

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3358 - 2010

JUNÍN

Lima, treinta y uno de mayo de dos mil once .-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y por los procesados Didán Dante Olano Revatta, Teófilo López Guzmán, Teodoro Víctor Cabezas Ramírez, Rodrigo Aurelio Rodríguez Vivas, Guillermo Néstor Carhuanchó Quintana, Rossana Mirella Demarini Tremolada y Mario Carmen Cutimbo Chávez, contra la sentencia de fecha diez de agosto de dos mil diez, obrante a folios setecientos cincuenta y ocho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que, los recurrentes han sustentado sus agravios en los siguientes términos: **i)** el Fiscal Superior en su escrito de fojas setecientos noventa y seis, alega que no se encuentra conforme con el *quantum* de la pena impuesta a los sentenciados Olano Revatta, López Guzmán, Cabeza Ramírez y Rodríguez Vivas, porque es benevolente, no obstante, el bien jurídico vulnerado; asimismo, cuestiona la absolución de los procesados Italo Antonio Medina Rojas y Elmo Arturo García Atau del delito de omisión de denuncia por no haberse valorado que éstos eran responsables del almacén y tuvieron conocimiento del cambio de escobas "Clorinda" por el de la marca "Bruja", sin embargo, no formularon denuncia alguna; **ii)** los procesados López Guzmán y Olano Revatta en sus escritos de folios setecientos ochenta y nueve y setecientos noventa y tres, respectivamente, alegan que han sido condenados a pesar de la ausencia de pruebas, no siendo posible una condena por el sólo hecho de haber integrado el Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones de la UGEL – Chanchamayo; concluyen indicando, que el cambio de los productos adquiridos estaba legitimado en mérito a lo establecido en el artículo doscientos cincuenta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3358 - 2010

JUNÍN

y dos del Decreto Supremo número ochenta y cuatro, bienes que por cierto, eran de buena calidad; **iii)** Los imputados Carhuancho Quintana, Cabezas Ramírez y Demarini Tremolada en sus escritos de folios setecientos noventa y nueve, ochocientos catorce y ochocientos veinte, respectivamente, coinciden en alegar que no existe prueba alguna que acredite su responsabilidad penal en los hechos *sub judice*. En el caso en particular de Néstor Carhuancho Quintana, quien se desempeñaba como Coordinador General de la Comisión de Atención de Denuncias y Reclamos de la UGEL (CADER), se tiene que éste carecía de la función de denunciar, estando impedido de procesar o tramitar denuncias relacionadas al manejo de recursos; de otro lado, en cuanto al encausado Cabezas Ramírez, no se ha tenido en cuenta que ha sido condenado por el delito de colusión a pesar de no haber integrado el Comité Especial de Adquisición y Contrataciones de la UGEL-Chanchamayo para el periodo dos mil cinco; y si bien suscribió el Acta de Verificación y Entrega del Material de Limpieza de fecha veintiséis de enero de dos mil seis, también lo es que no era de su competencia verificar la recepción y conformidad de los bienes materia de adquisición; finalmente señalan, que en igual situación se encuentra la procesada Demarini Tremolada, quien también sostiene que según el Manual de Organización y Funciones de la entidad agraviada, no tenía la función de denunciar; **vi)** el procesado Rodríguez Vivas a folios ochocientos veinticinco, alega que no se ha demostrado perjuicio económico al Estado, ni ventaja alguna para los procesados, conforme consta del peritaje elaborado por el Contador Espinoza Cortés; **v)** el procesado Cutimbo Chávez a folios ochocientos treinta, alega que no se ha valorado que las personas que tramitaron y participaron en el concurso de adquisición de escobas fueron su sobrino Fernando Marcial

Gonzáles Chong y Ramiro Rafael Coronado Villareyes, lo que demuestra que la sentencia se sustenta en meras subjetividades al no haberse demostrado el acuerdo previo. **Segundo:** Que, se imputa a los procesados Didán Dante Olano Revatta, Teófilo López Guzmán, Teodoro Víctor Cabezas Ramírez y Rodrigo Aurelio Rodríguez Vivas, la comisión del delito contra la Administración Pública – colusión ilegal, pues como integrantes del Comité Especial de Adquisiciones de la UGEL – Chanchamayo -asumiendo funciones a partir del diez de enero de dos mil cinco hasta el ocho de enero de dos mil seis-, llevaron a cabo en diciembre de dos mil cinco una licitación para la adquisición de materiales de limpieza, es así, que mediante "Acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro", de fecha veintidós de diciembre de dos mil cinco, se dio por ganador a la Ferretería "Arcángel", de propiedad de Mario Carmen Cutimbo Chávez adquiriéndose mil trescientos veintinueve unidades de escoba marca "Clorinda", mango de metal con rosca a cinco nuevos soles y cincuenta céntimos cada uno, y una unidad de escoba especial Clorinda mango de metal con rosca por cuatro nuevos soles y cincuenta céntimos, siendo el monto total siete mil trescientos catorce nuevos soles, suma que la UGEL — Chanchamayo canceló a favor de la ferretería ganadora; sin embargo, conforme al Acta de Verificación de fecha dieciocho de enero de dos mil siete, se constató que el producto que se iba a entregar no tenía las características ofrecidas, y no obstante, que se había cancelado el valor de las escobas requeridas, se determinó no recepcionar dicha mercadería, empero, los sentenciados, con fecha veintisiete de enero de dos mil seis, aceptaron las escobas de marca "La Bruja" en vez de "Clorinda", aduciendo que estas eran de mejor calidad, perjudicando con ello a la UGEL-Chanchamayo. De otro lado, se atribuye a los procesados Italo Antonio Medina Rojas, Elmo Arturo García

Atau, Rossana Mirella Demarini Tremolada y Guillermo Néstor Carhuancho Quintana la comisión del delito de omisión de denuncia, puesto que, a pesar de tener conocimiento que el nuevo Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones de la UGEL-Chanchamayo, aceptó irregularmente el cambio de las escobas, sin realizar una comparación de precios, no denunciaron tal situación a la autoridad competente permitiendo de esta manera la sustitución de la mercadería. En cuanto al delito de cohecho activo genérico, que se imputa únicamente al procesado Mario Carmen Cutimbo Chávez, se sustenta en haber ofrecido o prometido donativo, ventaja o beneficio a los funcionarios a cargo de la licitación y recepción de material licitado, toda vez, que el Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones de la UGEL-Chanchamayo recepcionó escobas de marca "La Bruja", distinta a lo licitado; máxime, cuando la Ferretería "Arcángel", ganadora de la buena pro, no existe como persona jurídica. **Tercero:** Que, el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios. **Cuarto:** Que, el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el

acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado, por lo tanto, para poder determinar la responsabilidad de los acusados en el delito de colusión resulta fundamental determinar si ha existido un acuerdo previo, el cual debe inferirse de los actos previos que rodearon la operación económica o licitación, en tal sentido, de la acusación fiscal se desprende que el elemento incriminador estaría constituido sólo por el acto de recepción de productos que no tenían la características ofrecidas por el ganador de la *buena pro*, lo que en rigor, no constituye un acto previo sino un hecho posterior a la licitación, tanto más, cuando se había cancelado el monto total de los productos adquiridos –mil trescientos treinta escobas–; no obstante ello, cabe traer a colación los antecedentes de la licitación en comentario, así tenemos que mediante acta de apertura de sobre y otorgamiento de la *buena pro*, de fecha veintidós de diciembre de dos mil cinco, de fojas quince, se dio como ganador a la Ferretería “Arcángel”, sin embargo, cuando se pretendió entregar la mercadería con fecha dieciocho de enero de dos mil seis, conforme consta del acta de verificación de fojas setenta y nueve, las autoridades de la Unidad de Gestión Educativa Local Chanchamayo, se negaron a recepcionar las escobas de marca “Clorinda”, pues a su entender éstas no tenían las características ofrecidas, debiendo precisarse, que pese a ello, se dejó constancia en la referida acta, que una escoba quedaba como muestra para la evaluación del Órgano de Control Institucional – OCI, quien por cierto debía emitir un informe detallado y documentado acerca de la licitación. **Quinto:** Que, el acta de verificación y entrega de material de limpieza de fojas dieciséis, que a criterio del representante del Ministerio Público constituiría prueba del delito de colusión, contrariamente a lo sostenido por el titular de la

acción penal e incluso, del Tribunal Superior, nos revela un detalle esclarecedor acerca de los hechos, pues en este se deja constancia que la recepción del material de limpieza se hizo con la anuencia del Órgano de Control Institucional, esto es, precisamente por el órgano que quedó a cargo de verificar la calidad del producto y de investigar posibles irregularidades incurridas durante la licitación; además, otro elemento objetivo que desvirtúa la existencia de un acuerdo defraudatorio previo por parte de los acusados, en su condición de integrantes del Comité Especial de Adquisiciones de la UGEL – Chanchamayo, corresponde a la factura número cero cero cero quinientos setenta y nueve, obrante en copias certificadas a fojas siete, mediante el cual la referida UGEL cancela siete mil trescientos catorce nuevos soles a la Ferretería “Arcángel” por los artículos de limpieza, documento contable que por cierto data del veintidós de diciembre de dos mil cinco, es decir, fecha anterior al dieciocho de enero de dos mil seis, en que el mencionado Comité decide no aceptar los productos ofrecidos por la ganadora de la *buena pro*, no resistiendo a un análisis lógico, la existencia de un acuerdo previo, pues de haber sido cierta tal hipótesis, el mismo día se habría recepcionado los productos. **Sexto:** Que, los motivos para recepcionar productos distintos a los que se ofreció, se consignó en el acta de recepción de fojas dieciséis, pues en ella se señala que los integrantes de la Comisión “(...) se reunieron a fin de evaluar la entrega del material de limpieza (escobas) de marca Clorinda y que en la última adquisición fue a la Ferretería Arcángel y que habiéndose presentado diversas marcas de escobas y constatando que la escoba Clorinda es pequeña, por lo que, se da por aceptada la marca Bruja de treinta centímetros de largo por doce centímetros de alto y contando con mejores cerdas para la limpieza (...)”, asimismo, la Comisión dejó constancia “(...) que se acepta la referida marca para ser distribuida en los centros educativos gratuitamente en una cantidad de mil trescientos

veintinueve unidades por ser de mayor calidad, a la vez tomando como anuencia de OCI y de CADER a fin de que la adquisición sea buena, de calidad y transparente(...)"

Sétimo: Que, aunado a ello, también debe tenerse en cuenta que en las conclusiones del dictamen pericial de fojas quinientos cuarenta y ocho, se sostuvo que la adquisición se hizo dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto ciñéndose a las normas establecidas por Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta; asimismo, cuando el perito que elaboró este dictamen, Juan Flores Barnechea comparece al juicio oral con el propósito de ratificar su pericia, señaló que la compra de los productos de limpieza se llevó con normalidad, en relación a la menor cuantía y a las cuatro proformas que se habían presentado; además, agregó que no hubo perjuicio económico en la operación, ni sobrevaloración y que las escobas "Las Brujas" son mejores que "Clorinda"; finalmente indicó, que la Ferretería "Arcángel" sí tenía Registro Único de Contribuyentes, versión que se ratificó con el Informe Pericial Contable Complementario emitido por otro contador distinto, Alejandro Espinoza Solís, quien a fojas seiscientos sesenta y siete, concluyó en relación a la factura número cero cero uno - cero quinientos setenta y nueve, emitida por Ferretería "Arcángel" de Mario Cutimbo, se encontraba conforme a la prórroga establecida por la Administración Tributaria, por lo que, dicho comprobante de pago aún se encontraba vigente, desvirtuándose así el inicial cuestionamiento legal sobre la personería jurídica de la empresa ganadora de la buena pro. **Octavo:** Que, por todas las razones antes acotadas, se puede colegir que no existió una concertación previa, menos perjuicio económico conforme lo requería la norma penal aplicable en la fecha de los hechos -artículo trescientos ochenta y cuatro en su versión original del Código Penal de mil novecientos noventa y uno-, pues de acuerdo con su redacción, el delito de colusión requiere para su configuración tanto la verificación

del desvalor de acción como, sobre todo, del desvalor del resultado, que en el caso de autos no ha sucedido, resultado amparable en este sentido, los agravios propuestos por los recurrentes Olano Revatta, López Guzmán, Cabezas Ramírez y Rodríguez Vivas en su actuación en calidad de miembros del Comité Especial de Adquisiciones de la UGEL – Chanchamayo. **Noveno:** Que, en cuanto al delito de omisión de denuncia comprendido en el artículo cuatrocientos siete del Código Penal, debe apreciarse que el bien jurídico protegido afectado por este delito, es el normal y eficaz funcionamiento de la administración de justicia, que se ve entorpecido cuando una persona que ostenta una obligación específica derivada de profesión o empleo, omite poner en conocimiento de la autoridad correspondiente las *notitia criminis* o noticia criminal acerca de la comisión de un presunto delito que conocen como consecuencia de su ejercicio funcional. **Décimo:** Que, atendiendo a que se ha desvirtuado la inexistencia de una *buena pro* previamente concertada, podemos inferir que la recurrente Rossana Mirella Demarini Tremolada en su condición de Jefe de la Oficina de Control Institucional, cuyas funciones se encontraban especificadas en el Manual de Organización y Funciones dos mil cinco y dos mil seis -entre las que se encontraba la de "Ejercer el control interno posterior a los actos y operaciones de la entidad" y "Efectuar el seguimiento de las medidas correctivas que adopte la entidad, como resultado de las acciones y actividades de control, comprobando su materialización efectiva, conforme a los términos y plazos respectivos", "Elaborar los informes de control interno y elevarlos a la dirección de la UGEL, la Contraloría General de la República y otras instancias según corresponda", así como su coprocesado Guillermo Néstor Carhuancho Quintana, en su condición de Coordinador General de la Comisión de Atención de Denuncias y Reclamos (CADER), no tenían ninguna obligación de denunciar el hecho submatéria, toda vez, que no existían noticias ni

podía presumir la comisión de algún delito, máxime, si la licitación para la adquisición de materiales de limpieza se llevó dentro de los parámetros legales y regulares, por lo que, estos mismos fundamentos también debe comprender a los procesados absueltos Italo Antonio Medina Rojas y Elmo Arturo García Atau contra quienes el Ministerio Público a interpuesto recurso de nulidad; que aunado a ello, en el caso del procesado Carhuancho Quintana éste no tenía la función o atribución de denunciar, en tanto, que conforme a la Directiva número doscientos diez - CADER/OAAE/VMGI-ME - Normas para la Tramitación e Investigación de Denuncias y Reclamos, éste únicamente era responsable de recibir, verificar, investigar y procesar las denuncias y reclamos que competen a la entidad y cuya atención no corresponde al Órgano de Control Institucional – OCI, siendo que el CADER se abstendrá de procesar o tramitar las denuncias relacionadas a manejo de recursos, uso de bienes y actos de deshonestidad que se encuentren en el ámbito de su competencia y responsabilidad de la OCI, consecuentemente, su función se encontraba circunscrita a la recepción y tramitación de denuncias que se le hacían llegar, por lo tanto, debe procederse igualmente a su absolución. **Décimo Primero:** Que, finalmente, en relación al recurrente Mario Carmen Cutimbo Chávez a quien se le atribuye la comisión del delito comprendido en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada con fecha seis de octubre de dos mil cuatro, según se colige de la acusación fiscal escrita de fojas trescientos once, no existe ningún elemento de prueba que acredite el ofrecimiento de donativo a los integrantes del Comité Especial de Adquisiciones de la UGEL – Chanchamayo; además, la acusación en comentario se sustentó en

simples hipótesis y conjeturas, por el supuesto hecho de que la Ferretería "Arcángel" que conducía, no estaba legalmente establecida como persona jurídica, situación que ha sido esclarecida con el Informe Pericial Contable Complementario de fojas seiscientos sesenta y siete; además, no puede soslayarse que su conducta en todo caso se habría subsumido en el delito de colusión, por el modo como fue su intervención en los hechos, más aún, cuando este es un delito de encuentro donde se necesita de la intervención del *extraneus* y del *intraneus* para su configuración, por lo tanto, en todos los casos de los recurrentes resulta de aplicación los alcances de los artículos doscientos ochenta y cuatro y trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, resultando irrelevante por cierto, dado el criterio asumido por este Supremo Tribunal, emitir pronunciamiento respecto al *quantum* de la pena inicialmente impuesta a Olano Revatta, López Guzmán, Cabeza Ramírez y Rodríguez Vivas, cuyo extremo también impugnado por el representante del Ministerio Público. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diez de agosto de dos mil diez, obrante a folios setecientos cincuenta y ocho, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Italo Antonio Medina Rojas y Elmo Arturo García Atau por el delito contra la Función Jurisdiccional, en la modalidad de omisión de denuncia, en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; **HABER NULIDAD** en el extremo que condenó a Didán Dante Olano Revatta, Teófilo López Guzmán, Teodoro Víctor Cabezas Ramírez y Rodrigo Aurelio Rodríguez Vivas como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de colusión ilegal, en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; a Guillermo Néstor Carhuancho Quintana y Rossana Mirella Demarini Tremolada como

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3358 - 2010

JUNÍN

autores del delito contra la Función Jurisdiccional, en la modalidad de omisión de denuncia, en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; y a Mario Carmen Cutimbo Chávez como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho activo genérico en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; les impusieron a los condenados Didán Dante Olano Revatta, Teófilo López Guzmán, Teodoro Víctor Cabezas Ramírez, Rodrigo Aurelio Rodríguez Vivas y a Mario Carmen Cutimbo Chávez cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el período de prueba de dos años, y a los sentenciados Guillermo Néstor Carhuanchó Quintana y Rossana Mirella Demarini Tremolada, tres años de pena privativa de libertad, suspendida por el período de prueba de dos años, todos ellos sujetos a reglas de conducta; fijo en dos mil nuevo soles el monto de la reparación civil que deberán abonar solidamente los sentenciados a favor de las instituciones públicas agraviadas; y los inhabilita por el plazo de un año, respecto a los derechos previstos en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; **REFORMÁNDOLA** absolvieron de la acusación fiscal a Didán Dante Olano Revatta, Teófilo López Guzmán, Teodoro Víctor Cabezas Ramírez y Rodrigo Aurelio Rodríguez Vivas como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de colusión ilegal, en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; a Guillermo Néstor Carhuanchó Quintana y Rossana Mirella Demarini Tremolada como autores del delito contra la Función Jurisdiccional, en la modalidad de omisión de denuncia, en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; y a Mario Carmen Cutimbo Chávez como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 3358 - 2010
JUNÍN

de cohecho activo genérico en agravio del Estado Peruano y la Unidad de Gestión Educativa Local de Chanchamayo; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; así como el archivamiento del proceso; y los devolvieron.-

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

RT/hapf