



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

SUMILLA: El delito de negociación incompatible se trata de un delito de mera actividad y peligro, siendo el bien jurídico protegido el normal funcionamiento de la administración pública, específicamente el hecho de garantizar la imparcialidad del funcionario o servidor público frente a los administrados en general, por tanto, en este tipo penal no existe necesariamente una afectación al patrimonio estatal, por consiguiente, no resulta aplicable el supuesto de dúplica del plazo de prescripción previsto en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal.

Lima, nueve de junio de dos mil quince.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República contra la resolución de fojas trescientos ochenta y seis, del diez de julio de dos mil catorce; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA; de conformidad en parte con lo dictaminado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- El señor Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República en su recurso de nulidad fundamentado a fojas cuatrocientos nueve, alega que: i) el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116, estableció los delitos contra la administración pública que atentan contra el patrimonio del Estado a efectos de aplicar la duplicidad del plazo de prescripción, no excluyendo expresamente al delito de negociación incompatible; ii) la conducta de los encausados han originado perjuicio económico a la Municipalidad Provincial del Callao dejándolo en situación de riesgo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

financiero; iii) en el delito de negociación incompatible se aplica la
dúplica de la prescripción de la acción penal, por tanto, en atención
a que la penalidad máxima para dicho delito es de seis años de
pena privativa de libertad, deberá transcurrir doce y dieciocho años
para que opere la prescripción ordinaria y extraordinaria,
respectivamente; iv) se trata de un delito continuado, por tanto, el
cómputo del plazo de prescripción debe ser considerado desde el
día en que terminó la actividad delictuosa, esto es, la suscripción de
la última adenda del tres de marzo del dos mil seis. **SEGUNDO.-**

Conforme a la acusación fiscal de fojas ciento treinta y cinco, el diez
de junio de mil novecientos noventa y nueve, la Municipalidad
Provincial del Callao declaró en emergencia todas las vías de la
Provincia Constitucional del Callao, así como, del sistema de tránsito y
viabilidad, especialmente la infraestructura, en tal sentido, el veintiuno
de junio del referido año, se convocó a Concurso Público de
Proyectos Integrales para la ejecución de la Vía Expresa del Callao de
acceso al Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", a través de la
Avenida Elmer Faucett. Luego de publicarse la convocatoria, fueron
dieciocho empresas las que adquirieron las bases, siendo solo una de
éstas -Consortio CCI Concesiones Perú- que presentó sus propuestas
técnica y económicas, mediante la carta del diez de febrero del año
dos mil, otorgándose la buena pro a este Consortio el veintiocho de
febrero del referido año; advirtiéndose a su vez que este Consortio
constituyó la Empresa CONVIAL CALLAO S.A., la misma que suscribió
el contrato de concesión el nueve de febrero del año dos mil uno; en
dicho contexto se imputa a: i) **María del Pilar Baella Herrera**, en su
condición de Gerente General de la Oficina de Asesoría Jurídica y
Conciliación de la Municipalidad Provincial del Callao, durante el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

periodo del quince de octubre de dos mil cuatro al siete de junio de dos mil cinco, era la encargada de verificar los aspectos jurídicos de los actos contractuales celebrados por el aludido Municipio, haber contribuido en los hechos que se atribuyen al Alcalde y otros encausados, al **haber visado la Adenda del diez de enero de dos mil cinco**, mostrando su conformidad con los términos de la misma, no obstante, que se estaba concediendo un tramo vial perteneciente a la Red Vial Nacional sobre el cual no tenía competencia la Municipalidad Provincial del Callao, teniendo en cuenta que si bien sobre dicho tramo en cuestión solo se realizarían trabajos de mantenimiento, se le otorgó el derecho exclusivo de los avisajes y explotación comercial, además, se convalidó las modificaciones del diseño geométrico de la Vía Expresa y todo lo que ello implicaba, como una menor inversión, adelantamiento del cobro de peaje y otros. ii) **Fernando Enrique Gordillo Tordoya**, en su condición de Director (Gerente) de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, cargo que ocupó del primero de enero de mil novecientos noventa y seis al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, encargado de otorgar el sustento técnico a las modificaciones que sufriera el contrato de Concesión citado, haber contribuido en los hechos imputados al Alcalde, al **haber visado la Adenda del diez de enero de dos mil cinco**, y de esa manera dar conformidad a los términos de la misma, no obstante, que se modificaba el diseño geométrico de la Vía Expresa presentado en la Propuesta Técnica fijada en anteriores adendas, situación que aceleró el cobro del peaje del tramo A, al haberse suspendido la construcción de diversas obras en dicho tramo y permitió que el concesionario no realice una inversión por un monto estimado de \$ 2,274,755.20, repercutiendo en



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

un beneficio en su favor. Postergar el inicio de los tramos B y C de la obra, ocasionando la ampliación del plazo de ejecución de la obra que debía concluir el treinta de junio de dos mil nueve. Ampliar la concesión al tramo de la Avenida Elmer Faucett, otorgando a CONVIAL CALLAO S.A., la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo que formaba parte de la Red Vial Nacional, cuya competencia fue entregada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a la Municipalidad Metropolitana de Lima. **iii) Alexander Martín Kouri Bumachar** en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, estuvo indebidamente interesado en forma directa en el Contrato de Concesión celebrado entre la Municipalidad Provincial del Callao (concedente) y la Empresa CONVIAL CALLAO S.A., (concesionaria), durante la etapa de ejecución del mismo, en provecho de ésta última, infiriéndose ello con la **suscripción de la Adenda del diez de enero de dos mil cinco y la adenda del tres de marzo de dos mil seis**, en los que intervino en razón de su cargo y con los cuales se modifican los términos del contrato primigenio y otras adendas anteriores en provecho del concesionario, toda vez que estas modificaciones de tipo sustancial involucraban: la suspensión de diversas obras sin contar con el sustento técnico respectivo y generó que el concesionario no realice una inversión por un monto estimado de \$2,274,755.20; la postergación del inicio de la ejecución de algunos tramos B y C de la obra, lo que a su vez significaba no resolver el contrato por demoras injustificadas del concesionario en la construcción de la Vía Expresa y aplicarles penalidades previstas en el mismo; ampliación de la concesión del tramo de la vía CONVIAL CALLAO S.A., sin contar con la competencia sobre ello, otorgándole el derecho de avisaje



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

publicitario y explotación comercial de dicho tramo; la posibilidad del cobro de las tarifas del peaje de forma automática finalizados los trabajos del tramo A; y, la reconducción del canon destinado al fondo fiduciario de carácter público, a uno cuya administración y asignación quedaban a disposición de CONVIAL CALLAO S.A., no constituyendo fondos públicos. **TERCERO.-** Ahora bien, será objeto de análisis de este Supremo Tribunal, la pretensión impugnatoria del Procurador Público, que incide en la prescripción del delito de negociación incompatible, así como la procedencia o no de la duplica del plazo de prescripción de la acción penal; toda vez, que el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, establece que en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica. **CUARTO.-** El delito imputado a los encausados Alexander Martin Kouri Bumachar, María del Pilar Baella Herrera y Fernando Enrique Gordillo Tordoya es negociación incompatible preceptuado por el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –por encontrarse vigente en la fecha de los hechos, al amparo del artículo primero de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicado el seis de octubre de dos mil cuatro-, sancionando al “...funcionario público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”; en consecuencia, estando a la fecha de acaecidos los hechos imputados, corresponde analizar si la institución de la prescripción de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2464 - 2014

LIMA

la acción penal, en el caso de autos, resulta procedente. **QUINTO.-** Si bien el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez guión CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, referido a la dúplica de los plazos de la prescripción, está orientado al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal; sin embargo, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. **SEXTO.-** El delito de negociación incompatible se trata de un delito de mera actividad y peligro, siendo el bien jurídico protegido el normal funcionamiento de la administración pública, específicamente el hecho de garantizar la imparcialidad del funcionario o servidor público frente a los administrados en general, por tanto, en este tipo penal no existe necesariamente una afectación al patrimonio estatal, por consiguiente, no resulta aplicable el supuesto de dúplica del plazo de prescripción previsto en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal. Aunado a ello, se tiene que la ubicación del delito de negociación incompatible está ubicado en la sección IV del Código Penal, que hace alusión a los delitos de corrupción de funcionarios, por tanto, dicho ilícito penal no protege directamente el patrimonio del Estado. **SÉTIMO.-** En este sentido, se tiene que en el presente caso, el delito de negociación incompatible se cometió en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal (delito continuado), y siendo que en el caso de los encausados María Del Pilar Baella Herrera y Fernando Enrique Gordilo Tordoya se le imputa los hechos acaecidos el diez de enero de dos



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2464 - 2014
LIMA

mil cinco; y que el tipo penal vigente está previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que reprime al delito de negociación incompatible con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años de privación de la libertad, y no resultando aplicable la dúplica del plazo de prescripción, se colige que el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal en el presente caso -de acuerdo con el artículo ochenta y tres del Código Penal -, es de nueve años; por consiguiente, computados desde la fecha de su comisión, esta habría prescrito el *diez de enero del dos mil catorce*. Así también, en cuanto al encausado Alexander Martin Kouri Bumachar, se precisa que el último hecho delictivo continuado atribuido en su contra data del tres de marzo de dos mil seis, y estando a los fundamentos expuestos en líneas precedentes, se tiene que a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo exigido, de modo que la acción penal para el procesado Kouri Bumachar se ha extinguido por el transcurso del tiempo. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas trescientos ochenta y seis, del diez de julio de dos mil catorce, que por unanimidad declaró fundada la excepción de prescripción deducida por los encausados María Del Pilar Baella Herrera y Fernando Enrique Gordillo Tordoya, en consecuencia, fenecido el proceso seguido como presuntos cómplices primarios del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible -visado de la Adenda del 10 de enero de 2005-, en agravio del Estado (Municipalidad Provincial del Callao); y que por mayoría declaró fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa del encausado Alexander Martín Kouri Bumachar; en consecuencia, fenecido el proceso seguido como presunto autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2464 - 2014
LIMA

negociación incompatible -visado de la Adenda del 10 de enero de 2005-, en agravio del Estado (Municipalidad Provincial del Callao); con lo demás que contiene y es materia del presente recurso; y, los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

JPP/laay

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

21 OCT 2015