

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

Lima, dieciséis de marzo de dos mil once.-

**VISTOS;** los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Víctor Abel Del Castillo Alarcón, Grimaldo Béjar Cheuca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Edgar Ochoa Astete, Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara, Américo Olivera Marocho, Nilda Guevara Cuadros y Francisco Huamán Concha, contra las sentencias condenatorias de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve y trece de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil veinticinco y dos mil trescientos setenta y ocho, respectivamente, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, los agravios contenidos en los recursos de nulidad interpuestos por los encausados contra la sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil veinticinco, se expresan de la siguiente manera: **a)** Víctor Abel Del Castillo Alarcón, a fojas dos mil sesenta y seis, alega que ha prescrito la acción penal, puesto que al momento de sucedidos los hechos, el delito de negociación incompatible estaba circunscrito en el supuesto de hecho del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (actualmente en el artículo trescientos noventa y nueve), por lo que los plazos para la prescripción fueron rebasados; asimismo, no existe pruebas que demuestren la comisión de los delitos de negociación incompatible y falsedad ideológica, puesto que se omitieron realizar las pericias respectivas para determinar las ilicitudes penales referidas; **b)** Edgar Ochoa Astete, a fojas dos mil setenta y ocho, alega que actuó

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

siempre conforme a derecho y no se ha demostrado su responsabilidad penal respecto del delito de falsedad ideológica, siendo el caso que el ejercicio de la acción penal habría prescrito; **c)** Edgar Américo Olivera Marocho, a fojas dos mil ochenta y tres, refiere que sus obligaciones eran totalmente ajenas a la realización de adjudicaciones, no pudiendo imputársele el delito de negociación incompatible, además, no se ha probado la existencia de algún interés en alguna de las contrataciones realizadas, sea en provecho propio o de tercero; **d)** Marciano Hebelio Malaver Chávez, a fojas dos mil ciento uno, expresa que no se ha demostrado que su conducta haya sido realizada de manera dolosa, jamás pensó favorecer o beneficiar a un tercero o así mismo, por lo que no puede configurarse el delito de negociación incompatible, más aún, si resulta aplicable la exención de la obediencia jerárquica, pues era el Alcalde quien dirigía el Comité Especial de Adjudicaciones; asimismo, habría prescrito el ejercicio de la acción penal; **e)** Grimaldo Béjar Chauca, a fojas dos mil ciento dieciséis, alega que no estuvo trabajando durante el periodo en el que se realizaron los hechos delictuosos, siendo el caso que el Acta que suscribió en vía de regularización fue por presión y disposición del Alcalde, lo que configura la eximente de la obediencia debida, no habiéndose generado ningún perjuicio a la Municipalidad de Santiago; **f)** Nilda Guerra Cuadros, a fojas dos mil ciento veintitrés, señala que se desempeñaba como Jefe de Abastecimientos, por lo que sus obligaciones eran ajenas a la realización de las adjudicaciones, no siendo pasible de imputársele el delito de negociación incompatible; siendo el caso que, el acta de adjudicación de fojas ciento cuarenta y ocho fue firmada en vía de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

regularización y por presión del Alcalde de la Municipalidad; y, **g)** Francisco Huamán Concha, a fojas dos mil trescientos cuarenta, refiere que la Sala Penal Superior sólo pretende convalidar el pago de las dietas por la asistencia a las sesiones ordinarias, dejando de lado las sesiones extraordinarias y sesiones solemnes, a pesar de que no existe norma sustantiva que prohíba pagar por concepto de dietas por asistencia a sesiones extraordinarias y solemnes, no pudiendo ser ilícita su conducta. De otro lado, el encausado Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara fundamenta su recurso de nulidad, de fojas dos mil cuatrocientos uno, contra la sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil trescientos setenta y ocho, alegando que el ejercicio de la acción penal ha prescrito, por cuanto, la Sala Penal Superior determinó como inicio del plazo prescriptorio el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete y el veinticuatro de julio del mismo año, siendo el caso que a la fecha ha transcurrido el plazo para que opere la institución referida. **SEGUNDO:** Que, conforme al dictamen acusatorio, de fojas quinientos sesenta y cinco, el representante del Ministerio Público determina el hecho punible de la siguiente manera: **i)** La Contraloría General de la República al practicar el examen de la gestión de Víctor Abel del Castillo Alarcón, ex Alcalde de la Municipalidad de Santiago, ha llegado a establecer actos dolosos en los que han incurrido los acusados, así se tiene: a) La contratación de la Empresa MASCEL sin un previo proceso de selección, advirtiéndose además que no se evidencia el destino de treinta y cinco postes de concreto que fueron materia de compra de la empresa referida, por el importe de ocho mil quinientos cinco nuevos soles; b) La simulación de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

un proceso de adjudicación para la ejecución de la obra "Conclusión Mercado Zonal Zarzuela" por el monto de trescientos veinticinco mil nuevos soles; y, c) La inserción de declaraciones juradas falsas en memorandums, incrementando dietas a regidores durante el periodo mil novecientos noventa y siete, sin aprobación del Consejo, originando pagos indebidos por diez mil novecientos cincuenta soles, así como pagándose dietas a regidores por sesiones no asistidas y no realizadas hasta por la suma de sesenta y ocho mil ochocientos diecinueve soles.

ii) Con relación al primero hecho irregular, se tiene que con fecha **ocho de octubre de mil novecientos noventa y seis**, cuando el encausado Víctor Abel Del Castillo Alarcón desempeñó el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Santiago, habría suscrito directamente un contrato de compra venta de tubos de concreto con la Empresa MASCEL empresa individual de responsabilidad limitada, sin contar con el número mínimo de tres cotizaciones conforme exige la normativa del caso, acto irregular efectuado por disposición del Alcalde y de la ex Administradora Blanca Pilares Suyo, así como del ex Jefe de Abastecimientos Grimaldo Bejar Chauca. Con relación a este contrato irregular, conforme a la nota de entrega de fechas **cuatro, cinco, seis y nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis** la empresa MASCEL hizo entrega a la Municipalidad de Santiago los tubos requeridos; sin embargo, estos no llegaron a su destino, ya que únicamente el Asentamiento Humano Erapata confirmó haberlos recibido, en cambio la asociación Provivienda "La Pradera" y "Hermanos Ayar" conforme a la carta suscrita por su representante han indicado que no han recibido los postes (tubos); no obstante, existen

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

documentos que acreditan la entrega de los mismos, los que habrían sido firmados por Gladys Quintana Quilla y Fernando Yabar Escalante, registrando firmas de recepción que no corresponden a los supuestos beneficiarios. **iii)** Respecto del segundo hecho detectado por la Contraloría, los encausados Víctor Abel del Castillo, Grimaldo Bejar Chauca, Hebelio Malaver Chávez Olivera y Nilda Guevara Cuadros en calidad de integrantes del Comité de Adjudicación simularon un proceso para la ejecución de la obra "Conclusión de Mercado Zonal Zarzuela" por el importe de trescientos veinticinco mil nuevos soles, con el apoyo del arquitecto Américo Olivera Marocho, puesto que habrían invitado mediante documentos de fecha **veinticuatro de julio de dos mil** a las empresas RUI CARVALHO Ingenieros sociedad de responsabilidad limitada, INALSA sociedad de responsabilidad limitada y WTA Consultores Constructores, a participar en un proceso de adjudicación, que por el monto correspondía a un proceso de adjudicación directa selectiva, sin publicación, y que estas empresas supuestamente habrían presentado sus propuestas; sin embargo, cuando la Comisión Auditora consiguió la información de los participantes se obtuvo que la única empresa participante fue la de Ruiz Carvalho, representada por Katy Ruiz Vargas, en tanto que las otras empresas informaron mediante cartas que no tuvieron participación alguna, menos recibieron invitación. No obstante, está acreditado que mediante Acta de Adjudicación, el Comité integrado por los encausados antes mencionados procedieron a adjudicar la obra a esta empresa suscribiendo un contrato por el importe de trescientos veinticinco mil nuevos soles, sin tomar en cuenta que la indicada empresa no se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

encontraba inscrita en el Registro Nacional de Contratistas, ni como ejecutor ni consultor, contraviniendo de esta manera la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. **iv)** Como último hecho, se tiene que mediante sesión extraordinaria de fecha **doce de enero de mil novecientos noventa y seis** se acordó fijar en cuatrocientos nuevos soles las dietas de los regidores por cada sesión concurrida, como máximo cuatro sesiones por mes, siendo el caso que los encausados Claudio Otazu Ladrón De Guevara, Edgar Ochoa Astete, Francisco Huaman Concha y Blanca Pilares Suyo, con el fin de que los regidores obtengan beneficios ilícitos, procedieron a insertar declaraciones juradas falsas en Memorandums e informes para requerir el pago de dietas de los ex Regidores por sesiones no convocadas y por sesiones en las que no tuvieron participación; lo que habría ocurrido desde el año **mil novecientos noventa y seis al año dos mil**. **TERCERO:** Que, la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual – por el transcurso del tiempo – la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones; y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma (*Sentencia del Tribunal Constitucional número ochocientos cinco – dos mil cinco – Habeas Corpus*). **CUARTO:** Que, de la revisión de la acusación Fiscal, de fojas cuatrocientos tres, observamos que los delitos imputados son: **a)** negociación incompatible con el cargo y **b)** falsedad ideológica; el primero, al momento de sucedidos los hechos – entre mil novecientos

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

noventa y seis y el año dos mil - se encontraba tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, contemplando una pena abstracta máxima de cinco años de pena privativa de la libertad, no siendo aplicable la modificatoria introducida por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, de fecha seis de octubre de dos mil cuatro; puesto que modificó el artículo referido y estableció su traslado al artículo trescientos noventa y nueve, con una pena abstracta máxima de seis años, lo que implica agravación cuantitativa y no beneficiosa al encausado; de otro lado, el segundo delito está tipificado en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal y contempla una pena abstracta máxima de seis años de pena privativa de libertad, siendo el caso que manteniendo su texto original de manera íntegra, resulta aplicable durante el lapso en el que se habrían producido las falsedades ideológicas - entre mil novecientos noventa y seis y el año dos mil -. **QUINTO:** Que, la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, señala que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción penal se duplica en los delitos que son cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, debiéndose interpretar y entender que la mención de la afectación del patrimonio del Estado será aplicable cuando éste (patrimonio) sea el bien jurídico protegido por el tipo penal, empero no otro; en ese sentido, no se configura el supuesto de hecho cuando el desmedro patrimonial proviene de la transgresión de un bien jurídico distinto al patrimonio del Estado; al respecto, el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, estableció que "el ataque

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos" (considerando décimo segundo), debiendo orientarse la aplicación de la duplicidad del plazo ordinario de prescripción por la calidad de funcionario público en los supuestos dados en el Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"(considerando décimo cuarto), coligiéndose que no resulta aplicable al delito de falsedad ideológica; de otro lado, si bien el delito de negociación incompatible está circunscrito dentro del Capítulo referido del Código sustantivo; no obstante, dentro del mismo "no todos los delitos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados y vinculados directamente con el patrimonio público(...)"(considerando décimo cuatro, literal B). Que, el bien jurídico protegido penalmente por el delito de negociación incompatible con el cargo, como en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos (JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página doscientos sesenta y seis y siguientes), por lo que la inobservancia de ese deber específico que vincula al funcionario público con los fines estatales es la que sustenta la sanción penal (GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos Dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: El Delito de Colusión, Grijley, Lima, dos mil ocho, página veintiuno), estableciéndose como



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

relación normativa el deber positivo del funcionario público de intervenir y disponer el patrimonio del Estado – por razón de su cargo – en algún contrato u operación que beneficie al Estado, excluyéndose de cualquier arreglo que permita advertir su interés en el contrato. Por ello, el bien jurídico protegido de este delito no es el patrimonio del Estado, sino más bien la correcta marcha de la administración pública, y especialmente la lealtad de los funcionarios del Estado a través de su imparcialidad, por tanto, no es aplicable la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal. **SEXTO:** Que, no siendo aplicable la duplicidad del plazo de prescripción por la calidad de funcionario público, advertimos que, en virtud de los artículos ochenta y ochenta y tres del Código sustantivo se necesitaría el transcurso de siete años y seis meses para la prescripción del ejercicio de la acción penal del delito de negociación incompatible; y, nueve años para el delito de falsedad ideológica, situación que se presenta en autos, puesto que los ilícitos se habrían producido entre los años mil novecientos noventa y seis y dos mil, habiéndose superado en demasía los plazos referidos. Por estos fundamentos: declararon **i.- HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil nueve, de fojas dos mil veinticinco, que condenó a Víctor Abel Del Castillo Alarcón - como autor -, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Américo Olivera Marocho y Nilda Guevara Cuadros – como cómplices primarios – por la comisión del delito contra la Administración Pública – en la modalidad de negociación incompatible con el cargo – en agravio del Estado Peruano y de la Municipalidad Distrital de Santiago, imponiéndose al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 404 - 2010**

**CUSCO**

término de prueba tres años, bajo reglas de conducta, y a los demás tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de prueba de dos años; e inhabilitación por tres años; asimismo, en el extremo que condenó a Edgar Ochoa Astete y Francisco Huaman Concha por el delito contra la Fe Pública – en la modalidad de falsedad ideológica – en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de dos años, bajo reglas de conducta, e inhabilitación por dos años; y fijaron en veinte mil nuevos soles el monto de reparación civil; **ii.-**

**HABER NULIDAD** en la sentencia trece de noviembre de dos mil nueve, de fojas dos mil trescientos setenta y ocho, que condenó a Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara por el delito contra la Fe Pública – en la modalidad de falsedad ideológica – en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de prueba de dos años, bajo reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de dos años y fijó en veinte mil nuevos soles la reparación civil; y, **iii) REFORMÁNDOLA declararon de oficio prescrita la acción penal** incoada contra Víctor Abel Del Castillo Alarcón, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Américo Olivera Marocho y Nilda Guevara Cuadros por el delito contra la Administración Pública – en la modalidad de Negociación Incompatible-; asimismo, contra Edgar Ochoa Astete, Francisco Huaman Concha y Claudio Cirilo Otazú Ladrón De Guevara por el delito contra la Fe Pública – en la modalidad de falsedad ideológica – en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de Santiago; **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso; y **ORDENARON** la

**CUSCO**

SS.

PARIONA PASTRANA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

RT/dsza

SECRET SUPREMA