



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: CARBAJAL CHAVEZ NORMA BEATRIZ / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 18/02/2021 12:57:41 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/02/2021 13:41:54 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SEQUEIROS VARGAS IVAN ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/02/2021 08:29:54 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: BERMEO RAMIRO ANIBAL / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/02/2021 10:27:01 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 21/02/2021 20:19:26 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema SALAS CAMPOS PILAR ROXANA / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/02/2021 09:09:26 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Control de convencionalidad y aplicación del principio de mejor, mayor o más amplia protección de los derechos fundamentales

I. Es tarea de toda autoridad pública y del Poder Judicial realizar, de oficio, un control de convencionalidad de todos los enunciados normativos nacionales (constitucionales, legislativos, administrativos, etc.), de modo que se adecúen a lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (aplicables a nuestro país) y lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Esto no significa aplicar a ciegas los enunciados normativos o la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en desmedro del derecho nacional, debido a que ambos se complementan. Más bien significa que, si el ordenamiento nacional otorga mayor, mejor o más amplia protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, debido a que alcanza el máximo grado de vinculación.

III. La contratación o designación de todo funcionario o servidor público obedece a criterios legales y méritos técnicos y académicos que toda persona debe poseer para realizar las labores que se le asignen. El nivel de experiencia y conocimientos que se exige a cada funcionario o servidor público depende del nivel jerárquico donde este prestará servicios.

IV. El aprovechamiento de la condición del agente solo se puede considerar como agravante, a efectos de individualizar la pena, cuando no sea específicamente constitutivo del hecho punible. De modo que su aplicación es exclusiva para los delitos donde no se requiera, entre otros supuestos, la condición especial de autoridad, funcionario o servidor público para ser responsable del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil veintiuno

VISTOS: en audiencia pública¹, los recursos de casación interpuestos por los procesados **Adolfo Bonilla Jerí** (folio 478), **Kely Quispe Auccapuclla** (folio 446), **Henry Esteban Escalante Roca** (folio 416)

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

y **Walter Fernández Bendezú** (folio 384) contra la sentencia de vista del cuatro de abril de dos mil diecinueve (folio 347), que confirmó la sentencia del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho (folio 176), que los condenó como autores del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado (representado por la Municipalidad Provincial de Huamanga), impuso cuatro años y dos meses de pena privativa de libertad efectiva y tres años de inhabilitación, y fijó en S/ 24 352 (veinticuatro mil trescientos cincuenta y dos soles) la reparación civil.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según la acusación fiscal (folio 1), se imputó a Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuella, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú ser autores del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado, según el siguiente detalle:

- 1.1. Entre el veintiséis de marzo y el veintiocho de abril de dos mil quince, la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L., representada por William Lira Granados, realizó la entrega de 303 galones de pinturas (marca CPP) y 122 galones de disolventes (*thinners* acrílicos) a la Subgerencia de Tránsito y Seguridad Vial de la Municipalidad Provincial de Huamanga sin que exista un documento formal o un procedimiento de adquisición que respalde dicha entrega; tan solo se entregaron ocho vales de crédito emitidos a favor de la mencionada empresa por S/ 18 613 (dieciocho mil seiscientos trece soles) que no fueron cancelados.
- 1.2. Tres días antes de la primera entrega de las pinturas y los disolventes (veintitrés de marzo de dos mil quince), Walter Fernández Bendezú (procesado), en su condición de subgerente de Tránsito y Seguridad



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

Vial de la Municipalidad Provincial de Huamanga, suscribió la Nota de Pedido número 006-2015-MPH/51.53, mediante la cual realizó el requerimiento de pinturas y disolventes para la ejecución de la obra denominada "Mejoramiento y ampliación de la señalización en las avenidas Javier Pérez de Cuéllar, Independencia y 26 de Enero del distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga", con especificaciones técnicas orientadas a la marca CPP (describía propiedades específicas que únicamente presentaba esta marca), con lo que transgredió lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado. Con tal actuación mostró un interés indebido y directo en favorecer a la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L., que desde antes de que iniciara el procedimiento de contratación ya estaba realizando la entrega irregular de las pinturas y disolventes con los cuales se ejecutó el pintado de tres avenidas del distrito de Ayacucho.

1.3. Una vez convocado el Proceso de Selección ADS número 6-2005-MPH/CEPA para la adquisición de pinturas y disolventes, el catorce de abril de dos mil quince la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L. se presentó al mencionado proceso. En este contexto, Kely Quispe Aucapuclla, Adolfo Bonilla Jerí y Henry Esteban Escalante Roca, como presidenta e integrantes del Comité Especial Permanente de Adquisiciones y Contrataciones de la Municipalidad Provincial de Huamanga, respectivamente, mostraron interés indebido y direccionado en favor de la empresa descrita, desde la integración de las bases, con el propósito de entregarle la buena pro, incurriendo para ello en una serie de irregularidades:

a. Estas personas consignaron en las bases del proceso de selección las especificaciones técnicas que remitió el área usuaria con un claro direccionamiento en favor de la marca CPP, a pesar de que la Corporación Triana y Nicole E. I. R. L. observó ello y dio cuenta de un direccionamiento; sin embargo,



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

estas personas desestimaron la observación aduciendo que las especificaciones técnicas tenían por fin garantizar el cumplimiento de los objetivos programados.

- b.** Asignaron a la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L. un puntaje que no le correspondía, pues en los rubros de experiencia del postor y de cumplimiento de la prestación le otorgaron 40 y 30 puntos, respectivamente, cuando en realidad le correspondía un puntaje de 30 y 21 puntos, respectivamente. Con esto permitieron que la mencionada empresa obtenga una calificación total de 100 puntos, cuando en realidad le correspondía obtener 87.70 puntos.
 - c.** El postor que ganaría el concurso debía estar habilitado y haber presentado la menor oferta económica. En este caso, la empresa favorecida ofertó sus servicios por S/ 43 525 (cuarenta y tres mil quinientos veinticinco soles), con lo que se le declaró como ganadora del concurso. Sin embargo, el sobre que contenía su propuesta económica no contaba con el sello de recepción de la Unidad de Abastecimiento de la Municipalidad Provincial de Huamanga, como sí ocurría con las propuestas económicas de los demás postores.
- 1.4.** Henry Esteban Escalante Roca, en su condición de jefe de Abastecimiento de la mencionada municipalidad, el veintidós de julio de dos mil quince, permitió el desembolso de S/ 43 525 (cuarenta y tres mil quinientos veinticinco soles) en favor de la empresa favorecida como pago íntegro de la prestación convenida, a pesar de que el veintitrés de junio y el seis de julio del mismo año (a través de los Oficios signados con los números 231-2015-MPH/OCI y 246-2015-MPH/OCI, respectivamente) se le comunicó que los bienes adquiridos no habían sido entregados en el plazo acordado.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO**

- a. Es más, a través del Memorándum Múltiple número 128-2015-MPH-A/12, del quince de julio de dos mil quince, se le comunicó que correspondía aplicar la penalidad de S/ 4352 (cuatro mil trescientos cincuenta y dos soles), conforme establecía el contrato suscrito entre ambas instituciones.
 - b. De estos documentos también se advertía que recién el quince de julio de dos mil quince se hizo la entrega del total de los bienes adquiridos (veintinueve días después de la fecha pactada, que era el dieciséis de junio del mismo año).
 - c. Tampoco comunicó de las irregularidades advertidas a las áreas correspondientes para que adopten las medidas necesarias, todo con el propósito de continuar beneficiando a la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L.
 - d. El pago de la prestación se realizó sin que exista el informe de conformidad, pues recién el doce de agosto de dos mil quince solicitó esta información al jefe de la Oficina de Almacenamiento (sobre el cumplimiento), cuando el veintidós de julio del mismo año ya había autorizado el pago y este se concretó el veintitrés de julio de dos mil quince.
- 1.5.** Henry Esteban Escalante Roca tuvo conocimiento de la adquisición irregular de pinturas y disolventes desde el veintiséis de marzo de dos mil quince, pues esta adquisición se realizó otorgando ocho vales de crédito, conforme aparece de la Carta número 01-2015, del veinte de octubre de dos mil quince, suscrita por Rubén Guillén Badajoz, exasistente administrativo de la Subgerencia de Tránsito y Seguridad.
- 1.6.** Parte de la pintura y los disolventes adquiridos para la realización de la obra denominada “Mejoramiento y ampliación de la señalización de las avenidas Javier Pérez de Cuéllar, Independencia y 26 de Enero del distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga” fueron encontrados el veinticinco de noviembre de dos mil quince en el



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

almacén de la Subgerencia de Tránsito de la Municipalidad Provincial de Huamanga, lo que pone de manifiesto que todos los bienes adquiridos no fueron destinados a la ejecución de la mencionada obra, que concluyó meses antes.

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en perjuicio del Estado (representado por la Municipalidad Provincial de Huamanga). Por ello, solicitó que se condene a Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuella, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú como autores del mencionado delito e imponga cinco años y dos meses de pena privativa de la libertad e inhabilitación (folio 16).

Tercero. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Huamanga, mediante la sentencia del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho (folio 176), condenó a los casacionistas Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuella, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú como autores del delito de negociación incompatible impuso cuatro años y dos meses de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación, y fijó en S/ 24 352 (veinticuatro mil trescientos cincuenta y dos soles) la reparación civil debido a que a su criterio:

- 3.1.** Existían suficientes pruebas que acreditaban que los mencionados procesados, dentro de sus competencias, se interesaron indebidamente y de forma directa en favorecer a la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L.
- 3.2.** Antes de que iniciara el procedimiento de adquisición de la pintura y los disolventes, estos bienes ya estaban siendo recibidos por la Subgerencia de Tránsito y Seguridad Vial, de la cual Walter Fernández Bendezú era el titular, y como aparente contraprestación se otorgaron ocho vales de crédito, que al final no fueron cobrados;



incluso parte de los bienes fueron utilizados antes de que se suscribiera el contrato de adquisición de pintura y disolventes.

3.3. Kely Quispe Auccapuella, Adolfo Bonilla Jerí y Henry Esteban Escalante Roca direccionaron todo el procedimiento público de contratación, pues armaron las bases a favor de la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L., desestimaron las observaciones que planteó otro postor contra las bases (quien cuestionaba el direccionamiento), otorgaron puntajes que no correspondían e hicieron posible el cambio del sobre que contenía la propuesta económica de la mencionada empresa.

3.4. Henry Esteban Escalante Roca omitió dar cuenta a las oficinas correspondientes del no cumplimiento oportuno de la entrega total de los bienes adquiridos, a pesar de que le informaron ello, lo que hizo imposible que se cobren las penalidades generadas; además, dispuso el pago de la contraprestación pactada cuando no existía certeza del cumplimiento total de la prestación contratada, e incluso solicitó esta información recién después de realizado el pago.

Cuarto. Apelada la sentencia por todos los procesados (folios 230, 251, 272 y 297), la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, a través de la sentencia de vista del cuatro de abril de dos mil diecinueve (folio 347), confirmó la sentencia condenatoria al amparo de fundamentos similares a los expuestos por el Juzgado Penal Unipersonal de Ayacucho.

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Quinto. Este Tribunal, mediante la resolución de calificación del catorce de febrero de dos mil veinte (folio 371 del cuadernillo formado en esta instancia), declaró bien concedidos los recursos de casación propuestos por las



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO**

causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, y precisó lo siguiente:

Se aprecia que en los recursos interpuestos por Adolfo Bonilla Jerí y Kely Quispe Auccapuella [...] que propusieron aspectos relevantes que consideran que ameritan desarrollo jurisprudencial por parte de este Supremo Tribunal. Al respecto, esta Sala Suprema resalta el aspecto vinculado a la determinación judicial de la pena, en relación con la aplicación de una circunstancia agravante por la condición del agente activo –artículo 46-A del Código Penal–, cuando esta ya se encuentra incluida en el tipo penal imputado [...].

Esta Sala Suprema considera relevante el extremo del desarrollo propuesto [por Henry Esteban Escalante Roca] sobre el conocimiento que debe tener un funcionario público en los procesos de contratación y su relación con la garantía de presunción de inocencia [...] también refirió que el título de participación –en torno al tipo del delito imputado– no fue debidamente motivado por los Tribunales de mérito, [por lo] que “(se deben) fijar parámetros objetivos: i) para la determinación entre la obligatoriedad del conocimiento de las normas y la presunción de inocencia y ii) que sustenten la motivación de la sala cuando se aparta de acuerdos plenarios”.

[...] Finalmente, en el recurso interpuesto por el casacionista Walter Fernández Bendezú se propusieron aspectos relevantes para el desarrollo jurisprudencial y que se relacionan con la determinación de su responsabilidad. Este Tribunal Supremo resalta el extremo sobre los estándares de motivación, establecidos en las instancias supranacionales, así como el principio de presunción de inocencia y el derecho a la defensa. Al respecto, el recurrente sostuvo que los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Estado peruano están vinculados a la Convención Americana de Derechos Humanos y deben seguir la pauta interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en específico sobre la presunción de inocencia, la debida motivación y la observancia del derecho a la defensa

[...] El recurrente resaltó la obligación de verificar el control de convencionalidad de los órganos jurisdiccionales; además, refirió que los fundamentos en los que reposa su responsabilidad penal no contienen elementos suficientes para quebrar el principio de presunción de inocencia. Finalmente, añadió que no se le permitió interrogar a testigos (peritos).

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación de los recursos de casación bien concedidos.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el nueve de febrero del año en curso (folio 385 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de los



abogados de los sentenciados Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuclla, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú, quienes expusieron los argumentos propuestos en sus respectivos recursos de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento. Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

IV. Fundamentos de derecho

Séptimo. Este Tribunal, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales, y como última instancia de la jurisdicción ordinaria (por lo tanto, encargado de dotar de uniformidad al sistema jurídico), admitió la casación para desarrollar los siguientes temas:

- 7.1.** La obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de realizar un control de convencionalidad, donde se tengan en cuenta los estándares establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y las pautas interpretativas desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a los derechos a la motivación de las resoluciones judiciales, la defensa, la prueba y la presunción de inocencia.
- 7.2.** El conocimiento técnico que debe tener un funcionario público en los procesos de contratación pública, su relación con el derecho a la presunción de inocencia y la motivación del título de imputación.
- 7.3.** La determinación judicial de la pena y la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46-A del Código Penal, que está referida a la condición de funcionario público del agente activo del delito y si esta se encuentra incluida en el tipo penal de negociación incompatible.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

Octavo. Con relación al primer tema propuesto, vinculado con la obligación de los operadores jurídicos nacionales de realizar el control de convencionalidad, debemos precisar lo siguiente:

8.1. El nacimiento y desarrollo de esta institución se dio en los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos².

8.2. Esta Alta Corte, de forma colegiada y por primera vez, hizo referencia al control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)*³, donde precisó que:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

8.2. Luego, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)*⁴, estableció que:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

² Este término fue utilizado por primera vez por el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003)*.

³ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁴ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf



8.3. Después, desarrollando esta institución, ejemplificó claramente la aplicación del control de convencionalidad:

- a.** En el caso *Boyce y otros vs. Barbados (2007)*⁵ señaló que este Estado realizó un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa, pero no tuvo en cuenta las obligaciones que tenía con la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José. Es decir, estableció que la jurisdicción interna del mencionado Estado, al analizar el caso de su conocimiento, no debió limitarse a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que su Corte de Justicia también debió decidir si la Ley de Barbados, citada en las decisiones judiciales cuestionadas, violó o no el Pacto de San José (cfr. párrafos 77 y 78).
- b.** En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)*, señaló que a través del control de convencionalidad “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, de modo que el derecho nacional o doméstico debe adecuar sus normas a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta adecuación implica: “i) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y, ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” (párrafo 180).

8.4. Asimismo, en el caso *Gelman vs. Uruguay (2011)*⁶ precisó que:

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por

⁵ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

⁶ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

- 8.5.** De modo que es tarea, en abstracto, de toda autoridad pública y, en concreto, del Poder Judicial realizar, de oficio, un control de convencionalidad de todos los enunciados normativos nacionales (constitucionales, legislativos, administrativos, etc.), de modo que se adecúen a: **i)** lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos aplicables y **ii)** lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde también se consideran las opiniones consultivas y las medidas provisionales que emite esta Alta Corte.
- 8.6.** Sin embargo, esto no significa aplicar a ciegas los enunciados normativos del Sistema Interamericano o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desmedro del derecho nacional, en razón de que el derecho nacional y las normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se complementan. Esto significa que, en caso de que el ordenamiento jurídico interno otorgue mayor o mejor protección de los derechos que la del propio Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, según también lo establece el artículo 29 del Pacto de San José, que prevé que ninguna disposición convencional puede limitar el goce o ejercicio de los derechos o libertades reconocidos en el derecho nacional o interno.



- 8.7.** En cualquier caso, las interpretaciones que realicen los operadores jurídicos nacionales y los jueces interamericanos deben orientarse por el principio de mayor protección y más amplia cobertura de los derechos fundamentales. De modo que las decisiones de un juez nacional o un juez interamericano alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mayor, mejor o más amplia protección de los derechos fundamentales.
- 8.8.** Esto también significa que, si la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso concreto, es optimizada por los jueces del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, el grado de vinculación de aquella interpretación disminuye a efectos de incorporar la mejor, más amplia o mayor interpretación que objetivamente incorporó el juez u operador jurídico nacional.
- 8.9.** Estos ejercicios interpretativos y aplicativos del control de convencionalidad son aplicables a todas las normas e interpretaciones de las mismas que forman parte del bloque de convencionalidad (Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos). Además, se extienden a todos los tratados de derechos humanos que vinculan a nuestro país, dentro de los cuales se encuentran las normas e interpretaciones de las mismas que forman parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los Protocolos Adicionales; las Convenciones Internacionales; las decisiones de los Comités Especiales o Comités de Expertos encargados de interpretar estas Convenciones; etc.), los cuales resultan aplicables a nuestro país al amparo de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con la limitación prevista en el



artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷.

Noveno. Precisado lo anterior como doctrina jurisprudencial de este Supremo Tribunal, corresponde ahora analizar si en el caso en concreto se realizó o no un control de convencionalidad, en los términos antes expuestos, como solicita el procesado Walter Fernández Bendezú, quien manifiesta que el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga y la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho no tuvieron en cuenta los alcances de sus derechos a la presunción de inocencia, la motivación de las resoluciones judiciales, la prueba y la defensa, en los términos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Zegarra Marín vs. Perú, Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Lori Berenson Mejía vs. Perú y Tribunal Constitucional vs. Perú.

9.1. Con relación a los alcances interpretativos del primer derecho invocado por el recurrente, este Tribunal, en diversa jurisprudencia⁸, acogió la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuesta no solo en los casos citados por el mencionado procesado, sino también la desarrollada en los casos Cantoral Benavides vs. Perú (2000)⁹ o J. vs. Perú (2013)¹⁰, donde dicha Alta Corte precisó, respectivamente, que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su

⁷ Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

⁸ Recursos de Nulidad signados con los números 1252-2018/Huánuco, 1474-2018/Lima Este, 1970-2018/Lima Sur, 2243-2018/La Libertad, 2292-2018/Lima Sur, 2303-2018/Lima Sur, 39-2019/Lima Sur, 240-2019/Puno, 311-2019/Lima, entre muchos otros casos.

⁹ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

¹⁰ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf



responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* [carga de la prueba] corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.

- 9.2.** Lo mismo ocurre con los alcances de los derechos a la motivación de las resoluciones judiciales, la prueba y la defensa, que fueron interpretados por este Tribunal siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional y del derecho penal, en diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Incluso se desarrolló la relación de estos derechos de todo justificable con los derechos a la libertad individual y libertad personal, considerando las limitaciones constitucionales a las que pueden someterse, con el fin de tutelar otros principios, bienes y valores constitucionales. Así, por ejemplo, se hizo en las ejecutorias supremas emitidas en las Nulidades números 1252-2018/Huánuco, 1474-2018/Lima Este, 1970-2018/Lima Sur, 2243-2018/La Libertad, 2292-2018/Lima Sur, 2303-2018/Lima Sur, 39-2019/Lima Sur, 240-2019/Puno y 311-2019/Lima, entre otros casos.
- 9.3.** Ahora bien, considerando estos alcances interpretativos, no advertimos que en el caso en concreto se hayan afectado los contenidos o alcances de los derechos a la presunción de inocencia, la prueba, la defensa y la motivación de las resoluciones judiciales del procesado Walter Fernández Bendezú en razón de que el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga y la Segunda Sala



Penal de Apelaciones de Ayacucho consideraron estos derechos, sus contenidos y también sus limitaciones.

- 9.4.** Con relación al derecho a la presunción de inocencia, el proceso se llevó a cabo sin que se exija al encausado Walter Fernández Bendezú que demuestre que no cometió el delito que se le atribuyó. Además, el mencionado procesado tampoco indica cómo, en concreto, se afectó este derecho o cómo es que se presumió, desde el inicio del proceso, que era responsable de los cargos que se le imputaron.
- 9.5.** Respecto a sus derechos a la prueba y la defensa, indica que estos se afectaron en razón de que no pudo interrogar al especialista que elaboró el Informe de Auditoría número 004-2015-2-03362; sin embargo, no consideró que estos derechos también se encuentran sujetos a determinadas limitaciones materiales y formales, dentro de las cuales se encuentra la imposibilidad de que el perito o experto concurra al juicio oral a ratificar-explicar su pericia o la oportunidad de cuestionar ello (que tiene sustento en el principio de preclusión procesal como límite al derecho a la prueba).
- a.** Aquí debe considerarse que el especialista Jhon David Díaz Quispe, que elaboró el mencionado informe de auditoría en su condición de jefe de la Comisión, fue convocado en diversas oportunidades al juicio oral (folios 89, 93, 99 y 102) e incluso se dispuso su condición compulsiva (folios 89, 99 y 103); sin embargo, no fue posible ubicarlo, según informó la Policía Nacional del Perú (folio 111). Por ello, el representante del Ministerio Público, agotadas las diligencias necesarias, solicitó que se prescindiera de esta prueba y se oralice el informe de auditoría (folio 117), según oportunamente se ofreció y admitió (folios 38 y 60); pedido al que accedió el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga (folio 118) y



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

ante lo cual el procesado Walter Fernández Bendezú, que ejercía su propia defensa, no manifestó disconformidad alguna.

- b.** Es más, en cumplimiento del mencionado mandato judicial, se realizó la oralización del Informe de Auditoría número 004-2015-2-03362, según efectivamente ocurrió en la etapa procesal correspondiente (folio 152), donde el procesado Walter Fernández Bendezú tampoco cuestionó la imposibilidad de evaluar al especialista que practicó el informe de auditoría antes descrito, con lo que nuevamente manifestó su conformidad con que se prescindiera de la declaración del especialista Jhon David Díaz Quispe y se oralice la prueba documental descrita.
 - c.** Incluso, después de la oralización del informe de auditoría, el procesado Walter Fernández Bendezú expuso el valor probatorio que debía otorgarse a esta prueba documental e indicó que “en este informe se habla de adquisiciones y de entregas, situaciones distintas y no logra establecer la relación con la imputación fiscal”.
 - d.** De modo que no es cierto que se hayan afectado sus derechos a la defensa y la prueba, pues tuvo la posibilidad de cuestionar dicha prueba en la etapa correspondiente o impugnar la resolución por la que se prescindió y dispuso su oralización, sin que haya argumentado nada al respecto e incluso manifestó su conformidad con la actuación de esta prueba, precisando el valor que para él ostentaba.
- 9.6.** En lo que atañe a su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la argumentación expuesta por el Juzgado y la Sala Superior en las decisiones judiciales de primera y segunda instancia demuestra que se valoraron, de forma individual, conjunta y razonada, todas las pruebas actuadas, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, según se detalló



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

en los considerandos tercero y cuarto, por lo que tampoco se afectó este derecho.

Décimo. Respecto al segundo tema propuesto, referido al conocimiento técnico que debe tener un funcionario público de los procesos de contratación pública y su relación con el derecho a la presunción de inocencia, debemos precisar lo siguiente:

- 10.1.** La contratación o designación de todo funcionario o servidor público obedece a criterios legales y méritos técnicos y académicos que toda persona, en ejercicio de su derecho al trabajo, debe poseer para realizar las labores que se le asignen.
- 10.2.** El nivel de experiencia y conocimientos que se exige a cada funcionario o servidor público depende del nivel jerárquico donde este prestará servicios, de modo que, por ejemplo, si asume o es designado en cargos de dirección (como es el caso de las Jefaturas de las Unidades de Abastecimiento, Gerencias o Subgerencias de Obras o Seguridad Vial o Direcciones de las Oficinas de Administración o Finanzas, que eran los cargos que ostentaban los casacionistas), la exigencia de experiencia y conocimientos será mayor, más aún si al asumir estos cargos también es posible que los funcionarios o servidores públicos integren Comités Especiales de Contratación Pública.
- 10.3.** Lo contrario significaría incurrir en el delito de nombramiento y aceptación indebida de cargo, pues al contratar o designar a funcionarios o servidores públicos que carecen del conocimiento y la experiencia suficientes para prestar sus servicios de forma cabal se perjudica la eficacia y eficiencia de la administración pública, que se rige, a su vez, por los principios de igualdad meritocrática, según estableció este Tribunal en la Casación número 418-2019/Del Santa.

Undécimo. En el caso de autos, el procesado Henry Esteban Escalante Roca señala que la Sala Superior erróneamente presumió que este



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

encausado debía conocer las normas técnicas de contratación e indicó que se limitó a actuar según lo previsto en el Reglamento de Organización y Funciones y el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Provincial de Huamanga.

- 11.1.** Al respecto, debemos señalar que al asumir el cargo de jefe de la Unidad de Abastecimiento de la mencionada municipalidad, se entiende que dicho encausado contaba con la experiencia y los conocimientos técnicos y académicos suficientes para ostentar dicho cargo y cumplirlo adecuadamente; además, al integrar el Comité Especial Permanente de Contratación también se presume que conoce de las normas técnicas de contrataciones, más aun si en ellos se presentan observaciones técnicas o es necesario emitir diversas normas directrices, como son las bases de la convocatoria, los cuadros de puntajes, la referencias a las normas que sustentan estos documentos, etcétera.
- 11.2.** Además, no es admisible ni racional que, si actuó regularmente o se limitó a cumplir sus funciones, como indica, ello signifique que haya participado en la elaboración de unas bases direccionadas de una convocatoria pública, prevea en esta requisitos orientados a determinado bien o servicio, o ante una observación técnica de estos aspectos, por parte de otro postor, deniegue dicho pedido indicando que se está actuado adecuadamente, sin que mínimamente a esta fecha haya analizado las normas que sustentan la observación o las propias bases; esto, de por sí, significa afectar claramente los principios de transparencia, igualdad de trato, libertad de competencia e integridad de los funcionarios y servidores públicos.
- 11.3.** Es más, tampoco es admisible que como integrante del Comité Especial Permanente encargado de la Licitación Pública número 6-2015 haya otorgado en favor de la Empresa Multiservicios Ferretero



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

M & J E. I. R. L., representada por William Lira Granados, un puntaje mayor al que le correspondía. Estos actos de ninguna manera pueden ser justificados con una presunta falta de conocimientos normativos o un actuar regular, como reiteradamente indica.

Duodécimo. Respecto a la motivación suficiente del título de imputación, también cuestionada por el procesado Henry Esteban Escalante Roca, este derecho garantiza que en las decisiones judiciales se analice y establezca, de forma objetiva, detallada y suficiente, cuál es la actuación que se imputa a todo acusado y cómo se acredita el título de imputación.

12.1. En el presente caso, se atribuyó a Henry Esteban Escalante Roca ser autor del delito de negociación incompatible debido a que su conducta se encuentra implícita en la descripción que del sujeto activo hace el artículo 399 del Código Penal.

12.2. Además, el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga y la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho justificaron suficientemente el título de imputación que se atribuyó al encausado Henry Esteban Escalante Roca, según aparece de los fundamentos de la sentencia y la sentencia de vista, pues se interesó en favorecer a la Empresa Multiservicios Ferretero M & J E. I. R. L. (para que esta resulte ganadora de la Licitación Pública número 6-2015) con el direccionamiento de las bases, la desestimación de las observaciones presentadas contra estas, el otorgamiento de puntajes indebidos, la permisón de entregar los bienes contratados de forma extemporánea sin que cobre la penalidad acordada o ponga en conocimiento de ello a las autoridades correspondientes, y la disposición de que pague la contraprestación pactada aun cuando no existía certeza del cumplimiento de la obligación acordada, con lo que acreditó, fuera de toda duda, que es autor



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

del delito de negociación incompatible, por lo que tampoco se afectó este derecho.

Decimotercero. Respecto al tema propuesto para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, este Tribunal, en uniforme jurisprudencia, tiene establecido que la determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico y valorativo que realiza el juez para determinar las consecuencias jurídicas del delito, y alude a un conjunto de actividades que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar, de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer¹¹. De modo que el juez determina la pena a aplicar en cada caso según lo dispuesto el artículo 45-A del Código Penal, desarrollando las siguientes etapas:

13.1. Primero identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. Luego determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, y se observan las siguientes reglas:

- a. Cuando no existan atenuantes ni agravantes genéricas o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
- b. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación genéricas, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes genéricas, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

13.2. Cuando concurren causales de disminución de punibilidad (tentativa, complicidad secundaria, responsabilidad restringida o alguna otra eximente

¹¹ Villavicencio Terreros, Felipe (2017). *Derecho penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 28.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

imperfecta), circunstancias agravantes cualificadas (reincidencia o habitualidad) y causales de incremento de punibilidad (concurso real de delitos), la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a. Tratándose de causales de disminución de punibilidad, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.
 - b. Tratándose de circunstancias agravantes cualificadas o causales de incremento de punibilidad, la pena concreta se determina por encima del tercio superior.
 - c. En los casos de concurrencia de causales de disminución de la punibilidad y circunstancias agravantes cualificadas o causales de incremento de punibilidad, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.
- 13.3.** El resultado de esta operación nos da como resultado una pena concreta parcial, a la cual se aplican los criterios de bonificación o reducción procesal (conclusión anticipada –considerando lo detallado en el Acuerdo Plenario número 05-2008/CJ-116– y confesión sincera), en caso de que ello ocurra. El resultado de este proceder es la pena a imponer.

Decimocuarto. Ahora bien, con relación a la agravante prevista en el artículo 46-A del Código Penal, y si esta se encuentra comprendida en el tipo penal de negociación incompatible, debemos precisar lo siguiente:

- 14.1.** En aplicación de esta agravante, incorporada a través del artículo 2 de la Ley número 26758 y modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo número 982 y el artículo 2 de la Ley número 30054, es posible incrementar el marco punitivo abstracto hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito, con el límite temporal de treinta y cinco años.
- 14.2.** Dicha agravante, según precisó este Tribunal en el Acuerdo Plenario número 8-2009/CJ-116, tiene como sustento la especial calidad del sujeto activo, a quien se ha investido con especiales deberes para



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

con la organización social (como los de lealtad institucional y probidad funcional), lo cual implica un mayor desvalor de la acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado¹².

- 14.3.** El aprovechamiento de la condición del agente solo se puede considerar como agravante, a efectos de individualizar la pena, cuando no sea específicamente constitutivo del hecho punible. De modo que su aplicación es exclusiva para los delitos donde no se requiera, entre otros supuestos, la condición especial de autoridad, funcionario o servidor público para ser responsable del delito.

Decimoquinto. En el caso del delito de negociación incompatible, objeto de pronunciamiento en el presente caso, dicha condición es un elemento constitutivo del hecho punible, pues forma parte de la descripción típica del delito, por lo que no puede ser considerada como una agravante que haga posible incrementar la pena por encima del marco legal del delito.

- 15.1.** Esto, en palabras de los procesados Adolfo Bonilla Jerí y Kely Quispe Auccapuclla, no fue considerado, pues –como denuncian– en la sentencia se precisó que “se valoró la educación de los imputados, que cuentan con estudios superiores y por tanto interpretación el injusto” (fundamento 10.3); incluso se citó la agravante prevista en el artículo 46-A del Código Penal –fundamento 10.2, literal c)–.
- 15.2.** Sin embargo, aun cuando se haya hecho referencia a esta agravante, como cuestionan los casacionistas, aparece de la sentencia que se impuso una pena prevista en el tercio inferior del delito de negociación incompatible y para ello únicamente se consideró que los procesados carecen de antecedentes penales.

¹² Esta agravante establece criterios legitimadores del incremento de la culpabilidad, pues la relación interna entre la profesión o la posición del sujeto activo y el hecho delictivo hacen que la ostentación de una determinada condición incremente la culpabilidad por el hecho.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

15.3. Incluso en la sentencia expresamente se precisó lo siguiente:

No concurren circunstancias calificadas –agravantes (señaladas en los artículos 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal)– y si bien los imputados tienen la condición de funcionarios públicos, empero este aspecto no puede ser tomado en cuenta para modificar el marco normativo de la pena, conforme establece el artículo 46 del referido Código, dado que dicha condición ya fue valorada por el legislador al momento de realizar la criminalización primaria del delito de negociación incompatible, no pudiéndose efectuar [por tanto] una doble valoración de un mismo criterio para aumentar la pena (fundamento 10).

Decimosexto. Sin embargo, también aparece de la sentencia y la sentencia de vista que el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga y la Segunda Sala de Apelaciones de Ayacucho erróneamente consideraron, como supuestos que hacen posible imponer una pena privativa de libertad de cuatro años y dos meses, que los mencionados encausados no aceptaron su responsabilidad ni repararon el daño ocasionado, aun cuando el primer supuesto no es una agravante genérica que permita imponer una pena mayor a la prevista en el mínimo legal del delito juzgado, sino que es una bonificación procesal que se rige por sus propias reglas; y, con relación al segundo supuesto, la reparación del daño es un atenuante genérico que hace posible reducir la pena, según establece el literal f) del numeral 1 del artículo 46 del Código Penal, mas no es un supuesto que agrave la conducta.

16.1. Este error hace posible que se revoque la sentencia de vista impugnada y, reformándola, se imponga a los sentenciados Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuclla, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú cuatro años de pena privativa de libertad debido a que estos carecen de antecedentes penales.

16.2. Ello también hace posible suspender la ejecución de la pena¹³ en razón de que la sanción a imponer a los casacionistas Adolfo Bonilla

¹³ Esta medida busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo para los agentes primarios, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 57 del Código Penal, esto es, que: i) la pena impuesta no sea mayor de cuatro años; ii)



Jerí, Kely Quispe Auccapuclla, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú es de cuatro años, dichos encausados no tienen la calidad de reincidentes o habituales y tampoco existen causas objetivas que permitan concluir que estos incurrirán en una reiteración delictiva, teniendo en cuenta la naturaleza y modalidad del hecho punible (la afectación del bien jurídico vulnerado y la gravedad del injusto).

16.3. Por lo tanto, corresponde disponer la suspensión de la ejecución de la pena, según lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal, con un periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta:

- a. Que los casacionistas comparezcan mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
- b. Que los encausados reparen los daños ocasionados con la comisión del delito de negociación incompatible.

Decimoséptimo. Al amparo de los fundamentos expuestos, corresponde declarar fundados en parte los recursos de casación propuestos por los sentenciados Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuclla, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú; consecuentemente, actuando en sede de instancia, corresponde revocar la sentencia de vista y, reformándola, imponer a dichos encausados cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendidos en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de las reglas de conducta antes descritas.

la naturaleza, la modalidad del hecho punible, el comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito, y que iii) el sujeto activo del delito no tenga la calidad de reincidente o habitual.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

DECISIÓN

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

I. DECLARARON FUNDADOS, en parte, los recursos de casación –para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial– propuestos por los casacionistas **Adolfo Bonilla Jerí** (folio 478), **Kely Quispe Auccapuella** (folio 446), **Henry Esteban Escalante Roca** (folio 416) y **Walter Fernández Bendezú** (folio 384); en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del cuatro de abril de dos mil diecinueve (folio 347), en el extremo que confirmó la sentencia del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho (folio 176), que impuso a dichos encausados cuatro años y dos meses de pena privativa de libertad efectiva; y, **actuando en sede de instancia, REVOCARON** la sentencia de vista mencionada (folio 347) y, **REFORMÁNDOLA,** impusieron a Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuella, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú **cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendidos en su ejecución por el periodo de prueba de tres años,** bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Que los casacionistas comparezcan mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades. **b)** Que los mencionados encausados reparen los daños ocasionados con la comisión del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado (representado por la Municipalidad Provincial de Huamanga); e, **INFUNDADOS los recursos de casación propuestos en los demás extremos.**

II. DEJARON SIN EFECTO LAS ÓRDENES DE UBICACIÓN Y CAPTURA dictadas en contra de los sentenciados Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuella, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú, generadas como consecuencia del presente proceso.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO

III. DISPUSIERON que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema; acto seguido, que se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique en el portal web del Poder Judicial y luego se archive el cuadernillo respectivo.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CH/NJAJ

Lpderecho.pe



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: PRADO SALDARRIAGA VICTOR ROBERTO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/02/2021 12:45:13. Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SEQUEIROS VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/02/2021 11:28:58. Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/02/2021 12:07:24. Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: TORRE MUÑOZ SONIA BIENVENIDA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/02/2021 12:10:08. Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema SALAS CAMPOS PILAR ROXANA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/02/2021 09:43:57. Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

AUTO

Lima, veintitrés de febrero de dos mil veintiuno

VISTOS: la casación 870-2019 y el informe del Instituto Nacional Penitenciario, por el cual se comunicó a este Tribunal que los encausados Walter Fernández Bendezú y Kely Quispe Auccapuclla se encuentran privados de su libertad.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

Primero. Esta Sala Suprema, mediante la casación del diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, entre otros extremos, declaró fundados en parte los recursos de casación propuestos por los procesados Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuclla, Henry Esteban Escalante Roca y Walter Fernández Bendezú; en consecuencia, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de vista del cuatro de abril de dos mil diecinueve y, reformándola, impuso a los mencionados encausados cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendidos en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, como autores del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado. Además, dispuso que se dejen sin efecto las órdenes de ubicación y captura dictadas –mediante la sentencia de primer grado y la de vista– en contra de los mencionados sentenciados.

Segundo. La Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, a través del informe de ubicación de internos número 299173, del veintidós de febrero del año en curso, comunicó a este Tribunal que los sentenciados Walter Fernández Bendezú y Kely Quispe Auccapuclla se encuentran privados de su libertad en el Establecimiento Penitenciario de Ayacucho.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 870-2019
AYACUCHO**

Tercero. De modo que, al haberse impuesto a los sentenciados Walter Fernández Bendezú y Kely Quispe Auccapuclla una pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución y al estar éstos privados de su libertad, en merito a las órdenes de ubicación y captura dictadas mediante la sentencia de primer grado y la de vista, corresponde disponer la inmediata libertad de los mencionados sentenciados, siempre que no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado por autoridad judicial competente.

DECISIÓN

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

I. ORDENARON la inmediata libertad de los sentenciados **Walter Fernández Bendezú** y **Kely Quispe Auccapuclla**, y **DISPUSIERON** que se oficie a la autoridad competente, a fin de que ejecute la presente decisión, siempre que no exista en contra de los mencionados sentenciados otra orden o mandato de detención emanado por autoridad judicial competente.

II. DISPUSIERON que se notifique la presente decisión a los sujetos procesales apersonados a esta instancia.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/NJAJ