

16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2005 – 2010
TACNA

Lima, dieciocho de julio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire y William Remigio Sandoval Hurtado, así como por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de fojas setecientos cincuenta, de fecha veintisiete de enero de dos mil diez; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Elvia Barrios Alvarado; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que, el abogado defensor de los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire y William Remigio Sandoval Hurtado en sus recursos fundamentados de fojas setecientos setenta y cuatro y setecientos ochenta y ocho, impugna el extremo de la sentencia que los condena como autores del delito de Negociación Incompatible, y coinciden en alegar que sólo se les ha sancionado por el hecho de ser funcionarios públicos y firmar un contrato con la Asociación Agraria San Martín; que no se valoró el Informe especial número cero cero cuatro – dos mil seis – cero dos – cero cuatrocientos setenta y dos, el cual concluye que no existe responsabilidad en el delito que se les incrimina; que las compras efectuadas se realizaron en el marco de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y siete, y su reglamento, lo cual no tuvo en consideración el Colegiado Superior; y, que no existen medios de prueba que demuestren el interés indebido que se les atribuye y la supuesta incompatibilidad que les impida ejercer su labor a nombre del Estado. Que, el señor representante del Ministerio Público en su recurso fundamentado a fojas ochocientos veintidós, sostiene que en el caso de autos debió aplicarse el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, es decir, la dúplica del plazo cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, por tanto, siendo los

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2005 – 2010
TACNA

encausados funcionarios públicos y el delito incriminado el de omisión de funciones, se cumplen tales requisitos, por ello, dicho delito prescribiría a los seis años, en consecuencia, este extremo de la sentencia debe ser declarada nulo. **Segundo:** Que, de la acusación fiscal de fojas quinientos setenta y cuatro, fluye, que se atribuye a los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walter Hipólito Zegarra Rivera que en su condición de Gerente Municipal, Gerente Administrativo y Sub Gerente de Abastecimientos de la Municipalidad Provincial de Tacna, durante el año dos mil cinco, actuaron de manera irregular en la ejecución de proyectos de adjudicación directa números cero cero uno y cero cero dos – dos mil cinco – MPT, desarrollados por la comuna antes citada; que, así en relación al primer proceso de adjudicación directa, se tiene que el uno de marzo de dos mil cinco, se otorgó la buena pro de dicho proyecto a la Asociación de Agricultores "Virgen de Huarango" de la ciudad de Arequipa; empero, los encausados no cumplieron con remitir el documento de requerimiento al postor que obtuvo la buena pro para la suscripción del contrato, obrando únicamente una carta notarial; que, del mismo modo, se les imputa haber omitido comunicar a los demás postores, en orden de prelación, para la suscripción del contrato, y a CONSUCODE la negativa de la suscripción del contrato de la empresa ganadora de la licitación a efectos de aplicar las sanciones correspondientes; agrega el señor Fiscal Superior que, por otro lado, respecto a la segunda adjudicación directa, luego de haberse otorgado la buena pro a la Asociación "Tambo Grande" con la finalidad de adquirir arroz corriente para el Programa de Complementación Alimentaria, y ante el incumplimiento de dicha persona jurídica respecto a la calidad del insumo entregado, los encausados omitieron aplicar las penalidades establecidas en el contrato respectivo equivalente a seis mil quinientos treinta y dos nuevos soles con ochenta céntimos, no habiendo exigido en su oportunidad la

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2005 – 2010
TACNA

carta fianza al indicado proveedor, pese a que se requería de dicha documentación para la suscripción del contrato, y asimismo, no haber comunicado a CONSUCODE el incumplimiento del proveedor para la aplicación de las sanciones respectivas. **Tercero:** Que, toda sentencia - sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice a los justiciables (y a la colectividad) una resolución fundada en derecho; que, en el presente caso, se advierte que el Tribunal sentenciador sustenta su decisión judicial en la conclusiones y los anexos del Informe especial número cero cero cuatro – dos mil seis – cero dos – cero cuatrocientos setenta y dos, denominado Examen especial al Programa de Complementación Alimentaria emitido por el órgano de control institucional de la Municipalidad Provincial de Tacna de fojas nueve; que, en efecto, si bien dicho informe resulta prueba preconstituida conforme lo establece el literal "f" del artículo quince de la ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República-, dicho elemento de prueba no fue contrastado con la tesis exculpatória esgrimida por los encausados en el sentido que su conducta se ciñó a los parámetros establecidos en la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y siete y su reglamento, así como a las bases administrativas de los procesos de adjudicación directa pública en los que intervinieron; que, además, el citado informe sustento de la tesis inculpatória del titular de la carga de la prueba no fue materia de ratificación en sede judicial. **Cuarto:** Que, al respecto, es de tener en cuenta que las pruebas dentro de un proceso judicial tienen por objeto comprobar la existencia o inexistencia de un hecho, materia del proceso y las circunstancias en que se produjo, sin embargo, muchas veces se deben tomar ciertos recaudos para que hechos relevantes que pueden perderse o no estar los testigos para acreditarse, deban ser "preconstituidos" y queden

19

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2005 – 2010
TACNA

acreditados o plasmados certificadamente antes de iniciarse la causa; que, en atención a ello, la doctrina es unánime en establecer que prueba preconstituida es aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al Juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el *thema probandum*, es decir, se configura como aquella prueba preexistente al proceso, que se prepara antes del mismo con el propósito de acreditar en el futuro la existencia de una relación jurídica, y suele identificarse con la prueba documental practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal -en la denominada fase preprocesal- cuanto en la propia investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción; que, ahora bien, son requisitos de la prueba preconstituida los siguientes: **a)** irrepetibilidad del hecho, esto es, no podrán ser reproducidas en juicio oral, debido a circunstancias excepcionales debidamente acreditadas que impiden la concurrencia del testigo o perito; y, **b)** contradicción, en tanto las diligencias que puedan actuarse deben ser sometidas a contradictorio, a efectos de no parcializarse en las conclusiones que puedan arribarse; que, de otro lado, a ello debe aunarse el hecho que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes; que, en efecto, según esta misma doctrina las diligencias sumariales, por el contrario, son

20

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2005 – 2010
TACNA

meros actos de investigación, encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen por sí mismos auténticas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuida al juzgador, empero, cabe precisar que el criterio enunciado no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales de investigación -investigación preliminar- practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la audiencia y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción; que, en tal sentido, lo anterior resulta claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba preconstituida, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral; empero, el sustento técnico del referido informe que sirvió de sustento a la denuncia del señor Fiscal Provincial y a la acusación del señor Fiscal Superior no fue contrastado ni en el sumario ni el plenario para que pueda otorgársele valor probatorio, es decir, no fue sometido al contradictorio -test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral-; que, en efecto, en mérito al principio de contradicción las partes tienen el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria el derecho de controvertirlas, por lo que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia

21

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 2005 – 2010
TACNA

de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario; que, en este orden de ideas, de lo puntualizado en los fundamentos jurídicos que anteceden se aprecia que el Tribunal de Instancia no sometió al contradictorio el informe de fojas nueve ni contó con la ratificación de sus autores, que, así también, no señaló la realización de un peritaje contable a efecto que se determine si el proceder de los encausados se ciñó a la ley o no, y de ser el caso propugnar un debate pericial para el mejor esclarecimiento de los hechos. **Quinto:** Que, en atención a lo expuesto, el Colegiado Superior no valoró debidamente la prueba actuada ni realizó una eficaz actividad probatoria que permita asentar con claridad la admisión o no de los cargos materia de acusación fiscal, por lo que es de mérito la aplicación del último párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; por lo que, en un nuevo juzgamiento deberá realizarse la siguiente actividad probatoria complementaria: **i)** citar a los autores del informe especial de fojas nueve para que se ratifiquen en sus conclusiones; **ii)** solicitar a la Municipalidad Provincial de Tacna remita los originales de los expedientes formados a raíz de las adjudicaciones directas públicas materia de incriminación; y, **iii)** nombrar peritos contables con el objeto que realicen un dictamen

22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 2005 – 2010
TACNA

respecto a si los encausados ciñeron su conducta a lo previsto por las normas administrativas aplicables al caso, y una vez ello concurren al plenario a efecto de su ratificación. **Sexto:** Que, de otro lado, el señor Fiscal Superior al expresar agravios en su recurso de nulidad sostiene que no debió declararse prescrita la acción penal por el delito de omisión de funciones, pues no se aplicó el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, esto es, la dúplica del plazo de prescripción extraordinario, en tanto los encausados resultan funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial de Tacna y se afectó al patrimonio de la misma; que, al respecto, el delito antes citado previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Catálogo Punitivo, protege el normal desarrollo de la Administración Pública, concretamente la legalidad del ejercicio de funciones y los distintos intereses de los particulares, y si bien, los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire y William Remigio Sandoval Hurtado ostentaban la calidad de funcionarios públicos, el delito incriminado no tiene como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, pues este delito persigue garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas vulneraciones no son castigadas por otras disposiciones legales; que, en este orden de ideas, no corresponde al caso de autos aplicar el último párrafo del artículo ochenta del acotado Código Penal, pues el delito de omisión de funciones no vulnera el patrimonio del Estado; que, en consecuencia, este extremo de la sentencia materia de grado se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas setecientos cincuenta, de fecha veintisiete de enero de dos mil diez, en el extremo que declaró extinguida la acción penal por prescripción a favor de los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire, Williams Remigio Sandoval Hurtado y Walter Hpólito Zegarra Rivera, por delito de Abuso de Autoridad, en la modalidad de omisión de funciones, con respecto al caso primero: falta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 2005 – 2010
TACNA

de comunicación al CONSUCODE y al caso segundo: adjudicación directa pública número cero cero dos – dos mil cinco – MPT, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna; con lo demás que contiene; asimismo, declararon **NULA** la propia sentencia en el extremo que condenó a los citados encausados por delito de Negociación Incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de un año y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene; **ORDENARON** que otro Colegiado Superior realice un nuevo juzgamiento de los encausados y emita sentencia teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos de la presente Ejecutoria Suprema; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

BA/rnp.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA