebas indiciarias para demostrar su existencia y analizar si la conducta típica tuvo como fin defraudar al Estado. En tal sentido, hasta la fecha, se aprecian como indicios los siguientes hechos:

4.2.1. Presunta relación de amistad entre M.E.J.R, L.F.V.G, L.J.C.C y H.E.R.G, antes de la conformidad de los servicios para los cuales fueron contratados.

Como se puede verificar de los hechos del caso, entre los señores L.F.V.G, L.J.C.C y H.E.R.G habría existido presuntamente una estrecha relación amical (que a la fecha persiste) antes de la contratación por los servicios profesionales prestados para la ATU durante noviembre de 2019 y enero de 2020, pues, según lo señalado en un reportaje periodístico presentado por el programa *Punto Final*¹⁹ y la información extraída de la SUNAT, dichos profesionales habrían sido exsocios de la empresa Jara Consulting, empresa fundada por M.E.J.R., actualmente deno-

¹⁹ Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=kk9DFWJlpc>

minada Valkiria Consultores S.A.C., donde H.E.R.G ostenta, desde 2017, el cargo de gerente general y L.J.C.C, el cargo de apoderado, desde 2019.

No se trata de la única coincidencia, pues, cuando M.E.J.R. ocupó el cargo de ministra de Transportes y Comunicaciones en abril y setiembre de 2019, tanto L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G. habrían sido contratados como sus asesores, cargo por el que recibieron un sueldo de S/15 600. Cabe acotar que la supuesta vinculación amical se mantuvo cuando M.E.J.R. fue nombrada, en menos de tres semanas, como presidenta de la ATU, esto es, el 16 de octubre de 2019, cargo que la llevó a nombrar a H.E.R.G. como director de la Dirección de Asuntos Ambientales y Sociales de la ATU el 24 de enero de 2020. Con ello se demostraría que, detrás del cargo público que ejerce M.E.J.R. como presidenta de la ATU, habría existido una línea muy delgada entre el interés público y amical para beneficiar a terceros en el ejercicio de sus funciones.

4.2.2. Otorgamiento de conformidad a contrataciones por servicios con montos menores a 8 UIT (en 2019: S/33 600 y en 2020: S/34 400), cuando pocos días después se generaron órdenes de servicios adicionales con cierta similitud, lo cual estaría desnaturalizando el tipo contractual previsto.

Al respecto, a partir de la información extraída en el Portal de Transparencia de la ATU, se ha verificado que M.E.J.R. habría otorgado conformidad a las contrataciones por los servicios profesionales de L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G. en sucesivas oportunidades por un monto considerable, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

FECHA	PROVEEDORES	DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO	MONTO
4/11/19	H.E.R.G.	Servicio profesional para el diseño y evaluación de las líneas de trabajo de diversas direcciones de la ATU	S/13 000
	L.F.V.G.	Servicios profesionales para la asesoría, monitoreo y/o seguimiento de líneas de trabajo de la ATU	S/13 000
	L.J.C.C.	Servicios profesionales para la asesoría, monitoreo y/o seguimiento de líneas de trabajo de la ATU	S/13 000
29/11/19	H.E.R.G. L.F.V.G. L.J.C.C.	Servicios especializados en gestión y seguimiento de procesos	S/31 000 S/31 000 S/31 000
17/01/20	H.E.R.G.	Servicios profesionales para la planificación de las líneas de trabajo	S/15 500
	L.F.V.G.	Servicio de monitoreo y/o seguimiento de actividades de la Dirección de Gestión Comercial	S/31 000
	L.J.C.C.	Servicios de acompañamiento técnico en la operación de la ATU	S/31 000

Fuente: elaboración propia a partir del Portal de Transparencia de la ATU.

Como se puede ver, los servicios profesionales brindados por L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G. están vinculados a la prestación de servicios de gestión, seguimiento de procesos, asesoría y monitoreo de las líneas de trabajo de la ATU, los cuales, según Roberto Benavides, abogado experto en contrataciones públicas, contienen en su descripción conceptos poco definidos que no permiten determinar con certeza el nivel de especialización ni justificar el alcance de la prestación y el monto pagado por ello.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 4 de la ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y modificatorias, publicada el 13 de marzo de 2019 en el diario oficial *El Peruano*, aquellas contrataciones menores a las 8 UIT están excluidas del ámbito de aplicación de dicha norma legal y quedan exentas del sometimiento de las reglas propias que rigen los procesos de selección regulados en el dispositivo legal (concurso público, subasta, licitación pública, etcétera).

En línea con lo descrito, se tiene que, precisamente, las conformidades de las órdenes de servicios realizadas los días 4 y 29 de noviembre de 2019 y 17 de enero de 2020, objetivamente, no representarían montos mayores a 8 UIT; no obstante, que hayan sido otorgadas de forma sucesiva en dos oportunidades en noviembre por un monto total de S/44 000 cada una demostraría que dichos servicios podrían estar siendo ilícitamente fraccionados y direccionados a determinadas personas (exsocios), con el fin de evitar un eventual proceso de selección en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado cuando el servicio superase las 8 UIT (en 2019: S/33 600 y en 2020: S/34 400).

Si bien el acuerdo colusorio agravado reviste un carácter clandestino, los indicios presentados, objeto de análisis, podrían demostrar la presunta existencia del acuerdo colusorio agravado entre M.E.J.R. (en razón de su cargo) y sus exsocios para desnaturalizar el tipo contractual previsto y obtener beneficios en detrimento del patrimonio estatal. De otro lado, resulta también evidente, y bastante cuestionable, el presunto accionar de la actual presidenta de la ATU al, presumiblemente, haber otorgado una tercera conformidad de servicios el 17 de enero de 2020 por una suma total de S/31 000 tanto para L.F.V.G. y L.J.C.C., y de S/15 500 para H.E.R.G., a menos de una semana de su posterior nombramiento como director de la Dirección de Asuntos Ambientales y Sociales de la ATU (24 de enero de 2020), pues el artículo 11, literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado señala textualmente que cualquier sea el régimen legal de contratación, los funcionarios públicos, personas de confianza, etcétera, se encuentran impedidos de contratar con el Estado.

4.2.3. No realizar oportunamente la publicidad obligatoria de la documentación e información vinculada a dichas contrataciones (orden de servicios), de acuerdo con lo prescrito por la Ley de Contrataciones del Estado y la directiva correspondiente.

En concordancia con los indicios previamente analizados, según lo prescrito por la Directiva N° 007-2019-OSCE/CD, las contrataciones menores a 8 UIT, tales como órdenes de compra o de servicio, deben registrarse en el SEACE en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento. En el presente caso, se podría inferir que la ATU cumplió con cargar las órdenes de servicios profesionales de L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G. el día 30 de junio de 2020; esto es, después de cuatro meses de haberse otorgado la conformidad a dichas contrataciones, lo que vulnera, supuestamente, la obligación dispuesta por la directiva en mención, conjuntamente con el principio de publicidad que rige todo proceso de contratación pública, con el fin de promover la libre concurrencia y la competencia efectiva, y facilitar la supervisión y el control de las contrataciones.

5. Conclusiones

En este caso, referente a la presidenta de la ATU, en ejercicio de su cargo, habría elementos para señalar la existencia de la presunta comisión del delito de colusión agravada al haberse realizado contrataciones por servicios profesionales para favorecer supuestamente a L.F.V.G., L.J.C.C. y H.E.R.G., exsocios de la empresa que M.E.J.R. fundó, denominada Jara Consulting Group, en detrimento del patrimonio estatal.

Se recomienda que la Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios continúe investigando y considere los indicios del presunto acuerdo colusorio, analizados en el presente documento.



6. Bibliografía

Montoya, Y. (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: IDEHPUCP.

Salinas, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: Grijley.

PRESUNTA CONTRATACIÓN IRREGULAR DE RICHARD CISNEROS EN EL MINISTERIO DE CULTURA

Ana Janampa Almora y Marie Gonzales Cieza²⁰

1. Descripción de los hechos

- Según la Fiscalía, Richard Cisneros Carballido habría tenido «contactos previos» con funcionarios públicos con la finalidad de llegar a acuerdos subrepticios, para, presuntamente, ser favorecido en las diversas contrataciones que tuviera en el Ministerio de Cultura, las cuales habrían tenido un común denominador en el procedimiento de contrataciones mediante órdenes de servicios desde el año 2018 al 2020²¹.
- El investigado Richard Cisneros Carballido se habría valido, supuestamente, de la confianza, amistad o cercanía que tenía con el jefe de Estado Martín Vizcarra Cornejo, para reunirse previamente en los ambientes de Palacio de Gobierno y realizar tratativas o acuerdos subrepticios por un puesto de trabajo en el Estado. De modo que Vizcarra lo recomendaría, dispondría u ordenaría a ministros de Cultura su contratación a través de la secretaria general del Despacho Presidencial Mirian Morales Córdova, quien se encargaría de contactar, por vía telefónica y directamente, a altos funcionarios públicos, entre ellos, la exministra de Cultura Patricia Balbuena Palacios, quien, valiéndose de su cargo, dispondría que los funcionarios de la entidad (directores, administradores, jefes de oficina y otros) requieran y contraten al investigado Richard Cisneros Carballido.

²⁰ Integrantes del equipo anticorrupción del IDEHPUCP.

²¹ Resolución N° 1 del Exp N° 799-2020-3-1826-JR-PE-01, pp. 3-5.

- Asimismo, la Fiscalía indica que, durante los años 2018 a 2020, Mirian Morales Córdova (secretaría general del Despacho Presidencial) y Óscar Vásquez Zegarra (coordinador de Prensa y Comunicaciones del Despacho Presidencial) habrían acordado con los **ministros de Cultura**, quienes a su vez habrían coordinado y acordado con los **secretarios generales del Ministerio de Cultura** Jorge Apolini Quispe, Patricia Dávila Tasaico y Diana Tamashiro Oshiro; y estos a su vez habrían instigado, acordado y coordinado con **demás funcionarios de tal institución** como Aurora Quiñones Li (directora general de la Oficina General de Recursos Humanos), Darío Armas Caso (especialista en Planificación y Organización), Lincoln Matos Parodi (director general de la Oficina General de Administración), entre otros; coludiéndose e interesándose indebidamente en las contrataciones mediante órdenes de servicio a favor de Richard Cisneros Carballido, de las cuales se desprende una serie de irregularidades en las etapas de actos preparatorios, calificación y ejecución de los servicios, lo que genera un perjuicio al Estado²².

A continuación, se señalan las nueve contrataciones que actualmente son materia de investigación²³:

ÁREA USUARIA	ORDEN DE SERVICIO	FECHA	OBJETO	MONTO DE LA ORDEN
Secretaría General	03364-2018-S	25/07/18	Servicios de una persona natural para promover el uso de espacios culturales de la sede institucional del Ministerio de Cultura	S/21 000
Secretaría General	05053-2018-S	19/10/18	Servicios de una persona natural para que identifique actividades que permitan promover una cultura participativa utilizando los espacios culturales de la sede institucional del Ministerio de Cultura	S/21 000
Coordinador y organizador Gran Teatro Nacional	00465-2019-S	18/02/19	Servicios de intervención en actividades culturales con el fin de promover el uso de los espacios del gran teatro nacional	S/7000
Oficina de Comunicación e Imagen Institucional	01426-2019-S	2/05/19	Servicio de apoyo operativo para la Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional	S/7000
	02172-2019-S	24/06/19	Servicio de organización y ejecución de eventos organizados por la Oficina General de Recursos Humanos	S/21 000
	03704-2019-S	27/09/19	Servicio de ejecución de eventos organizados por la Oficina General de Recursos Humanos	S/8000
	04236-2019-S	30/10/19	Servicio de ejecución de eventos organizados por la Oficina General de Recursos Humanos	S/27 000
Oficina General de Recursos Humanos	00673-2020-S	12/02/20	Servicio de organización y ejecución de eventos de integración institucional para los colaboradores del Ministerio de Cultura	S/33 400
	01122-2020-S	24/04/20	Servicio de ejecución de actividades motivacionales a través de conferencias virtuales para mejorar rendimiento laboral personal y social de los servidores del Ministerio de Cultura	S/30 000

²² Requerimiento de prisión preventiva presentado en el Exp. 799-2020, pp. 6-7.

²³ Resolución N° 1 del Exp N° 799-2020-3-1826-JR-PE-01, pp. 3-5.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

El 20 de mayo de 2020, la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima dispuso abrir diligencias preliminares en sede fiscal por el plazo de 60 días en contra de los que resulten responsables por la presunta comisión de delitos contra la Administración Pública.

El 29 de mayo de 2020, la Fiscalía dispuso la ampliación de los hechos respecto a otras contrataciones que habría tenido el proveedor Richard Cisneros Carballido desde los años 2018 a 2020.

El 5 de junio de 2020, la Fiscalía dispuso ampliar, precisar e incorporar como hechos de investigación que incriminarían a funcionarios y servidores públicos del Ministerio de Cultura como Aura Quiñones Li y Richard Cisneros Carballido, por la presunta comisión del delito de colusión agravada y, alternativamente, negociación incompatible, en agravio del Estado.

El 10 de setiembre de 2020, el presidente de la Comisión de Fiscalización Edgar Alarcón presentó en el Pleno del Congreso tres audios, en uno de los cuales se escucha a Martín Vizcarra y a Karem Roca (asistente de Vizcarra) conversar sobre las visitas que realizó el investigado Richard Cisneros Carballido a Palacio de Gobierno, así como sobre lo que se diría respecto al número de sus visitas.

El 17 de setiembre de 2020, la Fiscalía dispuso ampliar los hechos de investigación e integrar a las investigadas Mirian Morales Córdova y Diana Tamashiro Oshiro, en calidad de «instigadoras» por la presunta comisión del delito de colusión y, alternativamente, negociación incompatible; y a Karem Roca Luque, en calidad de autora, por la presunta comisión del delito de ocultamiento real.

El 29 de setiembre de 2020, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima declaró fundada la solicitud de detención preliminar por el término de siete días a los investigados Richard Cisneros Carballido, Mirian Morales Córdova, Karem Roca Luque, Óscar Vásquez Zegarra, Patricia Dávila Tasaico, entre otros.

El 9 de octubre de 2020, la Fiscalía presentó el pedido de prisión preventiva por el plazo de nueve meses contra Richard Cisneros Carballido, Mirian Morales Córdova, Óscar Vásquez Zegarra y Liliana Chanamé por la presunta comisión del delito de colusión agravada.

El mismo día, la Fiscalía de la Nación, mediante disposición N° 01 de la Carpe-ta Fiscal N° 109-2020, dispuso haber mérito para investigar preliminarmente a Martín Vizcarra Cornejo, en su condición de presidente de la república, por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias u obstrucción a la justicia, y se reservó el inicio de los actos de investigación hasta que culmine el mandato presidencial el 28 de julio de 2021; y a Patricia Balbuena Palacios, en su condición de exministra de Cultura, por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias y colusión agravada o, alternativamente, negociación incompatible.

3. Análisis jurídico-penal

3.1. Imputación jurídica

A continuación, se detallan los sujetos activos identificados y se menciona su participación:

Respecto a Richard Cisneros Carballido, la Fiscalía lo investiga como cómplice de la presunta comisión del delito de colusión agravada y, alternativamente, negociación incompatible, en agravio del Estado peruano. La participación que se le atribuye es haberse favorecido, supuestamente, como proveedor de servicios entre los años 2018 a 2020, para lo cual se habría valido de presuntos contactos previos de funcionarios públicos para ser beneficiado, pese a no contar con experiencia como proveedor del Estado, debido a que recién en 2018 se habría inscrito como tal en el registro del OSCE.

En cuanto a Mirian Morales Córdova, la Fiscalía la investiga como cómplice de la presunta comisión del delito de colusión agravada y, alternativamente, negociación incompatible. La participación que se le atribuye, en su calidad de secretaria general del Despacho Presidencial, es haber determinado y acordado con las ministras de Cultura Patricia Balbuena, Sonia Guillén Oneeglio y Ulla

Holmquist Pachas, durante los años 2018 y 2020, contratar al señor Richard Cisneros Carballido. Por lo que habría intervenido, por orden del presidente Martín Vizcarra, en las contrataciones que se hacían desde el Ministerio de Cultura.

En relación con Óscar Vásquez Zegarra, la Fiscalía lo investiga como cómplice de la presunta comisión del delito de colusión agravada y, alternativamente, negociación incompatible. La participación que se le atribuye es por presuntamente haberse reunido con Richard Cisneros Carballido, así como por haber intervenido en las «reuniones previas» en coordinación con Mirian Morales Córdova.

Respecto a los secretarios generales del Ministerio de Cultura Jorge Apolini Quispe, Patricia Dávila Tasaico y Diana Tamashiro Oshiro, la Fiscalía los investiga como instigadores del presunto delito de colusión agravada. La participación que se les atribuye es que habrían supuestamente instigado, acordado y coordinado con otros funcionarios del Ministerio de Cultura para la contratación del investigado Richard Cisneros Carballido.

En cuanto a los funcionarios que habrían sido instigados por los secretarios generales del Ministerio de Cultura, la Fiscalía investiga como autores de la presunta comisión del delito de colusión agravada a Aurora Quiñones Li (directora general de la Oficina General de Recursos Humanos), Darío Armas Caso (especialista en Planificación y Organización), Lincoln Matos Parodi (director general de la Oficina General de Administración), Katya Paredes Gonzales (directora-coordinadora de Programación y Adquisiciones de la Oficina de Abastecimiento), Laura Montes de Oca Rivera (directora de Abastecimiento), Patricia Vásquez Montes (directora de la Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional), Juliana Chanamé Castillo (directora general de Recursos Humanos), José Antonio Bellido Suárez (director general de Administración), Amalia Sánchez Alva (directora de Abastecimiento), entre otros. La participación que se les atribuye es haber supuestamente coordinado desde sus cargos la contratación del investigado Richard Cisneros Carballido.

Cabe mencionar que el presidente de la república Martín Vizcarra y la exministra de Cultura Patricia Balbuena, por el cargo que ostentan, gozan del antejuiicio político, por lo que, para procesarlos por los hechos materia de investigación ya mencionados, se requiere la interposición de una denuncia constitucional y, posteriormente, la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso, según el artículo 99 de la Constitución Política del Perú y el artículo 449 del Código Procesal Penal.

En ese sentido, la Fiscalía de la Nación dispuso haber mérito para investigar preliminarmente a Martín Vizcarra Cornejo, en su condición de presidente de la república, por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias u obstrucción a la justicia, pero se reservó el inicio de los actos de investigación hasta que culmine el mandato presidencial el 28 de julio de 2021; y a Patricia Balbuena Palacios, en su condición de exministra de Cultura, por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias y colusión agravada o, alternativamente, negociación incompatible.

3.1.1. Elementos típicos del delito de colusión

El delito de colusión en modalidad agravada sanciona al funcionario o servidor público que, interviniendo en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, concierta con uno o varios interesados para defraudar patrimonialmente al Estado.

- Bien jurídico

El bien jurídico específico del delito de colusión es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo (Guimaraes, 2011, p. 4). Se busca que los funcionarios o servidores públicos realicen el uso eficiente e imparcial de los recursos públicos con el fin de brindar y satisfacer las necesidades mínimas o básicas de los ciudadanos (Montoya, 2016, p. 137), y no que, en el ejercicio de sus funciones, se antepongan los intereses privados a los públicos.

En el presente caso se está afectado este bien jurídico, pues, por los hechos mencionados, no se habría efectuado una correcta asignación de los recursos públicos al tratarse de contrataciones de servicios que no habrían sido necesarios ni justificados. Además, no se habría realizado un estudio de mercado, por lo que el valor referencial de las contrataciones cuestionadas estaba sobrevalorado.

- Contexto típico

Respecto al contexto típico, se debe señalar que este tipo de delitos se cometen en contratación pública o cualquier otra operación a cargo del Estado²⁴.

En el marco de contratación pública, la comisión del delito de colusión se puede realizar en cualquiera de las etapas de contratación de bienes, obras y servicios, ya sea en la fase preparatoria²⁵, fase de selección²⁶ o la fase de ejecución²⁷.

En el presente caso, el Ministerio de Cultura contrató en nueve oportunidades al investigado Richard Cisneros Carballido mediante la modalidad de contratación directa²⁸ durante los años 2018 a 2020. En este tipo de contrataciones no se lleva a cabo un proceso de selección, sino que la entidad invita a un solo proveedor para brindar el servicio en tanto cumpla con los requisitos solicitados por el área usuaria. Asimismo, en la contratación directa, el monto del servicio no debe exceder las 8 UIT; de ser así, se debería optar por la contratación de adjudicación simplificada que sí exige realizar un proceso de selección.

- Sujeto activo y en razón del cargo

El sujeto activo es aquel que participa e interviene en los negocios públicos en razón de su cargo, es decir, aquella persona que por ley es llamada a contratar; a intervenir en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de estas en ejecución (Rojas, 2016, p. 193). Sin embargo, en una interpretación extensiva, también es autor aquel funcionario público que puede incidir en el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etcétera; lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal (Montoya, 2016, p. 138).

²⁴ Con cualquier otra operación se hace referencia a todos los contratos civiles o administrativos de los que el Estado sea parte.

²⁵ En esta etapa, la entidad identifica la necesidad de realizar una contratación, determina las características que tendrá el servicio u obra en relación con la necesidad identificada, determina el valor referencial, establece rangos mínimos de condiciones, modo, plazo y fórmula financiera para la ejecución del contrato y, finalmente, elabora las bases.

²⁶ En esta etapa, la entidad realiza la convocatoria, absuelve consultas y observaciones de los proveedores, recibe la presentación de propuestas, evalúa las ofertas y califica a los postores y, finalmente, la entidad adjudica la buena pro y se perfecciona el contrato entre el contratista y la entidad.

²⁷ En esta etapa se ejecutan las obligaciones del contrato pactado, la entidad supervisa el cumplimiento de las prestaciones, aprueba adicionales de obra y ampliaciones de plazo, declara la conformidad y liquida el contrato.

²⁸ Según el literal h) del artículo 27 del Texto Único Ordenado de la ley 30225, las entidades excepcionalmente pueden contratar directamente con un determinado proveedor en determinados supuestos; en este caso, se estaba bajo la causal de «servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra que son continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual».

Así, el agente que realiza los actos de concertación o defraudación debe actuar, directa o indirectamente —por intermedio de otras personas—, en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo; es decir, en las atribuciones que el Estado le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (Salinas, 2014, p. 265).

Los sujetos activos del presente caso han sido identificados en la imputación fiscal.

- Defraudación del Estado

En el caso del delito de la colusión agravada, se requiere la existencia de defraudación patrimonial real y efectiva; en este caso, el dinero utilizado en el pago de las órdenes de servicio sería el perjuicio patrimonial que habría devenido de la supuesta contratación ilícita de los servicios del investigado Richard Cisneros Carballido.

- Complicidad del interesado

Los interesados del delito de colusión no pueden ser considerados autores del delito debido a que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal ni tampoco el deber específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración Pública (Salinas, 2014, p. 279). Así, siguiendo la teoría de la unidad de título de imputación ya plasmada en el artículo 25 del Código Penal, el interesado responderá como cómplice del delito de colusión. Por lo mencionado, en el presente caso, si se demuestra la responsabilidad del investigado Richard Cisneros Carballido, este respondería en calidad de cómplice del delito de colusión agravada.

3.1.2. Indicios que sustentan la responsabilidad de Richard Cisneros

- Declaraciones

En esta investigación, la Fiscalía ha recabado declaraciones de testigos reservados y protegidos, y declaraciones de aspirantes a colaboradores eficaces que

confirmarían la presunta comisión del delito de colusión, las cuales se detallan a continuación²⁹:

NOMBRE	CONTENIDO RELEVANTE DE LA DECLARACIÓN
Aspirante a colaborador eficaz con clave CE-01-2020-141	<p>Tal como señala este aspirante a colaborador eficaz, la ministra Patricia Balbuena Palacios le solicitó al secretario general contratar al señor Richard Cisneros Carballido a pedido de Mirian Morales Córdova, quien a su vez actuaba por orden del pedido directo del jefe de Estado Martín Vizcarra. Para llevar a cabo tales contrataciones, el señor Richard Cisneros se reunió con el señor Antonio Apolini Quispe (secretario general) en distintas oportunidades: (a) el 12 de julio de 2018, se dio la reunión en las oficinas de la Secretaría General del Ministerio de Cultura, a la cual Richard Cisneros asistió de parte del presidente Martín Vizcarra; (b) en otra fecha se volverían a reunir para acordar los detalles de la contratación e inscribir a Richard Cisneros en el Registro Nacional de Proveedores del OSCE; (c) el 16 de julio de 2018, se reunieron en la oficina de la Secretaría General, en donde se pactó que Richard Cisneros ganaría S/7000 mensuales por un periodo de tres meses y se elaboraron los TDR conforme al perfil que el señor tenía en su CV; luego, el secretario general generó una necesidad o justificación para contratar al mencionado señor y se emitió la orden de servicio N° 03364-2018-S, del 25 de julio de 2018.</p> <p>Asimismo, el aspirante a colaborador menciona que la ministra Patricia Balbuena Palacios le pidió nuevamente al secretario general que contratara a Richard Cisneros por un periodo de tres meses más, debido a que esta había recibido tal indicación de parte del presidente a través de la llamada de Mirian Morales Córdova. Para materializar este pedido, el secretario general llevó a cabo las mismas acciones. Sin embargo, no se necesitaba contratar a un proveedor para los servicios para los que se contrató a Richard Cisneros; la orden de servicio N° 465-2019-S la</p>

²⁹ Requerimiento de prisión preventiva presentado en el Exp. 799-2020, pp. 64-68.

NOMBRE	CONTENIDO RELEVANTE DE LA DECLARACIÓN
	<p>podía realizar el propio personal del Gran Teatro; la orden N°1426-2019, sobre servicios de apoyo operativo para la Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional, debía ser realizada por el propio personal de dicha oficina; las órdenes de servicios 2172-2019, 3704-2019, 4236-2019, 673-202 y 1122-2020 debían ser realizadas por el personal de la Oficina de Recursos Humanos, dentro de la cual estaba la Oficina de Bienestar Social.</p>
Aspirante a colaborador eficaz con clave CE-02-2020-141	<p>Este aspirante a colaborador eficaz señala que, cuando Patricia Balbuena asumió el cargo de ministra de Cultura, recibió una orden por parte del presidente Martín Vizcarra para que se contrate a Richard Cisneros en dicho ministerio.</p> <p>De esta manera, Martín Vizcarra coordinó y acordó con Mirian Morales para que esta se contacte con Patricia Balbuena y sea esta quien se encargue de ver la forma de contratar a Richard Cisneros.</p> <p>Es así que la secretaria general Diana Tamashiro y Patricia Dávila recibían la llamada de Lisbet Santos Arias (personal de Mirian Morales) para las siguientes contrataciones en las gestiones de otros ministros de Cultura.</p> <p>El aspirante a colaborador eficaz también menciona que era Mirian Morales quien llamaba para exigir que se viabilice la contratación de Richard Cisneros.</p>
Aspirante a colaborador eficaz con Clave CE-03-2020-141	<p>El aspirante a colaborador eficaz señala que la exministra Sonia Guillén se reunió con la señora Diana Tamashiro en su despacho ministerial y le indicó que se debía continuar con la contratación de Richard Cisneros Carballido.</p> <p>El día 28 de enero de 2020, Richard Cisneros se reunió con la señora Diana Tamashiro en la sala de reuniones de la Secretaría General. Se presentó como asesor del presidente Martín Vizcarra y señaló que el 4 de febrero presentaría su propuesta de trabajo.</p>

NOMBRE	CONTENIDO RELEVANTE DE LA DECLARACIÓN
	<p>El 4 de febrero, el señor Cisneros se volvió a reunir con la señora Tamashiro y mencionó que debía coordinar con la señora Liliana Chanamé para que vieran la forma de buscar o cubrir una necesidad real para su contratación. La señora Chanamé se encargó de realizar los TDR para la contratación, así como la disponibilidad presupuestal y continua con el procedimiento de contratación del señor Cisneros.</p> <p>Las actividades requeridas por la Oficina de Recursos Humanos se tramitaron con la misma modalidad por la directora Liliana Chanamé y, luego, por Aurora Quiñones; durante estas gestiones se emitieron dos órdenes de servicio: 673-2020-S y 1122-2020. Al no haber tramitado con rapidez dichas órdenes, personal de Palacio de Gobierno llamó por WhatsApp a la señora Diana Tamashiro para pedirle que acelerara la contratación. Tales llamadas se daban por disposición del presidente Martín Vizcarra y Mirian Morales.</p> <p>Cuando se le comentó al señor Cisneros que no se le iba a volver a contratar, este señaló que se lo iba a informar a Martín (Vizcarra). En una sesión del Consejo de Ministros en Palacio de Gobierno, el presidente Martín Vizcarra se acercó a la ministra Sonia Guillén y le dijo que durante esta pandemia «nadie pierde su trabajo, ni siquiera los terceros», a lo que ella le respondió «está bien señor presidente», en referencia a Richard Cisneros. De esta manera, se continuó con la contratación de este último.</p>
Testigo reservado con clave TR-01-2020-141	<p>El testigo reservado señala que, por encargo del presidente Vizcarra, Mirian Morales Córdova contactó por vía telefónica y personal a la ministra Patricia Balbuena entre junio y julio de 2018 para contratar al señor Richard Cisneros en el Ministerio de Cultura; la señora Mirian Morales Córdova también le entregó a la ministra Patricia Balbuena el CV del señor Richard Cisneros.</p> <p>El pedido de contratación fue reiterado en varias oportunidades con el argumento de que el señor Cisneros llamaba constantemente al presidente Martín Vizcarra</p>

NOMBRE	CONTENIDO RELEVANTE DE LA DECLARACIÓN
	<p>para que este lo recomendará ante los ministros de Cultura. Ante ello, la ministra le reiteró al secretario general Jorge Apolini Quispe que se debía buscar la forma de encontrar un puesto de trabajo para el señor Cisneros; por ello, el secretario se reunió con este último para coordinar su contratación y, posteriormente, generar la necesidad y justificación para su contratación —en el marco de contrataciones directas menores a 8 UIT—.</p>
Testigo protegido con clave TP 01-2020-141	<p>El testigo protegido señala que la exministra de Cultura Ulla Holmquist llevaba poco tiempo en el cargo cuando el presidente Martín Vizcarra, a través de Mirian Morales Córdova, le solicitó contratar al señor Richard Cisneros. Dicha ministra se negó inicialmente, lo que generó malestar en el señor presidente, pero, luego de reiteradas insistencias, la señora Ulla Holmquist terminó aceptando la contratación.</p> <p>Las contrataciones tuvieron la misma línea y la encargada de coordinar con los ministros de Cultura era Mirian Morales.</p>
Testigo protegido con clave TR 02-2020	<p>El testigo protegido señala que el presidente Martín Vizcarra Cornejo, a través de Mirian Morales, era quien ordenaba y disponía a Patricia Balbuena para llevar a cabo los contratos de Richard Cisneros.</p> <p>A Cisneros, luego de salir del Ministerio de Cultura, se le asignó un monto no menor a S/10 000 aproximadamente, el cual es depositado por el señor Óscar Vásquez; ello, por guardar silencio sobre la denuncia ante la Fiscalía, por disposición del presidente Martín Vizcarra.</p>

- Prueba indiciaria

En el delito de colusión se debe probar la existencia de un acuerdo entre los funcionarios o servidores públicos y los interesados para defraudar al Estado; sin

embargo, debido a que esos acuerdos son generalmente subrepticios y clandestinos, es complicado que se obtengan pruebas directas que sustenten la comisión de tal delito. Por ello, la jurisprudencia ha señalado que, para probar la existencia de acuerdos colusorios, basta con que se acrediten factores objetivos que permitan construir prueba indiciaria, los cuales señalamos a continuación:

La simulación de la contratación pública, dando apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerar la concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos, **precios sobrevaluados** o subvaluados, **inexperiencia comercial de los postores**, plazo de la garantía de los postores, admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta, **la no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores**, cambios de bases administrativas, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de la contratación, reintegro a los terceros interesados y ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia³⁰ (el resaltado es nuestro).

Otros factores que construyen prueba indiciaria serían los siguientes³¹:

- Si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes, como celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, **falta de cuadros comparativos de precios de mercado**, elaboración patentemente deficiente de dichos cuadros, ausencia de reuniones formales del comité o «subsanações» o «regularizaciones» ulteriores en la elaboración de la documentación.
- Si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad —marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores—.

³⁰ Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima, recaída en el Expediente N° 185-2011, de fecha 11 de abril de 2013, fundamento 18.

³¹ Recurso de Nulidad N° 1722-2016 Del Santa, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de fecha 23 de enero de 2017, fundamento 8.

- Si los precios ofertados —y aceptados— fueron sobrevalorados o los bienes o **servicios ofrecidos o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición**, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado (el resaltado es nuestro).

Sobre las irregularidades administrativas en las contrataciones investigadas en el presente caso

A continuación, se señalan las irregularidades presentadas en las nueve contrataciones que son materia de investigación³²:

Respecto a la orden de servicio N° 3364-2018-S y N° 5053-2018-S, no se habría sustentado en ambas contrataciones la necesidad del servicio ni la existencia de algún documento o informe que justifique tal contratación. Asimismo, sobre los términos de referencia, se indica que los requisitos del perfil de dichas contrataciones habrían sido direccionados, lo cual se evidenciaría en el requisito común de ambas contrataciones: «reconocimiento comprobado de trayectoria artística y deportiva», el cual no se relacionaba con el objeto, finalidad o descripción de los servicios en cuestión. Además, en la última orden de servicios se habría determinado el valor referencial con una sola cotización o propuesta del proveedor Richard Cisneros Carballido y, pese a ello, el área usuaria habría otorgado la conformidad del servicio sin observación alguna.

En cuanto a la orden de servicio N° 465-2019-S, entre los requisitos del perfil se pedía (a) conocimiento en trayectoria musical, artística y/o deportiva, comprobada mediante presentación en diplomas y/o reconocimientos; y (b) experiencia en elaboración de eventos, o actividades teatrales, o musicales o de entretenimiento, con un mínimo dos contratos y/o servicios. Según la Fiscalía, no se encuentra una relación entre el objeto y la finalidad del servicio con el primer requisito señalado, y se encuentra un contrasentido con el perfil requerido que no fue observado por ningún funcionario a cargo de este. Además, Richard Cisneros Carballido no habría cumplido con el segundo requisito debido a que los convenios presentados por el investigado (convenios privados cuyos objetos eran «realizar presentaciones de Richard Swing en la empresa» y «realizar presentaciones de Richard Swing y su fiesta criolla» en la empresa Thunderbird Salsa's S.A.) para sustentar tal requisito, el investigado no cumplía con «organizar» o «elaborar» eventos artísticos o teatrales, sino solo con brindar presentaciones, de manera que se trataba de objetos diferentes a los requeridos.

³² Resolución N° 1 del Exp. N° 799-2020-3-1826-JR-PE-01, pp. 9-22.

En referencia a la orden de servicio N° 1426-2019-S, se habrían tenido los mismos requisitos de la orden anterior, sin sustentar la necesidad del servicio. Asimismo, se determinó el valor referencial con la sola cotización o propuesta del investigado Richard Cisneros Carballido, sin realizar un estudio de posibilidades que ofrece el mercado para determinar el valor referencial.

En relación con la orden de servicio N° 2172-2019-S y N° 3704-2019-S, también se determinó el valor referencial con la sola cotización o propuesta del investigado Richard Cisneros Carballido. Además, los documentos presentados para acreditar la experiencia conforme al perfil requerido (órdenes de servicios emitidas con anterioridad por el mismo Ministerio de Cultura cuyo objeto era elaboración de propuestas) no sustentaban la experiencia en «organización y ejecución de eventos» que se requería, sino solo en la elaboración de propuestas de actividades, difusión, videos, etcétera; lo cual demostraría que, al ser diferentes objetos, no podría cumplir con tal requisito.

Respecto a las órdenes de servicio N° 4236-2019-S y N° 673-2020-S, se habría determinado el valor referencial con la sola cotización o propuesta del investigado Richard Cisneros Carballido. Además, dichos valores referenciales no podrían sustentar el servicio brindado por el investigado (S/27 000 y S/33 400, respectivamente).

En cuanto a la orden de servicio N° 1122-2020-S, durante el estado de emergencia se requirió el «Servicio de ejecución de actividades motivacionales a través de conferencias virtuales para mejorar el rendimiento laboral personal y social de los servidores del Ministerio de Cultura», sin sustentar su urgencia y necesidad, conforme lo requiere la Directiva N° 004-2019-SG/MC. Entre los requisitos señalados se solicitaba «Persona natural, con experiencia en ejecución de actividades motivacionales y/o ejecución de actividades culturales», lo cual resulta irregular porque son actividades completamente distintas —actividades motivacionales y culturales— y, además, las actividades culturales no tenían relación alguna con el objeto del servicio que se requería (actividades motivacionales), de modo que Richard Cisneros Carballido no cumplía con la experiencia motivacional que se debió exigir para brindar tal servicio. Asimismo, el área usuaria tampoco habría requerido la especialidad, las capacitaciones o los estudios en liderazgo o afines al objeto del servicio que debían exigirse como requisito. También, se solicitó directamente al investigado Richard Cisneros Carballido su cotización (S/30 000 por las tres conferencias programadas) respecto al servicio para establecer el valor referencial sin un adecuado estudio de mercado. Por lo tanto, se estaría ante una indebida selección y evaluación del proveedor para la prestación del servicio porque el investigado Richard Cisneros Carballido no solo no cumplía con el perfil idóneo para brindar el servicio, sino que el costo

del valor referencial era excesivo en comparación con otros servicios similares brindados para la misma entidad.

Asimismo, el 31 de agosto de 2020, el Órgano de Control Institucional del Ministerio de Cultura, luego de realizar un control específico de hechos con presunta irregularidad dentro de la entidad, emitió el Informe de control específico N° 25-2020-2-5765-SCE, en el cual identificó diversas irregularidades en las contrataciones de servicios realizadas en el periodo 2018-2020 del investigado Richard Cisneros Carballido.

En dicho informe, respecto a las nueve órdenes emitidas por el Ministerio de Cultura en el periodo 2018-2020, se concluyó lo siguiente³³:

- Se contrató a un proveedor que no contaba con la especialidad y experiencia.
- Se elaboraron y aprobaron términos de referencia con requisitos que no se adecuaron al objeto de la contratación. Por ejemplo, respecto a las órdenes de servicio N° 3362-2018-S y N° 465-2019-S, en ambas contrataciones se exigía como requisito «reconocimiento de comprobado en trayectoria deportiva», lo cual no se correspondía con el objeto de la contratación.
- Se incluyeron servicios que correspondían a funciones inherentes de las unidades orgánicas de la entidad. Por ejemplo, en la orden de servicio N° 3362-2018-S, se advirtió que no existía necesidad de la contratación, toda vez que era función de la Dirección General de Industrias Culturales y no de Secretaría General, siendo así que se efectuó el requerimiento del servicio de promover el uso de espacios culturales de la entidad sin contar con competencia asignada al cargo.
- No establecieron el perfil mínimo requerido para las contrataciones. Por ejemplo, en las órdenes de servicio N° 3362-2018-S y N° 465-2019-S no se estableció, por parte del área usuaria, el nivel académico requerido y se omitió definir si el servicio debía ser prestado por un técnico, profesional o especialista; tampoco se señaló la experiencia general con la que debía contar

³³ Informe de control específico N° 25-2020-2-5765-SCE, emitido por el Órgano de Control Institucional del Ministerio de Cultura, de fecha 31 de agosto de 2020, pp. 4-95 https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CPO576500025&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

(años, meses, número de contratos, etcétera) ni se definió la experiencia en la especialidad.

- Se fraccionó una contratación con el fin de evitar la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado que, por el monto, correspondía a una adjudicación simplificada. Se hace referencia a las órdenes de servicio N° 3704-2019 (pago por tal servicio de S/8000) y N° 4236-2019 (pago por tal servicio de S/27 000). En dichas contrataciones se advirtió que ambos servicios por contratar fueron requeridos por la Oficina General de Recursos Humanos y tenían el mismo objeto contractual y, pese a no existir causal que justifique el fraccionamiento, el área usuaria lo tramitó como contrataciones menores a ocho (8) UIT para evitar procedimientos de elección. De este modo, se emitieron dos órdenes de servicios en las que se fraccionaron los montos que en realidad ascendían a S/35 000. Asimismo, es preciso señalar que dichas actividades no estaban programadas en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la entidad de 2019 ni en sus modificatorias, con lo cual se incumple lo previsto en el art. 15 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Se otorgó conformidad pese a no acreditarse la real ejecución de la prestación del servicio. Por ejemplo, en la orden de servicio N° 3362-2018-S se evidencia que el proveedor no cumplió con prestar el servicio conforme a lo solicitado, pues de las diez propuestas de actividades sobre espacios culturales de la entidad que debía presentar, solo realizó tres. Además, dichas propuestas presentadas eran incongruentes e inconsistentes; sin embargo, el secretario general otorgó la conformidad al servicio y pidió que se efectúe el pago conforme al comprobante de pago.
- En un caso no se aplicó la penalidad por mora, con lo cual se benefició al proveedor y se afectó la transparencia de las contrataciones, así como la finalidad pública prevista.

4. Conclusiones

Por todo lo mencionado, se puede indicar que en este caso existen indicios que podrían demostrar la existencia del delito de colusión en las contrataciones realizadas durante el periodo 2018-2020 por parte del Ministerio de Cultura con el proveedor Richard Cisneros Carballido. Ello sobre la base de las irregularidades

administrativas que la jurisprudencia recoge y que se presentan en este caso, como lo son la inclusión de requisitos innecesarios para favorecer al proveedor, la inexistencia de un estudio de precios de mercado para determinar el adecuado valor referencial, la no correspondencia del servicio ofrecido y aceptado con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, la inexperiencia del proveedor y la no correspondencia de calificación técnica con la experiencia o especialización del proveedor. Asimismo, existen diversas declaraciones que coadyuvan no solo a probar la presunta comisión del delito de colusión, sino también a determinar quiénes y cómo participaron en los actos colusorios.

Se espera que la Fiscalía pueda seguir recabando elementos de investigación suficientes para formalizar la investigación preparatoria y, posteriormente, presentar una debida acusación fiscal.

5. Bibliografía

Guimaray, E. (2011). *La tipificación penal del delito de colusión*. Boletín Anticorrupción, 7. Lima: IDEHPUCP.

Montoya, Y. (coord.) (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: IDEHPUCP.

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.

Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Lima: Grijley.



DE LA PRESUNTA SOBREALORACIÓN EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DEL HOSPITAL VÍCTOR RAMOS GUARDIA DE HUARAZ, ÁNCASH

Paola Cecilia Echevarría Mejía y Rubí Diana Sifuentes Vásquez ³⁴

1. Descripción de los hechos

El 26 de marzo de 2020, el Gobierno Regional de Áncash aprobó el «Plan Regional de Reforzamiento de los Servicios de Salud y Contención del Coronavirus (COVID-2019) en la Región Áncash», cuyo objetivo es asegurar la capacidad de respuesta y contención de los servicios de salud, para la continuidad de la atención, los cuidados integrales y el seguimiento domiciliario de los pacientes de COVID-19.

En ese contexto, justificando la ejecución de inversión del «Plan Regional de Reforzamiento de los Servicios de Salud y Contención del Coronavirus (COVID-2019) en la Región Áncash», el 2 de abril de 2020, mediante Resolución de Gerencia Regional N° 061-2020-GRA/GRI, el Gobierno Regional de Áncash aprobó el expediente técnico «Remodelación de ambiente complementario, adquisición de monitor de funciones vitales, ventilador mecánico y desfibrilador; además de otros activos en la EE.SS. Víctor Ramos Guardia, distrito de Huaraz, provincia de Huaraz, región Áncash», cuyo objetivo principal es acondicionar e integrar los servicios de emergencia, hospitalización y unidades de cuidados intensivos para los pacientes de COVID-19.

De acuerdo con lo consignado en el referido expediente técnico, las Inversiones de Optimización, de Ampliación Marginal, de Rehabilitación y de Reposición (IOARR) contemplaron la ejecución de los **componentes de infraestructura y equipamiento**, con una inversión total de S/12 010 963.71 (doce millones diez mil novecientos sesenta y tres con 71/100 soles); y para el **componente de infraestructura** se destinó la suma de S/2 037 918.51 (dos millones treinta y siete mil novecientos dieciocho con 51/100 soles). Por otro lado, para el **componente de equipamiento** se destinó la suma de S/9 973 045.20 (nueve millones novecientos setenta y tres mil con 20/100 soles).

1.1. Componentes de infraestructura

El Gobierno Regional de Áncash habría contratado de manera directa a la empresa Inversiones Pacchioni e Ingenieros Contratistas S.R.L., encargada de la ejecución del componente de infraestructura, con un plazo de ejecución contractual de 30 días calendario, siendo la fecha de inicio de obra el 8 de abril de 2020, la que debió haberse concluido el 7 de mayo de 2020; sin embargo, dicho plazo no fue cumplido.

El 6 de mayo de 2020, la procuradora pública anticorrupción descentralizada de Áncash Sharly Facho Núñez presentó una denuncia ante el Ministerio Público por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la contratación para los nuevos ambientes COVID-19 del Hospital Víctor Ramos Guardia. Según refiere la denuncia, habría existido una presunta sobrevaloración en el componente infraestructura, ya que en el plan regional se había presupuestado un gasto de S/250 000, con lo cual se habría incurrido en un perjuicio patrimonial al Estado de aproximadamente S/1 787 918.51.

Por otro lado, según el Informe de Hito de Control N° 6290 – 2020, CG/GRAN-SCC, el 24 de junio, la Comisión de Control de la Contraloría General de la República se constituyó en el Hospital Víctor Ramos Guardia para inspeccionar ambos componentes y, a partir de esa inspección, se advirtió que los ambientes entregados no se habrían encontrado operativos, toda vez que no contaban con los equipos médicos necesarios para su funcionamiento (los cuales corresponden a la ejecución del componente de equipamiento), situación que está afectando la capacidad de respuesta inmediata del hospital ante la COVID-19, para la atención y el control de la salud de la población afectada por dicha enfermedad.

³⁴ Estudiantes del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

1.2. Componente de equipamiento

El componente de equipamiento estaría a cargo de diversos proveedores seleccionados también por contratación directa por el Gobierno Regional de Áncash.

En la denuncia realizada por la procuradora anticorrupción de Áncash también se consideró que habría existido una sobrevaloración en el componente de equipamiento, ya que en el plan regional se había presupuestado un gasto de S/8 055 096.00, con lo cual se habría incurrido en un perjuicio patrimonial al Estado de aproximadamente S/1 917 949.20.

Asimismo, el 24 de junio de este año, otro problema que evidenció la Comisión de Control fue que el Gobierno Regional de Áncash no habría cautelado que los proveedores de equipamiento cumplan con los plazos establecidos en sus respectivas órdenes de compra, de modo que, hasta la fecha de visita, los proveedores no habían entregado diversos equipos, tales como ventilador mecánico, camilla de transporte, camilla multipropósito tipo UCI, ambulancia urbana y rural tipo III, entre otros. En este sentido, se pudo ver que la entidad contrató proveedores que no tienen la capacidad de atender oportunamente los requerimientos de los equipos.

Según el Informe de Visita de Control N° 012-2020-OCI/5332-SVC del 26 de mayo de 2020, se habría advertido que funcionarios del gobierno regional habrían emitido la orden de compra para la adquisición de ventiladores mecánicos sin indagar los precios en el mercado, con lo cual puede entenderse que posiblemente no se estén adquiriendo en las mejores condiciones de precio y calidad; ello a su vez podría generar sospecha respecto a la contratación realizada para satisfacer el equipamiento.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

2.1. Ministerio Público

El Ministerio Público, como titular de la acción penal, actúa de oficio o a denuncia de parte. En este caso, el Ministerio Público tomó conocimiento del presunto acto de corrupción en los proyectos Infraestructura y Equipamiento del Hospital Víctor Ramos Guardia debido a una denuncia interpuesta por la procuradora de la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Áncash.

Lo primero que realizó el Ministerio Público fue recibir la denuncia, con lo cual se inició la apertura de la investigación preliminar. Ya con ello, se programó una visita inopinada a la Dirección Regional de Salud de Áncash, en la que se procedió al recojo de documentos relacionados con los expedientes técnicos de ambos proyectos: Infraestructura y Equipamiento del Hospital Víctor Ramos Guardia. El siguiente acto de esta investigación preliminar fue trasladarse al Gobierno Regional de Áncash, donde también se procedió al recojo de todo documento relacionado con los expedientes de ambos proyectos. Luego de ello, se realizó una constatación de todo lo trabajado para el área COVID-19, tanto en la remodelación y en la adaptación de la infraestructura, como en lo referente a los implementos adquiridos en el Hospital Víctor Ramos Guardia. Una vez realizadas dichas diligencias, el Ministerio Público procedió a solicitar un perito en la especialidad de contabilidad y un perito en la especialidad de ingeniería civil, con el fin de evaluar los costos reales de los proyectos.

2.2. Etapa procesal en la que se encuentra el caso

Este caso se encuentra en diligencias preliminares, que es la primera fase de la etapa de la investigación penal preparatoria. Como lo establece el inciso 1 del artículo 326 del Código Procesal Penal de 2004, el fiscal inicia los actos de investigación cuando tiene conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito y promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.

En esta etapa, el Ministerio Público es el actor principal, por lo que es el encargado de recabar los suficientes elementos materiales de la comisión del pre-

sunto delito que se dieron por una sospecha inicial simple, así como de realizar actos urgentes para verificar si han tenido lugar los hechos denunciados. De igual manera, tratará de identificar a cada uno de los sujetos que estén implicados en el presunto acto delictivo. Por último, verificará si el presunto acto denunciado no ha prescrito.

En este caso, por tratarse de un proceso común, el plazo de las diligencias preliminares va desde los sesenta días y puede ampliarse hasta por ocho meses. Esto de acuerdo con la complejidad y el tiempo que pueda tomar recabar todos los elementos de convicción, lo cual terminará, probablemente, en una formalización de la investigación.

3. Análisis jurídico-penal del caso

Este caso está signado con la carpeta fiscal N° 1306015500- 2020-234-0, en la que, a través de la disposición fiscal N° 02, del 19 de mayo de 2020, se dispone que se declare procedente la investigación preliminar por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión agravada y/o negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Áncash y en contra de los que resulten responsables. Con ello se infiere preliminarmente que habrían estado implicados los funcionarios o servidores públicos de la entidad presuntamente agravada, el proveedor del componente infraestructura (empresa Inversiones Pacchioni e Ingenieros Contratistas S.R.L.) y el proveedor o los proveedores del componente equipamiento.

3.1. Análisis de la posible comisión del delito de colusión agravada

El delito de colusión agravada está tipificado en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal que señala que

el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según

ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

A continuación, se señalan algunos elementos del delito de colusión:

- El **sujeto activo** en el delito de colusión será el funcionario o servidor público que, en razón de su cargo, haya intervenido en cualquier operación o contratación a cargo del Estado. Una cualidad que deberá tener el agente de este delito es la obligación de resguardar los intereses estatales; por ende, será necesario que cuente con la capacidad decisoria en cualquiera de los aspectos de las operaciones negociales previamente citadas (Villavicencio, 2018, p. 41). En este caso, los funcionarios o servidores del Gobierno Regional de Áncash serían los sujetos activos que presuntamente habrían intervenido en la contratación directa de bienes y servicios que realizó dicha entidad.
- El proyectista: ¿por qué incluir al proyectista en esta investigación? Pues este tiene relevancia en la investigación, por razón de su cargo, al ser responsable de la elaboración de las especificaciones técnicas que formarán los expedientes técnicos de infraestructura y equipamiento del Hospital Víctor Ramos Guardia. De esta forma, se puede saber si algún funcionario superior le ordenó que las especificaciones se dirijan a un determinado postor.
- El delito de colusión es de **participación necesaria**, es decir, requiere la participación de un particular implicado en un contrato o proceso, con quien el agente público haya llegado a acuerdo ilícito. La conducta de los particulares concertados será la de instigación o complicidad primaria —cooperación necesaria— en el mismo delito y se mantendrá el mismo título de imputación³⁵. En este caso, presuntamente los proveedores que ganaron la licitación, tanto para el componente infraestructura como para el componente equipamiento, habrían concertado con los funcionarios o servidores del Gobierno Regional de Áncash para sobrevalorar ambos componentes con el fin de obtener un beneficio económico indebido.
- Respecto a los que resulten responsables, es necesario identificar al funcionario o funcionarios y representantes de las empresas Inversiones Pac-

³⁵ Recurso de Nulidad N° 2648-2016 El Santa, del 25 de agosto de 2017.

chioni e Ingenieros Contratistas S.R.L., así como a los representantes de los diversos proveedores seleccionados también por contratación directa para determinar si habrían intervenido, de manera directa o indirecta, y si habrían concertado por intereses en común con la intención de defraudar patrimonialmente al Estado.

- El **acuerdo colusorio** entre las partes (Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar sus intereses. Es así que el acervo probatorio generalmente se basará en **indicios concomitantes** que permitirán verificar que los encausados actuaron en contubernio³⁶.
- Para la **consumación** de la colusión agravada es necesario que haya existido no solo la concertación entre los interesados, sino también la defraudación patrimonial al Estado. En este caso, el presunto perjuicio efectivo al patrimonio del Gobierno Regional de Áncash habría ocurrido cuando el proyecto de infraestructura y equipamiento del Hospital Víctor Ramos Guardia no se condijo con el «Plan Regional de Reforzamiento de los Servicios de Salud y Contención del Coronavirus (COVID-19)», lo que habría causado la presunta sobrevaloración en los componentes de infraestructura y equipamiento. Es así que se puede entender que el delito habría configurado, en la primera etapa del procedimiento de selección, la planificación o las actuaciones preparatorias, pues en dicha etapa se detallan la calidad y las condiciones del objeto de la contratación, los términos, las especificaciones técnicas, la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, entre otros.

3.2. Prueba indiciaria: indicios de la presunta comisión del delito de colusión agravada

Debido a la fase en la que se encuentra la investigación, se podría fundamentar el presunto delito a partir de indicios. La prueba indiciaria en este tipo de delitos —como es el de la colusión— juega un papel muy importante. Si se dejara de valorar la prueba indiciaria en los delitos de corrupción, muchos delitos de esta naturaleza, en su mayoría, quedarían impunes por falta de pruebas directas.

Para Fernando de Trazegnies, la prueba indiciaria supone un pensamiento complejo en el que se persigue la reconstrucción de un hecho concreto y se remonta de ciertos indicios a hechos que se hacen más o menos probables a medida que avanza el proceso de recolección de indicios y de formulación de presunciones o conjeturas, basados racionalmente en tales indicios (2000, p. 14).

En el caso en particular, hay dos tipos de pruebas indiciarias que podrían ser clave para la construcción de la supuesta comisión del delito de colusión agravada:

- Prueba 1: la primera prueba a la que podríamos hacer referencia es la que nos daría el elemento principal del delito: la concertación. Así pues, en una entrevista que se le realizó al gobernador regional de Áncash en las inmediaciones del Hospital Víctor Ramos Guardia de Huaraz, este habría afirmado que las obras en dicho nosocomio ya habían comenzado el 6 de abril, cuando en realidad las cartas de invitación a la empresa Inversiones Pachioni y a las empresas de distintos proveedores habrían sido remitidas el mismo día de la declaración ante el medio de comunicación, es decir, el 7 de abril (además, dichas cartas tienen como fecha de aceptación el 8 de abril).
- Prueba 2: la segunda prueba en la comisión de este delito sería la supuesta sobrevaloración. Para la consumación de la colusión agravada es necesario que haya existido no solo la concertación entre los interesados, sino también la defraudación patrimonial al Estado. De esta manera, se podría evidenciar que, al tener ya señaladas unas cifras específicas y evaluadas en cada proyecto de inversión, no se podría justificar el exceso de las cifras colocadas luego en los expedientes aprobados. A continuación, se señala lo referido:
 - Componente de infraestructura: la suma de S/2 037 045.20, con una presunta sobrevaloración de S/1 787 918.51, cuando el presupuesto asignado para este proyecto era de S/250 000.00.
 - Componente de equipamiento: la suma de S/9 973 045.20, con una presunta sobrevaloración de S/1 917 949.20, cuando el presupuesto asignado para este proyecto era de S/8 055 096.00.

³⁶ Recurso de Nulidad N.º 5-2015-Junín, del 16 de enero de 2017.

4. Conclusiones

A partir del análisis jurídico del caso investigado por colusión agravada, se puede inferir que se habría cumplido con el tipo objetivo del presunto delito cometido:

- Sujetos del delito de colusión: proyectista sin experiencia en la elaboración de expedientes técnicos para proyectos en el sector salud y funcionario(os) interesados al igual que los particulares en el o los proyectos;
- Bien jurídico tutelado: en la presunta comisión de este delito de colusión agravada, al concertar el funcionario y el particular con intereses en beneficios propios, se lesiona el bien jurídico general —correcto funcionamiento de la Administración Pública—;
- Las conductas sancionadas-concertación: mediante prueba indiciaria de la presunta concertación, cuando el gobernador de la región Áncash da una declaración a un medio de comunicación en la que afirma que el inicio de la obra había comenzado dos días antes de la aceptación de las invitaciones;
- El contexto típico: el presunto delito de colusión se habría cometido en la primera etapa de la contratación estatal-actos preparatorios;
- La defraudación al Estado: el Tribunal Constitucional señala que «defraudar», en el delito de colusión, «implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios»³⁷; en este particular se habría cometido la defraudación patrimonial, al momento de aprobar los expedientes con cifras aumentadas a los costos ya planteados en un primer momento;
- La responsabilidad del particular con el funcionario: se puede suponer que el particular tiene un interés por la celebración de los contratos con el Gobierno Regional de Áncash, y esto se podría deducir de las declaraciones del gobernador regional; y

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00017-2011-PI/TC del 3 de mayo de 2012.

- La figura alternativa: en el delito de negociación incompatible, en caso de no poder comprobar la acusación por el delito principal en la investigación —que vendría a ser el presunto delito de colusión agravada—, al no poder confirmar la concertación entre el funcionario y el particular, existe la acusación alternativa que, en este caso, vendría a ser el delito de negociación incompatible.

Por todo lo mencionado, esta investigación debería formalizarse e iniciar un proceso penal del presunto acto de corrupción contra la Administración Pública, en detrimento de los intereses del Estado.

5. Bibliografía

- De Trazegnies, F. (2000). *La teoría de la prueba indiciaria* [manuscrito inédito]. Lima: s.e.
- Villavicencio, F. (2018). *Problemática de los delitos contra la Administración Pública*. Parte I. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.



PRESUNTA CORRUPCIÓN EN LA ENTREGA DE CANASTAS EN LA MUNICIPALIDAD DE CASMA

Sam Lee Alva Cochachín³⁸

1. Análisis de los hechos

- La crisis mundial ocasionada por la pandemia de la COVID-19, que está afectando terriblemente a nuestro país, ha hecho que el gobierno central destine una cantidad de dinero a cada municipalidad dentro del territorio peruano. Es por ello que se asignó a la Municipalidad de Casma la suma de S/200 000 por parte del Ministerio de Economía (MEF) para la compra de canastas familiares, con la finalidad de ayudar a las familias más vulnerables. La Municipalidad de Casma, al momento de realizar los presupuestos para la adquisición de víveres, llegó a la conclusión de que con S/200 000 se adquirirían 2646 canastas, ya que cada una tendría el valor de S/75.58.
- El 17 de abril del presente año, se aprobó, en sesión de concejo de la Municipalidad de Casma, que se haría uso del FONCOMUN, como un complemento a los S/200 000 transferidos por el MEF, ya que se consideraba que esa cantidad de dinero iba a resultar insuficiente para beneficiar a todas las familias vulnerables. Después de haberse aprobado el uso del FONCOMUN, la población mostró su descontento, ya que con la compra de las canastas no se habría beneficiado realmente a las familias vulnerables; además, no se mostró el padrón de beneficiarios de dichas canastas, como sí lo estaban haciendo otras municipalidades, con la finalidad de mostrar transparencia en la adquisición y la distribución de las canastas.
- Otro punto importante que cabe mencionar en este apartado es que el 29 de abril de 2020, la Contraloría General de la República, en su cuenta de

Twitter, público lo siguiente: «Actas de canastas básicas no tienen fecha de entrega ni firma del representante de la Municipalidad Provincial de Casma, ni del veedor. Se constató falta de control de almacén y nueve canastas por entregar» (Contraloría General de la República, 29 de abril de 2020).

- Es por ello que, ante estas irregularidades, el 10 de junio de 2020, la Fiscalía Anticorrupción del Santa intervino la Municipalidad de Casma por la presunta comisión del delito de negociación incompatible; ello con la finalidad de verificar y recopilar información como parte de una investigación preliminar, ya que, presuntamente, se habría cometido el delito señalado en la adquisición de víveres para la entrega de canastas básicas familiares debido a la coyuntura de la COVID-19. La diligencia estuvo a cargo del fiscal provincial Alejandro Galloso Asencio; asimismo, participaron los fiscales adjuntos del tercer despacho Carlos Roncal Cancino y Cinthia Castillo Zapata, quienes se trasladaron a la municipalidad, en mérito a la denuncia presentada contra sus funcionarios.
- El equipo de fiscales y la División de Alta Complejidad de la Policía Nacional (DIVIAC) recorrieron las diversas áreas, donde los funcionarios —como el gerente municipal, el subgerente de Gestión de Riegos y Desastres, el subgerente del Área de Logística y el subgerente del Área de Presupuesto— entregaron la documentación respectiva al Ministerio Público para que pueda realizar las investigaciones correspondientes.
- Asimismo, es preciso señalar que, como parte de los actos de investigación, también se desplazaron hasta los locales de las empresas proveedoras de los productos de primera necesidad ubicados en la ciudad de Casma, para recabar más información. Además, la Contraloría detectó que 203 funcionarios y servidores públicos de Áncash se habrían beneficiado con la canasta básica familiar, a pesar de no haber cumplido con la condición de «vulnerables»; también se señaló que 24 funcionarios y empleados públicos tienen ingresos netos que oscilan entre S/3000 y S/5000, mientras que otros cuatro reciben entre S/5000 y S/10 000.

³⁸ Estudiante del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP y realizado con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

2. Análisis de las problemáticas jurídicas

La información consignada en los párrafos precedentes conduce a que podría haberse cometido algún delito contra la Administración Pública, específicamente el de negociación incompatible; por ello, en este apartado analizaremos todo lo relacionado con el delito mencionado.

«El Perú es un clásico de un país profundamente afectado por una corrupción administrativa, política y sistemática, tanto en su pasado lejano como en el más reciente» (Quiroz, 2013, p. 29).

Tal como señala el maestro Alfonso Quiroz, la corrupción no es algo que se haya originado recientemente. Si revisamos la historia del Perú podemos darnos cuenta fácilmente de que, durante la evolución de nuestro territorio, la corrupción ha sido y sigue siendo un grave problema que impide el desarrollo y el avance del Estado, cuyo fin supremo es la persona humana y su dignidad. Ya centrándonos en la coyuntura actual de la crisis por la COVID-19, el Estado tiene una mayor responsabilidad frente a los ciudadanos, ya que estos esperan que el Estado, con énfasis en las instituciones públicas, se encarguen de dar prestaciones y servicios que sean transparentes en sus actuaciones para verse más beneficiados.

En el caso de la Municipalidad de Casma, se estaría frente a la presunta comisión del delito de **negociación incompatible**, sancionado en el artículo 399 del Código Penal, que regula lo siguiente:

el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por actos simulados 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.

Asimismo,

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o inclina de manera particular en for-

ma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado (Salinas, 2019, pp. 674 y ss.).

3. Tipicidad objetiva del delito de negociación incompatible

3.1. Interés indebido

En este delito se está ante un interés indebido por parte de los funcionarios en el marco de las contrataciones públicas. El componente típico de este delito, y lo que lo diferencia del delito de colusión, es que no hay una concertación con el contratista. Respecto al sujeto público que, por razón de su cargo, debe intervenir en las contrataciones con el Estado, para que se configure el delito de negociación incompatible, tiene que actuar con la finalidad de obtener un beneficio y, con ello, vulnerar sus deberes de lealtad para con la Administración Pública. Ello implica que oriente los procesos de selección u operaciones a favor de determinados contratistas y muestre una inusual e indebida preferencia por alguna contratación u operación (Rojas, 2016, pp. 404-406).

El verbo rector es el término «interesar», es decir, que el sujeto activo se compromete, le importa o se inclina indebidamente en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros, con la finalidad de obtener un provecho económico. Este interés se puede dar en los actos preparatorios de la contratación u operación o durante su ejecución o fase de liquidación. Este interés, es uno particular, es decir, el funcionario o servidor público deja de lado el interés público con el que debe actuar en las contrataciones u operaciones del Estado, con el fin de obtener un provecho indebido para su beneficio propio.

Así, interesarse indebidamente debe entenderse como el desdoblamiento en el actuar del agente público del delito de negociación incompatible (Salinas, 2019, pp. 676-678); es decir, este actuará como representante de la Administración Pública y, a la vez, buscará un provecho personal o de un tercero. En efecto, esto último evidencia el carácter económico dentro del delito de negociación incompatible, lo cual podría conllevar una afectación al patrimonio estatal. Es por ello que se considera que el término «interés indebido» debe ser entendido dentro de estos márgenes.

Los actos en los que se puede materializar el interés indebido pueden ser los siguientes: resolver el contrato, elaborar dictámenes, asesorar, preparar el expediente técnico, etcétera. Además de ello, en concordancia con lo que menciona Salinas, no es necesario que el agente del delito haya firmado algún documento que forme parte de los contratos u operaciones del Estado, ya que el interés del agente también puede evidenciarse a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, receptación de una dieta, entre otros.

Interesarse de manera directa significa que el agente del delito actúa de forma personal y directa para lograr un beneficio personal o de terceros en las contrataciones u operaciones del Estado; dicho de otro modo, el agente realizará todos los actos administrativos para conseguir el resultado que busca (beneficio indebido) en su favor o en el de terceros. El agente con interés directo en este delito es lo que se conoce como «juez y parte».

Tal como está prescrito en el artículo 399 del Código Penal, también es posible el interés indirecto. En este caso, estaremos frente a esta figura cuando el funcionario o servidor público no actúa directamente en los funcionarios o responsables de los contratos u operaciones del Estado; es decir, se valdrá de un intermediario (particulares u otros funcionarios o servidores públicos) para lograr ese beneficio indebido, propio o de un tercero.

El sujeto activo sugestiona o influye en otro funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones mediante otra persona que bien podría ser un particular u otro funcionario (Salinas, 2019, pp. 676 y ss.).

Otra modalidad de un interés indebido también puede darse por actos simulados. En este caso, estaremos frente a este tipo de interés cuando el agente de este delito, ante los responsables de las contrataciones u operaciones del Estado, aparente estar actuando en beneficio e interés del Estado, pero lo que verdaderamente está defendiendo son sus propios intereses. Al respecto, Salinas (2019), citando a Rojas, da el siguiente ejemplo:

El agente se interesa en la negociación de los contratos con empresas que simulan tener titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes (p. 681).

3.2. Relación funcional

Es muy importante tener en cuenta la relación funcional, ya que, si la negociación incompatible no estuvo confiada al sujeto activo, el delito no se configuraría, así haya un perjuicio patrimonial al Estado. Se trata, pues, del funcionario o servidor público al que, por razón de su cargo, le toca intervenir —y no así— cualquier sujeto público (Rojas, 2016, pp. 404-406).

Para que se dé una imputación al sujeto activo este debe tener competencia al momento de la celebración del negocio incompatible, es decir, tiene que haber una relación funcional entre el agente público y el cargo que se le ha encomendado. Respecto al sujeto incompetente (que no tiene relación funcional), es importante mencionar que su actuación no quedará impune, ya que se le podrá sancionar como cómplice del agente que sí cuenta con una relación o vinculación funcional.

3.3. Bien jurídico protegido

La doctrina mayoritaria considera que, en algunos delitos contra la Administración Pública, nos encontraremos con un bien jurídico protegido general y un bien jurídico protegido específico.

El bien jurídico protegido general es el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública, como mencionamos en párrafos anteriores, cuando el sujeto activo actúa en beneficio propio o de un tercero y, con ello, deja de lado los intereses del Estado y pone en peligro o lesiona el bien jurídico mencionado.

Por su parte, el bien jurídico protegido específico en el delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular, encomendada en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la Administración Pública (Salinas, 2019, pp. 687-690). Este bien jurídico específico se verá afectado cuando se lesione o se ponga en peligro la objetividad e imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado (Guimaray, 2014). Ello se logrará cuando los agentes públicos no cumplan con sus deberes de lealtad encomendados por razón de su cargo en la celebración de contratos u operaciones del Estado. Los deberes que se infringen en este delito se van a sustentar

en los principios de imparcialidad y transparencia con los que deben actuar los funcionarios o servidores públicos.

Sobre lo dicho, Rojas (2016) considera que el bien jurídico específico se orienta a otros aspectos, pretende enseñar que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella (pp. 399-402). Se busca también mantener incólume la imagen de la Administración Pública ante la ciudadanía (Salinas, 2019, pp. 687-690).

3.4. Tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible

El delito analizado requiere que se cometa de manera dolosa, ya que no se puede dar el delito de negociación incompatible por culpa. El dolo exige que el sujeto activo (funcionario o servidor público) realice las conductas sancionadas por este delito, con conocimiento de que tiene el deber de objetividad e imparcialidad al celebrar contratos u operaciones en representación y en interés del Estado. Sin embargo, a pesar de conocer los deberes que conlleva el cargo que asume, actúa en beneficio propio o de un tercero y deja de lado los intereses de la Administración Pública.

La Sala Suprema Permanente de la Corte Suprema, en ejecutoria del 12 de setiembre de 2012, ha dejado establecido que es una exigencia del tipo penal que el agente actúe con dolo directo, lo cual se aprecia con más énfasis en la hipótesis de intervención simulada, en la cual el sujeto activo despliega actos de astucia o de engaño a la Administración Pública (Salinas, 2019, p. 693).

3.5. Penalidad del delito de negociación incompatible

Si después de un debido proceso se llega a la conclusión de que el agente público cometió dicho delito, la pena será la siguiente: 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.

4. Análisis jurídico del caso concreto

Después de haber analizado los puntos más importantes del delito de negociación incompatible, en este punto se señalarán algunas opiniones sobre este delito en relación con lo sucedido en la Municipalidad de Casma.

El Ministerio Público, en las diligencias preliminares, presume que se habría cometido el delito de negociación incompatible, esto en el marco de las contrataciones para la adquisición de los bienes (víveres) para las canastas básicas familiares. Este delito podría probarse más adelante dentro del proceso penal; sin embargo, también se podría estar frente a la presunta comisión del delito de colusión, lo cual se determinará según el avance de la investigación fiscal.

A las constantes denuncias públicas de la población de Casma que señalan que no se habrían repartido las canastas a las familias que en realidad sí las necesitaban se suma el hecho de que no se haya publicado el padrón de beneficiarios. Además, la Contraloría de la República señala que no se repartieron nueve canastas básicas familiares y que las actas de las canastas básicas no tenían firma del representante de la Municipalidad de Casma. En suma, todo ello da indicios de la posible comisión del delito analizado.

Además, como se indicó al inicio de este análisis, luego de que el MEF transfiriera S/200 000 a la municipalidad para la adquisición de las canastas básicas familiares, se aprobó en una sesión de concejo que se tomarían los fondos del FONCOMUN para la adquisición de más canastas básicas familiares. En este punto se plantean algunas preguntas que quizá se puedan responder más adelante en un proceso —si es que el Ministerio Público no llega a archivar el caso—: ¿por qué se aprobó utilizar los fondos del FONCOMUN para la adquisición de más canastas básicas familiares, si todavía no se había cumplido con repartir las canastas adquiridas con los S/200 000? ¿Por qué se encontraron nueve canastas básicas en el almacén de la Municipalidad de Casma, si se supone que las familias vulnerables en dicha ciudad eran demasiadas y que las canastas eran insuficientes para satisfacer todas las necesidades de aquellas familias? ¿Por qué no se mostró el padrón de beneficiarios de las canastas básicas familiares como sí lo hizo el resto de municipalidades?

Las preguntas planteadas pretenden evidenciar las irregularidades que se dieron en la Municipalidad de Casma al momento de adquirir y distribuir las canastas básicas familiares. Además, es posible presumir que también se haya cometido el delito de peculado, porque no se mostró el padrón de beneficiarios

desde antes de comenzar a repartir las canastas. Por lo tanto, cabe preguntar, ¿cómo la población puede saber que algunos funcionarios o servidores públicos no se beneficiaron con dichas canastas? Se menciona esto porque las denuncias públicas por parte de la población señalaban que aún no se habían repartido las 2646 canastas que se había planeado comprar con los S/200 000 transferidos por el MEF y, a pesar de ello, ya se había aprobado tomar los fondos del FONCOMUN para la adquisición de más canastas.

Para finalizar con este punto se sugiere que el Ministerio Público también incluya el delito de peculado en la respectiva investigación. Se espera que, con los documentos recabados por el Ministerio Público, se logren esclarecer los hechos irregulares ocurridos en la Municipalidad de Casma.

5. Conclusiones

- La situación actual requiere que los funcionarios y los servidores públicos actúen de la manera más transparente e imparcial posible, ya que, de lo contrario, los únicos afectados serían los ciudadanos, lo cual generaría más desconfianza y el rechazo hacia la Administración Pública por parte de la ciudadanía.
- Si la lucha contra la corrupción es adecuada y eficaz, nuestro país podrá alcanzar un mayor desarrollo. Por ejemplo, se podrían construir más hospitales, brindar una mejor calidad en los servicios de salud —que tanta falta hace en estos tiempos de pandemia—, mejorar la calidad en la educación y garantizar algunos derechos fundamentales de los ciudadanos.
- Por lo mencionado en este estudio, se considera que se debe seguir investigando la presunta comisión del delito de negociación incompatible y realizar otra investigación por el delito de peculado.

6. Bibliografía

Contraloría General de la República. (29 de abril de 2020). #Áncash. Actas de distribución de canastas básicas no tienen fecha de entrega ni firma del representante de la Municipalidad Provincial de Casma, ni del veedor. Se constató falta de control de almacén y nueve canastas por entregar. #EmergenciaSanitaria #COVID19. [Twitter]. Recuperado de <https://twitter.com/ContraloriaPeru/status/1255616348841017350>

Guimaray, E. (2014). *Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible*. En Boletín Informativo Mensual 39. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPICIDAD.pdf>

Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia.



HOSPITAL ANTONIO LORENA DEL CUSCO

Libia Mercedes Vargas Almanza³⁹
Aarón Rivas Atauchi⁴⁰

«Las 222 camas para hospitalización y 23 camas UCI que suman entre los tres (hospitales COVID-19) se encuentran ocupadas» (El Comercio, 2020). Esta fue la declaración de la Defensoría del Pueblo sobre la actual situación de los hospitales que enfrentan la pandemia en la ciudad del Cusco; entre ellos, el Hospital Antonio Lorena. Esto es evidencia de los limitados recursos que posee el Estado y que actualmente padece la población, resultado de las inadecuadas intervenciones de ciertas autoridades. A partir de ello, resulta relevante analizar las presuntas irregularidades vinculadas a la construcción del Hospital Antonio Lorena, la cual, hasta la fecha de elaboración de este trabajo, sigue inconclusa.

Por ello, en la presente nota jurídica se ha considerado importante realizar un análisis de la participación de Jorge Acurio, como gobernador regional del Cusco, en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco». La delimitación en este análisis se debe a la complejidad de todo el proceso de construcción del Hospital Antonio Lorena, que ha demandado la intervención de diversos actores (funcionarios públicos del Cusco, agentes del Gobierno Central y empresas), así como la concurrencia de diversos posibles delitos (negociación incompatible, colusión, peculado).

Para cumplir con el análisis de la participación de Jorge Acurio en el mencionado proyecto, el texto se organiza en tres importantes temas: los hechos del caso, los aspectos procesales y el análisis jurídico-penal.

1. Descripción de los hechos

En esta primera parte, se narrarán los hechos descritos por el Ministerio Público (Expediente N° 00022-2017-0-5201-JR-PE-02), sobre la presunta participación de Jorge Acurio, en su condición de gobernador regional del Cusco, en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco»:

- En el año 2009, Ollanta Humala Tasso y su cónyuge Nadine Heredia habrían establecido confianza con J.A.P.F., presidente de la constructora OAS, y con V.A.R.F., exjefe de OAS en el Perú. Ello habría permitido la negociación para financiar la campaña electoral de dicho candidato presidencial a cambio de la adjudicación de obras.
- Al reconocer la existencia de obras importantes en Cusco, Nadine Heredia se habría contactado con Jorge Acurio, quien era el principal candidato para el Gobierno Regional del Cusco, mediante V.R.M.M., para obtener el apoyo necesario y así asegurar la adjudicación de obras para la empresa OAS.
- El 3 de enero de 2011, Jorge Acurio, electo gobernador regional, nombró a diversos funcionarios para implementar el proceso de contratación de la obra del Hospital Antonio Lorena; entre ellos, V.R.M.M. como funcionario de confianza.
- El 10 de abril de 2011, Nadine Heredia habría coordinado con Jorge Acurio y V.R.M.M. para que, mediante el bróker de seguros Gustavo Salazar, se contacte con A.B.G., representante de la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), organismo internacional que se encargaría del proceso de licitación del Hospital Antonio Lorena y, de ese modo, haría más viable el otorgamiento de la buena pro a la empresa OAS Perú.
- El 3 y el 10 de octubre de 2011, Jorge Acurio firmó las resoluciones ejecutivas regionales N° 1050-2011-GR CUSCO/PR y N° 1097-2011-GR CUSCO/PR, en las cuales consta la designación como comité especial a V.R.M.M. y otros, quienes se encargarían del proceso de licitación de la empresa privada para la ejecución del proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco». En consecuencia, el 18 de octubre de 2011, Jorge Acurio aprobó las bases del proceso de

³⁹ Miembro de la Clínica jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2017.

⁴⁰ Estudiante del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP y realizado con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

selección de la empresa privada, la cual realizaría el proyecto mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1129-2011-GR CUSCO/PR.

- Al existir ya dos procesos de selección (Proinversión y CP N° 06-2011-GR-CUSCO), el 21 de noviembre de 2011 se señaló, mediante el informe N° 580-2011-GR CUSCO/ORAJ, la necesidad de la intervención de un organismo internacional en el proceso de selección, por lo que Jorge Acurio emitió el oficio N° 564-2011/GR CUSCO-PRES, en el cual adjunta el proyecto de acuerdo regional que aprueba la suscripción del convenio con la UNOPS. De esta manera, este organismo se encargaría del proceso de licitación de la obra.
- El 10 de febrero de 2012, el proyecto fue aprobado por el Consejo Regional de Cusco y el 19 de marzo de 2012, Jorge Acurio y C.B., representante de la UNOPS, firmaron un «memorando de acuerdo» para el proyecto del Hospital Antonio Lorena, el cual fue modificado en los plazos y en lo referente a que el encargo de preparador de los términos de referencia correspondía a la UNOPS y no el gobierno regional.
- El 10 de julio de 2012, la UNOPS otorgó la buena pro a OAS Perú y, el 24 de julio del mismo año, Jorge Acurio y L.F.C, representante del Consorcio Salud Lorena (integrado por OAS Perú), suscribieron el contrato N° 239-2012-GR Cusco/GGR. El contrato se realizó por el monto de **S/260 000 001** para realizar dos procesos: uno por elaboración de expediente técnico y construcción de infraestructura por la suma de S/184 925 607 y otro para equipamiento por el monto de S/75 074 394.
- Luego de las investigaciones penales seguidas contra Jorge Acurio por presuntas comisiones de delitos, en 2014 fue vacado del cargo de gobernador regional del Cusco, puesto que asumió René Concha Lezama, quien habría continuado, presuntamente, con las irregularidades para beneficiar a la empresa OAS, lo que perjudicó aún más la construcción del Hospital Antonio Lorena.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

En este segundo apartado, se detallarán las principales acciones procesales de instituciones del Estado relevantes para el presente caso:

- La Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq emitió, el 1° de abril de 2015, la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria (Carpeta Fiscal N° 419-2012).
- Seguidamente, el caso se remitió a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cusco y el 18 de julio de 2016 se emitió la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria (Carpeta Fiscal N° 362-2014).
- El 12 de diciembre de 2017, mediante disposición N° 19, se incluyó la investigación N° 362-2014 a la Carpeta Fiscal N° 27-2017 a cargo del Noveno Despacho Transitorio de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
- Al ser un proceso complejo, se solicitó la prórroga de ampliación del plazo de investigación preparatoria en diversas oportunidades.
- **La Contraloría General de la República** emitió el Informe de Auditoría N° 625- 2018 CG/OPER-AC y en su resumen ejecutivo determina que Jorge Acurio tendría presuntamente responsabilidad civil y penal en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco».

3. Análisis jurídico-penal del caso

3.1. Identificación de los intervinientes del caso

En este apartado, se describirán los principales actores en el caso del Hospital Antonio Lorena. Estos se han clasificado en agentes del Estado y privados.

Respecto a la participación del Estado, se evidencian dos posibles grupos. Por un lado, el gobierno central habría intervenido mediante sus altas autoridades: Ollanta Humala, cuando ostentaba el cargo de presidente de la república, y su cónyuge Nadine Heredia. Por otro lado, habrían intervenido diversos funcionarios públicos del Gobierno Regional del Cusco, entre ellos, el principal actor sería Jorge Acurio.

En cuanto a la participación de agentes privados, para efectos del presente caso, la principal participación radica en la empresa OAS Perú, la cual habría intervenido mediante su representante V.A.R.F. Cabe resaltar la participación de dicha empresa como persona jurídica y no solo por actos individuales de sus representantes. Asimismo, la intervención de la UNOPS se habría realizado mediante su representante A.B.G.

3.2. Identificación de la imputación penal

3.2.1. Delito de colusión

Se le imputa a Jorge Acurio la presunta comisión del delito de colusión en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco» durante su gestión como gobernador regional del Cusco en el periodo 2011-2014; toda vez que habría aceptado la propuesta de Nadine Heredia, por intermedio de V.R.M.M., para coludirse con representantes de la empresa OAS y otorgarles la buena pro en dicha obra. Ello habría sido posible gracias a la intervención de la UNOPS en el proceso de selección, organismo internacional con el que también se habría concertado para lograr el mencionado fin.

El delito de colusión está previsto en el artículo 384 del Código Penal peruano (1991), que sanciona al servidor público o funcionario que, por razón de su cargo, concierta con los interesados para defraudar al Estado al participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública.

En el presente caso, Jorge Acurio (sujeto activo) tenía el cargo de gobernador regional de Cusco, por lo tanto, era el responsable en la administración, la supervisión y el control de recursos públicos del ejercicio presupuestal (por razón de su cargo) de los años 2011, 2012, 2013 y, por ende, era responsable en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1», obra que dio origen a un proceso de licitación (contratación pública).

Así, se presentó el requerimiento para la elaboración del expediente técnico del Hospital Lorena Nivel III-Cusco, mediante 1) Proinversión, 2) concurso público y 3) encargo del proceso a la UNOPS, lo que contraviene el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Pese a la existencia de dos procesos, finalmente el proceso de licitación se encomendó al organismo internacional UNOPS, cuya representante era C.B. (cómplice primario). Ella y Jorge Acurio suscribieron el memorando de acuerdo de encargo, lo cual se habría dado mediante una presunta concertación (acuerdo colusorio), con el propósito de darle facilidades a la empresa OAS, no observar sus irregularidades y así garantizarle el otorgamiento de la buena pro.

De esta forma, se habría forzado que la licitación se realice mediante la UNOPS sin contar con los requisitos legales que implica la intervención de un organismo internacional, lo que contraviene el artículo 86 del Reglamento de Contrataciones del Estado. Aunado a ello, se habría presuntamente modificado el convenio aprobado por el Consejo Regional de Cusco, lo cual contraviene al artículo 89.1 del Reglamento de Contrataciones del Estado, al haberse firmado un memorando de encargo distinto del aprobado en Consejo Regional; además, dicho acuerdo celebrado entre el Gobierno Regional del Cusco y la UNOPS se realizó por el monto de S/260 000 000, pese a solo contar con disponibilidad presupuestal de S/83 052 606; sin embargo, la UNOPS continuó a cargo del proceso.

Ahora bien, ya en el proceso de licitación en la etapa de la elaboración de las bases se habrían modificado los términos de referencia, lo que habría alterado las áreas de intervención y afectado a otros postores. Aun así, se determinó que la mejor oferta económica era la del Consorcio Salud Lorena (integrado en un 99% por OAS, 0,5% por Motlima y 0,5 % por Dextre Morimoto), por un monto de

S/197 580 499. Al determinarse ello, el 10 de julio de 2012, la UNOPS otorgó la buena pro a la empresa OAS Perú.

El 24 de julio de 2012, a pesar de las presuntas irregularidades, Jorge Acurio y L.F.C. (representante del Consorcio Salud Lorena) firmaron el Contrato N° 239-2012-GR-CUSCO/GGR, cuya cláusula tercera señalaba que el contratista se obliga a la elaboración del expediente técnico conforme al estudio de factibilidad (cuando las áreas ya se cambiaron en las bases) y en la cláusula octava se establecía que el pago por adelanto de materiales era de hasta el 40%, cuando sus propias bases señalan que se debía pagar el 30%. Ello evidenciaría que Jorge Acurio y el representante del Consorcio Salud Lorena habrían presuntamente coordinado para que al momento de firmar el contrato este no sea observado; asimismo, es un indicio de que la factibilidad, el precio de referencia y la variación del porcentaje de adelanto habrían sido modificados, lo que implicaría una defraudación patrimonial de los intereses del Estado.

- Modalidad agravada

La colusión agravada está referida a que, producto de la concertación ilegal, se defraude patrimonialmente al Estado. Al designarse y presuntamente forzar la intervención de la UNOPS como organismo encargado del proceso de selección, se hicieron varios desembolsos, lo cual habría generado una defraudación patrimonial. Asimismo, al otorgarse la buena pro a la empresa OAS, bajo un proceso lleno de irregularidades y al disponerse el presupuesto del Estado para la construcción del proyecto, también se habría defraudado patrimonialmente al Estado.

- Colaboración eficaz

Cabe destacar la aplicación de la colaboración eficaz en este caso, proceso previsto en los artículos 472 al 481 del Código Procesal Penal, aplicable a aquellas personas que, imputadas en el delito investigado, brindan más información de carácter eficaz con la finalidad de contribuir al esclarecimiento de los delitos imputados a determinadas personas. La institución procesal de colaboración eficaz contribuye de gran manera la investigación en casos complejos en los que existe pluralidad de sujetos y de delitos.

En el caso materia de análisis, la declaración de dos colaboradores eficaces permitió conocer que la constructora brasileña OAS habría pagado más de 15 millones de soles en sobornos para ganar la licitación del Hospital Antonio Lo-

rena del Cusco. Además, los colaboradores informaron que Jorge Acurio, G.S.D., V.R.M.M. y A.B.G. serían quienes habrían recibido los sobornos (LaMula, 31 de mayo de 2019). Asimismo, otros colaboradores eficaces han revelado que V.A.R., gerente de OAS en 2012, habría comunicado a su gerente de obras que asumiría un compromiso con los empresarios G.S.D. y A.B.G. para que, a cambio de un pago de soborno, la empresa OAS ganara la licitación del Hospital Antonio Lorena (Villasís, 2 de junio de 2019). De esta manera, los colaboradores eficaces en el caso que nos ocupa contribuyeron eficazmente para tener mayor alcance del supuesto pacto (acuerdo colusorio) que habría permitido a la empresa OAS obtener la licitación de la obra «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco».

4. Conclusiones

En el caso del proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco», el Ministerio Público inició la investigación en el año 2012 y, hasta la fecha de elaboración de este trabajo, dicha investigación se encuentra aún en la etapa de investigación preparatoria. De esta manera, se evidencia la complejidad de este proceso, que incluso ha sido conocido por distintas fiscalías, siendo conocido finalmente por el Noveno Despacho Transitorio de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario, debido a la participación de una pluralidad de agentes (autoridades, entidades públicas, empresa, organismo internacional) y de delitos.

Actualmente, Jorge Acurio se encuentra en la condición de investigado dentro del proceso del proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco»; sin embargo, está cumpliendo una condena por otros delitos cometidos durante su gestión.

El Ministerio Público sostiene que existirían indicios que vinculan a Jorge Acurio con representantes de la empresa UNOPS y con OAS; sin embargo, no se ha probado aún el acuerdo colusorio de manera fehaciente, lo que ha generado que la Fiscalía aún no haya formulado el requerimiento acusatorio y, por el contrario, haya solicitado en diversas oportunidades la prórroga de la investigación preparatoria.



La presente nota jurídica sostiene que Jorge Acurio habría cometido el delito de colusión en su modalidad agravada en el proyecto «Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena, nivel III-I Cusco», por las razones expuestas en el análisis jurídico-penal de este trabajo.

5. Bibliografía

El Comercio. (1 de agosto de 2020). *Cusco: Defensoría exige celeridad en instalación de camas para hospitales colapsados por COVID-19*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/peru/cusco-defensoria-pide-celeridad-en-instalacion-de-camas-para-hospitales-colapsados-por-covid-19-nnpp-noticia/?ref=ecr>.

LaMula. (31 de mayo de 2019). *OAS admite pago de S/15 millones en sobornos por la adjudicación del Hospital Lorena del Cusco*. Recuperado de <https://redaccion.lamula.pe/2019/05/31/oas-admite-pago-de-s-15-millones-en-sobornos-por-la-adjudicacion-del-hospital-lorena-del-cusco/redaccionmulera/>

Villasís, G. (2 de junio de 2019). *OAS confesó que pagó sobornos por adjudicación del Hospital Lorena de Cusco*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/oas-confeso-pago-sobornos-adjudicacion-hospital-lorena-cusco-noticia-ecpm-640146-noticia/?ref=ecr>.

PRESUNTA SOBREALORACIÓN EN LA COMPRA DE SESENTA MIL PRUEBAS RÁPIDAS DE COVID-19 EN EL DISTRITO DE CAJAMARCA

Yudy Lizeth Montes Cahuapaza⁴¹

1. Descripción de los hechos

- Tal como se estableció en el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, el 11 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia sanitaria nacional por el plazo de noventa (90) días calendario; posteriormente, se decretaron diversas medidas de prevención y control en torno al brote y propagación de la COVID-19.
- Así, en ese marco de medidas dictadas por el Estado peruano, el literal b) del numeral 1 del artículo 27° del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, ha determinado el procedimiento de contratación directa como una posibilidad para la contratación de bienes, servicios y obras. De modo que, sobre la base de esta normativa, se admite la posibilidad de que la entidad regularice todos los aspectos detallados en el literal b.4 del artículo 100 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Ahora bien, en el presente caso, el 1° de mayo de 2020, E.G.V.D., directora del Laboratorio de Referencia Regional de la Dirección Regional de Salud Cajamarca, con la autorización del director ejecutivo de administración de la mencionada entidad, habría solicitado la adquisición de 60 000 prue-

⁴¹ Miembro de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2017.

bas rápidas para diagnóstico de COVID-19, señalando como finalidad pública el hecho de **«contar con insumos de laboratorio para realizar de manera eficiente y eficaz los exámenes laboratorios para el diagnóstico de COVID-19»** (énfasis añadido).

- En ese orden de ideas, luego de haberse efectuado el requerimiento del área usuaria y selección del proveedor, se han identificado situaciones desfavorables que, de algún u otro modo, podrían resultar contrarias a la finalidad pública de la referida adquisición.
- Es así como la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios intervino la Dirección Regional de Salud de Cajamarca para «(...) recabar documentación e indagar sobre la presunta sobrevalorización en la compra de 60 000 pruebas COVID-19, valorizadas en 2 millones 106 mil 300 soles; así como otras supuestas irregularidades» (Agencia Fiscal, 11 de junio de 2020).
- Así pues, tal como se encuentra detallado por la Contraloría General de la República en el Informe de Hito de Control N° 006-2020-OCI/0828-SCC, «Proceso de contratación y adquisición de pruebas rápidas para diagnóstico COVID-19»-Hito de control N° 1-Requerimiento del área usuaria y selección del proveedor, periodo de evaluación del 13 al 25 de mayo de 2020, en circunstancias de un control recurrente realizado a la Dirección Regional de Salud Cajamarca, se han encontrado una serie de situaciones adversas, las cuales se resumen a continuación:
 1. El área usuaria estableció especificaciones técnicas del bien por adquirir sin observar las características establecidas por el Instituto Nacional de Salud para pruebas rápidas COVID-19, lo que podría afectar la finalidad pública de la contratación.

Según el Texto Único Ordenado de la ley 30096, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF:

Artículo 16. Requerimiento

16.1. El área usuaria requiere los bienes servicios u obras a contratar siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación, los bienes, servicios y obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la entidad.

16.2. Las especificaciones técnicas, de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa por el área usuaria.

2. Tomando en consideración ello, en el presente caso, el Instituto Nacional de Salud (INS) del Ministerio de Salud, el 28 de abril de 2020, a través de una ficha net, estableció características de las pruebas rápidas COVID-19 IgG/IgM, las cuales no fueron observadas en su integridad por el área usuaria al formular el requerimiento.

Se seleccionó a proveedor de pruebas rápidas para diagnóstico de COVID-19 por S/2 106 300.000 sin que estén acreditadas las especificaciones técnicas exigidas por el área usuaria y aceptando como condición un lugar de entrega diferente del exigido, lo que podría ocasionar costos adicionales para el traslado de bienes y riesgo de contingencias.

En el presente caso, según el informe de control referido, ninguna de las cotizaciones obtenidas por el órgano de contratación es a crédito del cumplimiento integral de las especificaciones técnicas formuladas por la responsable del área usuaria, por ejemplo:

Que la prueba tenga un porcentaje de sensibilidad mayor o igual al 97% y un porcentaje de especificidad mayor o igual al 99%, que cuente con documentos que evidencien la validación del INS, que la prueba sea utilizada para la detección cualitativa de anticuerpos en muestra de sangre entera, suero o plasma, diseñado para establecimientos de salud para el diagnóstico del virus que origina el COVID-19 transmitido principalmente por contacto directo con aerosoles, secreciones y gotas, temperatura de almacenamiento entre 2° a 30°C, entre otras exigencias del área usuaria (Contraloría General de la República, 8 de junio de 2020).

De hecho, ninguna de las referidas exigencias se habría considerado; es más, estas fueron dadas por conformes el 4 de mayo de 2020.

El órgano encargado de las contrataciones seleccionó al proveedor MULTIMEDICAL SUPPLIES S.A.C., que ofertó 51 000 pruebas rápidas de diagnóstico *in vitro*, caja por 25 determinaciones, y estableció como condiciones contractuales:

- Plazo de entrega: 30 días contados a partir del día siguiente de notificación de la orden de compra
- Lugar de entrega: almacén en Lima o lugar indicado dentro de la ciudad de Lima
- Forma de pago: adelanto de 50% y diferencia de 50% contra entrega de mercadería

Es preciso detallar que dicha oferta fue modificada por el proveedor el 5 de mayo de 2020, en lo que respecta a la cantidad de pruebas; asimismo, el 9 de mayo de 2020, la modificación se dio en torno a la variación del plazo de entrega. Es decir, pese a las exigencias contractuales, en la carta de invitación de 2020, L.R.S.C., director de logística de la entidad, aceptó el lugar de entrega establecido por el proveedor, con lo cual asumió cualquier contingencia y costo adicional durante el traslado de los dispositivos médicos a la ciudad de Cajamarca.

Al respecto, la entidad no informó a la comisión de control las acciones correctivas y preventivas adoptadas.

Ahora bien, en complemento con las dos situaciones advertidas previamente, la Contraloría General de la República, en el Informe de Orientación de Oficio N° 004-2020-OCI/GR.CAJ/DRSC-OCI/SOO, detalla la baja ejecución presupuestal de la Dirección Regional de Salud Cajamarca y precisa que esta solo ejecutó el 16,19% del Presupuesto Institucional Modificado (PIM), ascendente a S/3 742 095.00, cuya finalidad era reforzar el sistema de vigilancia y respuesta sanitaria frente a la COVID-19. Así, por ejemplo, «(...) al 30 de abril del 2020, se evidencia una baja capacidad de gasto (equivalente a S/605 748.51), lo cual podría afectar la reducción del impacto sanitario frente a la pandemia (...)» (Contraloría General de la República, 2020).

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

Luego de las acciones realizadas por la Contraloría General de la República, mediante el Informe de Control Concurrente N° 006-2020-OCI/0828-SCC, el Ministerio Público, así como la Policía Anticorrupción, recabaron documentación e indagaron respecto a la presunta sobrevalorización en la compra de 60 000 pruebas de COVID-19 valorizadas en S/2 106 300, así como otras supuestas irregularidades, con el fin de esclarecer las denuncias periodísticas, así como las observaciones detalladas por el Órgano de Control Interno de la Contraloría General de la República.

Es así como el Primer Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca intervino en las instalaciones de la Dirección Regional de Salud Cajamarca. De modo que el 11 de junio de 2020 se desarrolló la primera diligencia de intervención como parte de una investigación que busca esclarecer el presunto delito de colusión, conforme al informe de control concurrente, referido con anterioridad. Así, se detalló que «los responsables de la referida entidad no habrían cumplido con entregar oportunamente la documentación requerida por el Ministerio Público para la investigación preliminar abierta contra los que resulten responsables del delito de colusión» (Salazar, 2020).

De igual modo, como otra de las acciones realizadas se tiene que, «(...) debido a que los productos no pasaron por el control de calidad por parte del INS, estos serán devueltos al proveedor declarando dicha compra como no ejecutada» (La República, 16 de junio de 2020). Incluso, se señaló que, «(...) para garantizar el stock de pruebas rápidas, la empresa proveedora ha decidido reemplazar el actual lote por uno nuevo el cual ha sido validado por el INS» (La República, 16 de junio de 2020).

En la actualidad, el Ministerio Público se encuentra realizando las diligencias preliminares correspondientes para recabar más información y documentación pertinente por la presunta comisión del delito de colusión desleal, sobre la base de lo detallado en el referido informe de control por parte de la Contraloría General de la República.

3. Análisis jurídico-penal del caso

El delito de colusión desleal está tipificado en el artículo 384 del Código Penal:

Artículo 384 del Código Penal

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Asimismo, es preciso señalar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es «(...) la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este» (Guimaray, 2011, p. 4).

Así, en el presente caso, producto de lo detallado e investigado en el Informe de Hito de Control N° 006-2020-OCI/0828-SCC, «Proceso de contratación adquisición de pruebas rápidas para diagnóstico COVID-19»-Hito de control N° 1- Requerimiento del área usuaria y selección del proveedor, periodo de evaluación del 13 al 25 de mayo de 2020, se denunció el presunto delito de colusión.

Ahora bien, como se pudo evidenciar, los elementos del referido delito, conforme detalla Montoya, son los siguientes:

- El contexto típico: al respecto, se detalla que el delito deberá ser cometido en el marco de cualquier contrato, ya sea administrativo o civil, con intervención o suscripción del Estado. Así, en el presente caso, la entidad estatal

que supuestamente habría realizado la suscripción es la Dirección Regional de Salud Cajamarca con MULTIMEDICAL SUPPLIES S.A.C., con la finalidad de que se solicite la adquisición de 60 000 pruebas rápidas para diagnóstico de COVID-19.

- El sujeto activo: según el dispositivo normativo citado, será cualquier funcionario o servidor público que se coluda y pueda intervenir directa o indirectamente por razón de su cargo en alguna de las etapas de adquisición o contratación pública. En el presente caso, vienen a ser presuntamente los funcionarios públicos pertenecientes a la Dirección Regional de Salud Cajamarca; entre ellos, L.R.S.C., director de logística de la entidad.
- Naturaleza del acuerdo colusorio: se menciona que implica una relación bilateral reflejada en un acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular interesado. Así, en el presente caso, ello se habría realizado entre ambas partes, lo que habría ocasionado situaciones desfavorables que, de alguno u otro modo, podrían resultar contrarias a la finalidad pública de la referida adquisición.
- Prueba de indicios del acuerdo colusorio: así, se detalla que los aspectos que se deben tomar en consideración son la regularización posterior al contrato, la sobrevaluación desproporcionada de bienes, entre otros. Justamente, ello se habría realizado en el presente caso, por cuanto, según el Informe de Control emitido por el Órgano de Control Interno, dentro de las observaciones detalladas se indica que se habría seleccionado al proveedor sin acreditar las especificaciones técnicas exigidas por el área usuaria; además, no se habrían observado las características ni el control de calidad de productos establecidos por el Instituto Nacional de Salud (2015, pp. 137 y ss.).

4. Conclusiones

En el presente caso habría concurrido presuntamente el delito de colusión desleal producto de un presunto acuerdo colusorio establecido entre la empresa MULTIMEDICAL SUPPLIES S.A.C. y la dirección Regional de Salud Cajamarca.

Además, tal como se indica en el informe de control emitido por el Órgano de Control Interno de la entidad, habrían presuntamente ciertas irregularidades que vulnerarían la finalidad pública del contrato de adquisición, como la selección del proveedor sin que se hayan respetado las especificaciones técnicas, la no observación del control de calidad de los productos establecidos por el Instituto Nacional de Salud y la condición del cambio de lugar de entrega distinto del establecido contractualmente, lo que habría generado probables costos adicionales a la entidad para el traslado de los bienes, así como riesgo de contingencias durante este.

Si bien se han realizado ciertas acciones de investigación, corrección y diligencias preliminares por parte del Ministerio Público, se percibe que se puede avanzar en el proceso penal, con la finalidad de establecer la concurrencia o no de elementos objetivos que concluyan la comisión del delito de colusión desleal.

5. Bibliografía

Agencia Fiscal. (11 de junio de 2020). *Intervienen Dirección Regional de Salud por presunta sobrevaloración en compra de 60 mil pruebas rápidas COVID-19*. Recuperado de <https://agenciafiscal.pe/index.php?K=60&id=13940>

Contraloría General de la República del Perú. (2020). *Informe Hito de Control N° 006-2020-OCI/0828-SCC, «Proceso de contratación adquisición de pruebas rápidas para diagnóstico COVID-19», periodo de evaluación del 13 al 25 de mayo de 2020*. Recuperado de https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CSI082800008&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

Contraloría General de la República del Perú. (8 de junio de 2020). *N° 331-2020-CG-GCOC: Contraloría alerta sobre deficiente compra de 60 mil pruebas rápidas para diagnóstico COVID-19*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/187279-n-331-2020-cg-gcoc-contraloria-aler->

[ta-sobre-deficiente-compra-de-60-mil-pruebas-rapidas-para-diagnostico-covid-19](#)

Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. *Boletín Anticorrupción*, 7. Recuperado de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

La República. (16 de junio de 2020). *Cajamarca: intervienen DIRESA por presunta sobrevaloración en compra de pruebas rápidas*. Recuperado de <https://larepublica.pe/sociedad/2020/06/16/cajamarca-intervienen-diresa-por-presunta-sobrevaloracion-en-compra-de-pruebas-rapidas-lrnd/>

Montoya, Y. (coord.) (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Salazar, F. (2020). *Fiscalía interviene la Diresa por la presunta sobrevaloración de 60 mil pruebas rápidas*. de <https://www.gacetaucayalina.com/2020/06/fiscalia-interviene-la-diresa-por-la-presunta-sobrevaloracion-de-60-mil-pruebas-rapidas.html>



PRESUNTA APROPIACIÓN DE FONDOS DE PENSIONES DE LOS TRABAJADORES DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CORIS

Jakelín Cecilia Huanca Tuya⁴²

La presente nota académica se centra en el Expediente N°01576-2017-13-0201-JR-PE-03, seguido contra A.Z.G.A., M.A.B.Z. y B.M.A.T., por comisión del delito de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Coris, provincia de Aija, departamento de Áncash.

1. Hechos del caso

- El 2 de noviembre de 2015, mediante contrato de locación de servicios N°53-2015-MDC, se contrató a M.A.B.Z. para que trabaje como tesorera en la Municipalidad Distrital de Coris desde el 2 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2015. Dentro de sus funciones, de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones (MOF), se encontraba ejecutar permanentemente trámites bancarios en el ámbito local para efectuar depósitos. Ello, pese a que en su declaración testimonial habría referido no tener conocimientos sobre tesorería; no obstante, habría sido el alcalde quien la llevó desde la ciudad de Huaraz a Coris con la supuesta indicación de que iba a ser contratada como secretaria. Sin embargo, no fue así, ya que se le habría designado como jefa de la Oficina de Tesorería y habría firmado contrato con el gerente municipal E.M.R.

- El 18 de diciembre de 2015, se habría girado a nombre de M.A.B.Z., en su condición de tesorera de la Municipalidad Distrital de Coris, comprobantes de pago ascendientes a un monto total de S/9441.35 destinados para el pago de EsSalud, ONP y AFP de los trabajadores en planilla, pero la tesorera solo habría hecho un pago parcial y se habría apropiado supuestamente del monto de S/2506.82, correspondiente a los meses de setiembre y diciembre de 2015.
- El 20 de enero de 2016, mediante el contrato de locación de servicios N°05-2015-MDC, la Municipalidad Distrital de Coris habría contratado a B.M.A.T., para que trabaje como tesorera de dicha comuna desde el 20 de enero hasta el 31 de marzo de 2016; y, mediante el contrato de locación de servicios N°02-2016-MDC/A, del 1° de abril de 2016, se habría ampliado dicho contrato desde el 1° de abril hasta 30 de junio de 2016. Dentro de sus funciones, de acuerdo con el MOF de dicha comuna, se encontraba ejecutar permanentemente trámites bancarios en el ámbito local para efectuar depósitos.
- Durante el periodo de enero a junio de 2016, en el que B.M.A.T. se desempeñó como tesorera de la Municipalidad Distrital de Coris, se le habrían girado cheques para el pago de las aportaciones de EsSalud y ONP de los trabajadores de la Municipalidad Distrital de Coris; sin embargo, B.M.A.T. solo habría realizado un pago parcial de dichas aportaciones y se habría apropiado del monto de S/9090.40.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

El 23 de agosto, la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Distrito de Áncash formalizó la investigación preparatoria contra el alcalde y las mencionadas tesoreras, por estar involucrados en la apropiación de fondos de la ONP, AFP y EsSalud de los trabajadores del municipio. Actualmente, el proceso se encuentra en etapa intermedia, por lo que se ha solicitado un requerimiento mixto.

⁴² Miembro de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2019.

Las principales acciones realizadas en el caso fueron las siguientes:

- Oficio N°03-OSPEANCASH-GCSPE-ESSALUD-2017, del 20 de enero de 2017, suscrito por el jefe de la Oficina de Seguros y Prestaciones Económicas de Áncash, mediante el cual informa que la Municipalidad Distrital de Coris, desde el periodo setiembre 2015 a enero del 2016, no habría realizado el pago de aportaciones a EsSalud, conforme se habría visualizado en la cuenta individual de la empleadora, la Municipalidad Distrital de Coris.
- Informe Pericial Contable del 4 de agosto de 2017, elaborado por la perita contable, ingeniera Genoveva Valladares Rodríguez, que concluye:

En este caso existiría un perjuicio económico causado a la Municipalidad Distrital de Coris por haber dejado de pagar las aportaciones a EsSalud a favor de los trabajadores y por los descuentos realizados por ley, como son para la ONP y AFP en los periodos fiscales de 2015 de setiembre y diciembre, y en 2016 de enero a junio por el importe total de S/11 597.22 soles por los intereses legales, más el interés moratorio y compensatorio. El perjuicio ocurre debido a que estos trabajadores son activos y el empleador (Municipalidad Distrital de Coris) es responsable de la declaración y pago de su aporte ante la SUNAT y AFP.

- La declaración testimonial de F.R.S.C. señala que, desde setiembre a diciembre de 2015, a los trabajadores no se les habría depositado y, desde dichos meses en adelante, no tiene información respecto al depósito de EsSalud y ONP.
- La declaración testimonial de J.N.G.G. señala que este habría solicitado por escrito al alcalde de la Municipalidad Distrital de Coris que les informen por qué no se le habrían depositado sus aportaciones a EsSalud y ONP; sin embargo, no habría obtenido respuesta alguna y tampoco se le habría entregado las boletas. Asimismo, J.N.G.G. refiere que está afiliado a la AFP PRO-FUTURO y tiene la constancia del 2 de diciembre de 2016, en la que figura que no se habrían depositado los aportes desde mayo hasta diciembre de 2016. Respecto a EsSalud, le habrían indicado que estaba sin derecho a las prestaciones médicas.
- La declaración de F.G.R.C. señala que este habría ingresado a laborar en la Municipalidad Distrital de Coris como encargado en área de tesorería desde enero de 2015 hasta octubre del mismo año; entre sus funciones estaba

pagar planillas, lo cual incluye el pago o depósito a una cuenta del Banco de la Nación a las aportaciones a EsSalud y ONP del personal permanente. Asimismo, refiere que, cuando renunció al cargo a fines de octubre de 2015, habría dejado pendiente el pago de las aportaciones correspondientes al mes de setiembre de 2015, sobre lo cual habría informado al alcalde, al gerente municipal y a la nueva tesorera M.A.B.Z.; además, F.G.R.C. precisa que ya había presentado su declaración a la SUNAT, con lo cual solo quedaba pendiente el pago.

3. Análisis jurídico penal

3.1. Peculado doloso agravado

El delito de peculado doloso está tipificado en el artículo 387 del Código Penal, el cual señala:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (...) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En palabras de Jorge Armaza y Fernando Zavala, citados por Salinas (2013):

En suma, el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionario o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinado a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos (...) (p. 374).

Es importante tener en cuenta dos aspectos para que se configure el delito de peculado doloso agravado: (a) si los bienes materia de apropiación sobrepasan las 10 UIT, puesto que este monto monetario constituiría un perjuicio mayor al Estado; y, (b) en cuanto al destino de los caudales, es decir, si estos iban destinados para programas de apoyo social, también se estaría configurando el delito de peculado agravado, debido a la situación en la que se produce la apropiación de estos caudales y efectos que debían ser correctamente administrados por el funcionario o servidor público a cargo, en beneficio de la comunidad afectada.

3.1.1. Sujetos del delito de peculado

Según Fidel Rojas (2007), solo puede ser autor de peculado el funcionario o servidor público que reúna las características de la relación funcional exigidas en el tipo penal; es decir, quien posea los caudales o los efectos públicos como consecuencia de un deber de percepción, custodia o administración de estos (p. 485).

En palabras de James Reátegui (2014), la confianza en razón del cargo implica que debe existir una vinculación funcional del agente respecto a los caudales y los efectos públicos, la cual puede nacer de una ley, reglamento, decreto o una orden emanada del Estado (pp. 249 y 250).

El sujeto pasivo de este delito es el Estado o la entidad pública; la actuación que se da a través de la Administración Pública, en este caso, sería la Municipalidad Distrital de Coris.

3.1.2. Bien jurídico tutelado

Para determinar el bien jurídico tutelado, se debe recurrir a el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el cual establece que el peculado es un delito pluriofensivo que busca: (a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, para, de este modo, resguardar los deberes funcionales de lealtad y probidad⁴³.

⁴³ Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, 30 de setiembre de 2015, fundamento 6.

De esta manera, se estarían protegiendo principios relacionados con la administración del patrimonio del Estado, principios asociados con su correcta gestión y utilización (Montoya, 2013, p. 87).

3.1.3. El beneficiario o destinatario en el delito de peculado

El destinatario del acto cometido por el funcionario no necesariamente será este mismo, ya que, como lo menciona el tipo penal, la apropiación o utilización puede ser «para sí o para otro».

Lo anterior supone que, tal como lo menciona el fundamento 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, el sujeto activo puede actuar por cuenta propia o para favorecer a otra persona⁴⁴. Este segundo caso implica el traslado del bien de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero, quien puede ser una persona jurídica, un particular u otro funcionario o servidor público (Rojas, 2007, p. 496).

3.1.4. Consumación

La consumación del delito de peculado por apropiación se da con la incorporación del patrimonio público al patrimonio personal, siendo de naturaleza instantánea. El delito de peculado se configurará incluso cuando se haya restituido el bien materia de apropiación.

4. Conclusión

Se puede apreciar que, a partir de la pericia contable efectuada en el caso, habría existido un perjuicio económico para el Estado-Municipalidad Distrital de Coris. Por ello, a partir de la evaluación de los actuados se advierte que existen elementos para evidenciar una presunta responsabilidad penal de los encau-

⁴⁴ Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de setiembre de 2015, fundamento 7.



sados por el delito de peculado agravado. Ello, ya que se observa que los mencionados encausados se habrían apropiado de los caudales de la municipalidad con el consecuente daño al patrimonio del gobierno local. Se debe tener en cuenta que la pericia es compleja y que, en los delitos que suponen una evidente transcendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el ilícito penal *sub examine* —peculado—, dichos elementos resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el tema probatorio; máxime, si los supuestos típicos implican actúan en desmedro de los fondos y caudales estatales.

5. Bibliografía

Montoya, Y. y otros (coord.) (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley.

Salinas, R. (2013). El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Moreno.

PRESUNTA VENTA DE MATERIALES MÉDICOS DEL ESTADO PERUANO POR PARTE DE LA JEFA DE LA FARMACIA DEL HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO

Yeni Tovar Vergara y Franklin Silva Yaranga⁴⁵

1. Hechos

- El 8 de abril de 2020, una denunciante, con identidad en reserva, habría presentado como evidencia del delito de peculado una caja que contenía tres mascarillas N-95, con la inscripción de «Estado peruano», y un recibo de adelanto de pago por la adquisición de otras diez mascarillas que debían ser entregadas el 13 de abril de 2020, las cuales habrían sido adquiridas en la farmacia San Antonio, propiedad de L.P.B., jefa del Departamento de Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho.
- A raíz de esta denuncia, el 9 de abril de 2020, la Dirección Contra la Corrupción (DIRCOCOR), efectuó el cotejo *in situ* en la farmacia San Antonio, ubicado en el jirón 9 de diciembre N° 143, Huamanga, Ayacucho, donde se habría verificado la presencia de avisos pegados en los muros del portal, los cuales señalaban la venta de las mascarillas N-95 y otros materiales médicos y de limpieza.
- En consecuencia, el 11 de abril de 2020, personal policial de la DIRCOCOR, junto con la Dirección General de Inteligencia (DIGIMIN), realizaron un seguimiento a las actividades que se realizaban dentro del inmueble donde funcionaba la farmacia San Antonio. Luego de tres visitas por parte de los agentes de inteligencia, a las 09:20, 13:54 y 14:05 horas, se habría corroborado la venta del material quirúrgico (mascarillas N-95) con la inscripción

⁴⁵ Miembros de la Clínica Jurídica de Derecho en Lucha contra la Corrupción y Lavado de Activos de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, coordinada por el IDEHPUCP y realizada con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED) en 2018.

«Estado peruano», a precios que iban desde S/20, S/30 hasta S/40, pese a las prohibiciones existentes para su venta⁴⁶.

- En la misma fecha, a las 14:22 horas, se desarrolló otra intervención, en la que se habría encontrado en flagrancia delictiva a la investigada L.P.B. cuando expendía medicamentos, insumos médicos y quirúrgicos, y mascarillas N-95 en el interior de la farmacia San Antonio, donde, luego de efectuarse el registro de los diversos ambientes del referido inmueble, se habrían encontrado medicamentos, productos, materiales e insumos médicos con la inscripción «Estado peruano» y «Prohibida su venta»⁴⁷.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

2.1. Principales acciones realizadas por la Policía Nacional del Perú

Las principales acciones realizadas por el personal policial están registradas en el Informe Policial N° 066-2020-DIRNIC-DIRCOCOR PNP-JEFDDICC/DDICC-AYA, del 13 de abril de 2020, el cual da cuenta del inicio del presente caso *sub examine*, mediante acta de denuncia de parte (anónima), lo que conllevó que la DIRCOCOR y la DIGIMIN organizaran trabajos de inteligencia de verificación y seguimiento del inmueble donde funcionaba la farmacia San Antonio, con RUC 10214889868, ubicada en el jirón 9 de diciembre N° 143-interior 1ª del distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga. Durante las visitas hechas por los agentes de inteligencia se realizaron grabaciones de video que habrían permitido corroborar la venta de las mascarillas N-95 distribuidas por el Estado y, con ello, demostrar la presunta comisión del delito de peculado por parte de L.P.B.

De esta manera, mediante Acta de Intervención Policial en Flagrancia, se registró la intervención de la farmacia San Antonio, así como la consiguiente detención de L.P.B.

⁴⁶ Ver en: http://www.digemid.minsa.gob.pe/UpLoad/UpLoaded/PDF/Comunicados/2020/C11_2020-04-07.pdf.

⁴⁷ Ver en: <https://www.facebook.com/EnsartesWeb/posts/1513853362152156/>

2.2. Principales acciones realizadas por el Ministerio Público

En el ámbito fiscal, el 13 de abril de 2020, el Primer despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ayacucho dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria, en vía de proceso común, por el plazo de 120 días contra L.P.B. por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de peculado doloso por apropiación para Sí agravado, delito previsto y sancionado en el primer y tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal, en perjuicio del Estado (MINSA y Hospital Regional de Ayacucho).

Por otro lado, el fiscal a cargo del caso solicitó, el 15 de abril de 2020, prisión preventiva contra L.P.B. por el plazo de seis meses.

2.3. Principales acciones realizadas por el Poder Judicial

Mediante Resolución N° 1, del 13 de abril de 2020, el despacho del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, con competencia en la provincia de Huamanga (Órgano Jurisdiccional por Estado de Emergencia Nacional en el Distrito de Ayacucho), dispuso tener por recibida la comunicación de formalización y continuación de la investigación preparatoria contra la investigada.

Por su parte, el 15 de abril de 2020, el Séptimo Juzgado Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios-NCPP de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho desarrolló la audiencia de prisión preventiva y declaró, mediante Resolución N° 1, fundado el requerimiento de prisión preventiva en contra de L.P.B. Sin embargo, el 21 de abril, la defensa de la investigada presentó un recurso de apelación contra dicha resolución.

Por ello, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, mediante Resolución N° 6 (auto de vista), del 11 de mayo de 2020, se pronunció y confirmó la Resolución N° 1 que concede la prisión preventiva. Lo anterior motivó a la defensa a interponer, el 17 de mayo de 2020, el correspondiente recurso de casación excepcional contra la referida resolución. De esta manera, el 6 de junio de 2020 se elevó el recurso de casación excepcional contra la Resolución N° 6 (auto de vista) que confirma la prisión preventiva contra la denunciada.

3. Análisis jurídico penal del caso

3.1. Análisis de cuestiones sustanciales (conceptos básicos del delito de peculado)

3.1.1. Bien jurídico

Al respecto, el Recurso de Nulidad N° 2165-2011 Ucayali precisó:

El bien jurídico protegido por el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, por tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado⁴⁸.

En el presente caso, a partir de los actos de investigación realizados, la investigada habría defraudado esta confianza pública, con la supuesta sustracción sistemática de medicamentos y material sanitario con inscripción «Estado peruano» (patrimonio público⁴⁹).

Tipicidad, presupuestos para su configuración, elementos materiales El recurso de Nulidad N° 2296-2011 Lambayeque precisó, en su fundamento cuarto, lo siguiente:

Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, ad-

⁴⁸ Confróntese «[...] siguiendo la Doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso», Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003; «[...] este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos», Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Lima el 8 de agosto de 2006.

⁴⁹ Casación 282-2018- Lambayeque. Disponible en: <https://lpderecho.pe/peculado-objeto-delito-prueba-casacion-282-2018-lambayeque/>

ministración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos⁵⁰.

De lo citado anteriormente, se colige que la relación funcional que posee la investigada, jefa del Departamento de Farmacia del Hospital Regional de Huamanga (funcionaria pública), con los caudales públicos (medicamentos y material médico) es el elemento normativo nuclear que vinculará la conducta de la investigada con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado en una posterior formulación de acusación por parte del Ministerio Público. Asimismo, por su cargo, la investigada habría ejercido la percepción, administración o custodia de los caudales, los que habrían sido apropiados de manera sistemática para tener como destinataria a la farmacia San Antonio.

3.1.2. Sujeto activo y sujeto pasivo

El recurso de Nulidad N° 502-2011 Ayacucho determinó, en su cuarto fundamento:

(...) en el delito de peculado doloso solo puede ser autor el funcionario público o servidor que por razón de su cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en recepción, custodia o administración de los caudales o efectos, de los que se apropia o utiliza para sí o para una tercera persona natural o jurídica⁵¹.

Por otro lado, en la emisión de la sentencia del Expediente N° 011-2001, de la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 8 de agosto de 2006, se precisó que «Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que este sujeto es el que se ve afectado su patrimonio».

⁵⁰ Confróntese R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011; R.N. 3886-2011 Huancavelica emitida el 22 de agosto de 2012; Recurso de Nulidad N° 253-2022 Piura emitido el 10 de abril de 2012.

⁵¹ Confróntese «Para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública», Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005.

3.1.3. La prueba en los delitos de peculado

El recurso de Nulidad N°484-2014 Ayacucho precisó, en su cuarto fundamento:

Que los hechos submateria tienen una connotación especial, pues si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto que el tipo penal comprendido en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal o en el tipo base del artículo trescientos ochenta y siete del mencionado texto legal no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba.

Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia —no vinculante— que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas —pericia contable— para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente en casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero —cajeros o tesoreros—, lo que no sucede en el caso.

Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también pueden ser acreditadas mediante la prueba indiciaria; de ahí que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba.

Por otro lado, el Recurso de Nulidad N° 954-2007, emitido el 7 de abril de 2008, precisa:

[...] [se debe] acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión; ello implica la existencia de ciertos presupuestos elementales que debe tener presente el juzgador para emitir una sentencia condenatoria, en virtud a ello, la presunción de inocencia constituye uno de los principios fundamentales que garantiza la función jurisdiccional en un Estado democrático de derecho; para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto que «los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, las pruebas deben

haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado [...], con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

3.1.4. Agravantes del delito de peculado

Abanto Vásquez (2003) indica que:

La importancia del carácter de los bienes que integran el patrimonio del Estado destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de peculado doloso y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para la cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social. (...) Lo difícil es determinar hasta dónde alcanza el concepto «fines asistenciales», pues se trata de un elemento normativo difícil de delimitar (pp. 334 -339).

En el Recurso de Nulidad N° 2664-2003 Arequipa, emitido el 19 mayo de 2004, se precisan las «Diferencias del objeto destinado a fin asistencial de los bienes destinados a ayudar»:

El fin asistencial de un caudal o efecto público no puede confundirse o identificarse con el ámbito de actividad concreta del órgano público involucrado, de modo que no basta el hecho de que se trate de un hospital del Estado para reputar todos los bienes asignados al cumplimiento de su finalidad como destinados a fines asistenciales.

En ese sentido estricto, conforme lo postula un sector de la doctrina nacional, debe partirse de identificar aquellos bienes especialmente destinados a prestar socorro, favor o ayuda social que, al respecto, es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada —entre otras, en el área de salud—, ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional.

3.1.5. Caso concreto

En su calidad de jefa del Departamento de Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho, a la investigada, de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones del Hospital Regional de Ayacucho, le correspondía lo siguiente: funciones generales (literales L y M), controlar y garantizar el *stock* de medicamentos e insumos médicos quirúrgicos, según las normas vigentes; control del ingreso y egreso de medicamentos drogas, narcóticos e insumos médico-quirúrgicos; y, como funciones específicas, supervisar el ingreso y reposición oportuna de los productos necesarios del almacén a la farmacia; implementar, dirigir y supervisar el sistema de Gerencia de Registro de ingreso y salidas de medicamentos y material médico con la finalidad de llevar un adecuado control de los medicamentos e insumos; y supervisar, vigilar y controlar la distribución y uso de drogas y narcóticos, para evitar usos indebidos o ilegales.

De acuerdo con lo mencionado, la investigada habría cometido el delito de peculado doloso al haberse apropiado sistemáticamente de medicamentos e insumos médicos quirúrgicos; entre ellos, material de bioseguridad —mascarillas modelo N-95— que consigna la inscripción «Estado peruano», ya que fue adquirido por el Estado peruano a través de compras corporativas CENARES/MINSA y se encontraba internado en el almacén de la Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho, administrada por L.P.B. Tales medicamentos e insumos habrían sido apropiados y retirados por la imputada para ser trasladados a la farmacia San Antonio, de su propiedad, donde se exhibían y se promocionaban sus ventas a través de anuncios.

Por ello, la fiscalía encargada de investigar la presunta comisión del delito precisó que el hecho se subsumiría dentro del tipo penal del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-, en la modalidad de peculado doloso por apropiación agravado, delito previsto y sancionado en el primer y tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal.

Definitivamente, compartimos la tipificación realizada por el Ministerio Público, pues la investigada se habría aprovechado de su cargo de Jefa del Departamento de Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho con la supuesta sustracción para sí de medicamentos y bienes de uso esencial durante el Estado de emergencia nacional generada por la pandemia de la COVID-19, lo cual configura el delito de peculado doloso en su forma agravada (caudales destinados a fines asistenciales).

Al respecto, Salinas (2001) señala que entenderemos por caudales destinados a fines asistenciales aquellos relacionados a «urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.)» (p. 390); por lo cual, la adquisición de bienes para el uso de los trabajadores del sector salud son acciones asistenciales del gobierno central para salvaguardar la salud y el bienestar de los ciudadanos durante la emergencia sanitaria.

Por ende, el actuar de la investigada constituiría un agravante del delito de peculado, pues esta habría sustraído material de bioseguridad (mascarillas modelo N-95) que había sido adquirido por el Estado peruano a través de compras corporativas CENARES/MINSA y que se encontraba internado en el almacén de la Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho, administrada por la investigada. Estos materiales son considerados esenciales y fueron destinados para **fines asistenciales en atención a las personas de riesgo que contrajeron COVID-19**.

3.2. Análisis de cuestiones procesales

3.2.1. Respecto al requerimiento de prisión preventiva

El estado actual del caso indica que la defensa interpuso el recurso de casación excepcional contra la Resolución N° 6 (auto de vista), que confirma la prisión preventiva contra L.P.B., en la cual se invocaron como causales del recurso en mención la falta de motivación respecto a los presupuestos procesales del peligro procesal y la proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, en la presente nota académica advertimos, a raíz de los actuados existentes en el ámbito judicial, que, a pesar de contar con elementos de convicción consistentes que justifican los presupuestos procesales para la prisión preventiva, las instancias conocedoras de este requerimiento realizaron una motivación que se aleja de ser clara y precisa. A partir de ello se identifica una pronunciación genérica respecto a los elementos de prueba presentados por la defensa de cara al recurso de apelación, de modo que la normativa existente concuerda con los elementos de prueba que la justifican.

Por otro lado, no queremos dejar de lado el análisis en el que se basa el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa. En este se colige que el desarrollo que se sigue respecto de los presupuestos procesales de peligro procesal y proporcionalidad de la pena dista mucho de la normativa y la juris-

prudencia existente hasta el momento, surgida de diversas solicitudes de cesación y variación de prisión preventiva. La defensa expuso que el peligro procesal habría desaparecido por motivo de la pandemia de la COVID-19, postura que no compartimos, dado que la pandemia no constituye un nuevo elemento de convicción por sí mismo. Por ende, es preciso analizar el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra la investigada de acuerdo con los criterios establecidos en los decretos recientemente publicados y con el Código Procesal Penal (artículo 290).

En este extremo, compartimos la respuesta que ha emitido el juez *a quo* respecto a las alegaciones realizadas por la defensa, ya que hasta el momento solo se ha postulado la edad de la investigada (61 años) como presupuesto de vulnerabilidad, lo cual no se encuadra en los criterios establecidos por la Resolución Ministerial N°283-2020-MINSA⁵², del 13 de mayo de 2020 (personas vulnerables a partir de los 65 años), la cual modificó la Resolución Ministerial N°265-2020-MINSA (personas vulnerables a partir de los 60 años).

3.2.2. Respecto a la formalización y continuación de la investigación preparatoria

Ahora bien, otra cuestión procesal por analizar es la formalización y continuación de la investigación preparatoria, en la cual, después de darle lectura a los actuados contenidos en el presente caso, se advierte que la Fiscalía considera elementos de convicción a aquellos que son conducentes a acreditar la presunta comisión del delito de peculado, dado que, de acuerdo con la Casación 282-2018 Lambayeque, el objeto material de este delito lo constituyen los bienes sobre los que recae el uso o la apropiación. El objeto de prueba en juicio será la acreditación de la apropiación de los caudales (material médico y medicinas) que se le imputa al funcionario o servidor público.

Por lo tanto, se tiene que, mediante el Acta de intervención policial en flagrancia en la farmacia San Antonio, del 11 de abril de 2020, se detallan los productos incautados con registro «Estado peruano», entre los que se encuentran materiales que coincidirían con las cajas y muestras de comparación registradas en el Acta de recabo de documentos del Almacén Central, «Almacén productos para devolución», del Hospital Regional de Ayacucho, del 12 de abril de 2020.

⁵² Modifican el documento técnico «Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los Trabajadores con Riesgo de Exposición a COVID-19».

En este sentido, al tener como sujeto activo a una funcionaria pública, con una trayectoria en el sector público, nombrada de acuerdo con la Resolución Directoral N° 0006-90-DI.UTES-HAH-AYAC, del 23 de abril de 1990, como profesional de la línea de carrera químico farmacéutico nivel IV, en el Hospital de Apoyo Huamanga, y designada como jefa del Departamento de Farmacia del Hospital Regional de Ayacucho, mediante la Resolución Directoral N° 047-2019-GRA/DIRESA/HR" MAMLL" A-DE, del 13 de febrero de 2019, se «presume» su conocimiento respecto a la prohibición de vender productos elaborados por el Estado peruano destinados para fines sanitarios y asistenciales. Por ello, una eventual contradicción por parte de la investigada sobre el desconocimiento de esta prohibición queda relegada, más si, por el contexto actual, el Ministerio de Salud ha señalado, el 7 de abril de 2020, que está prohibida la venta de mascarillas N-95 al público en general, por ser este un bien de uso estrictamente hospitalario⁵³.

4. Conclusión

De acuerdo con los medios probatorios analizados en la presente investigación se deduce que la señora L.P.B. habría cometido el delito de peculado doloso por la presunta apropiación para sí de bienes esenciales en este contexto de pandemia, generada por la COVID-19.

Para la reparación civil que se le impondría a la investigada necesariamente se deberá contar con una pericia contable de los años que asumió como jefa de Farmacia del Hospital Regional de Huamanga con la finalidad de determinar el perjuicio económico en contra del Estado.

Por otro lado, aún quedan vacíos respecto a las diligencias necesarias en el presente caso, las cuales tienen que ser impulsadas por el titular de la acción penal, tales como: identificar al personal responsable de la recepción, administración y custodia de los bienes entregados por el MINSA. Esta información resulta sustancial, dado que una institución como el Hospital Regional de Ayacucho se rige por gestiones realizadas de manera coordinada entre diversas áreas u oficinas para obtener requerimientos o servicios.

⁵³ Ver la nota a pie 47.



Por lo mencionado, en este caso es necesario identificar al personal y a los directivos que tuvieron conocimiento de los materiales sanitarios y medicamentos que solicitaba la investigada, así como sobre su recepción. Este medio probatorio coadyuvará a la presente investigación a identificar o descubrir si la investigada adulteró algún documento o generó algún servicio que no se ha brindado y que, no obstante, se ha registrado como si el consumo se hubiese realizado dentro del hospital.

Finalmente, esta lógica, nos conduce a señalar que, pese a estar frente a una emergencia sanitaria, es necesario incorporar un análisis razonable y proporcional en cada caso en concreto, lo que implica ponderar los derechos humanos de las personas y el fin constitucional de la lucha contra la corrupción. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha pronunciado al respecto y ha señalado que, ante los graves impactos de la corrupción en la vigencia de los derechos humanos, es necesario robustecer las acciones institucionales democráticas para la prevención de la materia.

5. Bibliografía

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

Salinas, R. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: Grijley.

DEL EXCONGRESISTA HÉCTOR BECERRIL POR PRESUNTOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN

Yasnina Barboza Navarro⁵⁴

El Congreso de la República tiene pendiente investigar las denuncias constitucionales presentadas por la Fiscalía de la Nación contra altos funcionarios, entre ellos, el exparlamentario Héctor Becerril, por su presunta vinculación con la organización criminal «Los temerarios del crimen» y por tráfico de influencias en el periodo 2016-2019.

El 10 de agosto, la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, presidida por el parlamentario Luis Roel, aprobó por unanimidad como procedente la Denuncia Constitucional N° 367-2020 presentada por la titular de la Fiscalía de la Nación en contra del excongresista Héctor Becerril por los presuntos delitos de corrupción durante el ejercicio de su función pública, entre los años 2016 y 2019, en agravio del Estado.

Si bien el excongresista Héctor Becerril ya no cuenta con inmunidad parlamentaria, no puede ser procesado penalmente por delitos de función, porque le asiste el derecho de antejuicio, el cual tiene vigencia hasta cinco años después de haber cesado en el cargo. Por ello, con esta denuncia constitucional se busca que el Congreso investigue y, de ser probatoria la acusación, se le sancione con la suspensión de sus deberes y derechos funcionales.

⁵⁴ Estudiante del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP y realizado con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

El informe de la investigación parlamentaria ya ha sido remitido a la Comisión Permanente para su evaluación en sesión y, si es aprobado, pasará a ser debatido en el Pleno del Congreso, en donde se someterá a votación la aprobación o archivamiento de la acusación. En caso de darse el acuerdo aprobatorio, Héctor Becerril sería sancionado y quedaría sujeto a juicio penal.

Héctor Becerril no solo afronta las acusaciones por la presunta vinculación con la organización criminal «Los temerarios del crimen» y por delitos de corrupción, sino también por el caso de «Los Wachiturros de Tumán» y «Los audios de los Cuellos Blancos del Puerto». Estos dos últimos fueron presentados ante lo que ahora es el disuelto Congreso, para el respectivo procedimiento parlamentario, pero quedaron archivados o declarados no procedentes en las comisiones que llevaron los casos.

Entre 2016 y 2019 se habrían revelado los primeros indicios de corrupción vinculados con parlamentarios en desmedro de la legalidad y la institucionalidad del Estado, los cuales fueron expuestos a través de declaraciones y evidencias presentadas por el Ministerio Público y los medios de comunicación, y que llegaron al Congreso a través de denuncias constitucionales para solicitar el levantamiento de la inmunidad o suspender el derecho de antejuicio, los cuales no procedieron o quedaron como pendientes.

En un estudio realizado por la ONG Proética, desde 2006 hasta 2019, la Corte Suprema de Justicia de la República presentó en total de cuarenta solicitudes de levantamiento de inmunidad, de las cuales solo seis fueron aprobadas por el Congreso (2019, p. 20).

Si se toma como hito la disolución del Congreso, ocurrida el 30 de setiembre de 2019, se pone de manifiesto una mayor diligencia y agilidad del actual Parlamento para tramitar e investigar las presuntas denuncias contra parlamentarios, como así se demuestra con el caso de Héctor Becerril. Pero, ¿qué ha cambiado en el Congreso para que se presente esta situación? Las fuerzas políticas que ahora representan al Parlamento están integradas por varios grupos políticos que dividen el poder sin obtener una mayoría representativa, lo cual sí ocurría con el anterior Congreso, debido a una mayoritaria presencia del partido político Fuerza Popular.

Al respecto, Samuel Rotta afirma que esta mayoría fujimorista fue reemplazada por bancadas minoritarias y con intereses diversos, en un Parlamento más competitivo que pone menos trabas y muestra mayor disposición a colaborar con las investigaciones requeridas. Y cita como ejemplo el caso de Héctor Be-

cerril, cuya denuncia en su contra fue aprobada por la Subcomisión de Asuntos Constitucionales.

A este proceso parlamentario para investigar y sancionar —según se dé el acuerdo de aprobación de la denuncia constitucional— a Héctor Becerril le antecede el proceso jurídico penal preliminar que investiga la Fiscalía de la Nación en respuesta al informe que presentó el fiscal provincial de crimen organizado de Chiclayo Juan Carrasco Millones, en el que se adjuntan evidencias vinculantes con la organización criminal «Los temerarios del crimen».

En ese sentido, el 5 de agosto del presente año, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria dictaminó el impedimento de salida del país por 36 meses contra el excongresista Héctor Becerril, por los presuntos delitos de corrupción en agravio del Estado; entre ellos, tráfico de influencias agravado, cohecho pasivo impropio y organización criminal.

Esta acción preventiva responde a que Héctor Becerril afronta cargos por presuntos delitos de corrupción, cometidos presuntamente durante el ejercicio de su función pública en el periodo 2016 -2019 del disuelto Congreso, y que lo vinculan con la organización criminal «Los temerarios del crimen» de Lambayeque.

En audiencia virtual del 3 de agosto, transmitida por el Poder Judicial a través de su sistema informativo, luego de los descargos de las contrapartes, el dictamen del juez se basó en el presupuesto de peligro procesal y de obstaculización de la actividad probatoria, según se detalla en la Resolución N° 14-2020 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

En dicha resolución judicial se expone que existen suficientes pruebas indiciarias para que el investigado se excluya del proceso penal que se le está siguiendo, con alto riesgo de fuga del país. Así se detalló que el excongresista presenta un débil arraigo domiciliario y laboral, por la gravedad de la pena que es superior a los cuatro años con privación de libertad, porque los diez años en los que se ha desempeñado como alto funcionario le han permitido contar con suficientes recursos económicos y contactos para eludir la justicia, entre otros sustentos que llevaron a declarar fundado el requerimiento de impedimento de salida del país por 36 meses.

El delito de tráfico de influencias, tipificado en el Código Penal (artículo 400), es agravado cuando el traficante es un alto funcionario que acuerda interceder o influir ante otro funcionario para recibir o hacer dar para sí o un tercero una ven-

taja o donativo. Así, se le imputa a Héctor Becerril que, en calidad de congresista, hizo prometer diversos beneficios para él y terceros por parte de la empresa constructora CRD S.A. Sucursal Perú, a cambio de que sean beneficiados con la adjudicación de la buena pro de una obra de construcción de una planta de transferencia de residuos sólidos municipales en Chiclayo.

Respecto al delito de cohecho pasivo impropio, tipificado en el Código Penal (artículo 394), se sanciona al funcionario que recibe u ofrece directa o indirectamente donativo o alguna ventaja para realizar un acto propio de sus competencias. A Héctor Becerril se le investiga por haber presuntamente solicitado diversos beneficios económicos al exalcalde provincial de Chiclayo David Cornejo Chinguel, con la finalidad de encargarse de gestionar, ante diversas entidades del Estado, la asignación presupuestal para la ejecución de tres obras públicas para el mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular.

Por último, respecto al delito de organización criminal, este está tipificado en el Código Penal (artículo 317) y sanciona al que promueve, organiza o integra una organización criminal de tres o más integrantes, que permanece de manera indefinida, y se organiza para concertar y definir funciones destinadas a cometer delitos. Héctor Becerril es acusado por su presunta vinculación con la organización criminal «Los temerarios del crimen», en su condición de «brazo político».

Con las declaraciones del exalcalde provincial de Chiclayo David Cornejo Chinguel, líder de esta presunta organización criminal, y de los exregidores Boris Bartra Grosso y Luis Cabrejo Ucuñay, integrantes de dicha organización, la Fiscalía Provincial de Crimen Organizado de Chiclayo investigó la modalidad en que se adjudicaban cobros ilícitos para la obtención de licitaciones temporales y permanentes en la ejecución de obras públicas, y en la que supuestamente está implicado el excongresista Becerril.

En una entrevista para un medio periodístico conocido, el fiscal Juan Carrasco Millones explicó cómo operaba la presunta organización criminal, en la que los hermanos de Héctor Becerril A.B.R y W.B.R. cumplían presuntamente la labor de operarios entre él y el exalcalde Cornejo Chinguel para hacer efectivo el cobro de «diezmos» a cambio de gestionar, en la Comisión de Presupuesto del Congreso, la asignación de proyectos de inversión. También detalló que esta organización criminal se constituyó en 2015 y operó en Chiclayo hasta 2018, año en el que se desarticuló. Y que estuvo integrada por más de ochenta miembros, entre regidores, funcionarios y altos funcionarios, de los cuales cuarenta ya han sido sentenciados por actos de corrupción (La República, 2020).

Como se recuerda, el exalcalde provincial Cornejo Chinguel cumple prisión preventiva en Chiclayo desde fines de 2018. Él, conjuntamente con M.G.Y. y J.C.R.D., ambos empresarios de la constructora CRD S.A.C. Sucursal Perú, se acogieron al proceso de colaboración eficaz para obtener la concesión de beneficios (exención, remisión, disminución o suspensión de la pena) en tanto sus aportes ayuden a la identificación de los autores y partícipes del delito.

A partir de las declaraciones del exalcalde Cornejo Chinguel se ha implicado, en la presunta organización criminal que lidera, a los excongresistas César Vásquez, José Marvin Palma Mendoza, Clemente Flores, Javier Velásquez Quesquén y el exministro de Vivienda Carlos Bruce. Cabe acotar que la Fiscalía de la Nación también ha abierto investigación preliminar contra ellos.

Entretanto, M.G.Y., en su calidad de asesora comercial de la Constructora CRD, declaró que Héctor Becerril, a través de su hermano W.B.R., le habría solicitado una «coima» de S/58 000 a cambio del porcelanato para su vivienda de Trujillo, además de pagar presuntamente la publicidad por la candidatura a regidor por Fuerza Popular de A.B.R.

Estos sobornos se habrían dado antes y durante el proceso de adjudicación de la obra para la planta de transferencia de residuos sólidos (Licitación Internacional N° 1-2016 CLP – MPCH), valorada en más de 11 millones de soles, obra financiada por la Cooperación Suiza. Según su manifestación, esto se hizo a cambio de que el congresista Becerril intercediera por la empresa CRD ante el exalcalde Cornejo Chinguel.

Sobre Héctor Becerril pesan dos denuncias constitucionales que siguen su curso en el actual Congreso, a la espera de contar con el acuerdo aprobatorio del Pleno, que permita su juicio penal en la Corte Suprema. Además, hay que sumar la investigación preliminar que se le sigue por el presunto delito de asociación ilícita en el caso «Los Wachiturros de Tuman», en el que participó entre los años 2016 y 2011, antes de ser elegido congresista.

A ello se suma la denuncia constitucional por su presunto vínculo con la organización criminal «Los cuellos blancos del puerto», en la que se le investigaba por el delito de cohecho activo y tráfico de influencias por reunirse con miembros del Consejo Nacional de la Magistratura para promover la candidatura de un magistrado afín al fujimorismo. Sin embargo, esta denuncia fue desestimada por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales en 2018, al contar con una votación mayoritaria que la desaprobó.

Estos y otros casos de investigación por presuntos delitos de corrupción que afrontan varios altos funcionarios siguen afectando la institucionalidad y la gobernabilidad del país. Como consecuencia de ello, se eleva la percepción de corrupción que tienen los ciudadanos de las instituciones públicas, lo que empobrece su credibilidad.

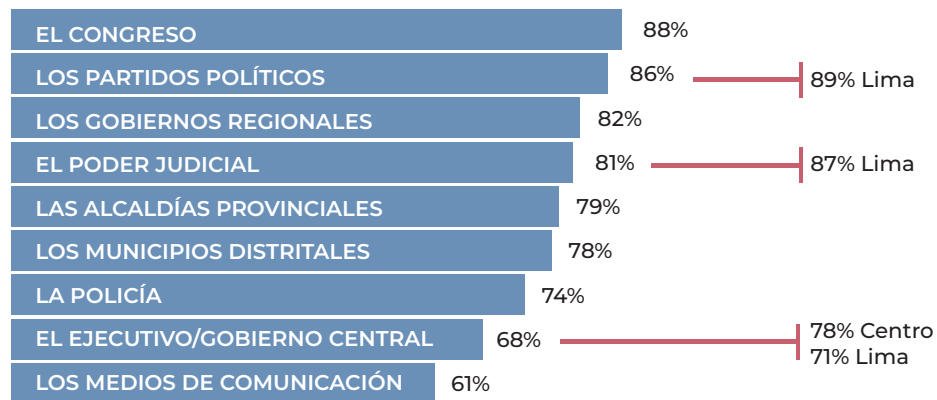
Diversas encuestas han mostrado que el Congreso es percibido como la institución más corrupta del Estado. Por un lado, el Instituto de Estudios Peruanos (IEP) elaboró un informe de opinión sobre la encuesta nacional urbano-rural de los peruanos y la corrupción en 2018. Respecto a la corrupción institucional, el 88% de los encuestados cree que la corrupción está bastante extendida en el Congreso, seguido de los partidos políticos, con el 86%.

Ranking de percepción de corrupción - Por instituciones

El Congreso y los partidos políticos encabezan el ranking de instituciones percibidas como más corruptas por los encuestados.

Y pensando en las siguientes instituciones, me gustaría que me dijera qué tan extendida o no cree que está la corrupción en...
- PREGUNTA ASISTIDA

(% Bastante / muy extendida)

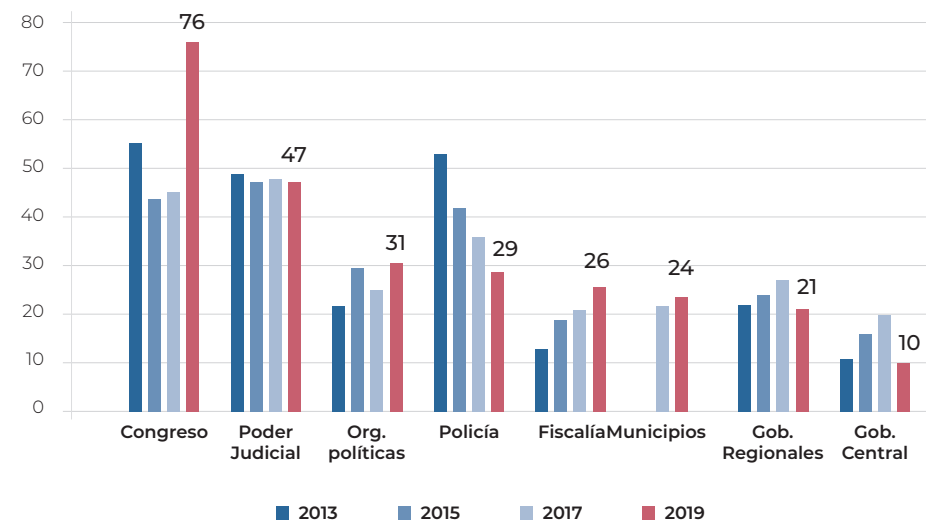


Fuente: IEP.

Por otro lado, Proética realizó la Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción. En ella se evidencia que para 2019 el Congreso mostró un repunte al alcanzar el 76% como la institución percibida como más corrupta, en comparación con otras instituciones, según se muestra en el siguiente cuadro comparativo.

Perú: instituciones percibidas como más corruptas, 2013 - 2019

(% Menciones)



Fuente: Encuestas nacionales sobre corrupción de Proética.

En el contexto político actual, y con miras a las próximas elecciones presidenciales de 2021, el actual Congreso complementario tiene la responsabilidad de impulsar la reforma parlamentaria en el marco de la lucha contra la corrupción. Se espera que sus mecanismos y procesos de investigación colaboren con las instancias del Poder Judicial y del Ministerio Público, lejos de cualquier interés político partidario, como se muestra en el caso de Héctor Becerril, quien presenta varias acusaciones, la mayoría vinculadas al ejercicio de su función. En la agenda del Congreso quedan pendientes los procesos de investigación contra el exparlamentario Roberto Vieira, el suspendido fiscal supremo Pedro Chávayry, el actual congresista Edgar Alarcón, entre otros.



Bibliografía

La República. (2020). *Dictan 24 meses de prisión preventiva para hermano de Héctor Becerril por el caso «Los temerarios del crimen»*. Recuperado de <https://larepublica.pe/sociedad/2020/07/08/dictan-24-meses-de-prision-preventiva-para-hermano-de-hector-becerril-por-caso-los-temerarios-del-crimen-lrnd/>

Proética. (2019). *La inmunidad parlamentaria. Breve análisis de esta prerrogativa constitucional*. Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2019/06/Inmunidad-Parlamentaria.-Breve-an%C3%A1lisis-de-esta-pre-rogativa-constitucional.pdf>

PRESUNTA COMPRA Y ENTREGA IRREGULAR DE CANASTAS DE VÍVERES EN EL DISTRITO DEL RÍMAC

Diana Astuhuamán Baldeón⁵⁵

1. Descripción de los hechos

- Mediante Decreto de Urgencia N° 033-2020⁵⁶ se autorizó a los gobiernos locales efectuar la adquisición y la distribución de bienes de primera necesidad de la canasta básica familiar a favor de la población en situación de vulnerabilidad⁵⁷. Asimismo, se priorizó la entrega de estos productos en el domicilio de las personas vulnerables.
- El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) transfirió a la Municipalidad del Rímac S/5 000 000⁵⁸.
- El 6 de abril de 2020, la Municipalidad de Rímac habilitó una página en su Facebook para que las personas de bajos recursos pudieran inscribirse y ser acreedoras de la canasta básica⁵⁹. Asimismo, anunció la habilitación del servicio de empadronamiento telefónico.

⁵⁵ Estudiante del Curso de Capacitación en Acciones para la Lucha contra la Corrupción: Herramienta para la Investigación Jurídica y Periodística de las Clínicas Anticorrupción, coordinado por el IDEHPUCP y realizado con apoyo de The National Endowment for Democracy (NED).

⁵⁶ Emitido el 27 de marzo de 2020 en el diario oficial *El Peruano*.

⁵⁷ Dicha norma faculta a los gobiernos locales a utilizar el padrón de asistencia social para identificar a las personas vulnerables.

⁵⁸ Esta información está en el portal de transparencia económica del MEF. Cabe recalcar que la Municipalidad del Rímac está entre las comunas que han recibido más recursos

⁵⁹ La municipalidad enfatizó que estos bienes serán repartidos a personas de bajos recursos.

- El 8 de mayo de 2020, la Municipalidad del Rímac suscribió el contrato de «Adquisición de canastas de alimentos en el marco de la emergencia nacional por el brote del COVID-19» con el Grupo Santa Ana S.A.C., por el monto de S/499 973.60⁶⁰.
- La Municipalidad del Rímac entregó 7116 canastas⁶¹.
- El 8 de junio de 2020 se emitió un reportaje en ATV en el cual se evidencia que en el padrón de entregas de canastas básicas se registraron 17 casos en los que los nombres de las personas no coincidían con los números de DNI que se habían consignado. Asimismo, cuando se realizó la consulta de DNI en el RENIEC para determinar a quién correspondía, se detectó que la persona a la que le pertenecía el documento estaba fallecida⁶². Además, se consultó a una de las personas que figuraba en el padrón de entrega de canastas básicas si había sido acreedora de la canasta e indicó que no la había recibido y que la firma consignada no le pertenecía⁶³.
- El 23 de junio del presente año, agentes de la División de investigación de Delitos de Alta Complejidad (DIVIAC) de la Policía Nacional y personal de la Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima intervinieron la Municipalidad del Rímac.

⁶⁰ Asimismo, se otorgó una carta fianza por el monto de S/49 997.36. Dicha información está consignada en la página del SEACE.

⁶¹ Esta información está en la página de consulta de adquisición y distribución de bienes de primera necesidad de la canasta básica familiar de la Contraloría General de la República y fue revisada el 11 de agosto de 2020.

Asimismo, la canasta se encontraba compuesta por los siguientes productos: aceite vegetal comestible, arroz pilado superior, arveja verde partida calidad extra x 500 g, azúcar rubia doméstica, conserva de graded de atún en aceite vegetal, fideos cortos, fideos espagueti, leche evaporada y lentejas.

⁶² En el reportaje se entrevista al alcalde de dicha municipalidad, quien menciona que ello se debió a un error de tipeo del número de DNI y que las personas que figuran en el padrón sí han recibido las canastas básicas.

⁶³ La información consignada se puede visualizar desde el minuto 08:41 en el reportaje de *ATV Noticias al estilo Juliana* emitido el 8 de julio de 2020.

2. Principales aspectos y antecedentes procesales del caso

La Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima abrió investigación preliminar por presuntos actos de corrupción e irregularidades en la adquisición y entrega de canastas de primera necesidad por la presunta comisión de los delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación.

Actualmente, este caso está en etapa de investigación preparatoria, que se divide en dos instancias: las diligencias o investigación preliminar y la investigación preparatoria en sentido estricto.

Las diligencias preliminares se dieron debido a la sospecha de presuntas irregularidades que habría cometido la Municipalidad del Rímac en la contratación y la entrega de canastas básicas, como la sobrevaloración de los productos provistos por la empresa Grupo Santa Ana S.A.C. y la no coincidencia con la información consignada en el padrón de entrega de canastas.

Por ello, para determinar si hay lugar al hecho denunciado y si constituye un delito, se deberá realizar una pericia grafotécnica de las firmas que aparentemente corresponderían a las personas consignadas en el padrón. En caso de que se demuestre que las firmas no corresponden a las personas consignadas, se debe determinar quiénes habrían sido los funcionarios encargados de la elaboración del padrón de registros, así como los funcionarios encargados de la repartición.

En este caso se está ante un proceso complejo⁶⁴, ya que la investigación requiere recopilar cierta cantidad de actos de investigación como, por ejemplo, la cotización de los productos en el mercado en la fecha de adquisición de la canasta básica familiar. En caso se evidencie algún tipo de relación entre algún funcionario público con el proveedor, se podrá solicitar el levantamiento de sus comunicaciones. Posteriormente, se debe proceder a la revisión y contrastación de las personas que figuran en el padrón de canastas básicas, así como a la realización de pericia grafotécnica para validar la veracidad vertida en ese padrón.

⁶⁴ El plazo de la investigación preliminar de los procesos complejos es de sesenta días hasta ocho meses.

Luego de esta fase se procederá a la etapa de investigación preparatoria en estricto, en la cual se establece si el hecho materia de investigación constituye un delito. Así, según el artículo 336 del Código Procesal Penal, para la disposición de formalización de dicha etapa, se debe cumplir con los siguientes requisitos: existencia de indicios reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado al imputado, que no se presenten causas de extinción del delito, así como la verificación de los requisitos de procedibilidad.

El presente caso aún se encuentra en la etapa de diligencia o investigación preliminar.

3. Análisis jurídico-penal del caso

Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el estado de emergencia nacional, lo cual tiene implicancias en la forma de contratación del Estado, ya que, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N°1444, artículo 27.1.b⁶⁵, se establece que se puede configurar la contratación directa por emergencia sanitaria⁶⁶.

La contratación de manera directa implica que las entidades del Estado no se encuentren obligadas a seleccionar entre dos o más ofertas presentadas por los proveedores, sino que la relación contractual se establece con el proveedor que cumpla con las condiciones exigidas. Esta forma de contratación es catalogada como excepcional, ya que no permite a los proveedores presentar su oferta dentro de un procedimiento de contratación pública. Sin embargo, esta excepción se encuentra justificada en la medida en que cierta población está en una situación de peligro y riesgo, por lo cual, se necesitan medidas eficaces y sin dilación para aplacar esta coyuntura.

En el presente caso, el Estado autorizó la compra de canastas básicas para un sector de la población en estado de vulnerabilidad; es decir, personas en situación de pobreza o pobreza extrema que, debido a la cuarentena y estado de

⁶⁵ Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

⁶⁶ La COVID-19 ha sido catalogada como un acontecimiento catastrófico.

emergencia, no tenían la posibilidad de generar sus recursos para abastecer sus necesidades básicas, como la alimentación. En conclusión, si ya estas carecían de un ingreso fijo mensual, esta situación derivada de la pandemia los situaba en un estado de mayor vulnerabilidad al estar limitado su derecho a la libertad de desplazamiento para trabajar.

La contratación directa se realiza a través de la invitación a un único proveedor, quien realizará su oferta a través de cualquier medio de comunicación. La oferta expuesta por el proveedor debe cumplir con los términos de referencia que requiere la entidad pública.

A continuación, se evaluarán los posibles delitos que presuntamente se habrían cometido.

3.1. Delito de colusión agravada

El delito de colusión agravada está tipificado en el artículo 384 del Código Penal e implica la concertación entre el funcionario o servidor público que interviene en cualquier etapa de la contratación pública y el particular. Si se llegara a defraudar patrimonialmente al Estado, se considerará colusión agravada. A continuación, se analizarán los elementos del delito.

El sujeto activo será el funcionario que concierta con un particular, interviene de manera directa o indirecta, por razón de su cargo en la adquisición, contratación o cualquier operación.

En este caso, a partir de la información consignada en el SEACE se advierte la existencia de un informe técnico legal N° 526-2020-SGDLCPYSG-MDR e informe técnico N° 526-2020-SGLCPYSG, ambos firmados por el subgerente de Logística el 21 de mayo de 2020. Asimismo, figuran el informe legal N°107-2020-GAJ-MDR, firmado por el gerente de Asesoría Jurídica, y el documento que aprueba la contratación directa N° 1-23-2020-MDR, aprobado por Pedro Guillermo Rosario Tueros, alcalde de la Municipalidad del Rímac⁶⁷.

⁶⁷ La información advertida figura en el SEACE, por lo menos hasta el 11 de agosto de 2020; sin embargo, no es posible visualizar lo que contiene cada documento.

En la formación del contrato se puede observar la participación de los gerentes de Logística y de Asesoría Jurídica, quienes, a través de un informe, evaluaron la idoneidad del proveedor. Además, el alcalde de la comuna aprobó dicha contratación, a partir de lo cual se puede inferir que presuntamente habría estado de acuerdo con la oferta del proveedor. Asimismo, la toma de decisión debió sustentarse en los informes que presentaron las autoridades previamente señaladas.

En este caso, como primera medida, se debe investigar a las personas que tuvieron participación en la formación del contrato, quienes serían los gerentes de Logística y de Asesoría Jurídica, así como el alcalde. Se debe evaluar si existe una relación, y de qué tipo (puede ser amical o familiar), entre estas personas y el proveedor, quienes serían los integrantes de la empresa Grupo Santa Ana S.A.C.

Si no se encontrara algún tipo de relación cercana o esta relación no implica de por sí que haya habido un favorecimiento entre los sujetos mencionados, se debe evaluar la relación indirecta que implicaría que una persona particular u otro funcionario tenga un tipo de relación con el proveedor y haya intercedido ante uno de los funcionarios mencionados para contactarlos.

El sujeto pasivo en este delito es el Estado, ya que se perjudica la actividad estatal que, en este caso, consistió en obtener productos de necesidad básica en buen estado y de una calidad idónea con el monto transferido a la Municipalidad del Rímac para beneficiar a las personas en estado de vulnerabilidad.

Para que esta presunta conducta ilícita sea sancionada se debe constatar la concertación entre el funcionario y el interesado. La naturaleza de este delito hace que sea casi imposible obtener una prueba directa de la concertación, ya que es poco probable que las personas involucradas acepten que han estado de acuerdo en contratar para obtener un beneficio particular. Por ello, se debe construir esta imputación a través de la prueba indiciaria.

Este caso es particular pues, al ser una contratación directa, no se podría evaluar la propuesta de los otros postores ni compararla con el proveedor elegido, ya que no existen más proveedores. Tampoco se podría verificar si los requerimientos han sido direccionados para que el proveedor elegido sea el único que cumpla dichas especificaciones.

Si bien la normativa vigente de contrataciones no refiere un procedimiento para que se realice una indagación en el mercado ni exige contar con un número mínimo de cotizaciones, los funcionarios públicos deben actuar de acuerdo

con el interés general y no particular. Por ello, la municipalidad tiene el deber de actuar con diligencia al momento de contratar con un proveedor.

Dicho deber de diligencia implica una revisión mínima de los precios de los productos en el mercado para priorizar el recurso monetario con la finalidad de que exista una relación de calidad en la adquisición del producto, así como un gasto razonable en ella. Los efectos de este criterio se verán reflejados en la existencia o no de la defraudación al Estado.

La defraudación se evidencia con el quebrantamiento de los roles especiales que asumen los funcionarios públicos, cuyo efecto es un perjuicio efectivo en la disposición y en la asignación eficaz del patrimonio del Estado. En este caso, se debería comparar el precio de los productos comprados a la empresa Grupo Santa Ana S.A.C.⁶⁸ con los precios de los mismos productos publicados en el Sistema de Abastecimiento y Precios (SISAP)⁶⁹ en el plazo que se contrató. De esta manera, se podría comprobar, en un primer momento, si hubo una presunta sobrevaluación de los productos.

Respecto a la responsabilidad del particular, se debe tener en cuenta que se está frente a un delito de encuentro, el cual implica la participación de manera complementaria para cometer el ilícito. En este caso, si se determina que ha existido el delito de colusión, se deberá indicar al responsable de esta concertación, el cual podría ser un integrante de la empresa Grupo Santa Ana S.A.C.

El particular podrá responder como cómplice (artículo 25 del Código Penal) o instigador (artículo 24 del Código Penal). Será cómplice cuando favorece un hecho ajeno; es decir, coopera para que se configure el delito. La complicidad será necesaria o no, de acuerdo con el grado de participación. En el caso del delito de colusión, la complicidad es necesaria ya que se requiere la concertación entre el funcionario público y el particular.

Por su parte, la participación como instigador implica que se haya inducido a través del convencimiento o que exista algún tipo de influencia psicológica que implique la sujeción de la voluntad del instigado.

⁶⁸ De acuerdo con el Informe de control simultáneo de la Contraloría, la información respecto a los productos se publicó el 15 de junio de 2020, de manera extemporánea.

⁶⁹ Mediante este sistema se puede acceder, en tiempo real, a la información referida a volúmenes, precios y procedencias de los principales productos agropecuarios e industriales. Asimismo, se brinda información de la comercialización de los principales mercados mayoristas de Lima Metropolitana: Gran Mercado Mayorista de Lima, Mercado Mayorista de Frutas N°2, Mercado Modelo de Frutas, Mercado Corporativo de Túpac Amaru y Mercados Productores de Santa Anita.

A partir de los elementos recabados no es posible realizar una aseveración respecto a si la participación del particular es en calidad de cómplice o de instigador.

3.2. Delito de peculado doloso por apropiación

El delito de peculado está regulado en el artículo 387 del Código Penal. En este caso se sanciona al funcionario que, aprovechando el ejercicio de su cargo, se apropia o utiliza indebidamente bienes públicos en provecho personal o de un tercero.

En el programa periodístico de ATV *Al estilo Juliana*, así como en los diarios *La República* y *Correo*, se hace referencia a que el padrón de entrega de canastas básicas habría contenido información inexacta.

En este caso en particular, cabe recalcar que en el reportaje de *Al estilo Juliana*, una señora habría negado haber recibido dicha canasta y también mencionó que la firma consignada no le correspondería. Además, el DNI consignado habría correspondido a una persona fallecida, según el RENIEC.

Asimismo, al consultar la página de adquisición y distribución de bienes de primera necesidad de la canasta básica familiar, se observó que R.L.M.G. y G.K.M.G. recibieron dicha canasta el 29 de abril de 2020. En este caso, primero se tendría que investigar si el apellido de ambas personas está bien escrito o si existe un error de tipeo, y si el apellido también es el mencionado; segundo, en caso de que el apellido sea el correcto, se debe descartar que ambas personas sean familiares y vivan en la misma casa, y si están en situación de vulnerabilidad. En caso de que ambas personas tengan una relación de parentesco y vivan en la misma casa, se podría entender que la municipalidad haya realizado una duplicidad de canasta.

De los hechos relatados se desprende que existe una irregularidad en la entrega de canastas, ya que hay una inconsistencia en los datos registrados. En este sentido, se debería evaluar si las personas que figuran en el padrón pertenecen al grupo de vulnerabilidad, por encontrarse en una situación de pobreza o po-

breza extrema⁷⁰; segundo, es preciso verificar, mediante una pericia grafotécnica que determine si las firmas corresponden, si todas las personas consignadas en el padrón recibieron las canastas.

Si se demuestra que las canastas se han entregado a personas que no se encuentran en un estado de pobreza o pobreza extrema, que las firmas no corresponden a las personas consignadas y que no se les ha entregado la canasta, se deberá proceder a determinar quiénes han sido los funcionarios encargados de realizar el padrón de personas vulnerables y quiénes, los funcionarios responsables del reparto de estas canastas, para determinar cuál ha sido el destino de dichos productos.

El sujeto activo del delito estaría constituido por los funcionarios públicos que se han apropiado de los caudales de la administración, cuya custodia les ha sido confiada por razón de su cargo. Como se mencionó anteriormente, el dominio sobre estas canastas habría recaído sobre la comisión encargada de repartir estos productos. Asimismo, se deberá determinar si estas canastas básicas habrían sido apropiadas para sí o para otros.

Cabe recalcar que para este delito no se requiere la constatación de un perjuicio patrimonial efectivo de los recursos del Estado; sin embargo, si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

En este caso, el presupuesto asignado por el gobierno central estaba destinado a la compra de canastas básicas que contengan alimentos para la subsistencia de las personas durante el estado de emergencia.

⁷⁰ Estos datos se pueden encontrar en el Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH), ya que contiene información socioeconómica de los ciudadanos. Además, la Municipalidad del Rímac habilitó un padrón a través de su página de Facebook para que las personas se puedan registrar. Dichos datos pudieron ser contrastados con el SISFOH.

4. Conclusiones

- La Municipalidad del Rímac pudo obtener información sobre las personas en situación de vulnerabilidad a través de la página del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH); sin embargo, también ha recolectado información a través de su página de Facebook para identificar a las personas y determinar si se encontraban en estado de vulnerabilidad.
- A partir de los hechos relatados se podría evidenciar la presunta existencia de irregularidades, por lo cual, es necesario que se evalúe si existió una sobrevaloración en la adquisición de los productos. Por tanto, se deberá realizar una evaluación de mercado durante la etapa de contratación con la empresa Grupo Santa Ana S.A.C, así como la pericia grafotécnica de las firmas consignadas en el padrón de entrega de canastas para determinar si efectivamente las personas incluidas en dicho padrón las recibieron.
- Las investigaciones deben continuar en caso se evidencie alguna sobrevaloración de los productos adquiridos, así como la falsificación de las firmas consignadas en el padrón de entrega. Para ello, se deberá solicitar información respecto a las personas que han participado tanto en la comisión de contratación como en la comisión de entrega de los productos.

5. Bibliografía

América Televisión. (23 de junio de 2020). Diviac intervino Municipalidad del Rímac por irregularidades. *Edición Mediodía*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=evs6tjEBzIO>

Andina de Televisión. (8 de junio de 2020). Fallecidos fueron beneficiarios con canastas en el Rímac. *ATV noticias al estilo Juliana*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=jWoxAl0kap8>

Chanjan, R. (2020a). *Aspectos procesales de la persecución de los delitos de corrupción*. Lima: IDEHPUCP.

Chanjan, R. (2020b). *Principales delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Contraloría General de la República del Perú. (2020a). *Consulta de adquisición y distribución de bienes de primera necesidad de la canasta básica familiar*. Recuperado de <https://apps1.contraloria.gob.pe/SPBEN/wfrm/Resumen/Ficha.aspx?en=2164>

Contraloría General de la República del Perú. (2020b). *Informe de adquisición y distribución de canastas familiares en el marco del estado de emergencia por COVID-19. Hito de control N°2-regularización, registro y publicación en el SEACE de la documentación de la adquisición y distribución de canastas básicas familiares*. Recuperado de https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CSIL53002168&TIPOARCHIVO=RE

Contraloría General de la República del Perú. (2020c). *Informe de distribución de canastas básicas familiares en el marco del estado de emergencia nacional por COVID-19. Informe de Control Simultáneo N° 6297-2020-CG/SADEN-SVC*. Recuperado de https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2020CSIL53002219&TIPOARCHIVO=RE

Contraloría General de la República del Perú. (2020d). *Informe del avance presupuestal de la entrega de canasta al 11 de agosto 2020*. Recuperado de <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTE2YmRhMDYtMDBkNS00MTU0LThmO-GUtNGM5NWlxNmM1N2ZjliwidCI6Ijk3NGVmNzRILTcxNWQ0tNGQ5NC1hMT-ZhLWE2MmFhMzg0MDQ4YjI9>. Consulta: 10 de agosto de 2020.

Correo. (23 de junio de 2020). *Intervienen Municipalidad del Rímac por presuntos actos de corrupción en la compra y reparto de canastas*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/edicion/lima/municipalidad-del-rimac-es-intervenido-por-presuntos-actos-de-corrupcion-en-la-compra-y-reparto-de-canastas-nczp-noticia/?ref=dcr>.

La República. (23 de junio de 2020). *Intervienen Municipalidad del Rímac por presuntas irregularidades*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/2020/06/23/rimac-ministerio-publico-y-diviac-intervienen-municipalidad-por-presuntas-irregularidades-en-canastas-covid-19/>

Ministerio de Agricultura y Riego. (2020). *Sistema de Abastecimientos y Precios*. Recuperado de <http://sistemas.minagri.gob.pe/sisap/portal2/ciudades/#>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2020). *Canasta básica familiar-COVID-19*. Recuperado de https://apps5.mineco.gob.pe/transferencias/cuadros/Hoja1_1.aspx

Municipalidad del Rímac. (6 de abril de 2020). *Empadronamiento para entrega de víveres a familias más necesitadas*. Recuperado de <https://www.facebook.com/MuniRimacOficial/posts/2788618077918175/>

Poder Ejecutivo. (27 de marzo de 2020). Decreto de Urgencia N° 033-2020. Recuperado de <file:///C:/Users/User/Downloads/1865180-1.pdf>

Radio Nacional Perú. (24 de junio de 2020). *Municipalidad del Rímac: 150 presuntas irregularidades en entrega de canastas*. Recuperado de <https://www.radionacional.com.pe/noticias/locales/municipalidad-del-rimac-150-presuntas-irregularidades-en-entrega-de-canastas>

Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (2020). *Adquisición de canastas de alimentos en el marco de la emergencia nacional por el brote del COVID-19*. Recuperado de <https://prodapp2.seace.gob.pe/seacebuspub/fichaSeleccion/fichaContratos.xhtml>



ISBN: 978-612-4474-07-1



9 786124 474071