



### **Principio acusatorio y negociación incompatible**

- I. La conducción de la investigación, el ejercicio y promoción de la acción penal y la interposición de la acusación corresponden a un ente autónomo como es el Ministerio Público. De ello se decanta el reconocimiento constitucional del principio acusatorio como garantía medular del proceso penal, en lo atinente al objeto del proceso penal.
- II. En el caso analizado, debe prevalecer la posición no inculpativa y de archivamiento definitivo del Ministerio Público. Se trata de un pedido de sobreseimiento formulado por el señor fiscal provincial, que en Instancia de Apelación fue ratificado por el señor fiscal superior y que, en Sede de Casación, fue avalado por el señor fiscal supremo. El principio acusatorio adquiere un valor preponderante, pues en las tres Instancias Jerárquicas del Ministerio Público (Provincial, Superior y Suprema) se exhibió una posición no acusatoria.
- III. No es viable que esta Sala Penal Suprema, de acuerdo con la pretensión del ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República), emita un fallo rescindente de los autos de sobreseimiento de primera y segunda instancia pues, en la práctica, esto último presupondría la continuación del *ius puniendi* estatal, así como la afectación del principio acusatorio, la transgresión del derecho a un juez imparcial y la vulneración de la autonomía constitucional del Ministerio Público, reconocida en el artículo 158 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, la persecución del delito, en cuanto a los extremos acotados, ha fenecido.
- IV. El recurso de casación promovido por el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) se declara infundado.

### **SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, seis de noviembre de dos mil diecinueve

**VISTOS:** el recurso de casación interpuesto por el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) contra el auto de vista de fojas cuatrocientos cuatro, del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que confirmó el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y uno, del ocho de agosto de dos mil dieciocho, que declaró fundado el requerimiento parcial de sobreseimiento postulado por el representante del Ministerio Público, en la investigación preparatoria seguida contra MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Moquegua.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.



## FUNDAMENTOS DE HECHO

### § I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

**Primero.** El señor fiscal provincial, mediante disposición de fojas dos, del dieciocho de enero de dos mil dieciséis, formalizó investigación preparatoria contra CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA, Víctor Federico Mireles Mamani, JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA y Félix Teodoro Terreros Guerrero, por el delito de peculado doloso, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua; y, contra MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, por el delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua.

El *factum* materia de investigación fue el siguiente:

- 1.1. Como resultado del concurso público número 8-2010/CE-GR-MOQ, convocado para la supervisión externa de la obra "Construcción de infraestructura de riesgo de la represa Chirimayuni" en el distrito de Chojata y Lloque, en la provincia General Sánchez Cerro, en el departamento de Moquegua, se suscribió el contrato número 98-2010-DLSG-DRA/GR-MOQ, del veinticinco de agosto de dos mil diez, entre el presidente del Gobierno Regional de Moquegua, Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, y el representante legal del consorcio Chirimayuni, JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, por un monto de S/ 1 286 000 (un millón doscientos ochenta y seis mil soles). La contratación se produjo bajo el sistema "suma alzada". El objeto de servicio era la consultoría para la supervisión de la obra indicada, en un plazo de ejecución de cuatrocientos veinticinco días calendario. Se designó como residente de la obra a José Francisco Salas Acosta.
- 1.2. Posteriormente, el nueve de mayo de dos mil once, el nuevo presidente del Gobierno Regional de Moquegua, MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, y el representante legal del consorcio Chirimayuni, JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, suscribieron la adenda número 1 del contrato número 98-2010-DLSG-DRA/GR-MOQ, para lo cual, contaron con la aprobación del director de supervisión CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y del coordinador del proyecto CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY. Con la adenda número 1 se redujo el plazo de ejecución de cuatrocientos veinticinco a doscientos cuarenta días calendario, se consideró como nuevo monto contractual S/ 1 224 500. 49 (un millón doscientos veinticuatro mil quinientos soles con cuarenta y nueve céntimos), y se incrementó el pago de valorizaciones mensuales de S/ 107 106.67 (ciento siete mil ciento seis soles con sesenta y siete céntimos) a S/ 153 062.56 (ciento cincuenta y tres mil sesenta y dos soles con cincuenta y seis céntimos). En este punto, se transgredió lo previsto en los artículos 40 y 143 del Reglamento de la Ley de



Contrataciones del Estado, según los cuales, no se puede efectuar modificaciones a los contratos de "suma alzada", es decir, no existe autorización para variar las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.

**1.3.** El Gobierno Regional de Moquegua, luego de las reformas señaladas, realizó el pago de seis valorizaciones a favor del consorcio Chirimayuni, por el periodo de junio a noviembre de dos mil once:

**a.** Valorización 1: correspondiente a junio de dos mil once por un monto de S/ 119 388.56 (ciento diecinueve mil trescientos ochenta y ocho soles con cincuenta y seis céntimos). Se acredita con el comprobante de pago número 3321, del veintisiete de julio de dos mil once; la orden de servicio número 438, del once de julio de dos mil once; la factura número 001-000005, del once de julio de dos mil once, emitida por el consorcio Chirimayuni; la carta número 027-2011-SUPERV.REPRESA.MOQ, del cuatro de julio de dos mil once, presentada por Félix Teodoro Terreros Guerrero, y el Informe número 538-2011-DS-GGR/GR.MOQ, del cinco de julio de dos mil once, firmado por César Augusto Ramos Zamora.

**b.** Valorización 2: concerniente a julio de dos mil once por la suma de S/ 119 358.56 (ciento diecinueve mil trescientos cincuenta y ocho soles con cincuenta y seis céntimos). Se corrobora con el comprobante de pago número 5579, del veinte de septiembre de dos mil once; la orden de servicio número 665, del diecisiete de agosto de dos mil once; la factura número 001-000008, del dieciséis de septiembre de dos mil once, y los Informes número 684-2011-DSGGR/GR.MOQ, del once de agosto de dos mil once, y número 0827-2011-DS-GGR/GR.MOQ, del catorce de septiembre de dos mil once, firmados por CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA.

**c.** Valorización 3: correspondiente a agosto de dos mil once por un monto de S/ 119 388.56 (ciento diecinueve mil trescientos ochenta y ocho soles con cincuenta y seis céntimos). Se acredita con el comprobante de pago número 7732, del diez de noviembre de dos mil once; la orden de servicio número 1251, del nueve de noviembre de dos mil once; la factura número 001-000010, del nueve de noviembre de dos mil once; la carta número 054-2011-SUPERV.REPRESA.MOQ, del cinco de septiembre de dos mil once, emitida por Félix Terreros Guerrero; la carta número 079-2011- SUPERV.REPRESA.MOQ, del dos de noviembre de dos mil once, y los Informes número 823-2011-DS-GGR/GR.MOQ, del catorce de septiembre de dos mil once, y número 1073-2011-DS-GGR/GR.MOQ, del siete de noviembre de dos mil once, suscritos por CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA.

**d.** Valorización 4: concerniente a septiembre de dos mil once por la suma de S/ 119 388.56 (ciento diecinueve mil trescientos



ochenta y ocho soles con cincuenta y seis céntimos). Se corrobora con el comprobante de pago número 7917, del quince de noviembre de dos mil once; la orden de servicio número 1252, del nueve de noviembre de dos mil once; la factura número 001-000011, del once de noviembre de dos mil once, expedida por Félix Teodoro Terreros Guerrero, y el Informe número 1076-2011-DS-GGR/GR.MOQ, del ocho de noviembre de dos mil once, suscrito por CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA.

**e.** Valorización 5: correspondiente a octubre de dos mil once por el monto de S/ 78 286.01 (setenta y ocho mil doscientos ochenta y seis soles con ochenta y un céntimo). Se acredita con el comprobante de pago número 8620, del primero de diciembre de dos mil once; la orden de servicio número 1415, del veintitrés de noviembre de dos mil once; la factura número 001-000012, del veintiocho de noviembre de dos mil once, y el Informe número 1164-2011-DS-GGR/GR.MOQ, suscrito por CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA.

**f.** Valorización 6: concerniente a noviembre de dos mil once por la suma de S/ 107 058.41 (ciento siete mil cincuenta y ocho soles con cuarenta y un céntimos). Se corrobora con el comprobante de pago número 10050, del veintiocho de diciembre de dos mil once; la orden de servicio número 1890, del veintiuno de diciembre de dos mil once; la factura número 001-000013, del veintiuno de diciembre de dos mil once; el Informe número 37-2011-VMM-IO-DS-GGR/GR.M, del veinte de diciembre de dos mil once, emitido por Víctor Federico Mireles Mamani, y el Informe número 1297-2011-DS-GGR/GR.MOQ del veinte de diciembre de dos mil once, suscrito por CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA.

- 1.4.** La Comisión Auditora determinó que el director de supervisión, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA, otorgó conformidades a las seis valorizaciones presentadas por el consorcio Chirimayuni, incluidas las cuatro valorizaciones canceladas en virtud de la adenda número 1, por un total de S/ 697 226.41 (seiscientos noventa y siete mil doscientos veintiséis soles con cuarenta y un céntimos), a pesar de que la contratista no ejecutó la labor de supervisión externa de la obra mencionada. En el pago de la valorización 6 también participó Víctor Federico Mireles Mamani.
- 1.5.** Las seis valorizaciones fueron pagadas en mérito de informes de supervisión que no cumplieron con las exigencias requeridas en los términos de referencia del contrato número 98-2010-DLSG-DRA/GR-MOQ. Contenían solo copias de contrato, modificaciones, cartas recibidas y emitidas, panel fotográfico, entre otros. Esta información era irrelevante para el control que debió ejercer el consorcio Chirimayuni en la supervisión de la obra. No obstante, se brindaron conformidades y se viabilizaron los abonos.



**1.6.** El Gobierno Regional de Moquegua continuó pagando las valorizaciones aun cuando, el cinco de octubre de dos mil once, la Contraloría General de la República cursó el oficio número 00459-2011-CG/ORMQ al presidente del citado Gobierno Regional, MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, indicándole que el consorcio Chirimayuni había incumplido sus obligaciones contractuales. El Gobierno Regional de Moquegua resolvió unilateral y tardíamente el contrato, evidenciando el ánimo de encubrir conductas delictivas.

**Segundo.** El señor fiscal provincial, por disposiciones de fojas treinta y nueve y cuarenta y tres, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis y tres de octubre de dos mil dieciséis, respectivamente, concluyó la investigación preparatoria.

**Tercero.** Posteriormente, el señor fiscal provincial, a través del requerimiento de fojas doscientos setenta y dos, del veintiséis de marzo de dos mil dieciocho, al amparo del artículo 344, numeral 2, literal d, del Código Procesal Penal, solicitó el sobreseimiento a favor de MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, por el delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua.

Por su parte, el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República), por escrito de fojas trescientos nueve, del veinte de abril de dos mil dieciocho, formalizó su oposición a la solicitud de sobreseimiento.

**Cuarto.** Se celebró la audiencia respectiva, según consta del acta de fojas trescientos veintinueve. El señor juez especializado, mediante auto de fojas trescientos treinta y uno, del ocho de agosto de dos mil dieciocho, por un lado, declaró improcedente la oposición formulada por el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) y, por otro lado, declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento planteado por el señor fiscal provincial, en el proceso penal seguido contra MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua.

**Quinto.** Contra el mencionado auto, el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) interpuso recurso de apelación de fojas trescientos cuarenta y siete, del diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, solicitando su revocatoria.



Dicha impugnación fue concedida a través del auto de fojas trescientos cincuenta y dos, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

**Sexto.** Se realizó la audiencia correspondiente, de acuerdo al acta de fojas trescientos setenta y cuatro, el Tribunal Superior, mediante auto de vista de fojas cuatrocientos cuatro, del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, confirmó el auto apelado, en el extremo que declaró improcedente la oposición formulada por el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) y fundado el requerimiento parcial de sobreseimiento planteado por el señor fiscal provincial, en el proceso penal seguido contra MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua.

En relación al encausado MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, se puntualizó que se confirmó el sobreseimiento solo por el siguiente cargo: en su condición de presidente del Gobierno Regional de Moquegua y junto al representante legal del Consorcio Obispo Cabrera, efectuaron las adendas número 1, 2 y 3, que modificaron el contrato número 98-2010-CLSG-DRA/GR-MOQ, suscrito con el consorcio Chirimayuni para la supervisión externa del "Proyecto de Construcción de Infraestructuras de Riesgo y Represa en los distritos de Chojata y Lloque". Luego, se varió el plazo de ejecución de cuatrocientos veinticinco a doscientos cuarenta días, se modificó el monto contractual de S/ 1 286 000 (un millón doscientos ochenta y seis mil soles) a S/ 1 224 500.49 (un millón doscientos veinticuatro mil quinientos soles con cuarenta y nueve céntimos), se disminuyó el plazo de servicio aproximadamente en 44%, y se aumentó el pago de las valorizaciones mensuales de S/ 107 106.67 (ciento siete mil ciento seis soles con sesenta y siete céntimos) a S/ 153 062.56 (ciento cincuenta y tres mil sesenta y dos soles con cincuenta y seis céntimos), relativos al periodo de junio a noviembre de dos mil once, a pesar de que no era procedente ninguna alteración del referido contrato por haber sido realizado bajo la modalidad de "suma alzada". Se pagaron seis valorizaciones, lo que demostró "interés" en provecho del consorcio Chirimayuni.

La *ratio* de la decisión fue la siguiente:

- 6.1.** En primer lugar, el imputado MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO tuvo la condición de presidente del Gobierno Regional de Moquegua; en tanto que los procesados CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, se desempeñaron como coordinador del proyecto, director de supervisión y representante legal del consorcio Chirimayuni, respectivamente.



- 6.2.** En segundo lugar, el señor fiscal superior, en la audiencia de apelación, expresó su conformidad con el auto de sobreseimiento impugnado, respecto a la investigación seguida contra CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA y MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Gobierno Regional de Moquegua. Se detalló que, en cuanto al procesado MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO la petición de archivo solo fue por el hecho de haber suscrito las adendas número 1, 2 y 3, en el contrato número 98-2010-CLSG-DRA/GR-MO, celebrado con el representante legal del consorcio Chirimayuni, a pesar de que no correspondía modificarlo por haber sido celebrado a “mano alzada”. Se dio cumplimiento al principio de unidad y jerarquía que caracteriza al Ministerio Público, por lo que devino en innecesario analizar el sustento de la apelación propuesta.
- 6.3.** En tercer lugar, el delito de negociación incompatible es “residual” y el *extraneus* (tercero ajeno a la administración) no interviene ni como autor ni como cómplice, pues el tipo penal no lo alcanza. Se afirmó que si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, será cohecho; en cambio, si realiza un acuerdo con la parte interesada para defraudar al Estado, será colusión.
- 6.4.** En cuarto lugar, la atribución de que el imputado JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA se benefició con el actuar de los *intraneus* no tiene contenido penal.
- 6.5.** En quinto lugar, el procesado CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, si bien era funcionario público, no tenía la calidad especial que exige el tipo objetivo, es decir, no poseía facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que intervenía, ya que se le imputa haber analizado, gestionado y sugerido la modificación del contrato que conllevó la celebración de la adenda número 1.
- 6.6.** En sexto lugar, la incriminación contra los acusados MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO y CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA parte de la premisa errónea de que los contratos a “suma alzada” no pueden ser objeto de modificación. Ante ello, las opiniones emitidas por OSCE número 111-2014/DTN, del quince de diciembre de dos mil catorce, y número 054-2014/DTN, del veinticinco de julio de dos mil catorce, establecieron que los contratos a “suma alzada” sí pueden sufrir reformas, razón por la cual, la “sola apreciación” en contrario no es suficiente para determinar el interés directo que exige el tipo penal de negociación incompatible.



**Séptimo.** Frente al auto de vista acotado, el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) promovió el recurso de casación de fojas trescientos cuarenta y siete, del tres de diciembre de dos mil dieciocho.

Mediante auto de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta Sede Suprema.

## **§ II. Del procedimiento en la Sede Suprema**

**Octavo.** Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas sesenta y ocho, del veintiséis de abril de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación. Las causales admitidas están reguladas en el artículo 429, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal.

**Noveno.** Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones de fojas setenta y cinco, setenta y seis, y setenta y siete (en el cuaderno supremo), se emitió el decreto de fojas ochenta y uno, del cuatro de septiembre de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), que señaló para el nueve de octubre del mismo año la audiencia de casación.

**Décimo.** El señor fiscal supremo en lo penal, a través del dictamen de fojas ochenta y seis, del tres de octubre de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), requirió que se declare infundado el recurso de casación materia de evaluación jurídica.

**Undécimo.** Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** En principio, este Tribunal Supremo no puede soslayar la posición del señor fiscal supremo, quien, al absolver en grado el recurso de casación materia de evaluación, opinó porque se declare infundado.

Expuso los siguientes argumentos:

**1.1.** En primer lugar, la causa penal ha sido sobreseída por la celebración y suscripción de adendas, entonces, solo sobre dicho punto ha de emitirse pronunciamiento.



- 1.2. En segundo lugar, el delito de negociación incompatible es un ilícito especial propio, por lo que solamente el *intraneus* (vinculado institucional) es capaz de lesionar el bien jurídico al infringir su deber mediante un actuar indebido (interés de beneficiarse a sí mismo o a un tercero). No existe el *extraneus* y tampoco se admite que el actuar indebido del funcionario o servidor público (*intraneus*) pueda ser determinado por el primero, el cual, en sentido restringido, puede ser un funcionario o servidor público sin poder de decisión o, en sentido amplio, una persona no vinculada con la administración pública. No se configura la instigación.
- 1.3. En tercer lugar, si la colaboración interesada o la influencia provino de otro funcionario o servidor público participante en los contratos u operaciones, o de un tercero no proveedor, postor o contratista, se instituye una concertación.
- 1.4. En cuarto lugar, el procesado CARLOS CÉSAR ESTREMADOYRO MORY, si bien intervino en la etapa previa a la suscripción de la adenda número 1 por medio de su análisis, gestión, opinión y sugerencia, no puede ser autor del delito de negociación incompatible. El actuar e interés indebido que otro funcionario público (vinculado institucional) pudo tener en la realización del contrato u operación, no implica que el *extraneus* comparta el dominio de la decisión en el contrato. El imputado CARLOS CÉSAR ESTREMADOYRO MORY no tenía poder para perfeccionar la adenda número 1.
- 1.5. En quinto lugar, en el ilícito de negociación incompatible no participan los particulares. Si el funcionario público que tiene a su cargo una contratación u operación recibe alguna aportación fáctica por parte de un sujeto no cualificado, aquello implica, necesariamente, una colusión o concertación. No es posible que un postor o beneficiario con una buena pro pueda determinar, inducir o cooperar con el interés indebido de los sujetos especiales, sin la existencia de una coordinación. Este último elemento es propio de los tipos penales de participación necesaria. En ese sentido, el encausado JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, en su condición de representante legal del consorcio Chirimayuni, no es partícipe.
- 1.6. En sexto lugar, del tenor del artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de las Opiniones Consultivas de OSCE número 111-2014/DTN, del quince de diciembre de dos mil catorce, y número 054-2014/DTN del veinticinco de julio de dos mil catorce, se desprende que la primera de las normas admite excepciones vinculadas con la segunda, es decir, resulta posible efectuar modificaciones a los contratos de servicio (supervisión de obra), perfeccionados bajo el sistema de "suma alzada", lo que no supone vaciar de contenido el texto del artículo 40 del Reglamento de la Ley de



Contrataciones del Estado. Deben confluir supuestos de hecho excepcionales.

- 1.7. En séptimo lugar, si bien en la Opinión Consultiva número 111-2014/DTN, del quince de diciembre de dos mil catorce, se admitieron modificaciones contractuales para ampliación de plazos no previstos en la ley y, además, no se hizo referencia a la reducción de estos, ello no implica, por un lado, que no puedan reducirse los plazos por excepción, y por otro lado, que sea válido atribuir responsabilidad penal por aplicación de una interpretación en contrario. El hecho de que en la opinión consultiva no se haya aludido a la posibilidad de reducir los plazos para modificar un contrato no permite inferir que estuviera prohibida la referida reducción del plazo de la ejecución de un contrato de supervisión a "suma alzada". Esto último no califica como un acto indebido.
- 1.8. En octavo lugar, en la resolución impugnada no se incurrió en una errónea interpretación del artículo 399 del Código Penal, que regula el delito de negociación incompatible, ni se vulneró la garantía constitucional de la motivación judicial.

**Segundo.** El ordenamiento constitucional ha definido los roles y las funciones de cada una de las partes intervinientes en los procesos penales. De acuerdo con ello, el Ministerio Público ejerce de modo privativo, exclusivo y excluyente la promoción de la acción penal y la persecución pública del delito.

La constitucionalización del proceso penal impide el funcionamiento de un sistema inquisitivo.

En contrapartida, el sistema acusatorio exige que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar<sup>1</sup>.

El principio acusatorio responde a una lógica puntual: el tribunal solo puede juzgar un hecho penal cuando ha sido puesto en su conocimiento mediante una acusación. Donde no hay acusador no hay juez. El juez no es "inquisidor", es decir, juez y acusador al mismo tiempo<sup>2</sup>.

La interposición de la acusación le corresponde al Estado. Para ello, está representado por la Fiscalía. Ella tiene, en principio, el monopolio de la acusación. La única excepción son los casos de acción privada<sup>3</sup>. Por lo tanto, el juez no es un "fiscal de emergencia".

---

<sup>1</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 235.

<sup>2</sup> VOLK, Klaus. *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016, p. 253.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 87.



**Tercero.** Si lo que se pretende es dotar de legitimidad las decisiones que resuelven los asuntos litigiosos puestos a consideración de la jurisdicción penal, ha de respetarse escrupulosamente los lineamientos básicos que instituye el derecho procesal penal.

En el escenario de un “proceso de garantías” subyacen tres funciones procesales autónomas: la primera, acusatoria, es sostenida por un organismo distinto al juez, es decir, el Ministerio Público; la segunda, defensiva, ha de contar con los mismos derechos y posibilidades que se otorgan al acusador; y, la tercera, decisoria, concierne a un Órgano Judicial independiente e imparcial, no comprometido con los hechos ni con los sujetos de la causa. A los jueces les atañe la labor de juzgamiento.

Tales funciones no pueden permutarse entre sí.

**Cuarto.** El principio acusatorio contiene implicancias prácticas que resulta pertinente reseñar:

- 4.1.** No hay proceso penal sin ejercicio de la acción penal (se requiere que previamente se haya generado una actividad investigatoria por parte del Ministerio Público).
- 4.2.** No hay proceso penal sin la formalización de la acusación fiscal o su sostenimiento en juicio (si se procediese al retiro de la acusación fiscal por el titular de la acción penal, decae toda posibilidad de proseguir con el proceso penal).
- 4.3.** La decisión sobre el objeto del proceso debe observar la inmutabilidad del hecho (el hecho y sus circunstancias son fijados por el Ministerio Público en la acusación fiscal y se define lo que será el objeto del proceso).
- 4.4.** No se puede condenar a persona distinta de la acusada (el Ministerio Público determina las personas que son sujetos de acusación, luego de realizada la investigación preparatoria).
- 4.5.** La pena a imponer no puede exceder lo postulado en la acusación fiscal (vinculación que se relativiza si la pena requerida por el fiscal es ilegal).
- 4.6.** No se puede modificar en peor la calificación jurídica hecha por el fiscal, sin que se haya advertido oportunamente de esta posibilidad a las partes (si en el transcurso del debate se repara en que el hecho podría subsumirse en un tipo penal distinto, se deberá advertir a las partes y disponer, de ser el caso, que se suspenda la audiencia, para que puedan ofrecer los medios probatorios correspondientes a la nueva calificación).
- 4.7.** Los jueces de alzada no pueden modificar en peor la situación jurídica del impugnante si el Ministerio Público no impugnó (esto es, cuando el fiscal expresó su conformidad con la sentencia respectiva).
- 4.8.** No es posible un pronunciamiento de fondo en el procedimiento de impugnación, si el superior jerárquico al fiscal impugnante está



de acuerdo con la decisión cuestionada (la opinión conformada del superior jerárquico del fiscal impugnante con la decisión impugnada, significa que el ejercicio de la acción penal cesa y, por ende, deja sin objeto el pronunciamiento de fondo del Órgano Jurisdiccional que va a conocer la impugnación).

- 4.9.** Es posible modificar la calificación jurídica hecha en la acusación (el juez de juicio puede tipificar de manera distinta el hecho objeto del proceso; ello no es una expresión del principio acusatorio y puede ser modificado en la sentencia)<sup>4</sup>.

**Quinto.** Sobre la vigencia del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional ha recogido la siguiente doctrina:

- 5.1.** No puede existir juicio sin acusación. Esta debe ser formulada por persona ajena al Órgano Jurisdiccional sentenciador, de manera que, si el fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente.
- 5.2.** No puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada.
- 5.3.** No pueden atribuirse a los juzgadores poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. Del mismo modo, se estableció:

“La primera de las características del principio acusatorio [...] guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159º de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin [...]”<sup>5</sup>.

El propio Tribunal Constitucional, en otro caso, ha determinado, en términos generales, lo siguiente:

[...] parte de la independencia y la autonomía del Poder Judicial se sustenta en que lo expuesto por los representantes del Ministerio Público no es vinculante para los órganos del Poder Judicial [...] ello efectivamente es correcto, dado que la Constitución y las respectivas leyes orgánicas le otorgan a cada uno de tales órganos [...] el conjunto de competencias o atribuciones que les corresponde; sin embargo, el Poder Judicial, en materia penal, no puede actuar al margen de las competencias del Ministerio Público, en tanto que éste es el titular de la acción penal y el órgano encargado de emitir dictámenes en forma previa a las resoluciones judiciales que la ley contempla, entre las cuales está la de emitir dictámen acusatorio [...]”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *El juicio en el nuevo sistema procesal penal*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, páginas 147-153.

<sup>5</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 2005-2006-PHC/TC Lima, del trece de marzo de dos mil seis, fundamentos jurídicos quinto y sexto.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 02920-2012-PHC/TC Lima, del veintitrés de agosto de dos mil trece, fundamento jurídico décimo.



**Sexto.** Para clarificar los alcances normativos del principio acusatorio, es oportuno destacar dos pronunciamientos expedidos en esta Sede Suprema:

**6.1.** En el primero se concluyó que el principio acusatorio integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso (artículo 139, numeral 3, de la Constitución Política del Estado) e informa el objeto del proceso penal. A través este principio se determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el juzgamiento de la pretensión penal. La fundamentación reside en la preservación de la imparcialidad del juez, que podría verse comprometida si se le atribuyeran, a él mismo, las funciones de descubrir, investigar y perseguir los hechos posiblemente constitutivos de delito. Convergen dos elementos característicos:

**A.** Desdoblamiento de las funciones de investigación y de decisión, a cargo de dos Órganos Públicos distintos: el juez instructor o penal, en el Código de Procedimientos Penales, y el Ministerio Público, en el Código Procesal Penal, sustentado en el artículo 159, numeral 4, de la Constitución Política del Estado.

**B.** Distribución de las funciones de acusación y decisión, en armonía con el aforismo *nemo iudex sine accusatore*, el cual, incluso, se extiende a la promoción de la acción penal, a la inculpación penal y a la propia incoación de la instrucción o de la investigación preparatoria<sup>7</sup>.

**6.2.** En el segundo se estableció que el objeto del proceso lo define el Ministerio Público. Esto es, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, pues se concretan en la acusación fiscal (que, a su vez, se relaciona, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción, que aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el fiscal) respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos. Además, la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación. En el caso de que el fiscal no formule acusación, o incluso se desista de ella, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al Órgano Jurisdiccional ordenarle que acuse y menos que asuma un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que se discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la Fiscalía. La conclusión que se

---

<sup>7</sup> SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 2358-2009/Lima, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, fundamento jurídico segundo.



aborda es la siguiente: el presupuesto de juicio jurisdiccional es la imputación del fiscal<sup>8</sup>.

**Séptimo.** En la misma perspectiva, de acuerdo con la jurisprudencia comparada, el principio acusatorio está relacionado también con otros principios. Se lesiona el derecho a un juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado; y se afecta asimismo el derecho de defensa, cuando se introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, y no se ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral<sup>9</sup>.

**Octavo.** Tomando en cuenta lo precedente, se observa que la conducción de la investigación, el ejercicio y promoción de la acción penal y la interposición de la acusación corresponden a un ente autónomo como es el Ministerio Público. De ello se decanta el reconocimiento constitucional del principio acusatorio como garantía medular del proceso penal, en lo atinente al objeto del proceso penal. En tal sentido, en el caso analizado, debe prevalecer la posición no inculpativa y de archivamiento definitivo del Ministerio Público. Se trata de un pedido de sobreseimiento formulado por el señor fiscal provincial, que en Instancia de Apelación fue ratificado por el señor fiscal superior y que, en Sede de Casación, fue avalado por el señor fiscal supremo.

El principio acusatorio adquiere un valor preponderante, pues en las tres Instancias Jerárquicas del Ministerio Público (Provincial, Superior y Suprema), se exhibió una posición no acusatoria, respecto de MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Moquegua. En cuanto al primero, por la suscripción de las adendas número 1, 2 y 3, que modificaron el contrato número 98-2010-CLSG-DRA/GR-MOQ, suscrito con el consorcio Chirimayuni

No es viable que esta Sala Penal Suprema, de acuerdo con la pretensión del ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República), emita un fallo rescindente de los autos de sobreseimiento de primera y segunda instancia pues, en la práctica, esto último presupondría la continuación del *ius puniendi* estatal, así como la afectación del principio acusatorio, la transgresión del

---

<sup>8</sup> SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Queja Excepcional número 1678-2006/Lima, del trece de abril de dos mil siete, fundamento jurídico cuarto.

<sup>9</sup> SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 792/2018, del ocho de mayo de dos mil diecinueve, fundamento jurídico segundo.



derecho a un juez imparcial y la vulneración de la autonomía constitucional del Ministerio Público, reconocida en el artículo 158 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, la persecución del delito, en cuanto a los extremos acotados, ha fenecido.

**Noveno.** Por otro lado, cabe enfatizar que toda resolución judicial (autos o sentencias, exceptuándose los decretos, de mero impulso procesal) debe ser específica, individualizada y secuencial respecto al razonamiento que justifica la decisión; sin embargo, en casos como el presente, bajo la tendencia de aplicación del principio acusatorio, es posible recurrir a una *motivación por remisión*<sup>10</sup>.

Dicha técnica de motivación requiere extraer y detallar la fundamentación fáctica y jurídica precisada por los representantes del Ministerio Público para, seguidamente, integrarla en el auto o sentencia respectiva. No se trata, en ningún caso, de una reproducción literal o automática.

Desde luego, *ab initio*, los dictámenes fiscales que requieran sobreseimientos deben estar compuestos de criterios lógicos, producto de la inferencia razonable de los hechos declarados probados o no probados en el proceso judicial. Se requiere de un control jurisdiccional –caracterizado por su indelegabilidad– que incluya la comprobación de que las decisiones procesales de archivo se acomoden a sus normas reguladoras, como es el caso del artículo 344 del Código Procesal Penal.

Es necesario indicar que, esto último, no significa dejar incontestados los agravios o cuestionamientos formulados por la parte recurrente. De modo indefectible, los motivos propuestos en la impugnación deben ser abordados.

Por otro lado, solo si se constata la vulneración de algún derecho o garantía de la parte agraviada, como por ejemplo, la tutela judicial efectiva o el derecho a la prueba, es posible la anulación del procedimiento, retrotrayéndose este a la fase procesal en la que se detecten los actos violatorios.

Esto último ha sido avalado por la jurisprudencia internacional: el derecho a la tutela judicial efectiva, permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, apartados de toda lógica o ajenos a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no autoriza corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos

---

<sup>10</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 4348-2005-PA/TC Lima, del veintiuno de julio de dos mil cinco, fundamento jurídico segundo.



jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad"<sup>11</sup>.

Sin embargo, en lo específico, en el recurso y audiencia respectivos, el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) no promovió alegación alguna tendente a demostrar la afectación de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva o del derecho a la prueba.

**Décimo.** La interpretación efectuada por los representantes del Ministerio Público, a los efectos de sustentar el sobreseimiento solicitado, cumplió con los estándares de razonabilidad y se apoyó en un análisis jurídico no extravagante o antojadizo, sino defendible. Entonces, a los Órganos Jurisdiccionales de primera y segunda instancia les concernía sobreseer la causa. La aplicación del principio acusatorio se erige como una respuesta judicial adecuada en Derecho.

En consecuencia, el recurso de casación se declara infundado.

**Undécimo.** Finalmente, corresponde precisar lo siguiente:

- 11.1. De acuerdo con la redacción típica del artículo 399 del Código Penal, lo que se punibiliza en el delito de negociación incompatible es el "interés indebido" del funcionario o servidor público, en provecho propio o de tercero. Se instituye como un "delito unilateral". Para ello, basta la inobservancia de la "imparcialidad" requerida por la norma penal, procurándose evitar cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública<sup>12</sup>.
- 11.2. Esta Sala Penal Permanente, aunque con una composición personal distinta, ha definido que el delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber, porque implica el quebrantamiento de un deber especial normativizado, que solo puede ser infringido por su destinatario: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. Asimismo, estableció, por un lado, que la estructura típica de este ilícito no permite la intervención del "tercero" con el que se realiza la operación, pues, de darse esto último, se estaría configurando, más bien, un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros); y, por otro lado, que no constituye un delito de "participación necesaria", como sí lo es, por ejemplo, la colusión. También se determinó que la negociación

---

<sup>11</sup> SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 10332/2017, del treinta de noviembre de dos mil diecisiete, fundamento jurídico primero.

<sup>12</sup> SALA PENAL TRANSITORIA. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad 2068-2012/Lima, del diecinueve de abril de dos mil trece, fundamento jurídico sexto.



incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado<sup>13</sup>.

**11.3.** El hecho de que, en su oportunidad, dichos criterios no fueron catalogados como “doctrina jurisprudencial vinculante”, no impide que sean observados jurídicamente. Se hace constar que, en cumplimiento de la función nomofiláctica, todas las decisiones que se emiten en esta Instancia Jurisdiccional Suprema constituyen “jurisprudencia” y detentan fuerza normativa respecto de la interpretación hermenéutica que se realiza.

**11.4.** La jurisprudencia permite salvaguardar tres valores fundamentales: seguridad jurídica, predictibilidad e igualdad. Con fines ilustrativos, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que la jurisprudencia constituye: “la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”; mientras que, respecto del precedente vinculante, se dijo:

Si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto<sup>14</sup>.

**11.5.** No debe eludirse los evidentes problemas concursales que existen entre los delitos de negociación incompatible, omisión de actos funcionales, colusión y cohecho, los cuales, actualmente, no han sido superados por la jurisprudencia y la doctrina<sup>15</sup>. Por ello, este Tribunal Supremo refrenda el pronunciamiento casatorio aludido en el que se efectuó la interpretación del artículo 399 del Código Penal y se remite a sus consideraciones jurídicas. No se promovieron alegaciones para justiciar, en este caso, el apartamiento jurídico.

---

<sup>13</sup> SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 841-2015/Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, fundamentos jurídicos vigésimo octavo y trigésimo.

<sup>14</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 3741-2004-AA/TC Lima, del catorce de noviembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

<sup>15</sup> ÁLVAREZ MIRANDA, Francisco. *V Convención de Derecho Público. El injusto típico en el delito de negociación incompatible*. Universidad de Piura. Lima: Palestra Editores, 2018, páginas. 78-81; y, CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, páginas 131-138. Los citados autores nacionales efectúan estudios relevantes sobre el particular y revelan la problemática que se suscita. Por otro lado, ABOSO, Gustavo Eduardo. *Código penal de la República Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2018, página 1407. El mencionado autor procura clarificar la controversia.



**Duodécimo.** En atención al artículo 499, numeral 1, del Código Procesal Penal, el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) está exonerado del pago de costas procesales.

## **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) contra el auto de vista de fojas cuatrocientos cuatro, del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que confirmó el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y uno, del ocho de agosto de dos mil dieciocho, que declaró fundado el requerimiento parcial de sobreseimiento postulado por el representante del Ministerio Público, en la investigación preparatoria seguida contra MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO, CARLOS CÉSAR ARTURO ESTREMADOYRO MORY, CÉSAR AUGUSTO RAMOS ZAMORA y JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Moquegua. En consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista de fojas cuatrocientos cuatro, del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.
- II. **EXONERARON** al ACTOR CIVIL (Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República) del pago de las costas procesales correspondientes.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

**CHÁVEZ MELLA**

CHM/ecb