



Sumilla: Presenta Informe
Jurídico

SEÑOR PROCURADOR PÚBLICO DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE ANCASH

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM), con apoyo del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y considerando los problemas que plantea el Expediente N° 01812-2016-63-0201-JR-PE-03 (delito de negociación incompatible) para la lucha contra la corrupción; ha elaborado el siguiente informe jurídico¹, con la finalidad de ponerlo a su disposición.

I. Antecedentes

La Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash inició investigación en el año 2016 contra cuatro funcionarios públicos de la Red de Salud Huaylas Norte: Julio Edgardo Vilca Vegazo (en calidad de Director Ejecutivo), Wilfredo Calderón Araujo (en calidad de Jefe de Logística), Julián Fernando López Dueña (en calidad de Jefe de Adquisiciones) y Kidder Riley Murillo Flores (en calidad de Jefe de Presupuesto); por estar involucrados en contrataciones irregulares bajo la modalidad de fraccionamiento (permitida por la Ley de Contrataciones del

¹ El presente Informe Jurídico ha sido elaborado teniendo como base el documento preparado por Cynthia Liliana Cochachin, Franklin Alejandro Flores Heredia Calvo, Angie Beatriz Macedo Guillén, Yanett Roxana Prudencio Espada, Gino Otto Rivera Palacios y Jorge Alexander Sanchez Prado, alumnos de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público- Sección Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, con apoyo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estado en estrictos casos para evitar licitaciones públicas) de diferentes bienes, relacionados principalmente a la provisión de alimentos en el marco de una declaratoria de estado de emergencia en la región.

Según la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, se habría realizado un acuerdo ilícito entre los funcionarios estatales y los proveedores para defraudar los intereses patrimoniales de la institución. Tal es la gravedad de los hechos, que la Procuraduría está solicitando el monto de S/. 50,000.00 (cincuenta mil soles) por concepto de reparación civil al Estado.

Nunca hubo un informe de la autoridad competente, que es el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD), donde se estableciera el programa de emergencia y, por ende, la necesidad de las compras directas realizadas por los funcionarios.

Desde el 2016 hasta el año pasado, bajo la hipótesis de la posible comisión del delito de colusión, el Ministerio Público sometió a investigación a los cuatro funcionarios de la Red de Salud Huaylas Norte, concluyendo que: (i) para tres de los implicados sí era procedente abrir juicio, pero por el delito de negociación incompatible, ya que el peritaje contable permitía concluir que la celeridad de los contratos y operaciones realizados por los funcionarios de la Red de Salud se debía a su interés particular y el beneficio de los proveedores; y (ii) que el cuarto implicado, Julio Edgardo Vilca Vegazo, como Director Ejecutivo de la Red de Salud Huaylas Norte, no tenía deberes especiales de competencia en razón de su cargo, solo tenía la función de política institucional y representación de la entidad, sin asumir la administración de los recursos económicos, por lo que debía archivar el proceso en su caso.

Entre las pruebas presentadas por el Ministerio Público para sostener la acusación por presunta negociación incompatible tenemos, principalmente:

- Peritaje contable de oficio del 24 de octubre del 2016; donde se señala lo siguiente:

En el mes de noviembre y diciembre del año 2015, la Dirección Red Salud Huaylas Norte, ha efectuado adquisiciones de diferentes bienes y contratación de servicios en forma directa por montos menores a 3UIT, fraccionando las adquisiciones con el objeto de evitar el proceso de selección. Por tanto, no realizaron la agrupación de bienes, ni establecieron los montos para conocer si correspondía o no convocar un proceso.

Es así que, se adquirió alimentos por el monto de S/ 33,421.95 soles, combustible por el monto de S/18,668.45 soles, repuestos para la ambulancia por el monto de S/25,467.20 soles, material médico por el monto de S/31,698.00 soles y medicinas por el monto de S/14, 965.00 soles. Los cuales corresponden a una Adjudicación de Menor Cuantía (AMC).

Asimismo, se adquirió equipos para hospitales por el monto de S/45,375.00 soles, material de limpieza por el monto de S/55,522.20 soles y se contrató servicios de impresiones de formatos por el monto de S/98,601.61 soles, los cuales corresponden a una Adjudicación Directa Selectiva (ADS).

Se adquirió insumos médicos por el monto de S/221,981.26 soles que corresponde a una Adjudicación Directa Pública (ADP).

Se observa también que se han girado cheques en un solo día, siendo los pagos mayores a 3 UIT: 04 de cheques por una suma total de S/ 33,795.00 soles, 03 de cheques por una suma total de S/20,780.24

soles, 04 cheques con una suma total de S/ 19,355.06 soles, 05 cheques con una suma de total de S/ 43,211.30 soles, 03 cheques con una suma de total de S/ 17,460.16 soles y 02 cheques por un monto total de S/13,120.00 soles.

Por todo ello, es posible notar que no se aplicó la normativa de contrataciones con el Estado.

II. Planteamiento del problema

Más allá del auto de enjuiciamiento por delito de negociación incompatible contra los tres funcionarios de la Red de Salud Huaylas Norte (contenido en el Exp. N° 01812-2016-63-0201-JR-PE-03); como Clínica Jurídica creemos necesario analizar los siguientes temas, de cara a fortalecer la lucha contra la corrupción y la impunidad:

- Las implicancias procesales de la imputación por negociación incompatible en contrataciones públicas informales (como es el caso del fraccionamiento).
- El valor procesal del Informe emitido por el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD) en casos de presunta corrupción de funcionarios en contextos de emergencia.

III. Implicancias procesales de la imputación por negociación incompatible en contratación pública informal (fraccionamiento)

El delito de negociación incompatible

Artículo 399° Código Penal.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo: El funcionario o servidor público que indebidamente en

forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Bien jurídico:

Para Castillo Alva, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible “es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado”².

En esta línea, Rojas Vargas señala que “se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal a un sector de ella brinde una imagen de funcionarios o servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de los cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas”³.

Por su parte, pensando en el contexto español, Carlos Mir afirma que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible sería “preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos en particular. Es decir, el interés que los ciudadanos poseen en que los funcionarios no mezclen en actividades lucrativas que pueden

² Castillo Alva, L. (2015). El delito de negociación incompatible. Lima: Instituto Pacífico, p. 15.

³ Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 818.

condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal”⁴.

En conclusión, este delito no protege al patrimonio del Estado sino la rectitud, probidad, legalidad y el prestigio de los actos de la función pública. Específicamente, busca preservar la administración pública del interés privado de sus agentes.

Sujeto activo y sujeto pasivo

Según Rojas Vargas, es sujeto activo del delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público con facultades o competencias para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, de modo que debe poseer facultades decisorias o de manejo de las negociaciones u operaciones; “de modo que, de no existir vínculo en razón de su cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico”⁵.

Asimismo, el Código Penal contempla que la autoría puede ser simple o conjunta (coautoría).

Por otro lado, el Estado es sujeto pasivo genérico en este delito, por lo que la institución o entidad pública directamente afectada por la corrupción será quien se beneficie de la reparación civil.

⁴ Mir Puig, C. (2000). Los delitos contra la administración pública. Barcelona: Bosch, p. 357.

⁵ Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 820.

Conducta típica

El verbo rector del delito de negociación incompatible, según Salinas Siccha, es “interesarse”; es decir, atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, con el objetivo de satisfacer el interés propio particular⁶.

Para ello, como expresa Rojas Vargas, “no se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de éste sea totalmente ilícito, es decir contrario al de la administración pública. El agente puede interesarse para sí en una parte del contrato u operación”⁷.

Es así que este interés particular refleja una incompatibilidad -penalmente relevante- entre el interés público y los principios que rigen a la administración pública, como la transparencia en la celebración de los contratos y operaciones en donde el Estado actúa como parte.

Este delito es de conducta comisiva dolosa, cuyo verbo rector se expresa en el vocablo “interesarse”, pero no se trata de cualquier interés sino aquel que es indebido; de manera que el agente, en forma directa o indirecta o por acto simulado, muestra palpablemente interés, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

Así, “interesarse en forma directa” implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación; mientras que “interesarse en forma indirecta” es realizar el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico del testafierro), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

⁶ Salinas Siccha, R. (2014). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 566.

⁷ Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 826.

Por otro lado, “interesarse mediante actos simulados” implica desarrollar el contrato u operación fingiendo que se trata de un interés de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales. Para Fontán, el acto simulado “es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido”⁸.

La conducta debe estar dirigida al provecho propio o de terceros. Con esta modificatoria se abre más el espectro de la tipicidad para no dejar en la impunidad comportamientos que no reporten provecho al funcionario o servidor público y por lo mismo van en contra de la ventaja patrimonial que está presente en todo delito de corrupción.

El objeto del interés del funcionario o servidor público recae en el contrato u operación. Cuando la ley penal hace referencia al contrato, se refiere a negociaciones lícitas de contenido múltiple, no solo económico (de servicios, culturales, de obras, etc.), de derecho privado y público; mientras que las operaciones son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (nos referimos a licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos, etc.). Como expresa Rojas Vargas: “el objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en las cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales”⁹. Debemos tener en claro que el interés ilícito del funcionario o servidor público siempre tiene naturaleza económica, mientras que los contratos u

⁸ Fontán, B. (2009). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial T VII. Abeledo Perrot. p. 146.

⁹ Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 824.

operaciones pueden tener diversas líneas dentro de la licitud (económico, cultural, de servicios, etc.).

Sobre la vinculación funcional exigida por el tipo penal, se considera que el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo; entonces, es inherente al ámbito de su competencia el ser parte del contrato u operación, es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.

Así, el acto de intervenir es legítimo, pero el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades de funcionarios o servidores públicos que deberá ser previamente dilucidado en vía administrativa.

Necesariamente debe producirse el conflicto de intereses, ya sea propio o de terceros, además de dejar al estado en una situación de indefensión o de falta de representación. Cuando el funcionario o servidor no cumple sus obligaciones, viola la confianza, el deber, la obligación de tutela de los bienes del Estado.

La Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad N° 2641-2011, Lambayeque, refiriéndose a este punto, ha establecido que el verbo rector "interesarse" supone una injerencia, excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales.

Tipicidad subjetiva

Rojas Vargas considera que para la configuración del delito basta con dolo indirecto, sobre todo en las hipótesis de intervención simulada, donde el

sujeto activo, despliega actos de astucia o engaño¹⁰, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2770-2011, Piura.

Por su parte, Castillo Alva admite la posibilidad tanto del dolo directo o dolo eventual: “El hecho de que una persona sea consciente de que con su conducta pone en peligro un bien jurídico, con absoluto desprecio a la normativa administrativa que lo regula, nos lleva a plantear la viabilidad de que se puede cometer el delito de negociación incompatible sin ningún tipo de problemas. Es decir que el sujeto activo haya presentado como posible la concreción del resultado y, pese a ello, no se abstiene de actuar”¹¹.

Siguiendo al citado autor, tenemos las siguientes pautas para determinar el interés indebido doloso:

- Cuando en la etapa de la negociación u operación del contrato se brinde información privilegiada, se rechace las demás propuestas y/o se intervenga desde las tratativas.
- Cuando durante la suscripción del contrato u operación se agilicen poderosamente los trámites, dando indicaciones a los funcionarios.
- Cuando en la ejecución del contrato u operación se actúa ampliando el plazo de cumplimiento y/o aceptando que se reciba productos de menor calidad de lo acordado.
- Cuando en la liquidación del contrato u operación, hay un pago adicional por servicios y/o se pide que no se consigne omisiones o se formulen observaciones a la obra.

¹⁰ Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 824.

¹¹ Castillo Alva, J. (2008). El delito de negociación incompatible. Cuestiones actuales del sistema penal, crisis y desafíos. Lima: ARA Editores, p. 565.

Diferencias con el delito de colusión desleal

En palabras de Rojas Vargas, la negociación incompatible “se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación, y que de alguna manera tiene muchas similitudes con el delito de colusión defraudadora, con la diferencia de que en la negociación no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio”¹².

Las irregularidades administrativas como prueba indiciaria

Como la probanza del interés indebido es sumamente compleja, para poder condenar es indispensable recurrir a la prueba indiciaria.

La Corte Suprema en diversos fallos ha calificado algunos actos administrativos irregulares como indicios delictivos. Un caso muy conocido es el de los llamados “Petroaudios” (Recurso de Nulidad N° 677-2017, Lima). Aunque el caso no llegó a concluir con una sentencia condenatoria sobre los procesados, debe tenerse en cuenta que dicha jurisprudencia es la decisión más cuestionada en el ámbito proceso penal, prestándose esta sentencia para un mayor análisis en el extremo de las irregularidades administrativas como conducta de un “interés indebido”.

En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, de manera que para la Corte Suprema no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdos clandestinos entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente —incluso puede ser conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico— sino de factores

¹² Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, p. 816.

objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales.

Omisión de actos por parte del funcionario

En la Casación 67-2017, Lima, en el marco del proceso penal iniciado en contra de la Jorge Luis Vergel Polo y las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por la comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, el indicio sobre “interés indebido” se expresó en dejar de realizar o emitir informes sobre un procedimiento.

Creación de procesos de exoneración

Al respecto, se aprecia en el Recurso de Nulidad 23-2016, Lima, en el sonado caso del Gobernador Regional Wilfredo Ocorima, que se cuestionaron los defectos administrativos dentro del proceso de contratación en situación de emergencia, pues, se requería acreditar indubitablemente un elemento externo. En ese sentido, lo que el Tribunal Supremo refiere es que, los estados de emergencia son propicios en muchos de los casos para que el funcionario público cometa ilícitos penales, en virtud de los procesos de exoneración, como en el presente caso sobre negociación incompatible.

Cuestiones relativas a la configuración del delito de negociación incompatible en contrataciones públicas informales

Este apartado jurisprudencial está enfocado a casos especiales de contrataciones donde no se sigue la formalidad prevista por la ley del sector, reglamentos y directivas dispuestos por las entidades correspondientes. En el Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Lima del 24 de enero de 2003, la Corte Suprema confirma la condena de un funcionario público, en base a las actuaciones probatorias, se demuestra su actuación interesada, en el ejercicio de su actividad funcional en las contrataciones públicas, al simular la formalidades previstas (donde no se les solicita cotización, ni documentos complementarios, ni currículum, tampoco entrevistas, y en algunos caso las empresas están suspendidas). Si bien pueden ser simples o subsanables las irregularidades, de comprobarse que han sido direccionadas con un propósito que manifiesta el favorecimiento al particular, con base en la prueba indiciaria, pueden ser considerados suficientes para acreditar la conducta típica del delito de negociación incompatible. En dicho expediente se aprecia que los proveedores no cumplían con los requisitos establecidos según ley para brindar servicios al Estado.

En cuanto a las irregularidades administrativas, la Ley de Contrataciones con el Estado (D.L. N° 1017, y su reglamento D.S N° 184-2008 –EF) establecen el debido procedimiento administrativo, los principios y reglas que se deben

seguir. Consecuentemente, el acto de interesarse puede producirse cuando, de manera deliberada y arbitraria, se elige a una determinada persona natural o jurídica para contratar sin respetar los principios y reglas que rigen el procedimiento de contratación. Es decir, se elige sin un criterio razonable, sin respetar las normas que rigen el proceso de contratación; importa, de suyo, interesarse indebidamente en un contrato estatal. Debemos recordar que “también pueden encontrarse casos en que se comentan simples irregularidades administrativas que en conjunto pueden, indiciariamente, probar las conductas típicas del sujeto activo”¹³.

IV. EL VALOR PROCESAL DEL INFORME EMITIDO POR EL SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGO DE DESASTRES EN CASOS DE PRESUNTA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN CONTEXTOS DE EMERGENCIA

Cuestiones de grave peligro como causa de la declaración de situación de emergencia del Art. 23 de la Ley de Contrataciones con el Estado y el Art. 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado

Para el efecto debemos entender como “situación de emergencia”, aquella en la cual el Estado, tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos o catástrofes, de situaciones *que pongan en grave peligro o afecten la defensa y seguridad nacional*¹⁴.

¹³ Calderón, L. (2016). La Configuración del Delito de negociación incompatible en el Marco de Proceso de Contrataciones Públicas Informales. En Nakazaki Servigón C., Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal. p. 440.

¹⁴ Art. 23° de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, en virtud de acontecimientos catastróficos, cuando dichas situaciones pongan en grave peligro, o afecten la defensa y seguridad nacional, *la entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes*¹⁵.

Sin embargo, la ley no determina qué hechos constituyen peligro grave. Es por ello que se crea el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos de Desastres (SINAGERD)¹⁶. Es así que el segundo párrafo del Art. 3° de la ley 29664 establece lo siguiente: *“la gestión del Riesgo de Desastres está basada en la investigación científica y de registro de informaciones, y orienta las políticas, estrategias y acciones en todos los niveles de gobierno y de la sociedad con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado”*.

Asimismo, el lit. a) del Art. 8° de la misma ley establece que el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SINAGERD) tiene como uno de sus objetivos *“la identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la gestión del riesgo de desastres”*.

¹⁵ Art. 128° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁶ Ley N° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Entonces, dependiendo de los tipos de riesgo de desastre, la investigación científica, está a cargo de una Institución Pública, que no es OSCE ni la Contraloría General de la República. Así, los entes encargados de emitir el informe vendrían a ser: Instituto Geofísico, Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, Instituto del Mar, Instituto encargado del estudio nacional del fenómeno del niño, Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú, SENAHMI (lluvias, desastres). La información que estos entes emitan se incorpora al sistema nacional de información para la gestión de riesgos y desastres (SIGRID) a fin de generar las características del estado actual.

El SIGRID, cuenta con varias herramientas. Una de ellas es el Sistema De Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación (SINPAD), a partir del cual los Centros de Operaciones de Emergencia (C.E.O.) brindan la información para la oportuna toma de decisiones de las autoridades del sistema, en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, tal como lo establece el Art 50° inc) 1 del Reglamento de la Ley de SINAGER (D.S. N° 048-2011-PCM).

En cuanto a la declaración de Situación de Emergencia, debe tenerse en cuenta que debe ser un peligro inminente el que justifique su declaratoria.

De modo que, el primer paso para reconocer una gestión de riesgo es el registro otorgado por el SIGRID, luego el registro SINPAD y a través de estos informes se determinará si existe realmente el peligro inminente, y es también sobre la base de dichos informes que la entidad está facultada para concretizar acciones.

En la misma línea, la ley que crea al SINAGERD (Ley N° 29664), establece el procedimiento para determinar si la información consignada es falsa o fraudulenta. A través de este procedimiento se podrá identificar una gestión de riesgo, y se pondrán en marcha las estrategias que son emitidas por las autoridades competentes. Entonces, en informe del SIGRID tiene la categoría de “prueba científica” que será determinante para justificar las exoneraciones dentro de las contrataciones con el Estado.

La prueba en el delito de negociación incompatible

El delito debe ser probado de manera estricta y fehaciente, siendo indispensable en el proceso la prueba directa o indiciaria para que se pueda fundar la responsabilidad penal de *intraneus*, y entre otras tenemos:

- Las irregularidades administrativas, como la infracción de la ley de contrataciones del Estado, la festinación de trámites obligatorios, entre otros.

- Efectuar la contratación directa y sin limitación previa de ciertos funcionarios. Como ejemplo de ello, tenemos a los consultores de ejecución de obras.

- Infringir el Art. 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre prohibición de fraccionamiento¹⁷. Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la ley y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a tres (3) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública(Ley 30225).

¹⁷ En la doctrina, Morón Urbina define al fraccionamiento como “(...) una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”. Asimismo, Mutis y Quintero afirman que “(...) hay fraccionamiento cuando de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado”.

V. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

Formalización de la investigación preparatoria

El presente caso se encuentra signado con la carpeta fiscal N° 1306015500-2016-34-0, donde a través de la disposición fiscal N° 04, de fecha seis de septiembre del dos mil dieciséis, se dispone la formalización de la investigación preparatoria, por el delito de colusión contra los imputados:

- 1) Julio Edgardo Vilca Begazo** (en su condición de Director Ejecutivo) en calidad de autor del delito de Colusión, por haber intervenido directamente, permitiendo que se fraccionen las compras de alimentos.

- 2) Wilfredo Calderón Araujo** (en su condición de Jefe de Logística) en calidad de autor del delito de Colusión, por haber autorizado la orden de compras.

- 3) Julián Fernando López Dueña** (en su condición de Jefe de Adquisiciones) en calidad de autor del delito Colusión, por haber intervenido en su calidad de personal encargado de adquisiciones, fraccionando y autorizando las órdenes de compras.

4) Kidder Riley Murillo Flores (en su condición de Jefe de Presupuesto) por haber expedido, a solicitud del Jefe de Logística, sendas certificaciones presupuestales que han permitido la adquisición de los bienes y servicios de manera fraccionada.

Todos ellos son imputados por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, puesto que durante los meses de noviembre y diciembre del 2015 habrían planificado y acordado un plan criminal destinado a defraudar los intereses patrimoniales de la Red Salud Huaylas Norte, en agravio del Estado (Red de Salud Huaylas Norte) representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Ancash.

En el presente caso, el fiscal se reservó la tipificación alternativa de los hechos. Al respecto, vemos correcta la reserva del derecho de una imputación alternativa, puesto que al tratarse de delitos de corrupción de funcionarios, delitos complejos en su investigación y para no dejar impune hechos delictivos, el Código Procesal Penal (en adelante CPP) en su Art. 336 inc. 2) literal b), faculta al fiscal para que en la formalización y continuación de la investigación preparatoria, formule *tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esta calificación*. En el transcurso del proceso, la fiscalía utilizará su derecho para que al final

termine decidiéndose por la imputación del delito de negociación incompatible, tipificado y sancionado en el Art. 399 CP.

Etapas Intermedia (Requerimiento Mixto)

Como ya se había anticipado, la fiscalía desde la formalización de la investigación preparatoria se había reservado la imputación alternativa, de modo que en esta etapa, el derecho se concretiza, y el Ministerio Público, cambia su calificación y ahora imputa a los procesados el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

Acusación

La acusación fiscal por el delito de negociación incompatible contiene las siguientes imputaciones:

1) Wilfredo Calderón Araujo (Jefe de Logística) en calidad de autor del delito de negociación incompatible. Se le acusa por no haber agrupado los bienes ni servicios a adquirir, ni haber elaborado el cuadro de necesidades, autorizar la orden de compra y guía de internamiento, vulnerando lo establecido en el art. 19º Ley de Contrataciones del Estado.

2) Julián Fernando López Dueña (Jefe de Adquisiciones) en calidad de autor del delito de negociación incompatible, por haber

intervenido en su calidad de personal encargado de adquisiciones. Se le imputa el no haber realizado las cotizaciones ni el respectivo cuadro comparativo, autorizando la orden de compras y guía de internamiento, vulnerando el art. 19 Ley de Contrataciones del Estado.

3) Kidder Riley Murillo Flores (Jefe de Presupuesto) en calidad de autor del delito de negociación incompatible. Se le imputa el haber expedido, a solicitud del jefe de logística, sendas certificaciones presupuestales que han permitido la adquisición de los bienes y servicios de manera fraccionaria, vulnerando lo establecido en el art. 19 Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre el fondo del asunto

El verbo rector "interesarse" en el presente caso, se evidencia por la poca transparencia, las diversas irregularidades administrativas en la celebración de los contratos y operaciones donde la Red de Salud Huaylas es parte. Se ha buscado que esos contratos asuman una determinada configuración por el interés particular de los funcionarios, en beneficio de terceros. En razón de su cargo, los funcionarios involucrados habrían realizado los contratos de manera directa, utilizando actos simulados y sobre la base de un Decreto Supremo que declara en estado de emergencia la Región Ancash, el cual

habría sido propicio para que los procesados realicen compras de emergencia injustificada e innecesariamente.

Se desprende de los medios probatorios que dichas operaciones no tienen una intención basada en el bien común, que las mismas no son en beneficio de la institución, sino que se simularon las necesidades (es decir en ningún momento han demostrado el informe de la autoridad competente que establece el programa de emergencia) y se realizaban compras directas, sin cumplir la formalidades establecidas por ley. De modo que el "interesarse" en este aspecto contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico.

El accionar doloso de los funcionarios públicos

La teoría adecuada para determinar el dolo de los funcionarios públicos de la Red de Salud Huaylas Norte es la Teoría Cognoscitiva. En ese sentido, es el elemento cognitivo el elemento central del dolo, desechando a la teoría volitiva como elemento esencial del dolo; es decir, pasa a un segundo plano si el funcionario público quiso o no quiso realizar el injusto penal. Lo que interesa en este plano es si sabía que su actuar estaba conforme a ley, y este conocimiento no se presume, sino desde que asume el cargo específico el funcionario público, este conocimiento se le atribuye, se le reconoce, se establece que conoce las funciones que le competen, y si no llegara a cumplir

tal determinación establecida por ley, son pasibles de sanciones penales. De modo que, quien actúa voluntariamente siendo consciente de la posible realización del tipo, necesariamente lo aprueba en sentido jurídico¹⁸. Luego, se configuraría perfectamente el actuar doloso de los funcionarios, y esto se demostraría perfectamente con el actuar antes narrado de los funcionarios de la Red de Salud Huaylas Norte.

En la doctrina tenemos las reglas que nos brinda el profesor Ragués, (que son de atribución dolosa a los funcionarios públicos):

- 1) **Conocimientos mínimos:** por el hecho de asumir el cargo de Jefe de Logística, Jefe de Adquisiciones, Jefe de Presupuesto, se les reconoce capacidad de actuar según sus funciones.
- 2) **Transmisiones previas de conocimiento:** se supone que los agentes, previamente, han sido capacitados para el cargo, es decir, cumplían los requisitos para asumir dicha función.
- 3) **Exteriorización del propio conocimiento:** aquí el funcionario expresa conocer o hace declaraciones explícitas concluyentes, se deduce que posee conocimientos. Y es lo que se ha verificado en el accionar de los funcionarios.
- 4) **Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimiento:** por el grado de profesión, el nivel cultural. En el

¹⁸ Ragués, R. (1999). *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: José María Bosch. p. 76.

presente caso se verifica que los procesados tienen grado de instrucción superior.

5) Imputación del correcto “conocimiento situacional”: los funcionarios tienen plena consciencia de la situación en la que han actuado. Es menester que el sujeto sepa que su conducta sea capaz de producir un resultado. Aquí, los procesados gozan de plena capacidad de ejercicio; por ende, son responsables de su actuar.

La aplicación de estas reglas al caso concreto, evidenciarían que los funcionarios públicos habrían actuado dolosamente, burlando e inobservando lo establecido por la ley, de modo que no podemos concebir que el actuar de los funcionarios públicos sólo se pueda enmarcar en una mera omisión administrativa, como ya venimos desarrollando.

La Corte Suprema, en diferentes sentencias, también ha venido trabajando al respecto en la demostración del dolo en delitos de negociación incompatible. Es así que recurre a la prueba indiciaria en las siguientes casaciones:

Irregularidades administrativas como prueba indiciaria: “todo el accionar de los funcionarios está enmarcado por irregularidades, avalándose en el Estado de Emergencia, sin embargo, se demuestra

de manera sistemática que las irregularidades se habrían producido de manera dolosa, de modo que esta prueba indiciaria, se materializa en el presente caso" (Casación N° 841-2015, Lima).

Omisión de actos por parte del funcionario: "también se verifica la omisión a subsanar las irregularidades que establece la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que la misma ley establece 10 días para regularizar toda operación, sin embargo los funcionarios hacen caso omiso a dicho imperativo, configurándose en este apartado dicha prueba". (Casación N° 67-2017, Lima).

Creación de procesos de exoneración: "queda evidente que todas las contrataciones realizadas por los funcionarios públicos, si bien han estado en un margen de estado de emergencia, como ya hemos demostrado, esto habría sido aprovechado por los procesados para simular compras emergentes". (R.N. N° 23-2016, Lima).

De modo que, tanto por las reglas de demostración del dolo como por la prueba indiciaria establecida por la Corte Suprema, es perfectamente posible atribuir el accionar doloso de los procesados en este caso.

En relación a las contrataciones con el Estado donde las omisiones administrativas conllevan una sanción penal

En las contrataciones realizadas por los procesados, donde no se les solicita cotización, ni documentos complementarios, ni currículum, ni hubo entrevistas, tampoco el acta de otorgamientos de la Buena Pro, se ha comprobado que las mismas han sido direccionadas con un propósito que manifiesta el favorecimiento al particular, con base en las pruebas suficientes para acreditar la conducta típica del delito de negociación incompatible.

Se evidencia a la vez, una violación al principio de publicidad, o invitación de contratar. La misma Ley de Contrataciones del Estado establece el debido procedimiento administrativo, los principios y reglas que se debe seguir, entonces el acto de interesarse se produce cuando de manera deliberada y arbitraria se elige a una determinada persona natural o jurídica, para contratar, sin respetar los principios y reglas que rigen el procedimiento de contratación.

Si bien afirmamos en primer plano que se han violado leyes extrapenales, sin embargo en el tipo penal que nos convoca, basta que el funcionario actúe con interés indebido en el proceso de contratación. Tampoco el provecho propio o de tercero debe ser probado suficientemente en el juicio más allá de

toda duda razonable. De esta manera queda evidenciado que se ha configurado el delito de negociación incompatible.

Sobre el estado de emergencia y el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD)

Un aspecto vital en el presente caso, es que si bien se ha presentado como medio probatorio el Decreto Supremo que declara en emergencia a la región Ancash, y con buen criterio el juez ha rechazado este medio probatorio (por tratarse de una norma jurídica), sin embargo, sí es importante el informe técnico del Sistema Nacional De Gestión De Riesgo De Desastres (SINAGERD), como del SINGRID (Sistema Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres). Este ente estatal se encuentra encargado de identificar y reducir riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos para de este modo tomar decisiones oportunas en la gestión de riesgos de desastres, dependiendo de los tipos de riesgo de desastre. La investigación científica está a cargo de una Institución Pública, que no es OCSE, ni la Contraloría, sino del SINAGER y el SINGRID, de modo que no basta que el Estado decrete un estado de emergencia, y que los funcionarios públicos, usen su discrecionalidad para contratar irregularmente, sino que en este estado de emergencia se exige que el SINAGER y el SINGRID emitan informes técnicos de las circunstancias para actuar de una manera idónea y segura para la sociedad.

Es así que el actuar de los funcionarios públicos en un estado de emergencia nunca es discrecional, sino que dependen del informe del SINAGER y el SINGRID para realizar contrataciones urgentes. Ignorar esto es ir en contra de lo que establece la ley y, por ende, acarrea la comisión del hecho delictivo. El fundamento de considerar como medio probatorio el informe del **Sistema Nacional De Gestión De Riesgo De Desastres (SINAGERD)** es la Ley N° 29664 del 19 de febrero del 2011, vigente a la fecha de ocasionados los hechos; de modo que este medio probatorio también es determinante para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados, en vista que ellos alegan que su actuar estuvo determinado por el estado de emergencia.

Además, se debe considerar que el Art.23 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece el plazo para regularizar el procedimiento, y el Art. 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece 10 días para subsanar o regularizar dicho procedimiento. En el presente caso tampoco se ha evidenciado subsanación alguna, y es una omisión dolosa, como ya hemos venido desarrollando.

Por último, se evidencia que en las contrataciones directas realizadas por los procesados (en vista que se encontraban en "estado de emergencia"), se ha infringido el Art. 19 de la Ley de Contrataciones Estatales, en el que queda taxativamente prohibido el fraccionamiento de las contrataciones de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el procedimiento de selección.

Como se ha desprendido del examen pericial, existen compras fraccionarias injustificadas, emisión de cheques en montos considerados sospechosos. Todo esto, evaluado de manera global y sistemática, vendría a demostrar indubitablemente, la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados.

VI) Conclusiones y recomendaciones

- No es poco común que se declare situaciones de emergencia en diferentes partes del país y por diferentes motivos, pero no deben ser una excusa para la impunidad.
- Se plantea que, para evitar la defraudación a los intereses del Estado, los y las fiscales del sistema anticorrupción recurran a los informes técnicos que justifiquen las adquisiciones de bienes y contratos de servicios que se realicen en estos contextos.
- El Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD) está obligado a emitir estos informes, desde los cuales se puede identificar si existe correspondencia entre los requerimientos y las necesidades.
- La Clínica Jurídica recomienda a los y las fiscales del sistema anticorrupción que no “renuncien” a la posibilidad de que, en casos como el de la Red de Salud Huaylas Norte, realicen la acusación por el delito de Colusión y, alternativamente, por negociación incompatible, tal como permite la normativa procesal.

- Para que se configure el delito que es objeto del presente informe, no es necesario que exista perjuicio económico durante o después del proceso de selección. En el delito de negociación incompatible, tal circunstancia resulta irrelevante.
- Así, si durante el juicio no se llega a probar la “concertación”, sí se puede generar la convicción suficiente al juez para sancionar “el indebido interés” de los funcionarios, destinado a defraudar los intereses del Estado. Esa es una estrategia más eficaz para lograr una condena sólida y efectiva por actos de corrupción.
- Si bien el no-cumplimiento de las formalidades de contrataciones con el Estado, de por sí, no conlleva una sanción penal, en el presente caso, se habría producido de manera dolosa; es decir, que los involucrados actuaron deliberadamente contra los intereses del Estado.
- Algunas irregularidades administrativas que son sintomáticas de la comisión de delitos de corrupción en el marco de las contrataciones con el Estado son la regularización posterior al contrato, la elección sin justificación del monto más alto a pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, que varias normas de contratación estatal hayan sido infringidas, etcétera.



ARMANDO CORAL RODRÍGUEZ
DNI 42724409



CYNTIA LILIANA COCHACHIN FLORES
DNI 70133374



ANGGIE BEATRIZ MACEDO GUILLÉN
DNI 75731305



YANETT ROXANA PRUDENCIO ESPADA
DNI 74306140



JORGE ALEXANDER SÁNCHEZ PRADO
DNI 74588939



GINO OTTO RIVERA PALACIOS
DNI 46720754



FRANKLIN ALEJANDRO HEREDIA CALVO
DNI 76050039