



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno. Sentencia 329/2024

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC

LIMA

PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de diciembre de 2024, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Domínguez Haro (vicepresidente), con fundamento de voto que se agrega, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Ochoa Cardich y Hernández Chávez han emitido la presente sentencia. Los magistrados Pacheco Zerga (presidenta) y Monteagudo Valdez emitieron voto singular conjunto, que también se agrega. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Yudith Villegas Espinoza, procuradora pública adjunta especializada en Delitos de Corrupción, contra la resolución de fecha 17 de enero de 2023¹, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de julio de 2017, el procurador público especializado en Delitos de Corrupción interpone demanda de amparo² contra los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando que se declare la nulidad de lo siguiente: (i) del auto de calificación del recurso de casación de fecha 4 de julio de 2016, Casación 23-2016 Ica³, mediante el cual se declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo jurisprudencial; y (ii) de la sentencia casatoria de fecha 16 de mayo de 2017, Casación 23-2016 Ica⁴, que declaró fundado el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados C, E, F y G, e infundado por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados, A, B, D y H; casó la sentencia de vista, de fecha 18 de noviembre de 2015, en el extremo que confirmó por mayoría

¹ Foja 464.

² Foja 81.

³ Foja 6.

⁴ Foja 16.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

la sentencia de fecha 16 de junio de 2015; en sede de instancia absolvió a don Wilfredo Ocorima Núñez, don Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, don Edwin Teodoro Ayala Hinostraza, don Víctor de la Cruz Eyzaguirre, don Sixto Luis Ibarra Salazar, don Rosauro Gamboa Ventura y don Walter Quintero Carbajal; declaró nula la resolución de vista de fecha 18 de noviembre de 2015, en el extremo que declaró nula la sentencia de fecha 16 de junio de 2015; y ordenó la inmediata libertad de los precitados, entre otros. En consecuencia, la parte demandante pide que se ordene la recalificación del recurso extraordinario de casación, para lo cual se debe observar las garantías constitucionales del debido proceso.

El recurrente alega que las resoluciones cuestionadas vulneran los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso (y, de manera más concreta, los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba) y el principio de seguridad jurídica. La entidad demandante sostiene, básicamente, que los magistrados demandados resuelven que el medio de prueba —informe técnico de SINAGERD—, fue correctamente rechazado en el proceso ordinario; no obstante, efectúan una valoración del mismo, lo que vulneran el principio de conexión lógica que debe aplicarse en las resoluciones judiciales. Acotan que, con este proceder, la sala cuestionada se ha convertido en una instancia revisora sobre una decisión de fondo del caso y respecto a una prueba que no forma parte del expediente judicial, para declarar fundado el recurso por este argumento.

Refiere que la cuestionada resolución desarrolla el rol que cumple un particular en el delito de negociación incompatible, y determina que la participación de este no es necesario, ni la existencia de perjuicio, por lo que se debe verificar en este delito el interés -que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinada-, y corresponde evidenciar en la conducta del funcionario público actos irregulares dirigidos a influir en el desarrollo del acto de adquisición; esto es, no interesa si existió la participación de un tercero, solo se evalúa la conducta del funcionario público. Destaca que, sin embargo, al desarrollar la finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo (modalidad del delito de negociación incompatible), no se advierte que la sala superior exponga una motivación suficiente sobre la configuración de este elemento típico del delito, pues solo indica que para la configuración de este ilícito penal debe verificarse si las empresas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

contratadas –el tercero o particular–, fueron, en efecto, indebidamente beneficiados. Enfatiza que la Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en este delito “orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular”; máxime si los terceros proveedores fueron sobreseídos en el caso penal al obtener un provecho debido. Acota que la sala suprema declaró fundado este extremo del recurso de casación.

Asevera que en el auto de calificación cuestionado existe incongruencia *extrapetita*, pues los magistrados demandados, invocando la voluntad impugnativa, efectuaron una adecuación de las causales invocadas por los recurrentes alegando salvaguardar el derecho al recurso de los recurrentes. Así, adecuó solo en 8 los temas de interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, cuando fueron 22 los temas propuestos por los recurrentes a través de cuatro recursos de casación, de modo que la sala suprema se subrogó en la posición de los recurrentes e interpretó que revisten interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial solo 8 temas, por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, con lo que se vulnera la congruencia procesal que debe existir entre lo pedido y lo admitido, aun cuando en este tipo de recursos no se puede utilizar el principio de suplencia de queja deficiente.

Aduce que existe incongruencia procesal entre las pretensiones admitidas en el auto de calificación y la sentencia casatoria, pues se aprecia en el desarrollo de los extremos declarados fundados en la casación que la sala suprema actúa como tercera instancia revisora de un proceso ordinario, por cuanto por cuanto valoró una prueba que no es parte del expediente judicial, efectuó una nueva valoración sobre un elemento del tipo penal que ya había sido abordado en ambas instancias, de nuevo hace una interpretación respecto a lo que implica el principio de confianza y sobre cómo debió interpretarse en este caso en específico, y valoró las irregularidades administrativas que existen en este caso como de relevancia en sede casatoria, y no de relevancia penal. La parte demandante, sobre esta base, refiere que nuevamente se valoraron y justificaron los hechos, y no se advierte el desarrollo de doctrina jurisprudencial alguna, sino un pronunciamiento valorativo, interpretativo y hasta de justificación de la conducta de los encausados.

Además, sostiene que la sala suprema no ha tenido en cuenta que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

expresidente regional de Ayacucho tenía el control y administración de los fondos de la región, conforme lo establece la ley orgánica, lo que lo coloca en una posición de garante para efectos del ilícito penal y las consideraciones sobre el principio de confianza; no obstante, resalta que la sala suprema, pese a existir pronunciamientos sobre el principio de confianza, falla apartándose de su propia jurisprudencia (la Casación 160-2014 Santa), creando inseguridad en los justiciables, pues nadie puede escudarse en el principio de confianza desconociendo su deber de garante.

El Sexto Juzgado Constitucional-sede Alzamora de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 2, de fecha 1 de setiembre de 2017⁵, admite a trámite la demanda.

Don Wilfredo Ocorima Núñez solicita la incorporación como litisconsorte facultativo⁶. El Sexto Juzgado Constitucional-sede Alzamora de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución 3, de fecha 15 de diciembre de 2017⁷, resuelve incluirlo como litisconsorte necesario pasivo.

El procurador público adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial contesta la demanda⁸ y solicita que sea declarada improcedente. Refiere que en el fondo se cuestiona la interpretación y aplicación de la ley penal y el criterio judicial, lo que es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, y no de la constitucional.

El *a quo*, con Resolución 10, de fecha 23 de agosto de 2019⁹, incorpora al proceso a don Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, don Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, don Walter Quintero Carbajal y don Rosaura Gamboa Ventura como litisconsortes necesarios.

Don Walter Quintero Carbajal, don Edwin Teodoro Ayala Hinojosa y don Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco contestan la demanda¹⁰ bajo similares argumentos. Sostienen que los magistrados de la Corte Suprema no solo han respetado los lineamientos constitucionales

⁵ Foja 108.

⁶ Foja 114.

⁷ Foja 128.

⁸ Foja 140.

⁹ Foja 187.

¹⁰ Foja 205, 238 y 271.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

analizando debidamente cada apartado, sino que, además, han sustentado y resuelto de manera clara y coherente con el desarrollo del análisis jurídico realizado en cada uno de los apartados de la resolución.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 2, de fecha 8 de julio de 2021¹¹, revoca la Resolución 10 y, reformándola, la declara improcedente.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 18, de fecha 22 de julio de 2021¹², declara infundada la demanda, por considerar que la sala emplazada, al calificar el recurso de casación, emitió la resolución cuestionada con base en los agravios propuestos por los encausados, en los parámetros legales que correspondían aplicar al caso y en la doctrina jurídica, que permite al juez adecuar el pedido de los recurrentes en materia recursal. Arguye que la sala emplazada tuvo en cuenta que los temas planteados no se encontraban suficientemente desarrollados en la jurisprudencia, por lo que no se advierte que haya procedido de manera arbitraria, ni que hubiese sobrepasado las pretensiones (*extrapetita*), como se denuncia, sino que actuó conforme a derecho y sobre la base de los fundamentos fácticos y jurídicos del caso.

Agrega que la Casación 23-2016 Ica no es ilógica ni incongruente; por el contrario, se encuentra adecuada a derecho y responde a los fundamentos fácticos y jurídicos del caso materia de análisis.

A su turno, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución 4, de fecha 17 de enero de 2023, confirma la Resolución 3, en el extremo que resolvió incluir como litisconsorte necesario a don Wilfredo Ocorima Núñez, revocó la sentencia apelada y, reformándola, la declara improcedente. Estima que la parte demandante persigue en realidad que la justicia constitucional realice un reexamen de los hechos, esgrimiendo una nueva interpretación jurídica sobre la calificación de la resolución cuestionada realizada por el juez de la jurisdicción ordinaria, y que se deje sin efecto el pronunciamiento judicial, asuntos estos que ya han sido materia de análisis por la instancia judicial ordinaria competente. La Sala revisora

¹¹ Foja 378.

¹² Foja 384.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

precisa además que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada, por cuanto en esta se expresa en forma clara y suficiente las razones de hecho y de derecho en las que el órgano jurisdiccional sustentó su decisión.

FUNDAMENTOS

Delimitación de petitorio

1. El objeto de la demanda de amparo es que se declare la nulidad de lo siguiente: (i) del auto de calificación del recurso de casación, de fecha 4 de julio de 2016, Casación 23-2016 Ica, mediante el cual se declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo jurisprudencial; y (ii) de la sentencia casatoria de fecha 16 de mayo de 2017, Casación 23-2016 Ica, que declaró fundado el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados C, E, F y G, e infundado por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados A, B, D y H; casó la sentencia de vista, de fecha 18 de noviembre de 2015, en el extremo que confirmó por mayoría la sentencia de fecha 16 de junio de 2015 y, en sede de instancia, absolvió a don Wilfredo Ocorima Núñez, don Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, don Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, don Víctor de la Cruz Eyzaguirre, don Sixto Luis Ibarra Salazar, don Rosauro Gamboa Ventura y don Walter Quintero Carbajal; declaró nula la resolución de vista de fecha 18 de noviembre de 2015, en el extremo que declaró nula la sentencia de fecha 16 de junio de 2015; y ordenó la inmediata libertad de los precitados, entre otros. En consecuencia, la parte demandante solicita que se ordene la recalificación del recurso extraordinario de casación, para lo cual debe observarse las garantías constitucionales del debido proceso. En rigor, los cuestionamientos de la parte demandante se engloban en la presunta vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Análisis de la controversia

Sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

2. El derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 5 de la Constitución Política. Se trata de una manifestación del derecho fundamental al debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Norma Fundamental), el cual se encuentra comprendido en lo que el Nuevo Código Procesal Constitucional denomina tutela procesal efectiva, una de cuyas manifestaciones es, en efecto, el derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho.
3. Tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la Sentencia 01480-2006-PA/TC, en donde delimitó el ámbito de protección del derecho fundamental a la debida motivación de resoluciones: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión”.
4. En el presente caso, la entidad recurrente cuestiona el auto de calificación del recurso de casación, de fecha 4 de julio de 2016, Casación 23-2016 Ica, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo jurisprudencial.
5. La parte demandante considera que existe incongruencia *extrapetita*, pues los magistrados demandados, invocando la voluntad impugnativa, efectuaron una adecuación de las causales invocadas por los recurrentes alegando salvaguardar el derecho al recurso de los recurrentes, por cuanto adecuaron solo en 8 los temas de interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, cuando fueron 22 los temas propuestos por los recurrentes a través de cuatro recursos de casación, y se subrogaron en la posición de los recurrentes e interpretaron que reviste interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial solo 8 temas, por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, violando de este modo la congruencia procesal que debe existir entre lo pedido y lo admitido, aun cuando en este tipo de recursos no se puede utilizar el principio de suplencia de queja deficiente.
6. En este extremo, este Tribunal Constitucional advierte que la sala suprema demandada sostuvo que la voluntad impugnativa representa la decisión del juez dentro del procedimiento recursal,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

particularmente en el estadio de la calificación del recurso, lo que le permite adecuar la causal o motivo invocado al jurídicamente correcto, y con ello salvaguarda el derecho al recurso, ante los posibles errores en que hubieran incurrido los recurrentes. Por tanto, precisó que reviste de interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial las siguientes materias jurídicas invocadas: i) la determinación de los criterios de admisión de prueba nueva en el procedimiento de apelación de sentencia (artículo 429, inciso 1 del Código Procesal Penal); ii) la determinación de los criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia (artículo 429, inciso 1 del citado Código adjetivo); iii) el método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia (artículo 429, inciso 1 del acotado Código); iv) el rol del particular en el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal para la verificación del interés particular indebido de tercero (artículo 429, inciso 3 del Código adjetivo); v) la finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible (artículo 429, inciso 1 de la norma procesal penal; vi) el principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública como el Gobierno Regional de Ayacucho; vii) el significado del procedimiento de regularización administrativa realizado en una contratación de emergencia, acorde con el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 429, inciso 3 del acotado Código); y, viii) el dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.

7. La Sala Penal Permanente emplazada puntualiza que dichos tópicos no han sido suficientemente desarrollados para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas.
8. Por otro lado, la parte demandante cuestiona la sentencia casatoria de fecha 16 de mayo de 2017, Casación 23-2016 Ica.
9. Refiere que los magistrados demandados resuelven que el medio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

prueba –Informe Técnico de SINAGERD–, fue correctamente rechazado en el proceso ordinario; no obstante, efectúan una valoración del mismo, con lo que vulneran el principio de conexión lógica que debe aplicarse en las resoluciones judiciales; aún más, la sala suprema emplazada se habría convertido en una instancia revisora sobre una decisión de fondo del caso y respecto a una prueba que no forma parte del expediente judicial, para declarar fundado el recurso por este argumento.

10. En cuanto a este extremo de la supuesta vulneración del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, la sala suprema demandada expresó que:

(...)

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tiene la condición de peritos. La segunda prueba postulada efectivamente, se trató de un testigo experto, pues es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD- órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la Ley 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no deberían ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente-para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son solo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostraza).

(...)

C. EL METODO NECESARIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA

(...)

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de peligro grave a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia— SINAGERD, entre otras— que no involucra a organismos consultores —de opinión— como el OSCE cuya especialidad es otra—Normativa referida a la contratación del Estado—. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierte que ello no depende de un criterio jurídico, sino —ante todo— técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como el SENAMHI. Si



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

ellas determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32 Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N° 012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta y Vilcashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N° 016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N° 047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar, del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones (conforme se advierte del Informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias—véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N° 007-2012-INDECI/11.0 (...). Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confirman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo (...)

11. De la glosa hecha, este Tribunal aprecia que la sala suprema demandada expresa que la no admisión de los medios de prueba fue correcta, entre otros, en la medida en que los dictámenes de este tipo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

no vinculan al magistrado, sino son solo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma. En el punto C de la cuestionada casación, precisa que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia, por lo que no se advierte en este extremo la indebida motivación alegada por la demandante.

12. La parte demandante aduce que en uno de los fundamentos de la cuestionada casación se establece que la participación del tercero es irrelevante para la verificación del delito de negociación incompatible, pero, en otro, se sostiene que, al no haber tercero beneficiado indebidamente, no se configuraron todos los elementos típicos de este delito.
13. La sala suprema, al respecto, expone lo siguiente:

D. EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO DE TERCERO
(...)

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación—es un tipo penal general, de amplio espectro— que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada el funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

público; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

“(…) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación (…). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado”

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos—en aplicación del principio de legalidad—, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado— vigente al momento de los hechos—, precisa que “En caso de contratarse bienes servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares**”(…) en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala “(…) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. Es este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (…)**”

4.38. La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero—que se beneficiara— no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiario— de alguna manera— con este acto administrativo que perjudique a la administración pública.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrentes (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, Gambia Ventura, Quintero Carbajal De La Cruz Eyzaguirre e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

E. LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N.º 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto. “El Segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, debe presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario”.

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43. De la revisión de autos (...) no se advierte una motivación suficiente que sustente—más allá de toda duda razonable—la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A. y Unimaq S.A, fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Oскорima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinojosa, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados tercero—; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo fundado los recursos de casación interpuestos por Oскорima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinojosa.

14. De lo precitado se concluye que la sala suprema sustenta su decisión judicial argumentando que, si bien el verbo típico en este delito es el interés, que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados, no basta con que se hayan verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo del acto de adquisición. Precisa, además, que el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible, requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal; por ende, queda proscrita la presunción de su configuración, por lo que el deber del Ministerio Público es demostrar la existencia de este tipo penal y del juzgador de exponer por qué, a su juicio, el tipo se presenta en el caso concreto.
15. La sala suprema sostiene que no se advierte una motivación suficiente que sustente, “más allá de toda duda razonable”, la configuración de este elemento típico; esto es, si se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente; esto es, si producto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

del interés mostrado de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectiva e indebidamente beneficiadas. Concluye que la sala penal no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito. Así, entonces, no se advierte tampoco en este extremo una indebida motivación¹³.

16. Este Tribunal aprecia también que se cuestionan los fundamentos 4.40 a 4.43 de la Casación N° 23-2016-ICA de autos. No obstante, estos no son más que una reiteración de los fundamentos 34 a 37 de la Casación N° 841-2015-Ayacucho, que constituyen, a su vez, doctrina jurisprudencial vinculante, según lo dispuesto por el punto III resolutivo de dicha ejecutoria suprema. Así, siendo el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal un delito en donde el “deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal”¹⁴, la casación objetada en autos repite el criterio consistente en que, además del dolo, para acreditar la conducta típica se requiere probar la existencia del elemento subjetivo, consistente en la motivación o finalidad indebida del funcionario orientada a conseguir un beneficio indebido a favor de sí mismo o de un tercero¹⁵. Por ende, en tanto la argumentación cita y sigue un criterio jurisprudencial vinculante de la justicia ordinaria, no se aprecia vicio de motivación alguno en este extremo.
17. Finalmente, la parte demandante objeta que la sala suprema no ha tenido en cuenta que el expresidente regional de Ayacucho tenía el control y administración de los fondos de la región, conforme lo establece la ley orgánica, lo que lo coloca en una posición de garante para efectos del ilícito penal y las consideraciones sobre el principio de confianza; no obstante, la sala suprema, pese a existir pronunciamientos sobre el citado principio, habría fallado apartándose de su propia jurisprudencia, Casación 160-2014 Santa, creando inseguridad en los justiciables, pues nadie puede escudarse en el principio de confianza, desconociendo su deber de garante.

¹³ Casación N° 23-2016-ICA, fundamento 4.43.

¹⁴ Casación N° 841-2015-AYACUCHO, fundamento trigésimo quinto.

¹⁵ *Cfr.*: Casación N° 841-2015-AYACUCHO, fundamento trigésimo sexto; y, Casación N° 23-2016-ICA, fundamentos 4.41 y 4.43.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

18. La sala suprema refiere que el presidente regional actuó con base en el principio de confianza, y que sustentó en argumentos elaborados por las áreas especializadas de la entidad la declaratoria de emergencia del sistema vial de la región Ayacucho, que dio lugar a un proceso de contratación de carácter excepcional¹⁶.
19. Para llegar a esa conclusión, este Tribunal Constitucional advierte que la sala suprema demandada fundamentó su decisión judicial (resolución casatoria) de la siguiente manera:

F. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(...).

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización.

4.46. Las organizaciones (públicas o privadas), como por ejemplo: las Municipalidades, Clínicas, Hospitales, entre otros, son estructuras en las cuales se manifiesta un alto nivel de organización, para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante. Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, sólo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcional por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder

¹⁶ Vid: Casación N° 23-2016-ICA, fundamentos 4.49 a 4.53.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

por las consecuencias del ejercicio de las funciones que en a la esfera de competencia de terceros. Mejor dicho, solamente se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF. Al respecto, REYES ALVARADO refiere que en las organizaciones *“Las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros harán asimismo con las labores inherentes a sus cargos”*.

4.47. La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero, y con ello se afecta un bien jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica -en el caso concreto- que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

(...)

4.48. Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo. Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias. Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobretodo en órganos donde existen personas especializadas a función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa, sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribiera la responsabilidad objetiva. Precisamente contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, máxime cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánicamente y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcional de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcional.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta Suprema Corte, mediante el R.N. N° 449-2009/Lima, emitida el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

nueve de julio de dos mil nueve.

(...).

4.53. En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al Presidente Regional, rechaza la falta de imputación objetiva -principio de confianza-, por considerar que en el caso concreto el Presidente Regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.

Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del Gerente General, como el caso de los Consejeros Regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el Gerente General tiene un ámbito de competencias vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los Consejeros Regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe -al igual que la función legislativa- a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a éste se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas. Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en fundado, debiendo aplicarse el principio de confianza, y -por tanto- declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Oscorema Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Solazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

20. En síntesis, la Corte Suprema ha desarrollado jurisprudencialmente en extenso la naturaleza jurídica del principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública. Ha explicado su tesis de que los funcionarios públicos solo responden por las consecuencias derivadas de sus actos propios delineados normativamente en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

MOF y ROF de la entidad¹⁷; y descarta que respondan por actos de terceros funcionalmente ubicados en un nivel inferior u horizontal, puesto que, si tuvieran como exigencia permanente verificar lo que hacen otros, no tendrían tiempo para ejercer sus competencias propias¹⁸.

21. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema resalta la importancia del principio de confianza, toda vez que le permite al funcionario en cuestión identificar si su conducta constituye un riesgo penalmente relevante, o no, y establece que no será responsable por el correcto ejercicio de sus competencias, incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero y con ello se afecta a un bien jurídico protegido¹⁹.
22. Por último, en cuanto a los titulares de las entidades, siendo en este caso el entonces presidente regional de Ayacucho, la Corte Suprema estima que la tesis de atribuirle un deber de garante que lo haga responsable de todos los actos que comentan sus subordinados, es “manifiestamente incorrecta”, salvo que su deber de supervisión esté normativamente establecido y forme parte de sus competencias. Aunque, aun en dicho escenario, el titular “no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados (...) le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados”. La Corte Suprema justifica tal postura con base en que, de otro modo, la máxima autoridad se dedicaría más tiempo a controlar a los demás funcionarios que a ejercer sus competencias, además de la necesidad de evitar una “flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribiera la responsabilidad objetiva”²⁰.
23. Como puede apreciarse, la Corte Suprema ha cumplido con motivar largamente de manera justificada y razonada las razones de su

¹⁷ Cfr.: Casación N° 23-2016-ICA, fundamento 4.46.

¹⁸ Cfr.: Casación N° 23-2016-ICA, fundamento 4.47.

¹⁹ Cfr.: Casación N° 23-2016-ICA, fundamento 4.47.

²⁰ Casación N° 23-2016-ICA, fundamento 4.48.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

decisión. Ahora bien, sentada esta conclusión, este Tribunal considera pertinente señalar que el criterio adoptado por el máximo órgano de la justicia ordinaria es constitucionalmente adecuado.

24. El derecho penal es violencia institucionalizada mediante la cual el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, le impone una pena a una persona por haber vulnerado un bien jurídico de vital importancia para la convivencia en comunidad²¹. En tanto la pena supone una limitación intensa a los derechos fundamentales a la libertad y propiedad del condenado, en un Estado democrático y constitucional de derecho el poder punitivo del Estado debe limitarse, para evitar su ejercicio desproporcionado.
25. Un mecanismo para su limitación reside en el principio de lesividad. Este Tribunal, en la Sentencia 00006-2014-PI/TC (fundamento 58), ha remarcado que dicho principio es “una manifestación implícita de los artículos 1, 3 y 44 de la Constitución”, siendo su manifestación concreta el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que establece que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Es decir, tal como se sostiene en la Sentencia 00009-2018-AI/TC, el Estado debe recurrir como última *ratio* al ejercicio del *ius puniendi* y evitar caer en el “populismo punitivo”, consistente en “aumentar las penas o la persecución penal por razones meramente coyunturales y sin que exista un fundamento objetivo y justificado para ello, aprovechando la exposición mediática de un caso” (fundamentos 15-16).
26. Para salvaguardar los principios constitucionales de lesividad penal y presunción de inocencia, no basta con que existan observaciones sobre presuntas irregularidades administrativas en la contratación pública para dar por hecho la existencia de responsabilidad penal; se requiere certeza más allá de toda duda razonable sobre la existencia de una lesión del bien jurídico protegido que sea penalmente relevante (cfr. Sentencia 01172-2003-HC/TC, fundamento 2).

²¹ Cfr.: H.-H. JESCHECK; T. WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, 5º ed., Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 3, 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

27. Por otro lado, conforme se ha precisado en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, otro de los pilares sobre los que descansa nuestro derecho penal es “el principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno”, que constituyen “una manifestación del principio de culpabilidad” (cfr. Sentencia 03245-2010-PHC/TC), cuya relevancia y entidad constitucional se derivan de los principios de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal (cfr. Sentencia 00014-2006-PI, fundamentos 28-33). Así las cosas, el Estado solo puede imponer la pena al culpable por sus actos propios, descartándose la responsabilidad objetiva por la ocurrencia de un resultado.
28. En esa línea, el principio de confianza en la administración pública es una concreción del principio de culpabilidad, a la par que guarda una conexión evidente con el principio de legalidad penal contenido en el artículo 2.24 inciso d) de la Constitución, y cuyo tenor es: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
29. El vocablo “nadie será procesado...” del artículo precitado aplica para cualquier individuo, lo cual naturalmente incluye a los funcionarios. Por tanto, un tipo penal como el de negociación incompatible, que sanciona el interés indebido del funcionario, en beneficio propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, requiere para su aplicación, como mínimo, que exista certeza de cuáles son los deberes de cada funcionario en el MOF y ROF de la entidad. Así, no resulta constitucionalmente posible interpretar de manera amplia, ni analógica, ni mucho menos crear jurisprudencialmente deberes funcionariales inexistentes en la normativa referida. Caso contrario, cualquier funcionario de cualquier jerarquía de cualquier institución, estaría en riesgo de una criminalización de sus funciones.
30. En el caso específico de los titulares de las entidades públicas, imponerles un deber de garante que requiera una revisión pormenorizada de todos los criterios técnicos de todos sus subordinados, bajo la lógica de que tienen que hacerse responsables



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

porque “sabían lo que pasaba al interior de sus instituciones o, porque si no sabían, igual debían saberlo”, es abiertamente inconstitucional. En realidad, se les juzgaría con base a un estándar divino inalcanzable: se requeriría que sean omnipotentes, omnipresentes y omniscientes. Nadie se salvaría, porque esto implicaría partir de la sospecha. Incluso, este Tribunal, en la Sentencia 03150-2017-PA/TC (*caso Domingo García Belaunde*) ya ha establecido precisamente en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado que la presunción de inocencia en su faceta administrativa implica presumir la licitud de los actos protagonizados por los postulantes en las contrataciones con el Estado. De manera más general, estableció que existe una presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos en las contrataciones públicas (fundamento 39).

31. Por otro lado, existe abundante literatura académica, así como comentarios de especialistas, que apuntan a que el temor de la intervención penal con investigaciones fiscales largas, juicios aún más largos y poca predictibilidad en las sentencias penales, inhibe a los funcionarios de tomar decisiones e implementar medidas de suma trascendencia constitucional, muchas de ellas relacionadas con deberes primordiales del Estado contemplados en el artículo 44 de la Constitución; medidas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos humanos, la seguridad, promover el bienestar y desarrollo de la población. A nivel internacional, este fenómeno se estudia bajo los rótulos de “miedo a la firma”, “burocracia defensiva”, “administración defensiva” o *chilling effect*²².
32. A nivel de derecho comparado, este fenómeno ha adquirido relevancia constitucional. Por ejemplo, se tiene la Sentencia 8/2022

²² Para consultar comentarios y estudios sobre este fenómeno, *Vid.*: M. MALDONADO-MELÉNDEZ, «Burocracia defensiva: El miedo a la firma», 2024, fecha de consulta 2 diciembre 2024, en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15173>.; D. MACERA, «“Existe un Estado que tiene miedo de tomar decisiones”», 2020, fecha de consulta 1 diciembre 2024, en <https://www.ipe.org.pe/portal/existe-un-estado-que-tiene-miedo-de-tomar-decisiones/>.; E. H. WANG, «Frightened Mandarins: The Adverse Effects of Fighting Corruption on Local Bureaucracy», *Comparative Political Studies*, vol. 55, 11, 2022, p. 1807 y ss.; A. BOTO ÁLVAREZ, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 10, 2023, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), p. 42 y ss.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

de la Corte Constitucional italiana de fecha 19 de enero de 2022, que declaró infundada una cuestión de legitimidad constitucional de un decreto que acotó el delito de abuso de poder, precisamente para evitar el “miedo a la firma” de los funcionarios. Al respecto, la Corte resaltó los efectos perversos de este fenómeno para la inacción de la Administración, recuperación económica, entre otros²³:

2.4. (...) Según la opinión generalizada, es precisamente esta situación la que debe identificarse como una de las principales causas de la creciente difusión del fenómeno que suele denominarse "burocracia defensiva" (o "administración defensiva"). Es decir, los funcionarios públicos se abstienen de tomar decisiones que considerarían útiles para la búsqueda del interés público, prefiriendo tomar otras menos exigentes (ya que se basan en prácticas consolidadas e inelásticas), o más a menudo permanecen inertes, por temor a exponerse a posibles cargos penales (el llamado “miedo a la firma”).

A estos efectos, poco importa la enorme diferencia, que también se ha registrado a nivel estadístico, entre el número de procedimientos por abuso de poder iniciados y el reducido número de condenas firmes dictadas como consecuencia de ellos. El mero riesgo, omnipresente e indefinido, de verse involucrado en un proceso penal, con los costos materiales, humanos y sociales (debido a las recurrentes protestas mediáticas) que ello conlleva, es suficiente para generar un "efecto enfriamiento", que induce al funcionario a tomar el camino más tranquilizador en sí mismo.

Todo ello, además, con importantes consecuencias negativas en términos de pérdida de eficiencia y ralentización de la actuación administrativa, especialmente en los procedimientos más delicados.

6.2. (...)

Este vínculo puede identificarse - también a la luz de la creencia expresada por el Presidente del Consejo de Ministros al presentar el decreto - en la idea de que la recuperación del país puede verse facilitada por una delimitación más precisa de responsabilidades. El "miedo a la firma" y la "burocracia defensiva", inducidos por el miedo a ser acusados de abuso de poder, se traducirían, como fuente de ineficiencia e inacción, en un obstáculo para la recuperación económica, que requiere, por el contrario, una respuesta pública administración dinámica y eficiente.

²³ Traducción no oficial al castellano. Puede consultarse la Sentencia 8/2022 de la Corte Constitucional italiana en la siguiente dirección electrónica: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2022&numero=8>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

Desde esta perspectiva, la modificación encaminada a restringir, definir mejor, el ámbito de aplicación del delito de abuso de poder (especialmente en relación con la anterior "norma de vida" de origen jurisprudencial) no es ni siquiera una "monada" aislada [*sic*]. En efecto, como ya se ha mencionado, la disposición impugnada se combina, en el marco del capítulo específico del "decreto de simplificación" dedicado a las "[r]esponsabilidades" (capítulo IV del título II), con disposiciones destinadas a "calmar" a los administradores públicos en materia de al otro riesgo que acompaña a su trabajo: la responsabilidad fiscal.

En conclusión, no puede afirmarse, por tanto, que la disposición impugnada sea claramente ajena al objetivo principal del Decreto.

33. En el Perú, es razonable que este temor paralizante se haya incrementado aún más desde que el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, modificado por las Leyes 30304 (2015) y 30710 (2017), prescribe la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción de funcionarios, entre los cuales se incluye la negociación incompatible.
34. Es cierto que la Sentencia 05228-2022-PHC/TC sostiene que dicha restricción de suspensión de la ejecución de la pena era una política criminal del Estado para la lucha contra la corrupción. No obstante, cierto es también que dicha lucha no puede hacerse de cualquier manera, a cualquier costo y en forma draconiana. No todos los delitos tienen igual lesividad, ya que algunos ni siquiera generan un perjuicio al patrimonio público. Tampoco todos los reos tienen iguales antecedentes, ni peligrosidad, ni circunstancias personales. Hay matices que le corresponde valorar a la justicia ordinaria al momento de determinar el *quantum* de la pena. En esa línea y en atención a los inconvenientes de una prohibición tan amplia, es que resulta razonable lo expresado también por la citada sentencia; esto es, que los jueces pueden inaplicar dicha prohibición realizando control difuso a la luz de los hechos del caso (fundamento 13).
35. Todas las razones que aquí se han apuntado hacen que el efecto de paralización en los funcionarios genere también una grave afectación de los derechos constitucionales de la población, que requiere servicios y obras estatales. Recuérdese, a manera de ejemplo, que, en la *litis* subyacente del caso de autos, se acusó y condenó por negociación incompatible al entonces presidente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

regional de Ayacucho, a su gerente general regional, al jefe de Abastecimiento y a miembros del Consejo Regional. En síntesis, se les imputó haber declarado en emergencia el sistema vial de la región para que de esa forma se exonere del proceso de selección de contrataciones la adquisición de maquinaria, pese a las observaciones de OSCE²⁴. Sin embargo, conforme lo ha desarrollado la Corte Suprema en la casación objetada, y lo establece incluso como doctrina jurisprudencial vinculante, la OSCE solo analiza contrataciones administrativas, mas no es el órgano encargado de determinar si existe riesgo grave que amerite una declaratoria de emergencia, ya que esto les compete a instancias como el SINAGERD o SENAMHI, entre otras, dependiendo del tipo de emergencia²⁵. Cabe agregar que la emergencia por lluvias sí se encontraba plenamente acreditada desde el punto de vista técnico, conforme se aprecia en la casación²⁶.

36. Este criterio de la Corte Suprema se sujeta al principio de razonabilidad. Por el contrario, lo que no se ajusta a este criterio exigible en el Estado constitucional, es que ni el control administrativo a cargo de la OSCE y Contraloría, ni el control de legalidad del Ministerio Público, ni el control del juez de la etapa intermedia, ni los jueces de instancia del Poder Judicial, lo hayan advertido.
37. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que las decisiones judiciales que se cuestionan han sido adoptadas sin vulnerar ninguno de los derechos fundamentales que invoca la parte demandante, razón por la cual corresponde desestimar la demanda.

Sobre el principio de independencia judicial en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional

38. A manera de colofón, este Tribunal estima necesario recordar que la independencia judicial es un principio de la administración de justicia contemplado en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución.

²⁴ Vid.: Casación N° 23-2016-ICA, I. Antecedentes.

²⁵ Vid.: Casación N° 23-2016-ICA, fundamentos 4.30 y 4.31, y punto resolutivo VI.

²⁶ Vid.: Casación N° 23-2016-ICA, fundamentos 4.32 y 4.33.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

39. Los jueces ordinarios deben impartir justicia y absolver de responsabilidad penal (o condenar) cuando corresponda hacerlo, al margen de si se trata de un caso mediático o bajo presión de la opinión pública. Por su parte, los jueces constitucionales, incluyendo desde luego a este Tribunal, deben tener presente que “la justicia constitucional es una función de la República, no de la democracia”²⁷, por lo que la protección de derechos fundamentales tiene un matiz plural y general.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**DOMÍNGUEZ HARO
MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

²⁷ G. ZAGREBELSKY, «¿Qué es ser juez contitucional?», *Dikaion*, vol. 15, 2, 2006, p. 167.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
DOMÍNGUEZ HARO**

En el presente caso, debo precisar que me aparto de los fundamentos 23 al 37, en vista que la determinación de la doctrina penal correcta con relación al alcance del principio de confianza en los delitos contra la administración pública, no resulta necesaria para la resolución del presente caso.

Dicho esto, suscribo la sentencia.

S.

DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS PACHECO ZERGA Y MONTEAGUDO VALDEZ

Con el mayor respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

Petitorio y delimitación del asunto controvertido

1. En el presente caso, se verifica que el objeto perseguido por el proceso de amparo planteado es que se declare la nulidad de:
 - El auto de calificación del recurso de casación de 4 de julio de 2016 (Casación 23-2016 Ica), mediante el cual se declaró concedido el recurso de casación para desarrollo jurisprudencial; y,
 - La sentencia casatoria de 16 de mayo de 2017 (Casación 23-2016 Ica), a través de la cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República demandada: **(i)** declaró fundado el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados C, E, F y G; **(ii)** declaró infundado el recurso por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, respecto a los extremos desarrollados en los apartados A, B, D y H; en consecuencia; **(iii)** sin reenvío, casó la sentencia de vista de 18 de noviembre de 2015, en el extremo que confirmó por mayoría la sentencia de 16 de junio de 2015, y, actuando en sede de instancia, absolvió a don Wilfredo Ocorima Núñez, don Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, don Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, don Víctor de la Cruz Eyzaguirre, don Sixto Luis Ibarra Salazar, don Rosauro Gamboa Ventura y don Walter Quintero Carbajal; **(iv)** declaró nula la resolución de vista de 18 de noviembre de 2015, en el extremo que declaró nula la sentencia de 16 de junio de 2015, que absolvió a don Jhoan Pavel Rojas Carhuas, don Alfonso Martínez Vargas, don Eladio Huamaní Pacotaype y a doña María del Carmen Cuadros Gonzales en calidad de cómplices primarios; sin reenvío y actuando en sede de instancia, emitiendo pronunciamiento de fondo, confirmó la sentencia de 16 de junio de 2015 que absolvió a los referidos procesados; **(v)** ordenó la inmediata libertad de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

precitados, se anulen los antecedentes penales generados y el archivo definitivo de la presente causa; y, (vi) estableció como desarrollo de doctrina jurisprudencial los fundamentos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31.

2. Si bien se alega que mediante las resoluciones supremas cuestionadas cuya nulidad se pretende, se han vulnerado los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso y, de manera más concreta, los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba, así como el principio de seguridad jurídica; de lo expuesto en el escrito de la demanda y de los actuados posteriores que obran en autos (como el propio recurso de agravio constitucional), advertimos que los cuestionamientos expresados por la parte accionante del amparo guardan relación directa con la presunta afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En tal sentido, será en torno a la supuesta vulneración de este derecho fundamental que se centrará nuestro pronunciamiento.

Análisis del caso

3. Como se sabe, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente planteadas por las partes en cualquier clase de proceso. Pero, la pretensión de que las decisiones judiciales sean motivadas no solo se expresa como un derecho fundamental de los justiciables, sino también como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, que garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución).
4. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al ser una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, asegura que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido por el derecho constitucional a la debida motivación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

5. El análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación, debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la decisión cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de un nuevo análisis. Esto es así porque al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del Derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.
6. En tal sentido, corresponde precisar que la garantía del derecho a la debida motivación de las resoluciones no comprende una determinada extensión de la justificación, sino que su contenido constitucionalmente protegido exige la comprobación de que la decisión judicial cuestionada no contenga una motivación aparente; no adolezca de una justificación interna del razonamiento; no presente deficiencias de motivación externa; la fundamentación sea suficiente; y no se advierta incongruencias en la justificación. Si se configuran alguno de estos supuestos, se estará frente a una decisión arbitraria y, por tanto, inconstitucional.

Sobre el auto de calificación de 4 de julio de 2016

7. En el presente caso, la parte demandante cuestiona el auto de calificación del recurso de casación de 4 de julio de 2016 (Casación 23-2016 Ica), que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo jurisprudencial.
8. Para el efecto, aduce que existe incongruencia *extrapetita*, pues los magistrados demandados, invocando la voluntad impugnativa, efectuaron una adecuación de las causales alegadas por los recurrentes, argumentando salvaguardar su derecho al recurso. Así, adecuaron solo en 8 los temas de interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, cuando fueron 22 los temas propuestos por los recurrentes a través de cuatro recursos de casación, y se subrogaron en la posición de estos e interpretaron que revisten interés para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

desarrollo de la doctrina jurisprudencial solo 8 temas, por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Alega que este proceder viola la congruencia procesal que debe existir entre lo pedido y lo admitido, aun cuando en este tipo de recursos no se puede utilizar el principio de suplencia de queja deficiente.

9. Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 427, numeral 4 del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) hace referencia a la casación excepcional cuando establece que

Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

10. Esta casación excepcional legitima a la Corte Suprema para enriquecer la jurisprudencia y evitar las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos que puedan provocar la afectación de derechos fundamentales. Así, mientras la casación ordinaria busca satisfacer un legítimo interés subjetivo, esto es, revertir una decisión judicial que objetivamente es desfavorable al recurrente; la casación excepcional, va más allá del caso en particular, en vista de que busca emitir un pronunciamiento de estricto derecho con el propósito de uniformizar la jurisprudencia.
11. Sobre la base de lo expuesto, cabe precisar que, si bien una de las principales características del recurso de casación excepcional es su discrecionalidad, esto no significa que la Corte Suprema esté dispensada de fundamentar su decisión de conceder el recurso casatorio para desarrollar doctrina jurisprudencial. Y es que, en el Estado constitucional de derecho, es deber de la jurisdicción la expedición de decisiones que no estén desprovistas de una motivación adecuada, suficiente y congruente.
12. Ahora bien, apreciamos que la Sala Penal Permanente emplazada, a fin de expedir el auto calificadorio cuestionado: (i) sostuvo que la voluntad impugnativa representa la decisión del juez dentro del procedimiento recursal, particularmente en el estadio de la calificación del recurso, que le permite adecuar la causal o motivo invocado al jurídicamente correcto según su juicio, salvaguardando el derecho al recurso ante los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

posibles errores en que hubieran incurrido los recurrentes (cfr. fundamento 2.5); y, **(ii)** en atención a esta premisa conceptual, identificó cuáles eran las materias jurídicas invocadas que revisten interés para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; y precisó que los tópicos determinados no habían sido suficientemente tratados para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas (cfr. fundamento 2.6); **(iii)** resaltó, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial (cfr. fundamento 2.6).

13. En nuestra opinión, desde el punto de vista del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no corresponde objetar el auto calificador cuestionado, pues la sala suprema ha expuesto de manera concreta en los fundamentos 2.5 y 2.6 de su resolución cuáles son las razones que explican la pertinencia del desarrollo de la doctrina jurisprudencial en el caso. Ahora bien, la cuestión de si estas razones son correctas o no desde el punto de vista de la ley procesal aplicable, no es un tópico sobre el cual corresponda detenernos, pues, como tantas veces ha sostenido el Tribunal Constitucional, la determinación, interpretación y aplicación de la ley son asuntos que corresponde analizar y decidir a los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando califican sus propios recursos, a no ser que, en cualquiera de estas actividades, se hayan lesionado derechos fundamentales, que no es el caso.
14. En efecto, del contenido del auto de calificación de fecha 4 de julio de 2016, se observa que la Sala Penal Permanente, en el marco de sus competencias legales, ha delimitado los alcances de la pretensión recursal promovida; y se verifica también que ha sustentado su decisión de desarrollar doctrina jurisprudencial. En tal sentido, consideramos que corresponde declarar improcedente este extremo de la demanda.

Sobre la Casación 23-2016 Ica, de 16 de mayo de 2017

15. La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción también cuestiona la sentencia suprema de fecha 16 de mayo de 2017 (Casación 23-2016 Ica).
16. En suma, alega que existe incongruencia procesal entre las pretensiones admitidas en el auto de calificación y la sentencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

casatoria, pues se aprecia en el desarrollo de los extremos declarados fundados en la casación, una actuación de la sala suprema como tercera instancia revisora de un proceso ordinario, por cuanto se valoró una prueba que no es parte del expediente judicial; se efectuó una nueva valoración sobre un elemento del tipo penal que ya había sido abordado en ambas instancias; de nuevo se hace una interpretación respecto a lo que implica el principio de confianza y cómo debió interpretarse en este caso en específico; y, se valoraron las irregularidades administrativas que existen en este caso como de relevancia en esa sede y no de relevancia penal; esto es, nuevamente se valoraron y justificaron los hechos, y no se advierte el desarrollo de doctrina jurisprudencial alguna, sino un pronunciamiento valorativo, interpretativo y hasta de justificación de la conducta de los encausados.

17. Conforme establecen los numerales 1 y 2 del artículo 432 del NCPP,
 1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.
 2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. (Subrayado agregado).
18. A su vez, el artículo 433, numeral 1 del NCPP precisa que
 1. Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes. (Subrayado agregado).
19. De una lectura conjunta de estas disposiciones legales es posible inferir que el ordenamiento procesal penal peruano promueve la “casación de oficio”, la misma que difiere de la casación excepcional regulada en el artículo 427, numeral 4 del NCPP, porque el interés casacional no proviene de la parte recurrente que interpone el recurso (cfr. Casación 389-2014 San Martín). Así, en virtud de lo establecido en la parte *in fine* del numeral 1 del artículo 432 citado, la Corte Suprema es quien plantea el interés casacional determinando y abordando causales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

distintas a las invocadas en el recurso, porque verifica que algunos temas propuestos en el escrito de casación o situaciones que vulneran derechos fundamentales contenidas en la resolución superior impugnada, exigen que sean de su conocimiento con el propósito de establecer doctrina jurisprudencial vinculante al respecto.

20. Ahora bien, conforme a lo establecido por el artículo 432.2 del NCPP, la casación de oficio no habilita a la Corte Suprema para que realice una revisión plena de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas que conciernan al caso; sino para que desarrolle un análisis de puro derecho respecto a la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o la indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal en el caso controvertido, tomando como base de análisis los hechos de relevancia penal establecidos como tales en el proceso y que han sido legalmente probados. De ahí que, cuando la Corte Suprema estima el recurso de casación, podrá decidir por sí misma el caso, pero siempre y cuando no sea necesaria la realización de un nuevo debate sustentado en actuación probatoria que justifique el obligatorio reenvío, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433.1 del NCPP.
21. Si bien es cierto que en el proceso penal que subyace a la presente causa se promovieron distintos recursos casatorios argumentándose la necesidad de que la Corte Suprema desarrolle doctrina jurisprudencial sobre temas concretos, también es cierto que la Sala Penal Permanente precisó su interés casacional, adecuó las causales alegadas por los recurrentes y determinó los temas que consideró pertinentes para el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Bajo este marco, tal como alega la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, la Corte Suprema, además, ha actuado como instancia revisora del proceso.
22. Así, a propósito de las pruebas que, a juicio de la Sala Penal Permanente resultaban necesarias para la resolución de la controversia penal subyacente, en la Casación 23-2016 Ica cuestionada, la sala suprema expuso los siguientes argumentos:

C. EL METODO NECESARIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de peligro grave a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia —SINAGERD, entre otras— que no involucra a organismos consultores —de opinión— como el OSCE cuya especialidad es otra —Normativa referida a la contratación del Estado—. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierte que ello no depende de un criterio jurídico, sino —ante todo— técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como el SENAMHI. Si ellas determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32 Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N° 012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta y Vilscashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N° 016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N° 047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar, del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones (conforme se advierte del Informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias —véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N° 007-2012-INDECI/11.0 (...). Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confirman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo (...).

23. De la glosa hecha, se advierte que la sala suprema parte de la premisa de que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, se requiere: (i) verificar a qué clase de grave peligro se refiere esta, y, (ii) que una institución u organismo especializado califique científicamente si es en efecto un grave peligro, o no. En ese sentido, la Sala Penal Permanente considera que la determinación de una situación que se configura como grave peligro debe hacerse sobre la base de una opinión técnica como es la del SINAGERD. Sin embargo, la propia Corte Suprema emplazada concluye resolviendo que el grave peligro invocado que configura la situación de emergencia en el caso, sí fue real; y toma en consideración, para este efecto, otros elementos probatorios fácticos y normativos que no incluyen la opinión técnica del SINAGERD, a pesar de que, a su juicio, era indispensable.
24. Ahora bien, esta fundamentación, referida a la necesidad de contar con una opinión técnica especializada, se contradice, además, con el propio razonamiento expuesto previamente por la Sala Penal Permanente en la sentencia cuestionada, cuando concluye que la opinión del testigo experto del SINAGERD fue un medio de prueba correctamente rechazado por la instancia superior penal precedente, ya que los dictámenes de este tipo no vinculan a los magistrados y son solo mecanismos auxiliares que los apoyan en la labor de interpretación de la norma:

4.12. Analizando el caso concreto, el Juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento, que el Gobierno Regional no debió declarar la situación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del Testigo Experto Víctor Villanueva Sandoval, quien —como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales)— consideró que no existía una situación de emergencia —conforme a lo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado—, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia, lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del SINAGERD de la región Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del SINAGERD, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones mediante la Resolución N° 32 no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada efectivamente, se trató de un testigo experto, pues es una persona que —aparentemente y según lo postulado— tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD —Órgano encargado de la gestión de Riesgos— del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la Ley 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y —por tanto— pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no deberían ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir —jurídicamente— para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son sólo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostraza).

25. Por otro lado, observamos que la Sala Penal Permanente demandada también incurre en error de motivación cuando argumenta sobre los elementos que configuran el tipo penal de negociación incompatible:

D. EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO DE TERCERO

(...)

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación —es un tipo penal general, de amplio espectro— que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

“(…) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (…) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado”

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos —en aplicación del principio de legalidad—, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado —vigente al momento de los hechos—, precisa que *“En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.**”* (...) en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala *“(…) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. Es este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato** (...)”*

4.38. La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero —que se beneficiara— no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiario —de alguna manera— con este acto administrativo que perjudique a la administración pública.

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrentes (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostrroza,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

Gambia Ventura, Quintero Carbajal De La Cruz Eyzaguirre e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

E. LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N° 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, *“El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, debe presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario”*.

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43. De la revisión de autos (...) no se advierte una motivación suficiente que sustente —más allá de toda duda razonable— la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A. y Unimaq S.A, fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados —tercero—; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo fundado los recursos de casación interpuestos por Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

26. De los fundamentos precitados, advertimos que la sala suprema se contradice en su propia argumentación. Así, por un lado, deja establecida como premisa típica que la intervención del tercero no es necesaria para la configuración del delito de negociación incompatible (cfr. fundamento 4.37); que la responsabilidad que recaería en el tercero sería una de carácter administrativa y autónoma, y no resulta necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero (cfr. fundamento 4.38); y que el tercero beneficiario no necesariamente debe ser la persona con la cual se está llevando a cabo la contratación, sino que puede ser cualquier otra que pueda resultar beneficiada (cfr. fundamento 4.38). Asimismo, para la Corte Suprema lo que debe verificarse en la comisión de este delito es el interés -que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinada-, y que corresponde evidenciar en la conducta del funcionario público actos irregulares dirigidos a influir en el desarrollo del acto de adquisición, sin interesar si existió la participación de un tercero, porque solo se evalúa la conducta del funcionario público.
27. Sin embargo, cuando desarrolla la finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo (modalidad del delito de negociación incompatible), la propia sala suprema emplazada, en sentido contrario a lo previamente argumentado, sostiene que, al no haberse logrado establecer en el caso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

el provecho indebidamente obtenido por el tercero como consecuencia de la gestión interesada del funcionario, no se configura la existencia de todos los elementos típicos del delito (cfr. fundamentos 4.42 y 4.43); y declara, por tanto, fundado este extremo del recurso casatorio.

28. Sobre la base de esta revisión, concluimos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha incurrido en errores de motivación al expedir la cuestionada sentencia casatoria de fecha 16 de mayo de 2017 (Casación 23-2016 Ica). En efecto, tal como ha quedado expuesto *supra*, en la argumentación propuesta por la Corte Suprema se advierte contradicción e incongruencia en la justificación de su decisión.
29. Por otro lado, consideramos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República también se ha excedido en sus competencias casatorias. Y esto es así porque, si bien actuaba como una instancia revisora del proceso penal subyacente, ha desarrollado un análisis pleno de las cuestiones fácticas y probatorias, lo que contraviene lo dispuesto por el artículo 432.2. del NCPP. A pesar de las limitaciones impuestas por la naturaleza del recurso casatorio (nomofiláctica y uniformizadora de la jurisprudencia), así como por los principios procesales de oralidad e inmediación que rigen a la actividad probatoria, la sala suprema emplazada decidió por sí misma resolver el caso, pese a que había concluido en la necesidad de considerar otras pruebas técnicas, además de las que fueron aportadas, actuadas y valoradas en el proceso penal, y que, por tanto, conforme establece el artículo 433, numeral 1 del NCPP, correspondía el reenvío a las instancias judiciales precedentes con el objeto de que se realice un nuevo debate probatorio; sin embargo, no lo hizo.
30. En nuestra opinión, del análisis externo de la resolución suprema cuestionada, así como de las otras decisiones judiciales emitidas en la causa subyacente que conforman el proceso penal controvertido, es posible inferir que el material probatorio actuado (expediente administrativo de declaración de situación de emergencia que incluye la opinión emitida por el OSCE sobre el procedimiento de exoneración, declaraciones de peritos y declaraciones testimoniales de especialistas en contratación pública) resultaba suficiente para que la Sala Suprema emplazada se forjara una opinión, y se evitara así las contradicciones argumentativas advertidas *supra* y el ejercicio indebido de sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01553-2023-PA/TC
LIMA
PROCURADOR PÚBLICO
ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN

competencias casatorias; pero, sobre todo, la vulneración del principio de la debida motivación de las resoluciones que guía a la función jurisdiccional.

31. En la medida en que consideramos que la Casación 23-2016 Ica, de 16 de mayo de 2017 vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, se debe condenar al Poder Judicial al pago de costos procesales, en aplicación del artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En conclusión, somos de la opinión que se debe:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, conforme a lo expuesto en los fundamentos 8 a 14 de este voto.
2. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda, al haberse vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, en consecuencia, declarar **NULA** la Sentencia Casatoria de 16 de mayo de 2017 (Casación 23-2016 Ica), y **ORDENAR** a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que emita una nueva resolución.
3. **CONDENAR** al Poder Judicial al pago de costos procesales.

SS.

PACHECO ZERGA
MONTEAGUDO VALDEZ