

SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente : 00036-2012-1-1826-JR-PE-01
Asistente Jurisdiccional : Tarazona Matos, Kelly
Ministerio Público : Segunda Fiscalía Superior Especializada en
Delitos de Corrupción De Funcionarios
Imputado : Palacios Molinelli, José Antonio
Delito : Negociación Incompatible
Agravado : El Estado

Resolución N° 04

Lima, veintinueve de mayo
de dos mil doce

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público, contra la Resolución N° 04, de fecha 30 de marzo de 2012, interviniendo como ponente la señorita Juez Superior **Susana Ynes Castañeda Otsu**; y **Atendiendo:**

Materia del recurso de apelación

PRIMERO.- Es materia de apelación la resolución antes indicada emitida por el señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, magistrado Carlos Daniel Morales Córdova, que resuelve declarar: Fundada la excepción de improcedencia de acción solicitada por la defensa del imputado **José Antonio Palacios Molinelli**, y en consecuencia fenecida la investigación por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública- Negociación Incompatible- en agravio del Estado”.

Agravios del representante del Ministerio Público.

SEGUNDO.- Los agravios formulados por la señora Fiscal Provincial, formalizados en su recurso de apelación, ratificados en audiencia pública por el señor Fiscal Superior, doctor Oscar Zevallos Palomino, se centran en lo siguiente:

- a) La excepción se basa en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad del imputado Palacios Molinelli.
- b) No se ha considerado todo el contexto en que se desarrolló el proceso licitatorio, donde se evidencia el interés de favorecer a la empresa San

Bartolomé S.A., pues el imputado Palacios Molinelli no cumplió con lo establecido en el artículo 45.7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que lo facultaba como miembro del Comité Especial a efectuar las observaciones pertinentes y con ello velar por los intereses del Estado.

- c) Que si bien al realizar la evaluación técnica el 18 de octubre de 2005 emitió un voto en discordia, fue un cuestionamiento formal respecto a la imposibilidad que se pase a la siguiente etapa; sin embargo, al día siguiente termina firmando el acta de otorgamiento de buena pro a la referida empresa conjuntamente con los otros integrantes sin formular observación.
- d) El interés del funcionario público de atentar contra la correcta administración pública se basa precisamente en favorecer a una empresa que no cumplía con los requisitos, pues firmó el acta de buena pro por unanimidad. Que la calidad de miembro del Comité Especial, sino estaba de acuerdo pudo hacer constar su observación, pues la norma permite que se pueda otorgar la buena pro por mayoría y no por unanimidad.

Posición de la defensa técnica de Palacios Molinelli

TERCERO.- La defensa técnica del imputado José Antonio Palacios Molinelli, al contestar los agravios en el debate, sostiene que:

- a) La fiscalía imputa tres hechos a su patrocinado, los mismos que son atípicos. El primero consiste en haber participado en la variación del objeto del contrato en la primera convocatoria sin realizar observación alguna. Al respecto su patrocinado fue designado un día antes que se aperture los sobres con las propuestas técnicas en la segunda convocatoria, él no participó en la elaboración de las bases técnicas ni de la primera ni de la segunda convocatoria, ni en la convocatoria de la misma, tampoco absolvió consultas. Solo participó en la etapa de evaluación de la propuesta técnica y económica, y en esa medida no se le puede atribuir un comportamiento en el cual temporalmente no tuvo participación. Consecuentemente, la variación del objeto del contrato no se dio con la intervención de su patrocinado.

b) El segundo hecho que se le imputa es, que a pesar de haber presentado su voto en discordia para que no se le otorgue la buena pro a la única postora, la empresa San Bartolomé S.A., continuó con el proceso de licitación. Sobre esta imputación sostiene que si su patrocinado se hubiera interesado, no hubiera votado el 18 de octubre de 2005 en contra que se otorgue la buena pro a la empresa ganadora, y si se superó la calificación técnica fue porque los dos integrantes del Comité en mayoría votaron a favor de la misma, continuando con la evaluación económica que conllevó a que se firmara el acta de adjudicación. Que su patrocinado no podía dejar de firmar el acta de buena pro, pues el cargo que asumió era irrenunciable, conforme el artículo 10°.2 de las bases. Refiere que el Acta N° 055-2005/C.E., donde se dejó constancia del voto en discordia de su defendido por razones técnicas, forma parte del acta de otorgamiento de buena pro.

c) El tercer hecho que se le imputa es, que no observó las características técnicas en la caja de cambio y toma de fuerza; aspecto técnico sobre el cual su patrocinado votó en contra para que se le adjudicara la buena pro.

Fundamentos de la resolución impugnada.

CUARTO.- El señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, declaró fundada la excepción deducida, argumentando en lo que es relevante lo siguiente:

i) El proceso de Licitación Pública N° 002-2005-CGBVP se encontraba en curso, habiéndose determinado sin la participación del imputado la variación del objeto de la licitación, no siéndole exigible la formulación de observación del cambio de objeto de licitación.

ii) El sólo hecho de votar de manera diferente tanto para la propuesta técnica (voto discordante), la propuesta económica y el otorgamiento de la buena pro (voto del Comité por unanimidad), no permite inferir cual sería la conducta por el cual se puede justificar la imputación de que el excepcionante haya demostrado interés o no por el resultado final de la Licitación materia de análisis.

iii) Con relación a no haber observado las características técnicas de la caja de cambio y la toma de fuerza, ello no resulta exigible al imputado, pues el

proceso de licitación (segunda convocatoria) ya se encontraba en curso, habiéndose determinado sin su participación los lineamientos y la variación del objeto de la licitación, que difería de la primera convocatoria mediante el quórum necesario; más aún si expresó en su voto discordante las observaciones técnicas. En tal sentido, su conducta resulta atípica en relación a los tres cargos imputados

Fundamentos del Colegiado para resolver.

QUINTO.- A efectos de resolver la impugnación formalizada por la representante del Ministerio Público, se tiene en cuenta que la excepción de improcedencia de acción regulada en el artículo 6°.1 b) del Código Procesal Penal, es un medio técnico de defensa que tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura de proceso penal¹, respecto de hechos denunciados que no constituyen delito o que no obstante encuadrar en un tipo delictivo no son justiciables penalmente. El ejercicio de este medio de técnico defensa tiene como finalidad atacar la potestad represiva y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga, el cual tiene como fundamento la norma constitucional y penal material.

En cuanto al supuesto, **cuando el hecho no constituye delito**, se presentan dos situaciones: a) La conducta imputada al sujeto activo no se encuentra prevista o descrita como delictuosa en la ley penal al momento del hecho comisivo²; y b) cuando el comportamiento humano acaecido en la realidad no se subsume totalmente (atipicidad absoluta) o parcialmente (atipicidad relativa) en el tipo penal imputado, es decir, no hay una relación lógica entre la hipótesis del supuesto hecho atribuido y la norma penal invocada en la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria³.

¹ Asimismo, debe considerarse que los señores Jueces de la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, han señalado que: "...en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

² Por exigencia del principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege) establecido en el artículo 2 num.24 lit. d) de la Constitución, desarrollado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal

³ En suma, como se sostiene este medio de defensa no se refiere al fondo del caso (fundamentos de responsabilidad o argumentos de fondo), sino a hechos "nuevos" y ajenos al sujeto, los cuales eliminan

En relación al supuesto, cuando el hecho **no es justiciable penalmente**, se refiere a situaciones en las cuales pese a que la conducta del investigado es meramente típica, antijurídica y culpable no amerita una pena, o por la presencia de una excusa absolutoria; una condición objetiva de punibilidad; en los casos de tentativa con desistimiento o arrepentimiento después de los actos ejecutivos; o cuando las acciones u omisiones del investigado constituyen una infracción a la ley civil o ley administrativa (extrapenal).

Por tal motivo, ambos supuestos deben incidir en la formulación de la imputación fáctica y jurídica contenidas en la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y no en base a la apreciación de los hechos a partir de las versiones posteriormente incorporadas a la investigación o al juicio; por ejemplo la pericia, las testimoniales, las declaraciones, los informes, etc., en razón que ello constituye el tema de fondo del proceso.

SEXTO.- Considerando que los fundamentos de la defensa al deducir la excepción que nos ocupa, se sustenta en el supuesto de atipicidad relativa del delito de Negociación incompatible, en el elemento objetivo del tipo "**interés indebido**"; tenemos en cuenta que conforme a la doctrina en este delito, el interesarse conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de un funcionario público, ya que participa en los contratos u otras operaciones favoreciendo intereses de particulares.⁴

SÉPTIMO.- En cuanto al momento en que tal interés se evidencia, siguiendo a Creus es irrelevante la etapa del negocio en la cual se produce la inserción del interés privado del funcionario, pues puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquél (p.ej., en la etapa previa al llamado a licitación);

la tipicidad de su comportamiento, por lo que no se debe confundir el no haber cometido un delito con no ser responsable del mismo. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís. "*Error de tipo y excepción de naturaleza de acción*", En: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional. Revista Institucional N° 7. AMAG. p. 29.

⁴ En relación al interés, CASTILLO ALVA sostiene: "El interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o una operación concreta. No se pune el interés indeterminado o genérico. Quedan excluidas del ámbito de protección de la norma intereses futuros, los intereses hipotéticos y los que todavía no son objeto de tratamiento por la administración". CASTILLO ALVA, José Luís: "Negociación incompatible". EN: Delitos contra la Administración Pública. Luís Miguel Reyna Alfaro (Director). Jurista Editores, Lima, 2009, pág. 197.

mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última, hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etcétera)".⁵

Asimismo, Laje Anaya refiere que este delito se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión⁶. Y en la misma línea Donna, afirma: "El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva".⁷

OCTAVO.- Expuesta la premisa normativa, en cuanto a los cargos atribuidos en la Disposición Fiscal N° 07 del 15 de febrero de 2012 (verificada en el SIJ) se aprecia que se imputa a Palacios Molinelli ser el presunto autor del delito de Negociación incompatible, pues habría intervenido legítimamente en la Licitación Pública N° 002-2005-CGVBP⁸, en su condición de Teniente Brigadier CBP del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, licitación en la cual se habría variado el objeto de la primera convocatoria, donde se requería la compra de motores gasolineros, por petroleros, sin existir observación alguna. Asimismo, no obstante haber advertido que la empresa postora San Bartolomé S.A. no reunía los requisitos técnicos y haberse opuesto en un principio al no reunir ésta el puntaje requerido para pasar a la evaluación de la propuesta económica, continuó con el proceso licitatorio

⁵ CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte especial. Tomo 2, 6ª ed., 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 299 a 301.

⁶ LAJE ANAYA, Justo. Delitos contra la Administración Pública. Tomo 3, pág. 136.

⁷ DONNA, Edgardo Alberto. Delitos contra la Administración Pública, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2002, pág. 319, con cita de MAGGIORE. Autores a los que recurrimos teniendo en cuenta que el artículo 265 del Código Penal argentino contiene los mismos elementos que nuestro tipo penal de Negociación incompatible. En ese sentido, el tercer párrafo del artículo 23° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe: "*El Comité Especial tendrá a cargo la organización, conducción y ejecución de la integridad del proceso hasta antes de la suscripción del contrato*". Concordado sistemáticamente con el artículo 45° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

⁸ Adquisición de motores y caja de cambios automática con P.T.O para los vehículos de emergencia del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú.

interviniendo en la adjudicación de la buena pro a la misma. Por otro lado, no habría objetado el hecho de que si bien en las Especificaciones Técnicas se habían indicado las características técnicas del motor a adquirirse, ello se habría obviado en las cajas de cambio y la toma de fuerza (P.T.O), donde solo se señaló que deben ser compatibles con el motor, lo que también habría mencionado la referida empresa en la cotización y propuesta técnica utilizadas en la segunda convocatoria.

En relación a los hechos del interés indebido, el Ministerio Público sostiene que, si bien en un primer momento se opuso a la contratación de la buena pro, conforme se aprecia en el Acta N° 055-2005/CE, no emitió pronunciamiento alguno en contra de la misma, ni se reafirmó en su posición de que dicha empresa no cumplía con los requerimientos conforme a las bases, lo que evidenciaría un interés en la contratación de la misma al habersele otorgado la buena pro conforme se aprecia en el acta de Continuación de la precitada licitación.

NOVENO.- Estando a lo anotado, estimamos que la argumentación contenida en la resolución impugnada en relación al elemento interés indebido el señor Juez, no ha considerado que respecto a la adopción de acuerdos en el marco de un órgano colegiado se sostiene que *"(...) no hay razón alguna para que se exonere automáticamente de responsabilidad a quien ha votado en contra del acuerdo, puesto que desde el punto de vista del Derecho penal habrá que asegurarse que la exteriorización coincida con la verdadera voluntad, siendo decisivo valorar entonces, el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto"*⁹.

Asimismo, no ha considerado que en la adopción del acuerdo colegiado en el proceso licitatorio no solo se configura con la sola convocatoria, observaciones a la bases, presentación y entrega de propuestas, y con la votación; sino la ejecución del hecho final (otorgamiento de la buena pro), lo cual es un tema a dilucidar con la actuación probatoria correspondiente.

⁹ MEINI MENDEZ, Iván. "IV. Supuestos en los que se responde penalmente por intervenir en la adopción de un acuerdo ilícito en el seno de un órgano colectivo", En: responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Tirant Lo Blanch. 2003. p.231. En este sentido la doctrina española TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la Empresa*. Trota. Madrid. 1995. p. 43. FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 267. 1996.

Tampoco ha considerado que pese a la votación en contra del acuerdo, el imputado no observó el cambio de motor gasolinero a petrolero, no obstante haber tenido acceso y conocimiento de las Bases de la mencionada licitación en segunda convocatoria¹⁰. El hecho que no haya intervenido en la elaboración de las mismas no le exime de proceder conforme lo indica el artículo 31° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹¹ que prescribe “El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento, debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas dentro de los plazos más convenientes y al mejor valor total”.

Disposición que es concordante con los principios de imparcialidad, transparencia, eficiencia y vigencia tecnológica previstos en su artículo 3° de la referida Ley; y con la obligación de verificar objetivamente las irregularidades que puedan presentarse, toda vez que las etapas en el proceso de licitación no son excluyentes, por el contrario se trata de un proceso de gestión licitatorio.

DÉCIMO.- Por las razones expuestas, consideramos que la incidencia suscitada requiere de actividad probatoria, que no es posible dilucidar en esta vía, corresponde al Ministerio Público en la etapa de la investigación preparatoria realizar los actos de investigación que permitan en su momento solicitar el sobreseimiento, si se logra determinar la falta de interés indebido del imputado Palacio Molinelli en todo el proceso licitatorio; o eventualmente una acusación si se logra acreditar que con sus comportamientos concluyentes anteriores o coetáneos al momento de la votación, se ha favorecido la adopción del acuerdo.

Decisión:

Fundamentos por los cuales, los señores magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Resuelven: **REVOCAR** la resolución N° 04, de fecha 30 de marzo de 2012, emitida por el magistrado Carlos Daniel Morales Córdova, Juez del Primer Juzgado de Investigación

¹⁰ Adquisición de Motores y caja de cambios automática con P.T.O para los vehículos de emergencia del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú.

¹¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.


Preparatoria, que declaró **fundada la excepción de improcedencia de acción**, solicitada por la defensa del imputado José Antonio Palacios Molinelli; **REFORMÁNDOLA: Declararon Infundada la mencionada excepción de improcedencia de acción**, en la investigación que se sigue al referido imputado por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública- Negociación Incompatible- en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.-**
S.S.


CASTAÑEDA OTSU


SALINAS SICCHA


MAÍTA DORREGARAY

PODER JUDICIAL


KELLY TARAZONA MATOS
ASISTENTE JURISDICCIONAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada
en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

