

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 709-2011
LIMA

Lima, veintidós de febrero de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del **Ministerio Público**, contra la sentencia de fecha dieciocho de enero de de dos mil once de fojas seis mil cuatrocientos sesenta y siete, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a los encausados Jorge Luis Montero Urbina y César Augusto Díaz Hayashida por el delito contra la Administración Pública - usurpación de funciones, en agravio del Estado; interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que el señor Fiscal, fundamenta su recurso de nulidad de fojas seis mil quinientos cuatro, sosteniendo que ha quedado demostrado en autos que existió una vinculación entre **Jorge Luis Montero Urbina, César Augusto Díaz Hayashida y Juan Manuel Ostoja Carmelino**, ya que el contratación de este último no era de su competencia y por tanto ejercieron funciones correspondientes a cargos distintos de que ejercían; fundamento que se sustenta en el Informe Especial número cero cero dos - dos mil cinco - PROMPEX /AOI y demás medios probatorios actuados en autos; lo que evidencia la configuración del ilícito penal imputado; que ha existido un error de valoración en forma conjunta de los medios de prueba, pues la conducta de éstos sí estuvo dirigida a un determinado fin y ello va más allá de una mera infracción administrativa; la misma que queda corroborada con el Memorándum número cero diecisiete - dos mil tres- PROMPEX/GG que emitió **Jorge Luis Montero Urbina** y lo admitió **César Augusto Díaz Hayashida**, demostrándose que ambos ejercieron funciones que no le correspondían; agrega que los encausados hicieron caso omiso a que toda contratación debe iniciarse a través del Comité Especial Permanente, ya que, era un cumplimiento legal,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 709-2011
LIMA

pero estos fungieron como falsos responsables de esta contratación a favor de Juan Manuel Ostoja Carmelino; situación por la cual solicita la nulidad de la sentencia en el extremo absolutorio. **Segundo:** Que, según acusación fiscal obrante a fojas cinco mil novecientos setenta (*respecto al extremo cuestionado*) se les atribuye a **Jorge Luis Montero Urbina y César Augusto Díaz Hayashida** que con fecha dieciocho de marzo de dos mil tres, soslayaron en sus funciones al Comité Especial Permanente, organismo encargado de llevar a cabo los procesos de selección de menor cuantía en PROMPEX, siendo que el procedimiento de contratación de Juan Manuel Ostoja Carmelino, correspondía a dicho Comité, para ello con fecha diez de abril de dos mil tres **Jorge Luis Montero Urbina** (ex - Gerente General), retroactivamente dispuso la formulación de la Orden de Servicio número cero cero trescientos cincuenta – dos mil tres, a través del área de abastecimiento y Servicios Auxiliares, para la contratación por adjudicación de Menor Cuantía de Juan Manuel Ostoja Carmelino, desde el dieciocho de marzo de dos mil tres, como asesor en Comercio Exterior; siendo que la contratación del antes mencionado, nunca fue requerida ni menos tratada por la Comité Especial Permanente. **Tercero:** Toda sentencia constituye una decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, es así que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación, contenido que no debe de vulnerar los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por ello, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, la sentencia que ponga término al juicio debe

apreciar todos los medios probatorios recaudados en autos, lo que en buena cuenta debe ser el resultado de la evaluación, lógica -jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **Cuarto:** Que, en el presente caso se imputa a los procesados el delito contra la Administración Pública – usurpación de funciones, previsto en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal, en el que establece: *“El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo treinta y seis, incisos uno y dos”*. Es de agregar que este tipo penal, presenta como verbo rector **“usurpar”** que se configura cuando el agente o sujeto activo, en determinado momento, ejerce ilegítimamente (sin título ni nombramiento), funciones públicas, haya o no haya asumido previamente de manera oficial tales funciones; asimismo, es de agregar que este delito presenta modalidades: **i)** usurpación de funciones públicas sin título o nombramiento, se consuma al producirse la toma de posesión o el ejercicio de las funciones o al darse las órdenes de incumbencia policial militar; **ii)** continuación ilegal en el ejercicio del cargo, se configura en el hecho de la permanencia ilegal generada por la negativa de dejar el cargo; y, **iii) usurpación de funciones de competencia de otro cargo, se comete cuando se practican o ejercen funciones fuera del ámbito de competencia del sujeto activo y que pertenecen a las atribuciones del ejercicio de otro cargo**. Que de lo anteriormente anotado, se tiene que en el presente caso, la

imputación realizada por el señor Fiscal a los procesados **Jorge Luis Montero Urbina y César Augusto Díaz Hayashida**, se encuadra en la tercera modalidad "*usurpación de funciones de competencia de otro cargo*", para lo cual se requiere que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público *-ejerciendo funciones públicas-* y que dentro de estas facultades invada funciones de otro funcionario que le son distintas a las suyas, contraviniendo los parámetros legales de toda actuación pública, según la estructura organizacional (jerarquía) de la Administración Pública; por tanto, en este caso es necesario determinar si el sujeto activo invade un fuero competencial ajeno, es decir asume funciones que la ley confiere a otro funcionario o servidor público y que además a través de ella emita decisiones administrativas; es importante indicar que la función pública que se "usurpa" debe de estar vigente, debe de existir un funcionario u organismo en pleno ejercicio de sus funciones. **Quinto:** Que, del análisis de los medios de prueba actuados en el presente caso, se determina que la responsabilidad de los procesados **Jorge Luis Montero Urbina y César Augusto Díaz Hayashida** (*respecto al extremo absolutorio cuestionado por el señor Fiscal*) no ha quedado debidamente demostrado, esto a razón de los siguientes fundamentos: **i)** se le atribuye a los procesados haber asumido funciones propias del Comité Especial Permanente, encargado de realizar los procesos de selección de menor cuantía en PROMPEX, por tanto la contratación de Juan Manuel Ostoja Carmelino debió de ser asumida por dicho Comité; sin embargo con fecha diez de abril de dos mil tres, el encausado **Jorge Luis Montero Urbina** retroactivamente dispuso la formulación de la Orden de Servicio número cero cero trescientos cincuenta – dos mil tres de fojas cuatro mil setecientos cuarenta y nueve, a través del área de Abastecimiento y Servicio auxiliar, para la contratación de Juan

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 709-2011
LIMA

Manuel Ostoja Carmelino como asesor en comercio exterior; por tanto, a fin de determinar la tipicidad penal de los procesados, es de señalar que el Decreto Supremo número cero trece – dos mil uno -PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece dentro de sus articulados que una de las funciones del Comité Especial, son las selecciones de adjudicación, la cual se encargara de su organización y ejecución, desde la preparación de las bases, absolución de consultas, evaluación de observaciones, recepción de ofertas, calificación de portores, evaluación de propuestas y hasta el otorgamiento de la *buena pro*, indica además que para los casos de adjudicaciones directas y de adjudicaciones de menor cuantía, se podrá designar un Comité Especial Permanente, siendo este último designado mediante Resolución de Gerencia número cero cero siete - dos mil uno -PROMPEX/GG de fecha seis de abril de dos mil uno de fojas dos mil setecientos ochenta y uno -*donde se designan a sus miembros titulares y suplentes*-, por lo que en un plano puramente objetivo se tendría que los procesados habrían incurrido en el tipo penal de usurpación agravada; sin embargo, debe de analizarse si se cumple el elemento subjetivo del injusto atribuido a los encausados; *ii)* que de lo antes anotado, es de precisarse, que conforme se desprende de las declaraciones de los procesados **Jorge Luis Montero Urbina** a nivel policial, declaración indagatoria, judicial y juicio oral a fojas quinientos doce, dos mil cuatrocientos treinta y siete, dos mil setecientos quince y seis mil ciento setenta y uno y **César Augusto Díaz Hayashida** a nivel policial, declaración indagatoria, judicial y juicio oral a fojas cuatrocientos cincuenta y tres, dos mil cuatrocientos noventa y uno, dos mil setecientos once y seis mil ciento sesenta y uno, respectivamente, sostuvieron que no han usurpado funciones del Comité Especial Permanente; que respecto a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 709-2011
LIMA

contratación de Ostoja Carmelino, ésta se requirió al área de Logística (siendo el titular de ésta, Alfonso Ramón Altet Arrieta), esto por cuanto era uno de menor cuantía, y por tanto esa área la encargada de evaluar y contratar al personal; que la contratación de menor cuantía no requería la evaluación del referido Comité; se hacía directamente a través del área de Logística, versiones que han sido corroboradas por David Fernando Rosario Villacorta, quien a nivel policial a fojas cuatrocientos treinta y siete y juicio oral a fojas seis mil ciento ochenta y dos vuelta, sostuvo que no conformó ningún Comité de Adjudicación y si bien éste se creó en el año dos mil uno, no estuvo en funcionamiento, de Jorge Pedro Knight Samamé, quien a nivel de juicio oral a fojas seis mil doscientos cuatro, señala que para el caso de contratación de Ostoja Carmelino, era necesario el Comité Especial Permanente, sin embargo este Comité no ha estado operativo, que cuando se ingresó a PROMPEX en ningún momento se nos informó sobre la existencia del referido Comité, ya que, fue creado por una gestión anterior; el área legal no es la encargada de las contrataciones, pero sí puede decir que no tuvo conocimiento del funcionamiento del referido Comité; de Sonia Benilda Arce Serpa que en su manifestación indagatoria a fojas dos mil cuatrocientos ochenta y dos y en juicio oral a fojas seis mil doscientos diez, señaló que en el caso de contratación de personal, esto se realizaba a través del convenio PNUD y PROMPEX, por tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no era aplicable; además, **Jorge Luis Montero Urbina** era Gerente General y Director Nacional de PNUD y PROMPEX instancia autorizada a contratar al personal: agrega que respecto al Comité Especial Permanente, nunca se ejerció, en ese momento inclusive parte de los integrantes no estaban laborando en el PROMPEX y por tanto no estaba en funcionamiento; **iii)** asimismo, se tiene la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 709-2011
LIMA

declaración testimonial efectuada por Alfonso Ramón Altet Arrieta quien a nivel preliminar de fojas quinientos cuatro y en juicio oral a fojas seis mil doscientos treinta y siete, sostuvo que para la contratación del personal de PROMPEX, existen varias modalidades de mayor cuantía se invita a los postores y a PROMPIME y de menor cuantía (doce mil ochocientos nuevos soles) sólo se convoca al postor pero ya no a PROMPIME; por lo que de su respuesta anterior se tiene que el contrato de Ostojá Carmelino fue contratado en un proceso de menor cuantía, ya que no alcanzaba esa suma (once mil quinientos cincuenta nuevos soles); que su función como Jefe de Logística era ejecutar las adquisiciones que pedían de todas las áreas del PROMPEX; que sí tenía participación en las contrataciones de PROMPEX, asimismo cuando solicitaban personal para un área se efectuaba a través del Área de Logística; que habían dos áreas de contratación de personal, las que pasaban a través, del área de Personal directamente cuando el contratado iba a trabajar en PROMPEX y otra a través de logística cuando se necesitaba para algún trabajo en especial o se necesitaba hacer una adquisición que no fuese en menor cuantía y entonces tenían que formar un comité; la contratación del personal lo hacía directamente el área de Logística; que el comité funcionaba para las adquisiciones de mayor cuantía y de las de menor se hacía cargo directamente Logística; en el caso de Ostojá Carmelino, no era necesario el comité por ser de menor cuantía. **Sexto:** Siendo así, se evidencia que el Comité Especial Permanente nunca se encargaba de las contrataciones de menor cuantía, la misma que se acredita con la copia legalizada del Oficio número ciento seis – dos mil diez - PROMPERU/SG-OAF, de fecha cuatro de agosto de dos mil diez, de fojas seis mil trescientos cincuenta, suscrito por el Jefe de la Oficina de Administración y Finanzas, dirigido al inculpado **César Augusto Díaz**

Hayashida, en el cual se señala: "Tengo a bien dirigirme a Usted con relación a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita la copia de determinados documentos vinculados a la antigua comisión para la promoción de exportaciones - ex PROMPEX. **Sobre el particular, debo manifestar que de la revisión del listado de los archivos de la ex - PROMPEX no se evidencia la existencia de actas de proceso de selección de adjudicación de menor cuantía de los años dos mil dos y dos mil tres, expedidas por el Comité Especial Permanente designado por Resolución de Gerencia General número cero cero siete - dos mil uno - PROMPEX/GG de fecha seis de abril de dos mil uno**"; por lo que, se tiene que a la fecha de haberse contratado a Juan Manuel Ostoja Carmelino, el Comité Especial no se encargaba de las contrataciones por adjudicación de menor cuantía;

Sétimo: Que, en atención a los argumentos aludidos, este Supremo Tribunal considera que si bien se produjo competencia funcional por partes de los procesados, la misma que la ley no les reconocía pues para ello se debía designar a un Comité Especial; sin embargo, se evidencia que en la práctica, era la Oficina de Logística la que se encargaba directamente de los procesos de adjudicación de menor cuantía, por lo que hace inferir que los procesados **Jorge Luis Montero Urbina y César Augusto Díaz Hayashida** no usurparon funciones del Comité Especial, ya que, el referido comité no se encargaba de dichas contrataciones, situación que determina que no se cumplen con las exigencias señaladas en el tipo penal de usurpación de funciones contempladas en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal; por tanto, el extremo de la sentencia que absuelve a los referidos procesados se encuentra arreglado a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en contra la sentencia de fecha dieciocho de enero de dos mil once de fojas seis mil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 709-2011
LIMA

cuatrocientos sesenta y siete, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a los encausados **Jorge Luis Montero Urbina** y **César Augusto Díaz Hayashida** por el delito contra la Administración Pública - usurpación de funciones, en agravio del Estado, con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S

VILLA STEIN

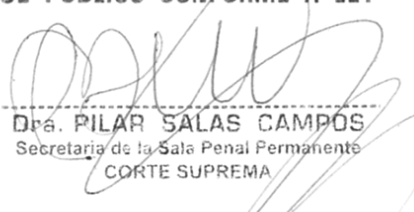
RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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