

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**Sexta Sala Especializada en lo Penal para**  
**Procesos con Reos Libres**

---

**S.S. PIEDRA ROJAS**  
**CHAMORRO GARCIA**

**EXP. N° 34432-2010-1**

Lima, catorce de Septiembre  
Del año dos mil once.

**AUTOS Y VISTOS:**

Oídos los informes orales, conforme se deja constancia por Relatoría a folios 4910; e interviniendo como ponente la señora Juez Superior **Chamorro García**; con lo expuesto por el señor Fiscal Superior en lo Penal en el dictamen de fojas 4729 a 4743; por cumplido los mandatos, y

**CONSIDERANDO:**

**I.- ANTECEDENTES DEL CASO:**

**1.1 De la resolución que es objeto de apelación y la valoración que hace el Juez.**

Con fecha catorce de enero del año en curso, la señora Juez del Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, por resolución de fojas 4635 a 4672 resolvió en un extremo: DECLARAR: **NO HA LUGAR** a la apertura de instrucción contra **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO**, por el delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – **Colusión Desleal y Malversación de Fondos**, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; ordenándose, el archivo definitivo de la denuncia en dicho extremo, consentida que sea la misma.

La A quo luego de evaluar la denunciada formalizada por el Representante del Ministerio Público en lo que respecta al citado denunciado, consideró que los hechos incriminados contra éste no reúnen los presupuestos del Art. 77° del Código de Procedimientos Penales, por lo que decidió no abrir instrucción en su contra por los siguientes fundamentos:

- a.** Porque el Fiscal Provincial no ha aportado prueba suficiente ni elemento de convicción alguno que permitan establecer que existan indicios que el referido denunciado hubiere concertado o confabulado con los interesados para defraudar y perjudicar económicamente a la Municipalidad Metropolitana de Lima; que no se ha precisado cuales es el o los indicios que lo llevan a determinar que este conocía los detalles de la operación de pago o de la cancelación del monto a pagar; que tampoco ha precisado el modo en que éste habría manifestado su decisión de pagar a COMUNICORE o en que términos habría beneficiado con esta operación;
- b.** Porque el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las funciones de vigilancia hacia los funcionarios públicos del Municipio limeño no resultan validos para concluir que el denunciado habría cometido el delito de Colusión; por el contrario lo que se aprecia es que en dicho caso no se presentan los elementos objetivos y subjetivos del delito; tanto más, si debido a la delegación de facultades que el denunciado efectúa a favor de ciertos funcionarios, éste no realizó acto alguno de negociación y percepción del erario municipal, lo cual lo excluye de los elementos que los tipos penales requieren para su configuración;
- c.** Porque la imputación complementaria basada en una información periodística, al no haber sido ratificada a nivel preliminar resulta invalida para fundamentar la imputación propuesta; al igual que la sindicación efectuada por el denunciado Henry Fernando Brachowiz Vela por no haber sido corroborado con otros elementos de investigación y de prueba;
- d.** Porque la renovación de contrato con RELIMA fue una decisión asumida por el Consejo Metropolitano de Lima, decisión en la que el Alcalde no vota para tomar acuerdos conforme a lo señalado en el Art. 17° de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades-;

- e. Porque en cuanto al delito de Malversación de Fondos, igualmente no resulta razonable abrir instrucción contra el denunciado, toda vez, que la imputación de un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones de Alcalde de la Comuna de Lima, constituye una atribución de responsabilidad de carácter objetivo proscrito por el Art. VII del Título Preliminar del Código Penal; sobre todo, si no aparece elemento alguno que determine que el denunciado Castañeda Lossio haya ordenado o dispuesto que los fondos de la Municipalidad Metropolitana de Lima se cambien de aplicación o se utilicen para otros fines o destino completamente distinto; por el contrario, al haber emitido disposiciones de carácter general y habiendo brindado su consentimiento sobre el manejo de los créditos bancarios mediante el Acuerdo de Consejo N° 294 que aprobó la reestructuración de la deuda de 87 millones, en el cual adicionalmente se autorizaba a los hoy procesados Juan Gilberto Blest García, Ángel Pérez Rodas y Carlos Chávez Malaga a suscribir contratos bancarios de préstamos, le correspondía estar informado de todos aquellos actos, lo que no fue así, puesto que recién el procesado Juan Gilberto Blest García en el primer trimestre del año dos mil seis, informo al Gerente Municipal mediante Oficio N° 2006-06-069-MML/GF sobre los pagos realizados a favor de COMUNICORE.

## **1.2. De las partes impugnantes**

Mediante escritos obrante a folios 4683 a 4694 y 4700 a 4720, la señora Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delito de Corrupción de Funcionarios y el señor Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción respectivamente, interponen recurso de apelación contra el extremo de la resolución antes citada, los cuales fueron concedidos mediante resoluciones de folios 4695 y 4721, sus fechas 21 de enero del año en curso; siendo por tanto, nuestro marco de pronunciamiento únicamente en lo que se refiere al denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio, vale decir, en el extremo que declarar no ha lugar a la apertura de instrucción contra el antes citado por el delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal y Malversación de Fondos, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

## **II.- FUNDAMENTOS DEL AGRAVIO:**

### **2.1 De los agravios esbozados por el Representante del Ministerio Público**

La señora Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delito de Corrupción de Funcionarios, en su escrito de fojas 4683 a 4694 sostiene que si existen suficientes elementos que demuestran que el denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio, en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Lima, no solamente habría tenido conocimiento de los hechos que son materia del proceso, sino que además tuvo dominio pleno de los mismos, ello toda vez que:

- a. Se ha postulado en la denuncia la coautoria efectuada por el denunciado y los demás funcionarios –hoy procesados-, “que equivale a tener un dominio de los hechos sin necesariamente participar”. Y es que dicha figura esta determinada por el acuerdo en común entre los coautores, no siendo necesaria la participación de cada uno de ellos en las distintas instancias de la administración o concertar con el interesado. “Bastará que la concertación exista en algún nivel de la administración, siempre que se cuente con el conocimiento y posterior decisión del órgano a quien le compete la decisión”; de ahí que en su denuncia se ha identificado a los funcionarios que de modo conjunto tuvieron participación en los hechos y realizaron la acción típica, y entre ellos se encuentra el denunciado Castañeda, sin cuya decisión no se hubieran realizado la obtención de los recursos y el pago de la deuda a COMUNICORE, así como la renovación de contrato de concesión, hechos que como se sustenta en el escrito de denuncia están estrechamente conectados; sobretodo si la ejecución de las políticas y decisiones mas importantes se centralizan en el Gerente Municipal y el Alcalde, es decir en el denunciado; y si bien ha existido delegación de funciones en el Gerente de Finanzas, el deber de vigilancia, le imponía hacer un seguimiento oportuno y constante, pues lo contrario supondría una especie de abstención o renuncia a la función; más aún cuando según lo dispuesto en el Art. 7° de la Ley 28411 el titular de una entidad, en materia presupuestal, es responsable solidariamente con el Consejo Regional o Consejo Municipal;

- b.** Los elementos que sustentan la comisión del delito de Colusión Desleal por parte del denunciado están referidos: **i)** a la importancia de los hechos para la Municipalidad de Lima y a su realización - simultaneidad de negociaciones y acuerdos- que hacen colegir el conocimiento y necesaria decisión del denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio en su condición de Alcalde, para que los funcionarios de menor nivel (Gerentes y Subgerentes) procedan con los actos que están dentro de sus competencias; de ahí que no resulte de relevancia penal el hecho de que el denunciado vote o no vote en el Consejo Metropolitano para la decisión de renovación de contrato de cesión, puesto que en las negociaciones abundan una serie de irregularidades; **ii)** uno de los elementos indiciarios, es que se haya pagado la deuda a COMUNICORE en un contexto electoral, en el que el partido Solidaridad Nacional formaba parte de la Alianza Electoral Unidad Nacional, que tenía uno de sus locales en el mismo edificio donde tenía como sede la empresa antes citada; y **iii)** que Henry Brachowicz Vela, ex Gerente General de COMUNICORE en un video propalado por los medios de comunicación, que corre transcrito en autos, afirmó que parte del dinero cobrado fue “para la Municipalidad de Lima” e incluso en algún momento menciona el apellido Castañeda;
- c.** En cuanto al delito de Malversación de Fondos, no se denunció a Oscar Luis Castañeda Lossio por el solo acto de ser éste el Alcalde de la comuna Metropolitana, sino porque existen una serie de indicios que permiten sostener que no sólo tuvo conocimiento de los hechos sino que fue necesaria su disposición en cada uno de éstos; los cuales son: **i)** que la Contraloría General de la República dirigió un oficio al denunciado, en su condición de Alcalde, con opinión favorable del endeudamiento de la Comuna Metropolitana por la suma de 87 millones de soles (monto del cual se utilizaron 21.6 millones para el pago de la deuda a COMUNICORE); **ii)** el Acuerdo de Consejo N° 294 mediante el cual se aprobó la reestructuración de la deuda de los 87 millones de soles fue suscrita por el denunciado; en el cual además autorizó que los contratos bancarios de préstamos fueran suscritos por Ángel Pérez Rodas Gerente Municipal, Carlos Chávez Málaga Gerente Administrativo y Juan Blest García Gerente de Finanzas, funcionarios de su entera confianza con quienes venía trabajando hacía muchos años; que si bien el denunciado ha señalado

desconocer como se produjeron las operaciones de pago, un indicio posterior, lo constituye el hecho que ante la Comisión Investigadora del Congreso de la República haya defendido tales operaciones indicando con cifras positivas con las que se habría beneficiado la Municipalidad; **iii)** porque la delegación de funciones efectuado por el denunciado a los procesados antes citados, estaba dirigida a la obtención de dinero de créditos bancarios y posterior pago de la deuda a COMUNICORE; y no a la reestructuración de la deuda bancaria, que era la finalidad predeterminada, por la cual se solicitó tal endeudamiento; hecho que como es obvio habría contado con la autorización del Alcalde, quien estaba plenamente informado de las operaciones; no siendo posible que se haya enterado de estas operaciones con posterioridad al veintitrés de junio del año dos mil seis, fecha en la cual el procesado Juan Gilberto Blest García, Gerente de Finanzas recién pone en conocimiento al Gerente Municipal de la forma detallada de los pagos realizados a favor de COMUNICORE.

## **2.2 De los agravios precisados por el representante del Estado**

El señor Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción, sostiene en su recurso impugnatorio de fojas 4700 a 4720, que con respecto al denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio, ex Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se han cumplido los requisitos establecidos en el Código de Procedimientos Penales, siendo pasible de ser comprendido en el proceso penal; toda vez, que el señor representante del Ministerio Público ha desarrollado de manera pormenorizada los hechos denunciados y los elementos de prueba en que funda su imputación, los que están referidos al pago de la deuda a la empresa COMUNICORE desde el contrato de concesión que origina la acreencia a RELIMA, la procedencia de los recursos para el pago de la deuda, la renovación del contrato de concesión, hasta los beneficiarios del pago; precisa que:

- a.** En cuanto al delito de Colusión Desleal la Fiscalía ha señalado que los temas de negociación, pago de la deuda y la renovación del contrato de concesión eran de suma importancia tanto para la Municipalidad Metropolitana de Lima como para RELIMA, en tal sentido se requería de la aprobación de las más altas instancias,

puntualmente la del denunciado Castañeda Lossio, por lo que se colige que éste tuvo conocimiento de los hechos. Tan es así, que éste ha reconocido haber tenido conocimiento de ambos hechos aunque no sus detalles y que en ambos casos dictó directivas de manera verbal para que se negociara en beneficio de la Municipalidad. Si bien no hay prueba directa, si existen pruebas indiciarias –las que son bastantes y han sido expuestas en las más de cien hojas de la denuncia fiscal del titular de la acción penal-, propias de esta clase de delitos especiales, los que no necesitan ser probados, pues será a nivel de la instrucción que se buscará reunir todos aquellos elementos de convicción que permitan determinar la existencia o no de dicha concertación.

- b.** En relación al delito de Malversación de Fondos, igualmente existen suficientes indicios y pruebas que vinculan al denunciado Castañeda Lossio; por ello, intentar en esta fase procesal que se pruebe lo solicitado por el Ministerio Público no es lo adecuado, puesto que la comisión del delito y la responsabilidad penal de los involucrados, sólo podrá establecerse, cuando menos, tras la instrucción. De ahí que el criterio asumido por la señora Juez de primera instancia, respecto la conducta del denunciado tenga que ver con un incumplimiento defectuoso de sus funciones y que no aparezca elemento alguno que indique que éste ordeno ni dispuso que los fondos de la Municipalidad de Lima se cambien de aplicación o se disponga la utilización del dinero presupuestado para otros fines o destino completamente distinto; contenga matices de exculpación más que una mera evaluación de juicio de imputación. Que además, la resolución de primera instancia, sobre este punto, no cumple con el principio de motivación, puesto que el A quo ha centrado su decisión básicamente en que “no existe prueba suficiente, no emanan los elementos del tipo penal, la inexistencia de causa probable o la inexistencia de indicios suficientes para abrir instrucción”; sin embargo, no se aprecia que se hayan evaluado exhaustivamente las hipótesis propuestas por el Ministerio Público, ni que se indique porque estos hechos no soportan los tipos penales propuestos.
- c.** Que al momento de resolverse el asunto en grado debe tenerse presente la teoría de dominio del hecho, puede ser considerado autor mediato cualquiera que esté incorporado dentro de un

aparato de organización de tal modo que “pueda dar órdenes a personas subordinadas a él” y haga uso de esa facultad para la realización de acciones públicas. Bajo esta teoría no es necesario probar que el hombre de atrás dio una orden directa para que otros ejecuten un delito determinado, sino que basta que se demuestre la posición de aquel dentro del aparato organizado de poder.

### **III.- IMPUTACIÓN FÁCTICA:**

#### **3.1 Antecedentes de los hechos denunciados**

Conforme la denuncia fiscal antes glosada, el hecho punible en el presente caso tiene como antecedente el Contrato de concesión de servicio de Limpieza Pública en el cercado de Lima –barrido y recojo de residuos sólidos y su destino final el relleno sanitario- suscrito el 25 de octubre del año 1995 entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Consorcio VEGA UPACA (posteriormente RELIMA); el cual fue suscrito a mérito de la Resolución de Alcaldía N° 010-95 firmada por el señor Alcalde de aquel entonces Ricardo Belmont Cassinelli.

Ante las discrepancias de quien debería asumir el impuesto General a las Ventas –IGV a partir de la facturación de los servicios, es decir desde octubre de 1996, se dio inicio a un arbitraje que concluyó con la Resolución Arbitral N° 11 de fecha 01.07.98 que resuelve que ambas partes contratantes deben asumir en partes iguales el Impuesto General a las ventas - IGV que afecta la retribución mensual devengada y por devengarse. Para ello la Municipalidad de Lima debía incluir en su presupuesto a partir de 1999, las partidas necesarias para poder hacer efectivo el monto que debía asumir con arreglo al Laudo. No obstante ello no lo hizo, por lo que fue adquiriendo una deuda a favor de dicha empresa.

El economista Daniel Arias Donayre en noviembre del 2003 fue contratado para realizar un examen acerca de los pasivos (deudas) de la Municipalidad Metropolitana de Lima; es así, que éste emite un informe respecto de la deuda que mantenía dicha comuna con RELIMA como consecuencia del Laudo Arbitral, señalando que la deuda ascendía a la suma de 50 millones de nuevos soles. Por ello, es a partir de esta



comunicación que se inicia la conciliación de la deuda en razón de la participación de ambas partes.

En el año 2005 la Municipalidad de Lima y RELIMA determinaron que el monto de la deuda era de S/ 35'941,464.93 la cual debería pagarse en un plazo de 10 años (Set.2005 a AGO.15) con una tasa de interés nominal legal anual de 2.57%, proyectándose intereses devengados de S/4'062.991.39; exonerándose a la Municipalidad de los intereses devengados generados en el período 1996-2004. Estos acuerdos se ven concretados con la entrega por parte de RELIMA a la Gerencia de Finanzas de 10 facturas por el importe de la deuda generada para que se inicie el cumplimiento de pago.

### **3.2 Hechos objeto de denuncia**

Los hechos imputables por el representante del Ministerio Público en el presente caso giran en torno a dos actos:

- a. La **negociación y pago de la deuda por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima a la empresa COMUNICORE por la suma de S/ 35'941,464.93 millones de nuevos soles**, acto en el cual existen una serie de irregularidades que van desde haberse generado un mayor costo a la Municipalidad, exactamente por la suma de S/4'794,258.59, por haber optado por la opción de prepago del total de la deuda de S/35'941,464.93 sin contar con la disponibilidad presupuestaria, no obstante tener otra alternativa de pago más beneficiosa para la Municipalidad –según Informe Especial número 482-2010-CG/ORCC-EE elaborado por la Contraloría General de la República-; de haberse realizado una incorrecta determinación del monto adeudado, puesto que incluyeron y omitieron irregularmente facturas y notas de crédito en la conciliación del Laudo Arbitral del 01 de julio de 1998 con la empresa RELIMA y pagaron en exceso a COMUNICORE la suma de S/ 1'907,700.87, monto que si bien fue recuperado por Municipalidad Metropolitana de Lima mediante descuentos en la facturación correspondiente a los meses de marzo y mayo del presente año, esto es perjudicial económicamente para la comuna limeña, al haberse logrado recuperar después de 04 años sin los intereses legales

correspondientes; no haber definido la modalidad del pago y dejar el asunto del pago en la ambigüedad; y haberse pagado dicha deuda con tal apresuramiento jamás visto a una empresa desconocida para la Municipalidad de Lima, como era COMUNICORE, por el sólo hecho de que RELIMA le había transferido la deuda mediante un contrato de cesión de derechos, cuando dicha empresa aparecía en la SUNAT con “domicilio por verificar” y sobre todo si era sospechosa la diferencia de la venta de la deuda –21 millones-; y

- b. La renovación del contrato de Concesión**, el cual se habría efectuado sin tener en cuenta la serie de irregularidades en el cumplimiento de la prestación por parte del concesionario; haberse efectuado en base a un informe visiblemente parcializado, en el que exaltaban supuestas virtudes de la empresa y la ejecución del contrato; y por habersele ampliado el contrato por diez años adicionales. No obstante que de los informes expedidos por el sistema de control –emitidos con posterioridad a los hechos- se ha determinado que la ejecución del contrato en los 10 primeros años no fue óptimo como se decía en el citado informe, consecuentemente no habían razones objetivas para renovar el contrato.

Para el titular de la acción penal ambos hechos eran de suma importancia para Municipalidad Metropolitana de Lima como para RELIMA, tanto por el monto que se adeudaba, por la antigüedad de su origen y porque la renovación del contrato de concesión tenía que ver con un tema importante de servicios básicos como es la limpieza pública, que tiene directa relación con la imagen de la ciudad y con la salud pública; en razón de ello, las decisiones a adoptarse requerían de la aprobación de las más altas instancias, lo que en conclusión constituye una concertación entre los funcionarios, inclusive del denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio en su condición de Alcalde de la Comuna de Lima, con los representantes de la empresa RELIMA.

Tales hechos se agravan, en tanto se realizó el pago de dicha deuda sin que la Municipalidad de Lima contará con recursos económicos para cancelarlos en una armada ni con habilitación presupuestaria; para ello y bajo la justificación de realizarse “una renegociación de las deudas” con la

banca nacional, se solicitó un crédito a los Bancos Interbank y Crédito por la suma de 87 millones de nuevos soles, que fue desembolsado en el mes de octubre del año 2005, de los cuales alrededor de 15 millones se utilizaron para pagar a un mismo banco por una deuda anterior y otros pagos por deudas bancarias menores, obteniendo un saldo de 21.6 millones. Habiéndose determinado durante las investigaciones que en realidad pudo haberse evitado tal “saldo” pues el contrato bancario posibilitaba la solicitud de un menor monto; por lo que evidenciaría que dicho requerimiento por un monto mayor, era con la finalidad expofesa de utilizarlo como parte del pago de la deuda a COMUNICORE.

### **3.3 Hechos imputados al denunciado Castañeda Lossio**

El titular de la acción penal atribuye responsabilidad penal, respecto a los hechos antes expuestos, al denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio, en su calidad de Ex Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo siguiente:

Porque es evidente, teniendo en cuenta que tanto el tema de la negociación y el pago de la deuda a la empresa RELIMA como la decisión sobre la renovación o no del contrato de concesión con la misma empresa eran asuntos de trascendental importancia para la Comuna y por lo tanto requerían del conocimiento y decisión de la mas alta autoridad administrativa. Esto, se puede acreditar con lo vertido por el propio denunciado ante la Comisión de Investigación del Congreso de la República, al reconocer que efectivamente, tomó conocimiento de ambos temas y en los dos emitió directivas verbales para que se buscarán beneficios para la comuna, argumentando incluso que era necesario el pago de la deuda a la empresa RELIMA, con la finalidad de evitar embargo de las cuentas de la Municipalidad; aspecto éste último, que de las investigaciones preliminares, ha quedado descartado; toda vez que la acreedora nunca había realizado siquiera requerimiento formal alguno.

Al haberse determinado que las negociaciones y acuerdos sobre el pago de la deuda a RELIMA y la renovación de contrato de concesión se realizaron de modo simultaneo; la serie de irregularidades en la tramitación del pago y la vulneración de normas de tipo financiero y presupuestario, con la única finalidad de obtener recursos para el pago que no contaba con el correspondiente presupuesto ni financiamiento; así

como haberse aprobado la renovación del contrato por 10 años más a pesar de existir una serie de irregularidades en la ejecución del contrato primigenio, demuestran la necesidad del conocimiento y decisión por parte de la mas alta autoridad administrativa de la Municipalidad Metropolitana, es decir del denunciado Castañeda Lossio en su calidad de Ex Alcalde de dicha comuna.

Es evidente que el saldo de 21.6 millones que genero la comuna limeña fue exprofesamente para pagar la deuda a la empresa RELIMA, pues coincidentemente la “ganancia liquida” de la empresa COMUNICORE fue del orden de 21.3 millones; dinero que fue retirado del sistema financiero del modo más sospechoso, en efectivo y trasladado en bolsas. Además en una declaración propalada por Henry Brachowiz Vela por los medios de comunicación, Ex Gerente General de COMUNICORE, ha manifestado que parte del dinero recibido fue para la Municipalidad de Lima, señalando inclusive, en algún momento de la conversación, el apellido Castañeda.

Por lo demás también se acreditado que el dinero fue cobrado por COMUNICORE en un contexto electoral, en el que el Partido Solidaridad Nacional formaba parte de la Alianza Electoral Unidad Nacional, que precisamente tenía uno de sus locales en el mismo edificio donde tenía como domicilio la empresa COMUNICORE, justo en los meses que la Municipalidad Metropolitana de Lima efectuó los pagos.

Precisa por otro lado, que el denunciado, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad de Lima, tiene como una de sus principales responsabilidades la defensa y cautela de los intereses de la Municipalidad, la supervisión del manejo presupuestal y financiero, así como “proponer al Consejo Municipal las operaciones de crédito interno y externo conforme a ley” (Art. 20° de la Ley Orgánica de Municipalidades). Pero además el Art. 53° de la misma norma estipula que el Alcalde es el titular del Pliego Presupuestario de cada gobierno local. Que la ley establece además, una tratamiento especial para el caso de la Municipalidad de Lima, en tal sentido en el Art. 159° se precisan las competencias y funciones del Alcalde, en las que se puede destacar, administrar los bienes y rentas de la municipalidad, formular y ejecutar el presupuesto anual, formular y sustentar las operaciones de endeudamiento de la Municipalidad de Lima.

En cuanto al manejo presupuestal, La Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto estipula en su Art. 7° que el titular del pliego es la más alta autoridad administrativa; en este caso el Alcalde, quien es el responsable de efectuar la gestión presupuestaria, en las fases de programación, formulación aprobación, ejecución y evaluación y el control del gasto. Además señala la mencionada norma que, si bien es factible la delegación de facultades en materia presupuestal, “El titular es responsable solidario con el delegado”.

En el caso objeto de denuncia, habiéndose solicitado un crédito bancario mayor al requerido para el pago de la deuda a COMUNICORE, como titular del pliego, no solo le correspondía estar informado de este hecho, sino prestar su consentimiento expreso sobre el manejo de los créditos bancarios así como presupuestal. Como queda evidenciado el Alcalde tenía conocimiento de los hechos y efectuó decisiones al respecto; tan es así, que el oficio por el cual la Contraloría General de la República emitió opinión favorable al endeudamiento por 87 millones de soles, del que se utilizaron 21.6 millones para el pago de la deuda, estaba dirigido al denunciado, en su condición de Alcalde. Asimismo el acuerdo de Consejo N° 294 por el cual se aprobó la restructuración de la deuda de 87 millones, fue suscrita por el denunciado, en el cual se autorizó que los contratos bancarios de préstamos fueran suscritos por el gerente Municipal, Ángel Pérez Rodas; el Gerente Administrativo, Carlos Chávez Malaga; y el Gerente de Finanzas Juan Blest García. Uno de los contratos (con el banco de Crédito) fue suscrito por Ángel Pérez Rodas y Juan Blest García; y el contrato con el Banco Interbank fue suscrito por Carlos Chávez Malaga y Juan Blest García, ambos funcionarios de la más entera confianza y con quienes trabajaba desde hacía muchos años. Que por otro lado, si bien el denunciado ha mencionado desconocer como se produjo la operación de pago, ante el Congreso de la República ha defendido la operación realizada e incluso mencionando cifras refirió que la operación fue ventajosa para la Municipalidad de Lima.

#### **3.4 De los actos relevantes al caso efectuados durante el desarrollo del iter criminis.**

Conforme a la denuncia fiscal, los hechos incriminados habrían sucedido cronológicamente de la siguiente manera:

<p align="center"><b>ACTOS DE NEGOCIACIÓN Y PAGO DE LA DEUDA POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA A LA EMPRESA COMUNICORE POR LA SUMA DE S/ 35'941,464.93 MILLONES DE NUEVOS SOLES</b></p>	<p align="center"><b>ACTOS EN RELACION A LA RENOVACION DE CONTRATO DE CONCESION DE LIMPIEZA</b></p>
<p>Mediante <b>Resolución N°11</b> de fecha <b>01.07.1998</b>, el Tribunal Arbitral, resolvió por mayoría que, la Municipalidad Metropolitana de Lima y Vega Upacá S.A., deben asumir en partes iguales el IGV que afecta la retribución mensual devengada y por devengarse para lo cual la Municipalidad deberá incluir en su presupuesto a partir del año 1999, las partidas necesarias para poder hacer efectivo el monto que tiene que asumir con arreglo a este Laudo.</p>	<p>Mediante Carta N°007-05-MML/DMA de fecha 07.01.2005 el entonces Director Municipal de Administración, <b>Carlos Chávez Málaga</b>, solicitó al estudio Benites, De las Casa, Forno y Ugaz Abogado, la elaboración de un informe legal respecto del Contrato de Concesión de Servicios de Limpieza Pública en el Cercado de Lima, suscrito con la empresa RELIMA. Se precisaba en el mencionado documento que el contrato tenía un plazo de vigencia de 10 años el mismo que vencía el 25.10.2005. <i>“En ese sentido, la Municipalidad tiene la opción de convocar a una nueva Licitación Pública o revisar la factibilidad de renovación del contrato con la citada empresa; de ser así requerimos su asesoría jurídica en los mecanismos para la renovación del mismo”.</i>”</p>
<p>La Municipalidad Metropolitana de Lima, interpuso Recurso de Apelación que fue declarado Inadmisibile mediante Resolución N° 12 de fecha 07.09.98. Con lo que el Laudo Arbitral quedó ejecutoriado.</p>	<p>En respuesta a esta comunicación, el mencionado estudio de abogados emitió el documento de fecha 19.01.2005, por el que se concluye que es procedente la renovación del Contrato de Concesión del Servicio de Limpieza Pública, <i>“previa revisión de los términos originales del mismo, en tanto ello se desprende de las disposiciones contenidas en las cláusulas del Contrato de Concesión y del artículo 44° del Decreto Supremo N°189-92-PCM”.</i> Asimismo precisaba</p>

	<p>que para la renovación era necesario contar con la solicitud en ese sentido por una de las partes y <i>“la evaluación favorable de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sobre la calidad del desempeño del concesionario durante el contrato (...).”</i> Apreciándose que el documento está dirigido a <b>Carlos Chávez Málaga</b></p>
<p>Mediante <b>Informe N° 2005-01-001-MML/OGF-AF</b> de fecha <b>05.01-05</b>, el asesor de la Gerencia de Finanzas, Daniel Arias Donayre, da cuenta al Gerente de Finanzas Juan Blest García, de las acciones realizadas en el año 2004, respecto de las deudas que tenía pendiente la Municipalidad Metropolitana de Lima con distintas entidades, haciendo referencia en el segundo acápite al Laudo Arbitral, indicándose que <i>“la deuda actualizada a julio 2004 alcanza a S/ 34'593,254.74 e intereses proyectados de S/12'986,617.73”</i>, señala que la acción recomendada consistiría en <i>“una conciliación”</i> para definir el monto de la deuda el reconocimiento de intereses y el plazo de pago.</p>	<p>Mediante <b>Carta N°115-2005 de fecha 09.02.2005</b> dirigida por RELIMA al Alcalde <b>Luis Castañeda Lossio</b>, comunica de manera formal el interés de la empresa en la renovación del contrato, planteando la posibilidad de renovarlo por diez años adicionales cuyas nuevas condiciones podrían regir incluso desde antes del vencimiento del entonces vigente contrato. Dicho documento fue suscrito por el Gerente General de RELIMA, Odilón Gaspar Amado Jr.</p>
<p>Mediante <b>Carta C-0196/2005</b> de fecha <b>04.03.2005</b> la empresa RELIMA comunicó a la MML que desde la facturación del mes de enero del presente año han procedido a cargar el monto respectivo del IGV, tal como fuera hecha vuestra indicación y de conformidad con el mencionado Laudo Arbitral”, en atención al <b>Of.N°2004-12-1421-MML/DMA-OGF</b>, de fecha <b>15.12.2004</b>, por el cual la Dirección General de Finanzas de la MML les comunicó (a RELIMA) que a partir de enero del 2005, incluya en la facturación mensual, el 50% del IGV por cada servicio prestado.</p>	<p>Mediante <b>Memorando Circular N°040-2005-GM/MML</b> de fecha <b>15.02.2005</b>, dirigido por el Gerente Municipal Metropolitan <b>Angel Perez Rodas</b> a los Directores de Administración y Servicios a la ciudad, señores Carlos Chávez Málaga y Carlos Asmat Dyer, respectivamente; se les hizo llegar la propuesta presentada por RELIMA, señalando que la misma <i>“indica menos beneficios para la Municipalidad Metropolitana de Lima, razón por la cual es necesaria que se haga una evaluación económica de dicha propuesta y así</i></p>

	<p><i>también una consulta a la Oficina General de Asuntos Jurídicos y Asesores Legales Externos, sobre la procedencia de tal propuesta.”</i></p>
<p>Por <b>Memorándum N°2005-03-311-MML/DMA-OGF</b> de fecha <b>10.03.2005</b> cursado por Juan Blest García al Director de Tesorería Ulises Merino Rojas, se comunicó que en la fecha se había llevado a cabo una reunión con el Gerente General de RELIMA respecto de la deuda que tenía la MML conforme a lo resuelto en el Laudo de 1998. Se precisaba que el planteamiento de la MML era pagar la deuda en una sola armada en marzo del 2006 a fin de evitar el pago de los intereses; sin embargo, como no se cuenta con los recursos suficientes, se propone un convenio de pago a diez años y que se podría ir amortizando el principal y los intereses, durante el año 2005 a fin de disminuir el monto de la deuda.</p>	<p>Mediante <b>Carta N°10-2005-DMA-GM-MML</b> de fecha <b>21.03.2005</b> dirigida al Gerente Municipal Angel Pérez Rodas, el Director Administrativo Carlos Chávez Málaga precisa que el aspecto estrictamente técnico de la propuesta debe ser revisado por el área usuaria, esto es, la Dirección de Servicios a la Ciudad; sin embargo respecto del descuento tarifario propuesto recomienda solicitar un mayor descuento al ofrecido; entre otros aspectos, referidos a obtener mejores beneficios para la MML.</p>
<p>Con fecha <b>21.03.2005</b>, RELIMA mediante <b>Carta N° C-0231-2005</b> suscrita por el representante legal de RELIMA, Dr. Guillermo Palacios Doderó, solicitaba el pago de la deuda, adjuntando los cálculos del IGV más los intereses devengados desde el mes de julio de 1996 hasta el 31.12.2004, con el siguiente detalle: Monto Insoluto (50% del IGV) S/36'804,599.46. Intereses (Interés legal efectivo) S/13'207,577.31. Haciendo un total de S/50'012,176.74.</p>	<p>Con fecha <b>28.03.2005</b> el Director de Servicios a la Ciudad, Carlos Asmat Dyer, remitió el <b>Oficio N°472-2005-MML-DMSC</b> al Gerente Municipal, por el cual señala que la propuesta estaba siendo analizada en el aspecto legal. Respecto de los ofrecimientos contenidos en la propuesta señalaba que era necesario contar con aclaraciones y precisiones así como mejora de la propuesta en aspectos puntuales.</p>
<p>La Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante <b>Oficio N°2005-03-391-MML/DMA-OGF</b>, de fecha <b>29.03.05</b>, comunicó a RELIMA que de acuerdo con el acervo documentario</p>	<p>Mediante <b>Carta N° 006-2005.GM/MML</b>, De Fecha <b>29.03.2005</b>, El Gerente Municipal Angel Pérez Rodas, Hizo Llegar Las Opiniones Antes</p>



<p>analizado, se había determinado que el monto devengado a pagar era de S/46'956,335.61 conforme al siguiente detalle: Monto Insoluto (50% del IGV) S/36'748,445.94. Intereses (Interés legal efectivo) S/10'207,889.67.</p>	<p>Mencionadas, Formuladas Por Las Direcciones Administrativas Y De Servicios A La Ciudad, con la finalidad de que RELIMA, pueda mejorar la propuesta.</p>
<p>Mediante la <b>Carta N° C-614-2005</b> de fecha <b>07.07.2005</b> suscrita por Miguel Garro Barrera, en su calidad de Gerente Administrativo financiero, la empresa RELIMA otorgó su conformidad a la liquidación y aceptó que la deuda impaga era por el monto de <b>S/35'941,64.93</b> sin incluir intereses. Se señalaba expresamente que, <i>“luego de la conciliación respectiva entre ustedes y nosotros, se programa el pago en 10 años consecutivos y con intereses, que empiezan a correr a partir de la fecha de conciliación 04 de julio de 2005 y durante el periodo de repago sobre los saldos deudores”</i>. También se expresa: <i>“nuestra empresa acepta la propuesta de pago N°2” (...)</i> y se agrega que al documento se adjuntan dos ejemplares del documento denominado <i>‘Acuerdos de Ejecución del Laudo Arbitral’ para la firma del representante de la MML”</i></p>	<p>En respuesta, la empresa RELIMA, mediante <b>Carta C.272/2005</b> de fecha <b>06.04.2005</b>, dirigida al Gerente Municipal Angel Pérez Rodas reformula su propuesta haciendo un descuento del 10.5% con relación a la vigente tarifa de servicios prestados. Además se hacían mejoras respecto de la propuesta original en lo relativo a la instalación de equipos GPS, renovación de flota vehicular, entrega de vehículos para la supervisión, colocación de papeleras, entre otros aspectos. Respecto de la entrega de la flota vehicular señalan que ello no resulta procedente en tanto que la legislación de la materia así como las disposiciones contractuales hacen referencia a la culminación del contrato y lo que se estaba negociando era una renovación, por lo tanto la concesión no culminaría.</p>
<p>En el <b>Informe N°2005-07-08-MML/OGF-AF</b>, de fecha <b>20.07.2005</b>, suscrito por el asesor Daniel Arias Donayre, se precisa que a la cifra antes descrita se debe agregar el interés legal efectivo, con lo que saldo de la deuda actualizada es de S/45'569.971.82 compuesto por: Monto Insoluto (50% del IGV) S/35'941,464.93. Intereses (Interés legal efectivo) S/9'628,506.88.</p>	<p>Mediante <b>Memorando N°036-2005-MML/DMA</b> de fecha <b>12.04.2005</b>, el Director Administrativo Carlos Chávez Málaga, solicitó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la MML, emita opinión respecto de la forma y procedencia legal de las condiciones y términos respecto de la forma y procedencia legal de las condiciones y términos de la propuesta presentada por RELIMA para renovar el Contrato de Concesión.</p>

<p>Mediante <b>Oficio N° 2005-07-852-MML/DMA-OGF</b> de fecha <b>25.07.05</b>, la Dirección General de Finanzas respondió a RELIMA que esta de acuerdo con la determinación del saldo insoluto al 31.12.04 en la suma de S/ 35'941,464.93, pero que no estaba de acuerdo que los intereses determinados utilizando la tasa promedio activa durante 10 años propuestos para su cancelación.</p>	<p>Mediante <b>Carta N°016-05-MML/DMA</b> de fecha <b>12.04.2005</b>, manifestó el Estudio Benites, De las Casas, Forno y Ugaz Abogados los deseos de la MML de contratar sus servicios a fin de obtener un informe legal respecto a la propuesta de renovación de Contrato presentada por RELIMA.</p>
<p>Mediante <b>Carta C-0726/2005</b> de fecha <b>04.08.05</b> - RELIMA reafirmó que la deuda impaga ha quedado claramente establecida en la suma de S/35'941,464.93 “y también que el plazo para el pago puede ser de 10 años (...) resulta pertinente aplicar a dicha deuda la tasa de interés compensatoria, efectiva anual, igual a la tasa promedio activa del mercado nacional (TAMMN) que publica la Superintendencia de Banca y Seguros”. Agrega que <i>“De no aceptar esta alternativa solicitamos se nos cancele con calidad de urgencia los S/35'941,464.93, aplicándose los intereses legales de forma efectiva desde el 04 de octubre de 1996 hasta la fecha de cancelación”</i>.</p>	<p>Mediante <b>Informe N° 509-2005-MML-OGAJ</b>, suscrito por Mauricio Zapata Rivera de la Oficina General de Asuntos Legales, visado por la Directora General Ada Constantino Fernández, dirigido al director Administrativo Carlos Chávez Malaga, comunica que el Contrato de Concesión se rige por lo dispuesto en el Secreto Legislativo N° 758, así como por el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, norma esta última que estipula en su Art. 44, que al vencimiento del plazo de vigencia de la concesión, las partes podrán convenir su renovación por un plazo menor o igual al original. Por lo tanto legal y contractualmente, existía la posibilidad de renovación del contrato; sin embargo, se advertía que la parte técnica, económica y financiera correspondía a otro tipo de análisis por el que tendrían que determinar las ventajas o beneficios obtenidos por la Municipalidad de Lima, con la renovación de contrato.</p>
<p>La Municipalidad Metropolitana de Lima mediante <b>Oficio N° 2005-08-937</b> su fecha <b>15.08.2005</b> reiteró que estaba dispuesta a cancelar la deuda en el plazo de 10 años,</p>	<p>Con fecha <b>29.04.2005</b> el Estudio Benites, De las Casas, Forno &amp; Ugaz Abogados, presentó un Informe, emitiendo opinión respecto de la propuesta de renovación</p>

<p>“aplicando la tasa de interés legal nominal” que correrá a partir de la suscripción del Convenio entre la MML y RELIMA. Se expresa que la MML no está de acuerdo con la aplicación de la tasa de interés compensatoria efectiva anual.</p>	<p>de contrato presentada por RELIMA, haciendo un análisis de cada uno de los puntos contenidos en la propuesta. Respecto de la reversión de los bienes de la concesión precisa que, que ello no operará en octubre del 2005 sino en octubre de 2015, ello en consideración a que la renovación implica prolongación de la vigencia del contrato de concesión y no el nacimiento de uno nuevo.</p>
<p>Por <b>Carta N° 764/2005</b> de fecha <b>19.08.05</b>, RELIMA respondió el oficio anterior, indicando la aceptación a las condiciones planteadas por la MML (es decir el pago en 10 años aplicando la tasa de interés legal nominal) y además remitió el Convenio de Formalización para su correspondiente suscripción. La MML no dio respuesta a esta comunicación como tampoco firmó el mencionado Convenio de Formalización.</p>	<p>Mediante <b>Oficio N° 538-2005-MML/DMSC</b> de fecha <b>12.04.2005</b>, la Dirección Municipal de Servicios a la Ciudad solicitó al Colegio de Economistas del Perú, que emitiera opinión sobre los aspectos económicos y financieros contenidos en la propuesta presentada por RELIMA.</p>
<p>Por <b>Carta C-0821/2005</b> de fecha <b>13.09.05</b>, suscrita por el Gerente General Odilon Gaspar Amado Junior, RELIMA, reitera los acuerdos fundamentales, consistentes en el monto de la deuda y el plazo de cancelación en 10 años aplicando la tasa de interés nominal. Proponiendo además las siguientes “condiciones específicas” para la cancelación de la deuda: (...) d) “La Municipalidad autoriza, desde ya, a nuestra institución para que de creerlo conveniente podamos ceder total o parcialmente los derechos de cobro a terceras personas bastando para ello que lo comuniquemos a la Municipalidad identificando al tercero adquirente de dichos derechos” (...).”</p>	<p>A Través De La <b>Carta N°058-DEC/CEP</b> De Fecha <b>01.06.2005</b>, Remitida Por El Colegio De Economistas Del Perú A La Dirección Municipal El “Informe definitivo sobre la evolución económico financiero de la propuesta de RELIMA a la MML”.</p>

<p>Mediante <b>Oficio N° 2005-09-1162-MML/DMA-OGF</b> de fecha <b>03.10.05</b> –la Municipalidad Metropolitana de Lima, respondió la anterior comunicación de RELIMA aceptando el cronograma de pagos.</p>	<p>Mediante <b>Oficio N° 844-05-MML/DMSC</b> de fecha <b>02.06.2005</b>, el Director de Servicios a la Ciudad Carlos Asmat Dyer, remitió al Gerente Municipal el expediente de renovación del contrato de concesión.</p>
<p>Posteriormente mediante <b>Oficio N° 2005-10-1212-MML/DMA-OGF</b>, de fecha <b>13.10.05</b> la MML adjuntó el cronograma conteniendo los intereses correspondientes, resultantes de la aplicación de la Tasa de Interés Legal Nominal del día 30.09.05.</p>	<p>Mediante <b>Memorando N°566-2005-GM/MML</b> de fecha <b>08.06.2005</b> el Gerente Municipal Angel Perez Rodas remitió el expediente de renovación del Contrato a la Secretaría General del Consejo Metropolitano.</p>
<p>Mediante <b>Carta N° 0974/2005</b> de fecha <b>02.11.05</b> recibida por la Gerencia de Finanzas el día 11 de Noviembre, RELIMA emite respuesta aceptando el cronograma de pagos en diez años y, <i>“como condición adicional, la alternativa del prepago en cualquier periodo, sin recargo alguno, cuando así lo permita la condición financiera”</i> de la MML.</p>	<p>Mediante <b>Memorando N°074-2005-MML/DMA</b> de fecha <b>11.07.2005</b>, el Director Administrativo, Carlos Chávez Málaga solicitó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos la presentación de un análisis legal sobre los nuevos términos contractuales, respecto de la posible renovación del Contrato de Concesión con la empresa RELIMA.</p>
	<p>El <b>Informe N°990-2005-MML-OGAJ</b> de fecha <b>22.07.2005</b>, elaborado por la Oficina General de Asuntos Jurídicos de la MML, suscrito por Mauricio Zapata Rivera y visado por la Directora General Ada Constantino Fernandez, en el cual se precisa que solamente corresponde a un análisis estrictamente legal sin entrar a temas de orden técnico, económico o financiero, estableciendo como conclusiones: <i>“(…) La renovación de contrato y la consiguiente ampliación del término de vigencia obliga a que el área usuaria haya evaluado favorablemente la ejecución del contrato por parte del concesionario durante los diez primeros</i></p>

	años en cuanto al grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales (...)."
	Mediante <b>Acuerdo de Consejo N° 245</b> su fecha <b>04.08.05</b> de la Municipalidad de Lima acordó renovar el contrato de concesión con RELIMA por el plazo de 10 años más, facultándose al Director Municipal de Servicios a la ciudad para la suscripción del contrato así como la supervisión, evaluación y fiscalización del cumplimiento y ejecución de los términos convenidos.
	Con fecha <b>04.08.2005</b> se suscribió el documento de renovación del contrato entre el Director Municipal de servicios a la ciudad, Carlos Asmat Dyer y el Gerente General de RELIMA, Odilon Gaspar Amado Junior. Se estipula que el contrato se prorroga por 10 años a partir del 25.10.05. Se precisan los nuevos precios unitarios y se incorporan los beneficios ofertados por RELIMA. Respecto de la donación de 08 camiones se convino que los mismos serían entregados en el plazo de 30m días; bienes que podrían ser utilizados en campañas que permitan capacitación y transferencias de tecnologías, así como un mejor manejo de los residuos sólidos en zonas deprimidas del país, y siempre que se encuentren fuera del ámbito geográfico del Contrato de Concesión.

#### **IV.- ANÁLISIS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO:**

##### **4.1 De la normatividad aplicable al caso sub materia**

##### **4.1.1. Del Artículo 77 del Código de Procedimientos Penales.**

El Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117 de fecha diez de diciembre del dos mil tres, establece que: “Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal [...]. Si el Juez considera que no procede el inicio del proceso expedirá un auto de No Ha lugar. Asimismo, devolverá la denuncia si estima que le falta algún elemento de procedibilidad expresamente señalado por la ley.”.

La norma procesal glosada debe interpretarse en el sentido de que el acto procesal de calificación no permite la valoración de pruebas pues esta es una fase que corresponde a la sentencia. En el expediente 0196-2006-PHC/TC, el Supremo Interprete ha precisado: “El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal: determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral (...) El contradictorio debe ser de observancia en los actos de prueba, para los cuales se exige el concurso obligatorio de las partes y el interrogatorio cruzado por las partes. Tales actos se dan básicamente en el marco del juicio oral, etapa del proceso en la que ha de actuarse las pruebas que serán valoradas en la sentencia...”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Exp. 0196-2006-PHC/TC, caso: Rocío Rosal Castilla Cross, expedida el 14 de marzo de 2006

El auto de apertura de instrucción no es un mero auto de admisión sino que debe ser una decisión motivada que precise la tipicidad del hecho, la identificación del denunciado y la evaluación de los demás presupuestos procesales que exige la norma. El tratadista San Martín Castro indica: “el Juez puede hacer un juicio de verosimilitud del relato fáctico contenido en la denuncia fiscal. Cuando existan actos de investigación del fiscal o de la policía (...) el Juez debe ponderar las sospechas, verosimilitud, razonabilidad y fundamentación de los datos que apuntan hacia una determinada persona (...) y decidir si en su criterio son dignos de crédito y suficientes para formular la imputación penal (...) es posible (...) entender que la apertura de instrucción exige motivos bastantes por sospecha razonable, a partir de los elementos aportados en la denuncia formalizada por el Fiscal para estimar la participación del denunciado en la comisión de un delito”<sup>2</sup>.

El tratadista San Martín Castro puntualiza que: “son tres los momentos que delimitan el impulso procesal del fiscal: 1) cuando toma conocimiento de un presunto hecho delictivo; 2) cuando formaliza denuncia penal; y 3) cuando formula acusación. Así las cosas, obviamente el grado de convicción o, mejor dicho, visto externamente, la cuantía de los recaudos o indicios delictivos debe variar en estos tres casos. Cada momento procesal, dada la naturaleza del proceso presenta sus propias características delimitativas (...) Entre los dos extremos: motivos simples – sospecha inicial simple- de persecución penal y motivos suficientes – sospecha suficiente- para formular acusación, sin duda debe situarse el requisito material justificatorio del **auto de apertura de instrucción**. Es posible entonces, entender que la apertura de instrucción exige motivos bastantes o sospecha razonable, a partir de los elementos aportados en la denuncia formalizada del Fiscal, para estimar la participación del denunciado en la comisión de un delito; por lo que la certeza de que no hubo participación en un hecho típicamente antijurídico (la denominada “certeza negativa”) o

<sup>2</sup> SAN MARTIN CASTRO, Cesar. “Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición actualizada y aumentada. Volumen I. Editora Jurídica GRIJLEY. 2006. Pág. 511 y 513.

cuando esta aparezca como improbable, justifican el rechazo in limine del procedimiento solicitado por el Ministerio Público. La improbabilidad en este caso significa que los actos de investigación preliminar anexos a la denuncia formalizada, en rigor, aportan elementos negativos superiores en cantidad y calidad a los que avalan la imputación, no siendo del caso estimar que los posibles actos de instrucción judiciales a llevarse a cabo aportarán nuevos elementos que permitirán una variación estimativamente fundada de lo incorporado en la denuncia”.<sup>3</sup>

En el mismo sentido, explica Caffertta Nores: “a) En el inicio del proceso no se requiere aporte mas que la afirmación por parte de los órganos públicos autorizados (...) de la posible existencia de un hecho delictivo, para que el juez de instrucción deba dar comienzo a su actividad. En principio, en este momento no interesa que haya en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. Pero indudablemente, se debe someter el inicio de la actividad estatal a pautas mínimas de verosimilitud y racionalidad; b) Para vincular a una persona con el proceso, como posible responsable del delito que en él se trata, hacen falta motivos bastantes (fundados en pruebas) para sospechar de su participación en la comisión de un delito, lo cual impide una imputación arbitraria (la mas próxima manifestación del principio de inocencia es la de no ser imputado arbitrariamente). Ello impedirá el sometimiento de aquella al procedimiento si se tiene la certeza de que no hubo “participación en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible”, o ésta aparece como improbable (ya que la improbabilidad de su participación, es lógicamente, incompatible con sospechas motivadas al respecto) (...).<sup>4</sup> Distinguiendo entre verdad, certeza, duda y probabilidad (...) cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento”; estos elementos son aquellos que inducen a afirmar la certeza (positivos) o negarla (negativos); y la

---

<sup>3</sup> San Martín Castro, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Segunda Edición actualizada y aumentada. Editorial Grijley – Abril 2006. Pág. 507

<sup>4</sup> Cafferatta Nores, José I. La prueba en el Proceso Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1998, paginas 9 y siguientes.



certeza, siempre según el mismo autor, no es sino “la firme convicción de estar en posesión de la verdad”.<sup>5</sup>

Ante una denuncia penal y conforme a sostenido el tratadista SAN MARTÍN CASTRO; “El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial. Sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el Juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento jurídico...”<sup>6</sup>.

De la legislación, doctrina y jurisprudencia podemos concluir que para la apertura de un proceso penal es suficiente la presencia de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito pues estamos solo ante actos de investigaciones del fiscal o de la policía que deben ser debidamente esclarecidos en el proceso penal ha instaurarse, siendo responsabilidad del Juez defender el ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de las personas.

Este Colegiado, deja establecido que si bien la justicia como principio y fin del derecho tiene como elemento inherente a la verdad como reflejo de la realidad objetiva, hay que advertir que muchas veces la falsedad y el ilícito se escudriñan a través de numerosas construcciones teóricas, argumentaciones y en hechos que restan posibilidades de lograr estos fines y principios, por ende, es necesario, para los efectos de calificar si un hecho tiene la calidad de ilícito y amerita investigación, recurrir a las pruebas indirectas como son los indicios, tal facultad está amparada en la

---

<sup>5</sup> Cafferatta Nores, José I. obra citada, pagina 9.

<sup>6</sup> San Martín Castro, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Segunda Edición actualizada y aumentada. Editorial Grijley – Abril 2006. Pág. 507.

norma procesal antes citada. Por ello nuestro pronunciamiento en el presente caso, en rigor girará en torno a evaluar los indicios que el representante del Ministerio Público ha propuesto en su denuncia y de los que puedan advertirse de los recaudos adjuntados en la etapa preliminar.

#### **4.1.2. Calificación Jurídica de los hechos**

El Ministerio Público ha enmarcado los hechos objeto de denuncia dentro de los delitos de Colusión Desleal y Malversación de Fondos contemplados en los artículos 384° y 389° del Código Penal, por lo que es necesario determinar los elementos objetivos y subjetivos de dichos tipos penales.

##### **4.1.2.1 Colusión desleal**

El Art. 384° del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos señalaba: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”. (Texto vigente conforme al Artículo 2° de la Ley No. 26713 del 27 de diciembre de 1996).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> La versión actual de la norma conforme a la Ley N° 29758, indica: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudarle patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

Conforme lo expresan los tratadistas<sup>8</sup>, el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la República a referido que en el Delito de Colusión “[...] dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional [...]”<sup>9</sup>. Y en la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de Diciembre del 2007 se precisa que el bien jurídico protegido en el delito de Colusión “[...] es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye **un delito de infracción de deber** [...]”<sup>10</sup>

### **Tipicidad objetiva.**

#### **Sujeto Activo y Sujeto Pasivo.-**

El sujeto activo es el funcionario y servidor público que actúa en razón de su cargo o por comisión especial, siendo que en la última modificación se indica que interviene “directa o indirectamente”. El sujeto pasivo es el Estado o cualquier entidad u organismo del Estado.

#### **Comportamiento Típico.-**

El núcleo del comportamiento ilícito es **defraudar** al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la

---

<sup>8</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la Administración Pública”. Editorial Iustitia. 2009. Pág. 259.

<sup>9</sup> R.N. N° 2029-2005 Segunda Sala Penal Transitoria. 24 de Mayo del 2006.

<sup>10</sup> R.N. N° 1296-2007 Segunda Sala Penal Transitoria. 12 de Diciembre del 2007.

**concertación** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

El tipo objetivo del delito de Colusión incorpora en su estructura dos elementos: i) **concertación**, y ii) la **defraudación** al Estado o ente público concreto.

La **concertación** involucra al sujeto activo (funcionario o servidor público) quien abusando de su cargo o comisión encomendada acuerda con particulares a efectos de defraudar al organismo que representa, destacándose que conforme a la Ley N° 29758 la participación del funcionario o servidor público puede ser “directa o indirectamente”.

La Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que “[...]–la concertación– que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un **marco subrepticio y no permitido por la ley**, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa[...]

<sup>11</sup>.

En relación al elemento defraudación, la Ejecutoria Suprema No. 1402-2002 del 04 de Julio del 2002 señala: “[...] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384° del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, **que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un**

---

<sup>11</sup> R.N. No. 1296-2007 – Segunda Sala Penal Transitoria

**perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras”.**<sup>12</sup>

La Ejecutoria Suprema del 22 de Julio del 2004 establece que: “[...] propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan **en un perjuicio patrimonial –potencial o real- para la administración**”<sup>13</sup>. Así como la Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que “[...] la defraudación-, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico- con el eventual resultado. Asimismo **tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos.**”<sup>14</sup>

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido el ilícito de colusión se consuma con la afectación al patrimonio del Estado o con la imposibilidad del Estado de recuperar mejores posibilidades que le hubieran permitido lograr mejores ventajas en las contrataciones.

#### **Tipicidad Subjetiva.-**

Este tipo penal requiere del dolo del sujeto activo quien conociendo los elementos que exige esta figura delictiva, actúa defraudando la confianza que se le ha depositado en perjuicio del Estado.

---

<sup>12</sup> En ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra Administración Pública”. Editora Jurídica Grijley. Edición 2007. Pág. 416.

<sup>13</sup> R.N. No. 1480-2003. Sala Penal Permanente. 22 de Julio del 2004.

<sup>14</sup> R.N. N° 1296-2007 Segunda Sala Penal Transitoria. 12 de Diciembre del 2007.

#### **4.1.2.2 Malversación de Fondos**

El delito de MALVERSACIÓN DE FONDOS se encuentra previsto y penado en el artículo 389° del Código Penal, que criminaliza la conducta: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

El fin de la norma es que los funcionarios y servidores públicos, que administran y perciben fondos estatales, cumplan con su deber de resguardar su intangibilidad así como de procurar la adopción de medidas tendientes a evitar que terceros los sustraigan de la esfera de la Administración.

En este delito se aprecia una infracción a los deberes esenciales del cargo *funcionarial*, es decir, el sujeto activo asume la calidad de “Garante”, de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Son los deberes de custodia y de protección que se infringen por el *intraneus*, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia.

**Bien jurídico protegido:**

“La regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”<sup>15</sup>.

### **Tipicidad Objetiva**

#### **Sujeto activo:**

“Es sujeto activo el funcionario o servidor público que administra dinero o bienes y que, por lo mismo, posee facultades para disponer de ellos para los fines de destino oficial.”<sup>16</sup>

#### **Sujeto pasivo:**

Es el Estado, como titular de las actuaciones funcionales que toman lugar en la Administración Pública, dueño del dinero y de los bienes que administran los funcionarios y servidores públicos.<sup>17</sup>

#### **Comportamiento típico:**

El núcleo típico rector es “*dar una aplicación definitiva diferente*”. Dos son los componentes del tipo penal:

#### **a) La administración de dinero o bienes: Relación funcional.**

Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) es el funcionario o servidor vinculado funcionalmente

---

<sup>15</sup> Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY-Segunda Edición – 2001. Pág. 318.

<sup>16</sup> Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY-Segunda Edición – 2001. Pág. 319

<sup>17</sup> Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal – Parte Especial: TOMO V, p.384

con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente.

El sujeto activo debe poseer en administración el dinero y/o los bienes (muebles e inmuebles) públicos de procedencia estatal o particular.

**b) Dar aplicación definitivo diferente a la destinada:  
Actos de malversación.**

“La aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Porque si el funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación sino peculado. (...) Dar *aplicación diferente es, así*, intervenir mal o destinar indebidamente los fondos públicos que le han sido asignados y administra el sujeto activo. (...)”<sup>18</sup>.

**Elemento Subjetivo**

“El tipo es doloso, la ley penal nacional no castiga las formas culposas de malversación. Lo cual significa que el sujeto activo tenga conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dineros, infringiendo en sus deberes.”

“El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter

---

<sup>18</sup> Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY-Segunda Edición – 2001. Pág. 320.



público de los fondos que malversa así como del contenido de la legalidad presupuestal...”<sup>19</sup>

#### **4.1.2.3 La realización del delito de comisión por omisión.**

El artículo 13º del Código Penal prescribe “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1) si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y 2) Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. (...)”

Conforme lo indica la norma citada se sanciona al sujeto que omite impedir la realización del hecho punible, a condición que, por un lado tenga “el deber jurídico de impedirla o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirla” y, por otro, si “la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”.

Conforme lo sostiene Hurtado Pozo “La noción de omisión impropia se basa materialmente en la posibilidad de consumar todo delito de comisión mediante una acción de omisión. En otras palabras, una mera omisión es considerada apropiada para provocar la lesión o la puesta en peligro prohibida por la norma implícita en los tipos legales que prevén los delitos de comisión”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal – Parte Especial: TOMO V, p.391-392

<sup>20</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 749.

El tratadista Villavicencio acota: “En estos delitos omisivos, la sanción se origina no porque el sujeto haya causado el resultado, sino porque no lo evitó” <sup>21</sup>.

Agrega Hurtado Pozo, “el hecho de provocar un resultado mediante una omisión debe ser considerado equivalente al hecho de producirlo mediante una comisión para poder vincular el comportamiento de omisión al comportamiento de comisión (...) Esta apreciación depende tanto de la manera como el legislador haya descrito el comportamiento de comisión en el tipo legal respectivo, como de la posibilidad que tenga el autor para evitar que sobrevenga el resultado perjudicial. En efecto, la omisión sólo es equiparable a la comisión si el autor tiene un deber especial de intervenir y proteger al titular del bien jurídico en peligro” <sup>22</sup>.

Dentro de los elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo en la omisión impropia, conforme lo indica la norma tenemos: **a)** la posición de garante, y, **b)** la correspondencia de la omisión a la realización del tipo penal mediante un hacer.

#### **a. La posición de garante.**

Solo ostenta el deber de garante “quien, en razón de su situación personal, tiene el deber de evitar la producción del resultado prohibido (...) El deber de evitar el resultado deriva de la posición de garante. Este deber constituye un deber jurídico (...) Se trata, pues, de una obligación jurídica particular, estrechamente vinculada al estatus específico del

---

<sup>21</sup> Villavicencio T., Felipe. DERECHO PENAL- Parte General. Tercera reimpresión: octubre del 2010. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 660.

<sup>22</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 749

autor (...) En el caso de las personas que ejercen una función pública determinada (policía, jueces, fiscales, funcionarios), la ley constituye también una fuente del deber de garante. (...) El deber de garante, en estos casos, debe formar parte de la esfera de competencia del funcionario, situación que se presenta sólo cuando la ley prevé, de modo específico, la obligación de obrar. (...) el no impedir el resultado o dejar que se produzca debe equivaler por su carácter ilícito a la realización activa del tipo legal”<sup>23</sup>.

Conforme lo sostiene el tratadista Villavicencio: “el delito de omisión impropia es un **delito de infracción de deber**, es decir, se exige un deber especial del sujeto con el bien jurídico (...) Son garantes los individuos que asumen deberes específicos mencionados de acción para evitar que se genere el resultado típico (...) Este deber de impedir el resultado, sólo puede ser un deber jurídico pues no basta el simple deber moral”<sup>24</sup>.

#### **b. La correspondencia de la omisión a la realización del tipo penal mediante un hacer.**

Dentro de la doctrina esta equivalencia se ha desarrollado con la llamada **causalidad hipotética** y **la evitabilidad del resultado**.

La causalidad hipotética, consiste en “reconocer la dimensión de causa de la omisión sólo cuando hay una gran probabilidad de que el resultado no se

---

<sup>23</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 755-766

<sup>24</sup> Villavicencio T., Felipe. DERECHO PENAL- Parte General. Tercera reimpresión: octubre del 2010. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 661.

habría producido si el autor hubiera realizado el comportamiento exigido por la norma jurídica (...) en la omisión impropia el tipo legal es considerado como realizado mediante la omisión de un comportamiento apropiado para evitar o disminuir el peligro que amenaza el bien jurídico protegido (...) se trata de probar teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post, que la acción esperada hubiera de verdad disminuido el riesgo de realización del resultado prohibido. En otros términos es indispensable que el agente haya aumentado materialmente, la posibilidad de que el resultado se produjera. Si no se prueba este hecho hay que admitir que no existe relación jurídica relevante entre la omisión y el resultado”<sup>25</sup>.

Conforme lo indica el tratadista Villavicencio en la obra glosada, la causalidad hipotética debe entenderse en el sentido de que si se agrega mentalmente la acción mandada y el resultado desaparece quiere decir que la omisión es causal.

**La evitabilidad del resultado**, debe entenderse como la capacidad suficiente de poder realizar la conducta que ha omitido, es decir, debe existir un nexo de evitación<sup>26</sup>.

La equivalencia exigida por la ley “no implica la identidad entre omisión y comisión. El uso del término correspondencia permite pensar que basta con probar que el hecho de producir el resultado mediante una

---

<sup>25</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 754.

<sup>26</sup> Villavicencio T. , Felipe. DERECHO PENAL- Parte General. Tercera reimpresión: octubre del 2010. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 672.

omisión debe ser comparable, proporcional con el de producirlo por intermedio de una comisión”<sup>27</sup>, “la correspondencia debe estar referida al carácter ilícito de la omisión en que incurra el agente y la realización del “tipo penal mediante un hacer”. En ese sentido, hay que considerar que la omisión impropia debe merecer la misma valoración negativa que la realización del resultado mediante un comportamiento de comisión. Dicho de otra manera, el no impedir el resultado o dejar que se produzca debe equivaler por su carácter ilícito a la realización activa del tipo legal”<sup>28</sup>.

El dolo, constituye el elemento central del tipo legal subjetivo, es decir, el autor “debe tener conocimiento de la situación concreta de peligro o, al menos, de que ésta se produzca (...) y de sus propias posibilidades de actuar (...) debe ser consciente, además, de que tiene la obligación de realizar el acto ordenado por la ley “<sup>29</sup> .

#### **4.2. Análisis del caso.**

- a. En primer lugar debemos puntualizar** que conforme fluye del auto apertorio de instrucción de fecha 14 de Enero del 2011 obrante de fojas 4635 a 4672, a los ahora procesados Ángel Alfonso Pérez Rodas, Juan Gilberto Blest García, Carlos Manuel Chávez Málaga, Carlos Manuel Asmat Dyer, Ulises Rodolfo Merino Rojas, Odilon Gaspar Amado Junior, Miguel Ángel Garro Barrera,

---

<sup>27</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 767.

<sup>28</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 766.

<sup>29</sup> Hurtado Pozo, José. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. 3era. Edición 2005. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Pág. 767.

Guillermo Alfonso Palacios Doderó, Rafael Santiago Ruiz Contreras, Henry Fernando Brachowicz Vela, Sergio Guerra Castillo, Daniel Julian Arias Donayre, José Luis Pinillos Broggi, Joule Handi Vila Vila, Gonzalo Arturo Noya Mesones y Ulises Rodolfo Merino Rojas, se les ha aperturado proceso penal por los delitos de Colusión Desleal y Malversación de Fondos, siendo los hechos incriminados los descritos en el punto 3.2 de la presente resolución. Sobre estos hechos y conforme lo ha determinado el Juez de la causa, en mérito a la denuncia fiscal de fojas 4426 a 4634, existe causa probable de su supuesta comisión<sup>30</sup>, decisión que no ha sido cuestionada por los recurrentes: el Ministerio Público y la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción.

En ese sentido, le corresponde evaluar a este Colegiado, si de los elementos proporcionados por el representante del Ministerio Público, existen indicios o elementos reveladores que determinen algún tipo de vinculación respecto a los hechos instruidos del denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio en la comisión de tales ilícitos penales.

- b.** Siendo esto así, en **segundo lugar es necesario determinar** si esta Sala Penal tiene legitimidad para resolver la cuestión objeto de impugnación teniendo en cuenta que el Fiscal Superior ha opinado

---

<sup>30</sup> Conforme lo sostiene el Juez Penal en el auto de apertura de instrucción: en el punto denominado análisis de hecho concreto se señala: “Cuadragésimo Quinto: En el caso de autos se advierte lo siguiente: **a)** la imputación contenida contra los denunciados se sustenta en la denuncia formalizada por la señorita representante del Ministerio Público que obra en autos respecto al pago realizado por la Municipalidad Metropolitana de Lima, a favor de Comunicore, por la suma de S/35'941,464.93; **b)** que, las irregularidades encontradas se cuestionan mediante el dictamen pericial contable número 08-2010-OPC/SL-MP-FN, pericia debidamente autorizada por los Contadores Públicos Colegiados Aurelio Bermúdez Álvarez y Rosario Porras Aguirre; **c)** El Informe especial N° 482.2010-CG/ORCC-EE practicada por la Contraloría General de la República; **d)** La diversa documentación cursadas entre la empresa Vega –Upaca – Relima- con la Municipalidad Metropolitana de Lima y entre esta institución con la empresa Comunicore detallada en los fundamentos de hecho; **e)** En el informe número 002-2008-2-0434 elaborado por Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima de fecha 21 de diciembre del año dos mil ocho; **f)** en el Informe número 008-2008-2-0434 elaborado por la misma Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima, respecto a la renovación del contrato de Concesión a Relima.”

por que se confirme el auto recurrido que declara no ha lugar a la apertura de instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio, y lo alegado por su abogado defensor en su informe oral en relación a que debe dársele al caso sub examine un tratamiento conforme al principio acusatorio y establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 2005-2006-PHC/TC y 01409-2011-PHT/TC, en tanto, el señor Fiscal Superior con su dictamen de fojas 4729 – 4743, ha desautorizado al Fiscal Provincial y prácticamente ha expresado su disconformidad con la denuncia formulada contra el citado denunciado y con la apelación planteada por el inferior jerárquico contra el extremo de no ha lugar a la apertura de instrucción.

Ante lo alegado este Superior Colegiado considera que lo invocado por la defensa no es aplicable al presente caso, por los siguientes fundamentos:

- El Supremo Interprete en la citada sentencia recaída en el Expediente 2005-2006-PHC/TC y reiterada en el expediente 01409-2011-PHT/TC ha señalado que “La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal **ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación** contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente (...). La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159º de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin”. Agrega el Tribunal Constitucional “en el caso que el fiscal decida no

acusar y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin”.

- Analizando el presente proceso a la luz de la Jurisprudencia invocada se tiene que el supuesto de hecho de dicha decisión jurisprudencial no se ha producido en el caso de autos, pues, como se observa a fojas 4426, el Fiscal Provincial interpuso denuncia penal, entre otros, contra Oscar Luis Castañeda Lossio por los delitos de **Colusión Desleal y Malversación de Fondos**, quien al no estar conforme con los argumentos esgrimidos por el *Ad quo* – quien declaro no ha lugar a la apertura de instrucción-, interpuso recurso de apelación como es de verse a fojas 4683. En consecuencia no habiendo conformidad entre el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior, y, existiendo la denuncia formulada por el primero, este Colegiado esta facultado para evaluar los elementos adjuntados a esta y de ser el caso ordenar la apertura de instrucción –siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales- sin que ello signifique una alteración a los límites fácticos que se encuentran descritos en la denuncia, ni mucho menos asumir un rol activo y de oficio en la actuación de la prueba que es atribución exclusiva del Fiscal.
- Criterio que también ha sido establecido en la Queja Nro. 1678-2006-LIMA, agregando la Sala Suprema “(..); *que no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible –asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto- una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a la prueba de la parte civil –*



*que integra la garantía constitucional de defensa procesal- o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omita valorar determinados actos de investigación o de prueba, no analiza determinados hechos que fueron objetos de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no de cargo de aquella (...).”*

- Es importante resaltar, a diferencia del supuesto de hechos del precedente jurisprudencial invocado, que el estadio procesal de los presentes autos es la apertura de instrucción y como se ha indicado en líneas precedentes en dicha etapa no se puede hablar de elementos probatorios en tanto no existe un proceso penal abierto, siendo el nivel de evaluación solo la presencia de indicios acopiados a nivel de la investigación preliminar.
- Por otro lado debe dejarse establecido, también, que los Jueces dentro de un Estado de Derecho, son por excelencia defensores de los derechos fundamentales de las personas y del orden jurídico, siendo que en el presente caso no solo el Ministerio Público a interpuesto recurso de apelación manteniendo los fundamentos de su denuncia sino también la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción ha hecho uso de los medios impugnatorios que le franquea la norma, quien tiene el derecho a la tutela jurisdiccional, el acceso a la justicia, sin dejar de anotar que la Comuna Limeña como agraviada directa de los bienes jurídicos afectados también tiene el derecho de conocer la verdad de como se han manejado los fondos públicos

relacionados directamente con el quehacer municipal<sup>31</sup> y es en aras de velar por la transparencia que deben de guiar todos los actos desplegados por un funcionario público, este Superior Colegiado evaluara y se pronunciara sobre lo que es objeto de apelación teniendo en cuenta los agravios que han planteado las partes impugnantes, así como lo alegado por la defensa del denunciado, pues esa será la única forma de garantizar no sólo el derecho de los justiciables a una plena tutela jurisdiccional, sino también el interés público, que reclama por parte del Estado la determinación de la verdad sobre los hechos relacionados con el manejo de los fondos públicos, sobre todo si el asunto en controversia en el caso en concreto tiene relevancia publica al haberse

---

<sup>31</sup> El Tribunal en el Exp N° 06356-2006-PA/TC- LIMA caso: Raúl Alvarado Calle, ha señalado: "... **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** está garantizado por el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución. Este derecho garantiza a toda persona la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses a través de procesos previstos por nuestro ordenamiento jurídico. (...) Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida. En el Exp. N.º 2488-2002-HC/TC, caso Piura Genaro Villegas Namuche, el Supremo Interprete a indicado: "...La Nación tiene el derecho de conocer la **verdad** sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable. (...) Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

suscitado en el contexto de la comuna local mas importante del país como es la Municipalidad de Lima.

**c. Indicios de vinculación de Oscar Luis Castañeda Lossio a los hechos imputados**

**Hechos Judicializados.**

Conforme se ha reseñado precedentemente, en el auto de procesamiento de fojas 4635-4672, extremo no impugnado, da cuenta de un marco de imputación en el que subyace un contexto fáctico complejo, cuya secuencia de hechos tiene como referente de inicio las decisiones adoptada en el seno del Concejo, presidido por el Alcalde, de renovar el contrato con la Empresa Relima y comprometer a la Municipalidad de Lima en unos empréstitos de dinero, que tenían por objeto el pago de determinados pasivos; siendo el caso que una vez que se accedió a dicho crédito, parte de los caudales obtenidos habrían sido destinados hacia el pago de la deuda que la Municipalidad de Lima tenía con Relima y que fuera cobrada con la Empresa Comunicore, en torno a lo cual existen sendos indicios de haber sido celebrados en perjuicio de la Municipalidad mediando un concierto defraudatorio entre los funcionarios intervinientes y los representantes de las empresas involucradas, y, por lo cual a la fecha han sido judicializados.

Fijado lo anterior, de la revisión y estudio de autos, trasciende que sí existen elementos indiciarios **que vinculan** al denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio con los hechos descritos. Así se tiene:

- **Participación en la renovación del contrato con RELIMA y en la habilitación del dinero que estaba destinado a pago de otros pasivos, pero que fue destinado a cubrir la deuda que se tenía con la Empresa Relima y que fuera cobrada y pagada al contado a la Empresa Comunicore.**

Conforme trasciende del Informe N° 2005-01-0001 del 05 de enero del 2005, a esa fecha la Municipalidad de Lima adeudaba a la empresa RELIMA la suma de S/. 34'593,254 e intereses proyectados por S/. 12'986,617.73.

Pre-existente la deuda en el monto antes señalado y pese a que conforme lo glosa el Ministerio Público en su denuncia a fojas 4535 existía el Informe Nro. 990 -2005- MML- OGAJ de fecha 22 de Julio del 2005 suscrito por Mauricio Zapata Rivera y visado por la Directora General Ada Constantino Fernández, en el que se concluye, entre otros, que “la renovación del contrato y la consiguiente ampliación del término de vigencia, obliga a que el área usuaria haya evaluado favorablemente la ejecución del contrato por parte del concesionario durante los 10 primeros años, en cuanto al grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales y la posibilidad del concesionario de mantener las condiciones económicas y financieras que permitieron inicialmente adjudicarle la concesión”<sup>32</sup>, **el citado denunciado** participo en la Sesión de Consejo y suscribió el Acuerdo de Consejo N° 245 del 04 de agosto del 2005, a través del cual se acordó renovar el contrato de servicio de limpieza pública en el Cercado de Lima con la referida empresa.

Adoptada tal decisión, con participación del **Alcalde**, sobre la continuidad del servicio prestado por RELIMA, dicho acuerdo se ejecutó en el contrato celebrado con dicha empresa en la misma fecha, es decir, 04 de agosto del año 2005.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> El citado informe se ubica en el Anexo Nro. 88 - fojas 1236 a 1239 presentado por la Municipalidad Metropolitana.

<sup>33</sup> Contrato que obra a fojas 5027 a 5030

Subsiguientemente, a efectos del cumplimiento de las obligaciones que se tenían con otras acreedoras, el **precitado denunciado**, suscribe el **Acuerdo de Concejo N° 294** del 26 de septiembre del 2005, corriente de fojas 597 a 601, en el que se decidió aprobar el préstamo de mediano plazo que otorgaba el Banco de Crédito del Perú y el Banco Interbank hasta por la suma de 87 millones de soles, los mismos que serían destinados exclusivamente a los siguientes fines: (i) a la cancelación total del saldo impago del Contrato de préstamo Sindicato a mediano Plazo de fecha 4 de junio del 2004, así como al pago de los gastos y penalidades asociados a la cancelación de dicho préstamo por un total aproximado S/ 31'000,000.00 y el saldo del préstamo de aproximadamente S/ 16'000.000.00 de nuevos soles a la cancelación de financiamientos otorgados a la Municipalidad de Lima relativas a los servicios de Limpieza Pública, Parques y Jardines Públicos y Serenazgo; y (ii) S/ 40'000.000.00 a efectos de destinarlos a cancelar deudas con el sistema bancario, sin que implique aumentar el stock de deuda actual de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Debiéndose resaltar que en el citado Acuerdo se destacó la necesidad de dicho endeudamiento dentro de una política de saneamiento de deudas y recuperación de la credibilidad financiera<sup>34</sup>, conforme también lo alegó la defensa del

---

<sup>34</sup> En la parte considerativa del citado acuerdo se señala: “dentro del plan estratégico de la Dirección General de Finanzas DGF-2005-2010 se considero como uno de los aspectos importantes la reestructuración de las deudas que mantiene la Municipalidad Metropolitana de Lima –MML con el sistema bancario nacional como una de las medidas necesarias para fortalecer la capacidad económico financiera de la Municipalidad Metropolitana de Lima, manteniendo los niveles de endeudamiento dentro de los parámetros exigidos por los Organismos Financieros Internacionales (BID y BIRF) y por las reglas fiscales establecidas por el Ministerio de Economía y Finanzas MEF (...) Que la Municipalidad Metropolitana de Lima en concordancia con el Programa de Reformas de las Finanzas Municipales aplicados desde el inicio de la actual administración, ha venido trabajando en la reducción de los niveles de deuda de la Municipalidad Metropolitana de Lima con la finalidad de permitirle ser sujeto de crédito en el sistema financiero nacional e internacional, a través de la implementación de un nuevo modelo de gestión municipal que le permitió modernizar los sistemas administrativos internos y a

denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio en el informe oral oído por este Superior Colegiado.

Recibido el capital antes señalado, lejos de haberse destinado éste de manera exclusiva a los fines antes precisados, la Contraloría mediante Informe Especial N° 482-2010-CG/0RLC-EE de fojas 1119 a 1275, concluye que una parte sustancial del mismo (S/. 21'635,532.01)<sup>35</sup> fueron desviados al pago de la deuda que se tenía con RELIMA, y que fue cobrada por la empresa COMUNICORE, esta última a la que la primera había cedido sus derechos crediticios; esto es, se inobservó el Acuerdo de Concejo en el que participó **el denunciado**, hecho que solventa la imputación por el delito de malversación también atribuido a este último.

Dicho pago supuso un apartamiento del Acuerdo en el que participó el propio denunciado, lo que por ende no podía ignorar, habida cuenta de los deberes de vigilancia y control que él tenía respecto al cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Concejo.

Tanto más dada la trascendencia del tipo de servicio en que se incardinaban los hechos denunciados, esto es, el de

---

su vez generar nuevas líneas de producción de servicios municipales (...) Esta situación también le permitió a la Municipalidad Metropolitana de Lima mejorar su posición económica y financiera para ingresar al Mercado de Capitales Nacional mediante el primer programa de bonos municipales hasta por un monto de S/.250 millones; habiendo cumplido con todos los requisitos legales y formales ante los Organismos internos y externos para este tipo de operaciones..”

<sup>35</sup> Ver fojas 1,186. En el citado Informe Especial la Contraloría General de la República, establece: “Advertimos que en la información proporcionada a dichas entidades financieras o crediticias, así como, en la solicitud del informe previo de la reestructuración financiera, remitido a la Contraloría General de la República, los funcionarios de la MML aseveraron que el monto total del préstamo, serviría exclusivamente para el saneamiento de las deudas bancarias, sin embargo, la parte del préstamo S./ 23 188 199, 86 (la suma de los S/. 1 552 667,85 , mas los S/.21 635 532, 01), se utilizó para fines distintos al objetivo del préstamo, entre otros, principalmente para cancelar el servicio Confirming por S/. 19 380 039, 47, al Banco Continental desembolsado a COMUNICORE; así como, para cubrir cuentas a plazos, cuentas de ahorros, fondos mutuos. Situación que revela la vulneración del Acuerdo de Consejo Nro, 294 del 22. Sept. 2005 que aprobó gestionar el préstamo de S/ 87 millones para la reestructuración de sus pasivos en el sistema financiero.”

limpieza pública, el que si no el más importante es uno de los más importantes de la administración municipal.

- **Reconocimiento del propio denunciado de haber impartido directivas verbales respecto a cómo debían negociarse los contratos en cuestión relacionados al servicio de limpieza.**

Lo antes aseverado sobre su posible no desconocimiento sobre el pago de la deuda a COMUNICORE y de la fuente del dinero empleada para dicho pago, la misma que significó el desvío de los fondos que estaban destinados para otros objetivos, se aúna las disposiciones normativas recogidas en la Ley Orgánica sobre sus deberes de vigilancia y control sobre el patrimonio de la Municipalidad. Así se tiene, que como funcionario público y máxima autoridad del Municipio, de conformidad con lo establecido en el Artículo 20° de la Ley N° 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades- le correspondía las siguientes atribuciones:

**“1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos;**

2. Convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del concejo municipal;

**3. Ejecutar los acuerdos del concejo municipal, bajo responsabilidad;**

4. Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos;

5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación;

**6. Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas;**

7. Dirigir la formulación y someter a aprobación del concejo el plan integral de desarrollo sostenible local y el programa de inversiones concertado con la sociedad civil;

**8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal;**

9. Someter a aprobación del concejo municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado;

**10. Aprobar el presupuesto municipal, en caso de que el concejo municipal no lo apruebe dentro del plazo previsto en la presente ley;**

11. Someter a aprobación del concejo municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido;

12. Proponer al concejo municipal la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; y, con acuerdo del concejo municipal, solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios;

13. Someter al concejo municipal la aprobación del sistema de gestión ambiental local y de sus instrumentos, dentro del marco del sistema de gestión ambiental nacional y regional;

14. Proponer al concejo municipal los proyectos de reglamento interno del concejo municipal, los de personal, los administrativos y todos los que sean necesarios para el gobierno y la administración municipal;

15. Informar al concejo municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado;

16. Celebrar matrimonios civiles de los vecinos, de acuerdo con las normas del Código Civil;

**17. Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de éste, a los demás funcionarios de confianza;**

18. Autorizar las licencias solicitadas por los funcionarios y demás servidores de la municipalidad;

19. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones municipales con el auxilio del serenazgo y la Policía Nacional;

**20. Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal;**

21. Proponer al concejo municipal la realización de auditorías, exámenes especiales y otros actos de control;

22. Implementar, bajo responsabilidad, las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría interna;

**23. Celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones;**

24. Proponer la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida, sugerir la participación accionaria, y recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales;

**25. Supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado;**



26. Presidir las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal o designar a su representante, en aquellos lugares en que se implementen;
27. Otorgar los títulos de propiedad emitidos en el ámbito de su jurisdicción y competencia;
28. Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera;
- 29. Proponer al concejo municipal las operaciones de crédito interno y externo, conforme a Ley;**
30. Presidir el comité de defensa civil de su jurisdicción;
31. Suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes;
32. Atender y resolver los pedidos que formulen las organizaciones vecinales o, de ser el caso, tramitarlos ante el concejo municipal;
33. Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad;
34. Proponer al concejo municipal espacios de concertación y participación vecinal;
35. Las demás que le correspondan de acuerdo a ley.”

Lo anterior encuentra correspondencia con lo declarado por su propia persona en su manifestación preliminar ante la autoridad fiscal, corriente de fojas 550 a 560, de lo que trasciende; que cuando se le requirió precisión sobre los procedimientos o mecanismos de coordinación entre la Alcaldía y las Gerencias, dijo al responder a la pregunta 13: *“el estilo de mi gestión es de dar directivas de carácter general y lo que controlo son resultados, delegando las facultades en los Gerentes, de lo que es la parte operativa, jamás intervengo en los procedimientos, no recomiendo nada absolutamente nada ni a nadie, mi supervisión es a nivel telefónico o personal, de modo verbal, en forma continua pero sobre el cumplimiento de metas...”*. Y concretamente al preguntársele en la pregunta 14 ¿señale las circunstancias en las que usted tomó conocimiento que la Municipalidad de Lima adeudaba a la empresa RELIMA una deuda que tenía como origen un Laudo arbitral emitido en el mes de Julio de 1998? Dijo: *“Mi directiva fue limpiar los pasivos, mejoren nuestra situación patrimonial y accedan a*

*créditos más económicos, éstas directivas fueron entregadas por Delegación de funciones...”;* asimismo al interrogarlo sobre como se inició el procedimiento de renovación del contrato de concesión con la Empresa Relima, dijo: *“Mi directiva verbal fue mejor servicio y menor precio, ambos objetivos se cumplieron, este procedimiento fue iniciado por las Gerencias pertinentes incluso se requirió opinión técnica al Colegio de Ingenieros.”*

Converge con ello lo declarado por sus co-denunciados, como es **Ángel Alfonso Pérez Rodas**, quien en la fecha de los hechos fue Gerente Municipal y en la actualidad tiene la condición de procesado, ante la autoridad fiscal <sup>36</sup> y al ser preguntado sobre que funcionario u órgano de la Municipalidad de Lima depende funcionalmente la Gerencia Municipal Metropolitana, dijo: *“Depende del Alcalde Metropolitano”,* reconociendo al responder a la pregunta número 12 que existía un Comité de Gerencia que lo presidía el Alcalde, precisando *“Yo conversaba con el Alcalde, a veces acompañado con los distintos gerentes. Existe un comité de Gerencias que lo presidía el Alcalde, cuando estaba presente, y en ausencia lo presidía yo. Los despachos con el Señor Alcalde los hacía según la urgencia, podía ser una vez o dos veces por Semana.”*

Así como lo manifestado por **Juan Gilberto Blest García**, quién en la fecha de los hechos era el Gerente Financiero y al ser preguntado - ver pregunta número 30 - si es verdad que copia del Oficio Nro. 2005-2010-1212-MML /DMA -0GF, el mismo que obra a fojas 1381 y por el cual el Gerente Financiero pone en conocimiento de RELIMA el acuerdo de las condiciones planteadas para pagar la deuda del laudo arbitral 1998, fue puesto en conocimiento al Gerente

---

<sup>36</sup> Manifestación preliminar de fojas 477 a 487

Municipal Pérez Rodas, dijo: *“Si es verdad que se remitió copia del mencionado oficio a la Gerencia Municipal.”* Y al ser preguntado sobre el Oficio N°. 2005-12-308-MML/GF de fecha 15 de diciembre del 2005 corriente a fojas 583, el mismo que se refiere a la deuda a pagarse a RELIMA, indico: *“ Si suscribí dicho oficio y en este caso no se dio cuenta a la Gerencia General porque ya estaba enterado de las dos formas de pago que se habían planteado”.* E interrogado si la decisión de cancelar la deuda dentro del lapso de un mes fue comunicada a la Gerencia Municipal; dijo *“ ...si se le informó a la Gerencia Municipal... e incluso se hizo un informe después de efectuado el pago.”*, y, al preguntársele si sabe en que circunstancias tomo conocimiento el Gerente Municipal de la totalidad del pago a la empresa Comunicore; dijo *“...El Gerente Municipal estuvo informado después de efectuado el pago, conocía que se pagaría al contado..”*

Así, de lo aseverado por su persona y su co-denunciados se podría desprender que el primero de los mencionados efectuaba un monitoreo y seguimiento de los resultados de cada una de las operaciones celebradas por la Municipalidad, no habría sido la excepción el caso de los hechos objeto de denuncia y en la fecha judicializados, y cuyas desventajas que precisa el citado Informe de Contraloría no podrían ser de su desconocimiento, pese a lo cual no hizo nada por impedir la celebración de los mismos.

- **Aprobación por parte de su persona respecto a la renovación con RELIMA y el pago de la deuda cobrada por la Empresa COMUNICORE.**

Sustentada la desventaja económica para la Municipalidad en el citado Informe de Contraloría N° 482-2010-CG/ORCC-

EE en el pago efectuado a COMUNICORE, **el denunciado**, lejos de haber descalificado esto, de su declaración prestada ante el Congreso de la República, se desprende una aprobación, señalando una serie de supuestas conveniencias, lo que denotaría haber hecho suyos los alcances de los mismos. Ante el Congreso declaró<sup>37</sup>: *“... si había la obligación de pagar, porque eso era la consecuencia de un laudo, es decir de una sentencia, que es el equivalente, consentida a pagar la cantidad de 34 millones más sus intereses... era la deuda más antigua y relevante, evitaba embargos y, luego, reducía la deuda... ¿se ha pagado de más? No, se ha ahorrado 14 millones de soles al respecto. Es decir, nosotros terminamos pagando 14 millones de soles menos... ¿Qué ventajas tenía esta operación? Ventajas: el ahorro... Desde el punto de vista, entonces, de legalidad, está sumamente acreditada. Protegió a la municipalidad en el embargo de su cuenta. Permitió obtener 250 millones de soles para obras por colocación de bonos. Sin este pago no habría bonos ni obras, eso es lo que nos permitió a nosotros ejecutar obras que son bastante conocidas...”*.

- **Indicios de vinculación de su persona en el concierto defraudatorio con los representantes de COMUNICORE.**

En la fecha que la Empresa COMUNICORE realizó el cobro a la Municipalidad Metropolitana Lima, conforme fluye de la Ficha Registral anexada al presente incidente a fojas 5057 a 5059, tenía como directivos a Rafael Santiago Ruiz Contreras (Presidente), Henry Fernando Brachowicz Vela (Director – Gerente General) y José Luis Ramón Pinillos Broggi (Director).

---

<sup>37</sup> Ver fojas 933 y siguientes.

Si bien a fojas 550 obra la manifestación indagatoria de OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO, ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Anticorrupción de Funcionarios de fecha 05 de Octubre del 2010, en la que declaró: “(...). 29. (...) **¿En que momento tomó usted conocimiento acerca de quienes eran los directivos o representantes de la empresa COMUNICORE? Dijo:** “Tomé conocimiento por los medios de Prensa”. 30. (...) **¿Conoce usted a Rafael Santiago Ruiz Contreras, Henry Fernando Brachowizs Vela y Jose Luis Pinillos Broggi (...)? Dijo:** “A dichas personas no las conozco”. (...). 31.(...) **¿Conoce usted a Giuliana del Carmen Belaunde Lossio, tiene con ella alguna relación de parentesco (...)? Dijo:** “A ella no la conozco personalmente, conozco a sus padres Arturo Belaunde y Elsa Lossio Leguía. Mi abuelo Juan Lossio Galetti fue hermano del tatarabuelo de Giuliana. Legalmente no tenemos parentesco”. 32. (...) **¿Tiene conocimiento que Giuliana del Carmen Belaunde Lossio, es cónyuge de José Luis Pinillos Broggi? Dijo:** “No tenía ni idea, recién me enteré por los medios de Prensa”. (...). 35. (...) **¿Conoce usted a los hermanos Arturo y Martín Belaunde Lossio y que tipo de relación mantiene con ellos? Dijo:** “Si los conozco. Martín estuvo conmigo en la campaña electoral de 1998 del Partido Solidaridad Nacional, fue la única campaña electoral en la que me apoyo, y luego estuvo y está con el Partido de Ollanta Humala y no lo veo desde el año 1998. A Arturo también lo conozco pero rara vez lo veo. Sin temor a equivocarme podría decir que no lo veo desde año 2000”. (...). 38. (...) **¿Tuvo usted conocimiento en algún momento que José Luis Pinillos Broggi fue Gerente de algunas de las empresas de Arturo Belaunde Lossio? Dijo:** “Ni idea, reitero que no conozco a Pinillos Broggi ni su relación con Arturo Belaunde Lossio porque no tengo relación con ellos”. (...).”

Sin embargo de la declaración de Arturo Antonio Belaunde Lossio a fojas 561, ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Anticorrupción de Funcionarios de fecha 06 de Octubre del 2010, se tiene que Pinillo Broggi forma parte del entorno familiar del denunciado Luis Castañeda Lossio, así tenemos que manifestó: “(...). 4. **¿Precise la relación de parentesco que tiene usted con Martín Antonio Belaunde Lossio y Giuliana del Carmen Belaunde Lossio?** Dijo: “Son mis hermanos.” 5. (...) **¿Conoce usted a José Luis Pinillos Broggi (...)?** Dijo: “Si lo conozco, es el esposo de mi hermana Giuliana del Carmen”. 6. (...) **¿Conoce usted a Elsa Lossio Leguía, y Juan Antonio Lossio Leguía (...)?** Dijo: “La primera es mi madre y el segundo es mi tío por ser hermano de mi madre”. 7. (...) **¿Conoce usted a Luis Castañeda Lossio (...)?** Dijo: “Si lo conozco, es mi tío en tercer grado. El es primo en segundo grado de mi madre. Yo lo trato como Lucho, sin que esto signifique que tengamos demasiada confianza o familiaridad”. 15. (...) **¿Es verdad que José Luis Pinillos Broggi trabajó en algunas de las empresas de las que usted era accionista (...)?** Dijo: “Si trabajó en las empresas Prontoeash y en IBESA, en ambas fue Gerente General. En ese tiempo se quedó sin empleo y yo le propuse que trabajara en mis empresas. Yo fui quien le propuso a Miguel Garro, que en ese tiempo era mi socio para que José Luis Pinillos gerenciala las empresas, él lo entrevistó y lo aceptó.” (...).”

Por otro lado, a pesar de que el ahora procesado José Luis Pinillos Broggi en su declaración de fojas 239, ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Anticorrupción de Funcionarios de fecha 03 de Mayo del 2010, señaló no haber tenido participación en ninguna

actividad de la Empresa Comunicore, declarando: "(...) 9. (...) **¿Indique usted las circunstancias en las que se convierte en accionista de la empresa COMUNICORE S.A., precisando a quien adquirió las referidas acciones, cuánto pagó por las mismas y de dónde obtuvo el dinero?** Dijo: "(...) el señor Alex Montoya Agüero me ofrece ser accionista de COMUNICORE sin realizar ningún desembolso de dinero, aceptando el ofrecimiento porque COMUNICORE había sido una de las empresas que también se empezaría a evaluar y desarrollar, básicamente, en temas de negocio de call center, negocio que el señor Rafael Ruiz en uno de las reuniones expuso y comentaba que estaba en tratativas con telefónica para buscar desarrollar con ellos un negocio de call center". 10. (...) **¿Usted tenía conocimiento quienes eran los anteriores accionistas y directivos de la empresa COMUNICORE y quien pagó la compra correspondiente de dichas acciones?** Dijo: "No sabía quienes eran los anteriores accionistas y directivos y tampoco se quien pagó por ello, de lo cual debe tener conocimiento, me supongo, el señor Alex Angel Montoya Bueno". (...). 15 (...) **¿Precise las circunstancias en las que fue nombrado Director de la Empresa COMUNICORE S.A. para el periodo 2005 – 2008, conforme a la Escritura Pública de fecha 26 de julio del 2005?** Dijo: "No recuerdo bien pero puede ser que cuando el señor Alex Montoya me propuso ingresar a la empresa COMUNICORE me haya indicado que era en la condición de Accionista y Director, debiendo precisar que yo no participé de ninguna Junta de accionistas y sesión de Directorio." 16 (...) **¿Indique usted desde cuando tuvo intervención en la empresa COMUNICORE S.A. y cual fue su participación en la cancelación de dividendos pasivos y aumento de capital conforme a la Escritura Pública de fecha 19 de julio del 2005?** Dijo: "Desde que

estuve en COMUNICORE no tuve participación en ninguna actividad de gestión, no asistí a ninguna Junta General de Accionistas ni a reuniones hasta mi salida producida en enero del 2006 y esto porque no me convocaron a ninguna reunión, junta, además yo estaba enfocado al viaje a Trinidad y Tobago que se efectuó los primeros días de setiembre de 2005”. (...) 18. (...) **¿Precise si la empresa COMUNICORE S.A. tenía cuentas bancarias y cual era el estado financiero cuando usted asume el cargo Director? Dijo:** “No conozco esta información, siendo que en el caso de la empresa COMUNICORE solo vimos la infraestructura, esto fue en julio o agosto de 2005 y de ahí me fui de viaje a Trinidad y Tobago, no habiendo realizado ningún otro análisis mas.” 19. (...) **¿Precise donde se realizó la sesión de Directorio de fecha 15/08/2005 por la que se aprueba la designación de Rafael Santiago Ruiz Contreras para que suscriba el contrato de sesión de derechos con la empresa RELIMA? Dijo:** “Yo no tengo conocimiento que se haya llevado a cabo una sesión de Directorio porque no fui convocado ni llamado ni he firmado ningún acta de Directorio cediendo poderes al señor Rafael Ruiz. Es mas, estaba en búsqueda en Registros Públicos y en la Notaria para encontrar el acta y demostrar que la firma allí consignada no es la mía y el Notario, en relación a las firmas señala que se trata de firmas ilegibles, es decir que este funcionario no ha corroborado que las firmas que aparecen en el acta de Directorio otorgado por Rafael Ruiz corresponda a los Directores mencionados. Además en la Notaría la Abogada de la misma ha indicado que la misma persona que entregó los libros y se los llevó inmediatamente.” 20 (...) **¿Atendiendo a su respuesta anterior como explica que en los Registros Públicos se consigne que usted participó en la Junta Universal de Accionistas de fecha**



**15/07/2005, por la que se le nombra Director de la empresa así como la sesión de Directorio del 15/08/2005 conforme a las copias de los documentos registrales que en este acto se le pone a la vista? Dijo: “Si bien aparece consignado mi nombre como si hubiera participado en la Junta Universal de Accionistas y en la sesión de Directorio, debo indicar que yo no he tenido participación en esos eventos ni tampoco he firmado ningún documento o libro de actas, debiendo agregar que en los documentos exhibidos figura mi nombre pero no aparece mi firma.” (...).**

**38 (...) ¿Explique usted si su cónyuge Giuliana del Carmen Belaunde Lossio tenía conocimiento de que usted adquirió acciones y fue Director de la empresa COMUNICORE así como la renuncia y venta de acciones? Dijo: Yo le conté que me habían ofrecido esto y que había aceptado ingresar a COMUNICORE, es más cuando dejé las empresas del Grupo me dijo que transfiera mis acciones, lo cual ya había gestionado.” (...).**

**45 (...) ¿Si usted conoce a Oscar Luis Castañeda Lossio (...)? Dijo: “De la televisión y los periódicos pero no lo conozco personalmente.”**

**46 (...) ¿Sabe usted si existe algún tipo de vínculo entre Luis Castañeda Lossio y su cónyuge Giuliana del Carmen Belaúnde Lossio? Dijo: “Lleva su apellido, deben tener algún vínculo pero no tengo conocimiento.” (...).”**

Empero al declarar Rafael Santiago Ruiz Contreras a fojas 281 ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Anticorrupción de Funcionarios de fecha 18 de Mayo de 2010, manifestó: “(...) 3 (...) **¿Indique usted desde cuando y en que circunstancias conoció a Henry Fernando Brachiowicz Vela? Dijo: “Lo conocí a raíz de la compra de la empresa COMUNICORI aproximadamente en el mes de julio de 2005. Lo conocí porque concurrimos al**

estudio Palacios Torrejón para firmar documentos, entre estos, el acta por el cual lo nombraron Gerente General de COMUNICORE.” 4 (...) **¿Indique usted desde cuando y en que circunstancias conoció a José Luis Pinillos Broggi?** Dijo: “Igualmente lo conocí en el mes de julio de 2005 en el estudio Palacios Torrejón a donde acudimos a firmar el acta que señalé en la respuesta anterior”. 5 (...) **¿Si usted tenía conocimiento que tanto Henry Brachiowicz como José Luis Pinillos Broggi trabajaban antes en empresas vinculadas al señor Miguel Ángel Garro Barrera?** Dijo: “En el momento que los conocí no sabía, pero a los pocos días tomé conocimiento de ello cuando nos reunimos en la oficina que tenía Garro Barrera en el jirón Manuel Villavicencio distrito de Lince.” 6 (...) **¿Indique usted desde cuando y en que circunstancias conoció a José Luis Pinillos Broggi?** Dijo: “Igualmente lo conocí en el mes de julio de 2005 en el estudio Palacios y Torrejón a donde acudimos a firmar el acta que señalé en la respuesta anterior”. (...). 11 (...) **¿Precise cual fue la participación del señor Miguel Ángel Garro Barrera en la mencionada compra de la empresa COMUNICORE, teniendo en cuenta que dicha persona no aparece registrado como accionista o directivo de la mencionada empresa?** Dijo: “El dinero lo puso el señor Garro Barrera por lo tanto él era el propietario de la empresa y nos pidió tanto a mí como a José Luis Pinillos Broggi que lo representáramos figurando como accionistas. Debo precisar que solamente puso el dinero pero no participó directamente en las negociaciones para la adquisición de la empresa COMUNICORE, las negociaciones, como ya indiqué la realicé yo en consulta con el propietario”. (...) 26 (...) **¿Recuerda usted en qué lugar se llevó a cabo la Junta Universal de Accionistas de fecha 15 de julio de 2005, en la que usted es nombrado Presidente de Directorio?** Dijo: “Debe haber sido en el

estudio Palacios y Torrejón donde nos conocimos con Henry Brachowicz y José Pinillos Broggi. Fue una reunión bastante ligera y fue dirigida por el doctor Palacios Doderó.” (...). 31 (...)

**¿Indique usted las circunstancias en las que tomó conocimiento de la deuda que la Municipalidad Metropolitana de Lima tenía a la empresa Vega Upacá S.A. – RELIMA”?** Dijo: “Me la comunicó Miguel Garro Barrera, puede haber sido en septiembre u octubre de 2005, creo que fue en una de las reuniones que tuvimos en las oficinas de Villavicencio. En una primera oportunidad me habló de la circunstancia y no de un monto, pero en una segunda oportunidad me mencionó el monto del total de 35´900,000,00 nuevos soles”. 32 (...)

**¿Recuerda en que lugar se realizó la sesión de Directorio de fecha 15 de agosto de 2005 y quienes participaron de la misma?** Dijo: “El lugar no recuerdo pero sí nos reunimos quienes en ese momento éramos directores, pero no sesionamos. Cada uno firmó de manera independiente al Acta respectiva.” 33 (...)

**¿Si en la agenda de dicha sesión usted como presidente del directorio manifestó que se había “presentado una gran oportunidad de poder celebrar un contrato de cesión de derechos con la empresa Vega Upacá SA (RELIMA) con respecto a la existencia de una deuda que mantiene la Municipalidad metropolitana de Lima a favor de RELIMA?** Dijo: “Que sí, porque para ese momento ya había conversado con Miguel Garro sobre la existencia de dicha deuda.” 34 (...)

**¿Cómo explica usted su respuesta en el sentido que tomo conocimiento de la deuda en el mes de setiembre u octubre del 2005 si conforme a los registros públicos el 15 de agosto de 2005 el directorio acordó por unanimidad su designación para que suscribiera el contrato de cesión de derechos con la empresa RELIMA?** Dijo: “La fecha no lo recuerdo con precisión pero en todo caso me remito a lo que dice en

*Registros Públicos”. (...) 75 (...) **¿Cuándo ha sido la última vez que usted ha mantenido comunicación con Pinillos Broggi y Brachowicz Vela?** Dijo: Con ambos he dejado de comunicarme desde que salí de COMUNICORE. (...). 78 (...) **¿Qué vínculo de amistad enemistad o parentesco tiene con José Luis Pinillos Broggi?** Dijo: Que ninguno solo lo conocí circunstancialmente como accionista de COMUNICORE. 79 (...) **si tuvo conocimiento por que motivo renunció el señor Pinillos Broggi?** Dijo: Desconoce, que debe ser por los que figuran en el Acta respectiva. (...).”*

Y a fojas 296 obra la declaración Indagatoria de MIGUEL ANGEL GARRO BARRERA, ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos anticorrupción de Funcionarios de fecha 27 de Mayo de 2010, en la que señalo: “(...) 14 (...) **¿Precise desde cuándo y en qué circunstancias conoció a Santiago Ruiz Contreras, Henry Brachowicz Vela y Jose Luis Pinillos Broggi y qué tipo de relación mantuvo con cada uno de ellos?** Dijo: “A Santiago Ruiz lo conozco desde el año 2004, me lo presentó Alex Montoya que ya trabajaba conmigo; como yo tenía una oficina en Lince donde funcionaban mis empresas y uno de los negocios que el señor Ruiz planteó la posibilidad de comprar la empresa COMUNICORE (...) A Henry Brachowicz también lo conocí porque lo contrató Alex Montoya quien veía la parte administrativa y operativa de mis empresas. A José Luis Pinillos Broggi, me lo presentó su cuñado Arturo Belaunde Lossio que en ese momento era mi socio en IBESA, una empresa embasadora de gas en Huaraz. Luego Arturo Belaunde trajo dos franquicias para evaluarlas Pronto Wash y la otra empresa era Centros Capilares, Pinillos Broggi fue nombrado gerente de Pronto Wash a propuesta de Arturo Belaúnde. Debo precisar que a

*Arturo Belaunde lo conocí a raíz de la compra de parte de sus acciones de IBESA; actualmente no tengo ninguna vinculación con ninguna de las personas nombradas”. (...). 23 (...) **¿Indique si Santiago Ruiz Contreras, Henry Brachowicz Vela y José Luis Pinillos Broggi realizaron realmente actos de dirección o gerencia en la empresa COMUNICORE? Dijo: “Si, los tres realizaron actos de dirección o gerencia dependiendo del cargo que tenían. Algunas cosas les daban cuenta a Alex Montoya y otras a mí.” (...).”***

De todo ello, se puede advertir indicios razonables que Pinillos Broggio no habría sido accionista y directivo de la Empresa COMUNICORE en forma aparente sino muy por lo contrario habría ejercido sus funciones como tal, en cuya actividad podría suponerse que conocería de la forma y circunstancias como se cobró los S/ 35'941,464.93 de soles al Municipio, hecho que es objeto de denuncia y proceso penal, siendo un dato cierto que es esposo de Luciana Belaunde Lossio, prima del **denunciado Castañeda Lossio**.

- **Indicios de vinculación cercana de Oscar Luis Castañeda Lossio con los denunciados Ángel Alfonso Pérez Rodas – Gerente Municipal-, Juan Gilberto Blest Garcia –Gerente de Finanzas-, Daniel Julian Arias Donaire – Asesor de la Gerencia de Finanzas-, Carlos Manuel Chávez Malaga –Gerente de Administración-, y Carlos Manuel Asmat Dyer –Gerente de Servicio a la Ciudad- personas que están siendo procesadas por los delitos de Colusión Desleal y Malversación de Fondos al haber tenido participación en los acuerdos colusorios en agravio de la Municipalidad.**

En este punto se tiene la declaración citada de **Ángel Alfonso Pérez Rodas**, quien refiriéndose a Castañeda Lossio dijo: *“Lo conozco desde el año 1978, cuando yo trabajaba en la Oficina de Planificación y en la Oficina General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio (...) En el año 1980 hemos trabajado en la MML el Señor Castañeda era regidor y yo Director General de Servicios Comunes, yo trabajé hasta el año 1982. Luego pasé a ENACO a donde también luego ingresó el Señor Castañeda, él era miembro del Directorio y yo Sub Gerente General, allí estuvimos hasta el año 1987. Después hemos trabajado juntos en EMAPE, yo era Gerente General y él Presidente de Directorio. En el año 1990 pasamos al IPSS, Castañeda fue Presidente de Directorio y yo Gerente General. Yo trabajé hasta el año 1994. También hemos trabajado juntos en la Empresa Paramonga, Castañeda era Presidente de Directorio y yo su Asesor. De allí pasamos a la Caja del Pescador entre los años 1997 y 1999 donde también fue Presidente del Directorio y yo Gerente General. En el 2003 ingresamos a la MML (...) Fui Director nombrado por el Alcalde Luis Castañeda, cargo que desempeñé desde hacía aproximadamente un año y medio, al que he presentado mi carta de renuncia el día de ayer...”*.

**Juan Gilberto Blest García**, en su manifestación glosada al responder a las preguntas 3 y 4, indicó *“Al Señor Castañeda Lossio lo conozco por razones funcionales desde el año 1978 aproximadamente, lo conocí cuando trabajábamos en el Ministerio de Comercio, Dirección de Comercio Exterior, yo era un técnico y él era uno de los Directivos. A partir de esa fecha he mantenido una relación funcional (...) Inicialmente en el Ministerio de Comercio, luego en EMAPE en el año 1986 aproximadamente, él era el Presidente del Directorio y yo era el Gerente Financiero. En el año 1991 en*

*el entonces IPSS, el Señor Castañeda era Presidente del Directorio y yo era el Gerente de Finanzas. Luego en el año 2003 cuando el Señor Castañeda es elegido Alcalde, me nombro Director de Finanzas, que posteriormente cambio el nombre de Gerencia de Finanzas”.*

**Daniel Julian Arias Donaire** – Asesor de la Gerencia de Finanzas- al declarar a fojas 458 a 465 señalo al responder a la pregunta 5: *“En el año 1973 conocí al Doctor Luis Castañeda por cuanto llegó al Ex- Banco Industrial como Gerente Central de Administración y comencé a trabajar con él en la parte administrativa. En el año 1992 yo presente mi renuncia al Directorio del Banco Industrial por no estar de acuerdo con un informe que me querían hacer firmar en mi calidad de Gerente de Supervisión crediticia. Mas o menos al mes recibí una llamada de la Secretaria del Doctor Luis Castañeda donde me decía que el Doctor quería conversar conmigo. Me presente al IPSS donde era Presidente del Doctor Castañeda y me pidió que integrara su equipo y después de pedirme mi currículum me presentó al Señor Juan Blest indicándole que trabajaría con él, converse con el Señor Blest y me dijo que no tenía puesto de Gerente y me retire. A la semana siguiente me llamó y me dijo que trabajaría como empleado del Área de Planeamiento y luego de tres meses me propuso para que me haga cargo de la Sub-Gerencia de Inversiones Financieras. Allí nació una relación amical y mas directa por el trato diario en el desempeño de mis funciones. Asumo que por conocer de mi trabajo me hicieron la invitación, pero no se a quienes mas invitaron en este proceso...”.*

**Carlos Manuel Chavez Malaga** – Gerente de Administración- en su manifestación de fojas 525 a 538, al responder a las preguntas 4, 5 y 6 declaró: *“El Gerente*

*General de la MML, el ingeniero Ángel Pérez Rodas me propuso ante el Alcalde Castañeda Lossio para ocupar el cargo de Gerente de Administración bajo la modalidad de cargo de confianza. Debo agregar, que para ejercer los cargos de Directorios antes señalados fue decisión del Alcalde de la MML. Al ingeniero Pérez Rodas lo conozco desde el año 1982 aproximadamente porque ambos trabajábamos en la Empresa ENACO S.A. (...) Al Doctor Castañeda Lossio lo conozco desde el año 1986 cuando trabajo como Gerente de Administración en EMAPE siendo el Doctor Castañeda el Presidente de Directorio.” Al ser preguntado sobre el nombre de las instituciones o entidades publicas y privadas en las que tanto el declarante como el Señor Luis Castañeda Lossio han prestado servicios de modo simultaneo, dijo: “La primera fue en EMAPE como ya señale, luego en el año de 1990 en el Seguro Social, posteriormente en el año 1996 en la Empresa Agro-Industria Paramonga y luego en 1997 la Caja del Pescador y finalmente a partir de Enero del 2003 en la MML” .*

**Carlos Manuel Asmat Dyer** – Gerente de Servicio a la Ciudad- en su manifestación indagatoria de fojas 488 a 498 en las preguntas 3 y 4 indica: “ A Castañeda Lossio lo conozco desde el año 1993 en el Seguro Social, por relación laboral” Al ser preguntado sobre el nombre de las instituciones o entidades publicas y privadas en las que tanto el declarante como el Señor Luis Castañeda Lossio han prestado servicios de modo simultaneo, dijo: “Fue en el Seguro Social y en la Municipalidad de Lima”.

Siendo que, de dichas declaraciones se verifican indicios razonables que los ahora procesados son amistades de larga data de Luis Castañeda Lossio, habiendo sido funcionarios de confianza nombrados por este.



- Por último, de fojas 4948 a 4958, se adjuntado el acta de visualización y transcripción preliminar de video con relación a la entrevista periodística que le hiciera Perú-21 al procesado Henry Fernando Brachowicz Vela –Gerente General de Comunicore- practicada por la Representante del Ministerio Público y en la cual intervienen dos periodistas y el citado encausado, de la cual fluye textualmente **“-Con esa deuda hicieron un calculo actuarial. Lo que valía 30 y pico millones en un periodo de cinco o 10 años, dijeron ¿Cuánto vale eso ahorita? Vale tanto. Calculo actuarial. Lo jalan para atrás y dicen “Ya dame ahorita esto. Eso mas intereses generaría....(...) -Pero porque, ósea a ti te llamaron para cobrar la deuda, básicamente. -A mí mi jefe me dijo para ser este..., como teníamos un montón de empresas ahí, has esto. -Tu conoces a Miguel Garro. - Ahora sí, en esa época, era muy grande para saltar arriba. Después llegue. -Ya, ósea, te paso la voz, tu jefe te dijo, ósea, formemos la empresa (ininteligible). -Me dijo para formar una empresa...de Comunicaciones. Ya pues, bacan, le dije (...) - ¿Pero porque lo agarran, la desactivan y nombran a otros directivos? -Para sacar billete no mas pe... (ininteligible). Yo después ya no quería meterme. (...) - ¿Cómo no te van a dar nada? -Yo reclame después, les dije que cómo es que yo estoy firmando papeles y no me van a dar plata. Que sí, que esto, que el otro. Al final me pelotearon. Hasta ahorita me pelotearon. Me pelotearon tanto Montoya y el pata este, Garro. Garro dice que le dio la plata a Montoya y Montoya se tiro la plata. - ¿Cuándo te ... (ininteligible) . -Cuarenta mil ... (ininteligible) -¿En que se gastaron los ...este ...los 14 ...los 35 millones que pagó ...? -De 35, 14 millones se pago a Relima, a Upaca. -Pero eso fue una parte. -A Upaca se pagó le pago eso. A Upaca se pagó eso...dos,**

*tres, cuatro...armadas...yo tengo información de esa vaina pero ....(ininteligible). -¿Si? (ininteligible). Pero te deben plata, pues. -Si, pero estoy embarrado hasta el cuello con esa vaina y ... -No...pero ...lo que ...estaba investigando también era por la vaina, ¿te acuerdas que estaban apoyando a los Congresistas anteriormente? ...(ininteligible) con esa (...) era para apoyar a congresistas, pues -Claro...eso era para Castañeda. -Castañeda, ¿sabía de este pago? -Quien no va saber. Es como si me dijeras Mercedes Cabanillas no sabe lo de ...(ininteligible)...no .Tu sabes, pero ...”*

La misma que si bien no ha sido objeto de ratificación en sede preliminar, empero su evaluación solo se realiza a nivel de indicios, debiendo ser en el proceso penal donde se le someterá al contradictorio de las partes y se determinará su correcto valor probatorio.

### **CONCLUSIONES:**

Fijadas precedentemente las exigencias legales a que se contrae el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales para dictar un auto de procesamiento, sabido es que la dilucidación fundamental alrededor del mismo, lo constituye, evidentemente, la auscultación de la presencia o no de elementos indiciarios que doten de verosimilitud a la pretensión penal del Titular de la Acción Penal alrededor de las exigencias típicas inherentes a los delitos imputados (Malversación y Colusión). En el caso de autos, en estricto, no es aquella la materia de discusión, **sino la existencia o no de hechos indiciarios que trasuntan una vinculación del denunciado OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO a los hechos ya instruidos** a sus co-denunciados por los precitados delitos.

Pues bien, el presente análisis, de entrada, no puede soslayar la amplitud del contexto fáctico imputado, vista en su conjunto como hecho global, no

pudiéndose fragmentar en compartimentos estancos, como se pretende, que conlleven ciertamente a reperfilarse imputaciones acotadas o recortadas, a partir de lo cual, con estas operaciones previas, esgrimir luego argumentos de defensa circunscritos a una fase o etapa del iter fáctico.

Así, no puede perderse de perspectiva, que la imputación da cuenta de una confluencia de dos delitos, esto es, de Malversación y Colusión, con una relación instrumental del primero respecto del segundo, toda vez que, según se desprende de la denuncia, aquél habría habilitado los caudales o recursos que ulteriormente habrían sido destinados a este último, financiando las operaciones connotadas de ser producto de la concertación entre los denunciados para defraudar patrimonialmente a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En este contexto, la serie de indicios precedentemente enumerados tornan en verosímil la vinculación del denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio a los hechos denunciado y en la fecha judicializados, en cuanto a que su posible participación lejos de haber estado circunscrita a un momento específico habría sido transversal a todas las fases que se identifican en el contexto fáctico descrito por la Fiscalía, habiendo tenido presencia material en el Acuerdo Municipal donde se decidió sobre el destino específico que debían tener los recursos públicos a los que accedió la Municipalidad mediante créditos; existiendo indicios razonables que éste hubiera conocido el incumplimiento de dicho Acuerdo y el destino final (orientados al financiamiento de la operación cuestionada) que se hizo con los mencionados recursos; ello, habida cuenta de la trascendencia que para una gestión municipal tiene el rubro en el que se incardinan los hechos en cuestión (limpieza pública); así como su propia declaración de haber mantenido siempre un control y seguimiento de la actuación de sus gerentes exigiendo “resultados eficientes” (entiéndase que particularmente en el caso del Gerente de Administración Financiera y el Gerente de Servicio a la Ciudad); impartiendo, según también ha señalado, directivas verbales; a lo que se suma, el haber dado su

respaldo a los resultados de dichas operaciones haciendo suyos los mismos como parte de su gestión o administración al frente de la Municipalidad Metropolitana de Lima; aunándose, por lo demás, otros indicios de vínculos de índole familiar y de otra naturaleza con algunos de sus co-denunciados y con la empresa COMUNICORE.

Establecido lo anterior, del caso de autos, trascienden una serie de referencias fácticas que exigen confrontar el sustrato fáctico relativo al denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio con el esquema dogmático de plurintervención a título de co – autoría.

Pues bien, sabido es que la co - autoría presupone acuerdo común y co – dominio en el hecho punible, este último posible de manifestarse en la fase de preparación o en la de ejecución propiamente. Por lo demás, las formas de comportamiento también a nivel de co -autoría pueden ser por comisión o por omisión.<sup>38</sup>

De los hechos indiciariamente establecidos, ciertamente, destacarían posibles omisiones del denunciado pasibles de connotarse como infracciones de deberes que tienen conexión causal con la concertación defraudatoria, pues habría tenido la posibilidad de haber evitado la misma observando con diligencia sus deberes de supervisión, dado su posición de garante frente a los recursos públicos involucrados en su gestión. Lo señalado, empero, centra su intervención a un nivel estrictamente coetáneo a la fase ejecutiva del delito imputado de Colusión y Malversación, a título de omisión.

Sin embargo, se advierten además otros indicios que podrían revelar un grado de injerencia mayor en el contexto delictivo descrito, habida cuenta no solo de las instrucciones que él mismo ha aseverado haber dado a los Gerentes, sino de su participación en el origen o gestación de los recursos finalmente dirigidos a dichas operaciones y los vínculos familiares y de otro índole con los co-denunciados, entre ellos el vinculado

---

<sup>38</sup> La estructura del delito de comisión por omisión se encuentra desarrollada en el punto 4.1.2.3 de la presente resolución.

a la empresa COMUNICORE (indicio de presencia en fase de preparación del delito colusorio; y, por ende, del acuerdo común); así como con la aprobación que el mismo denunciado a hecho en relación a los resultados que irrogaron dichas contrataciones (indicio *subsiguiente* de auto – vinculación con las operaciones cuestionadas).

Por lo expuesto, en aplicación de las normas citadas y advirtiéndose elementos indiciarios de la intervención de Oscar Luis Castañeda Lossio, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, en los hechos que son objeto de denuncia y que en fecha se encuentran siendo investigados ante la autoridad judicial, es necesario que vía un proceso penal sean debidamente esclarecidos en aras de velar por la transparencia del manejo de los fondos públicos, como son los de la Municipalidad Metropolitana de Lima, las suscritas resuelven:

### **DECISIÓN JURISDICCIONAL.**

Por dichos fundamentos, **REVOCARON** por **MAYORÍA** la resolución de fojas cuatro mil seiscientos treinta y cinco a cuatro mil seiscientos setenta y dos en un extremo que se resuelve: DECLARAR: **NO HA LUGAR** a la apertura de instrucción contra **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO**, por el delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – **Colusión Desleal y Malversación de Fondos**, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; **REFORMÁNDOLA**: DISPUSIERON que el Juez de la causa abra instrucción contra **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO**, por el delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – **COLUSIÓN DESLEAL Y MALVERSACIÓN DE FONDOS**, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; notificándose y los devolvieron.-

**EL SECRETARIO DE LA SEXTA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS DE REOS LIBRES CERTIFICA QUE DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO CIENTO CUARENTA Y TRES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL EL SEÑOR JUEZ SUPERIOR ESCOBAR ANTEZANO HA EMITIDO EL SIGUIENTE VOTO DISCORDANTE:**

**AUTOS Y VISTOS:** con respeto de los criterios esbozados por la señora Ponente; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas cuatro mil setecientos veintinueve y siguientes. Oído el informe oral conforme deja constancia Relatoría.

**ASUNTO:**

Es materia de grado la apelación interpuesta por La Fiscal Provincial y el Procurador Público de la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el auto de fojas cuatro mil seiscientos treinta y cinco y siguientes, su fecha catorce de enero del dos mil once, en el extremo que declara no ha lugar a la apertura de instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio, por el delito contra la Administración Pública- Colusión Desleal- y Malversación de Fondos-, en agravio del Estado- Municipalidad Metropolitana de Lima.

**IMPUTACIÓN:**

Se atribuye a **Oscar Luis Castañeda Lossio**, en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, que al asumir la administración en el diciembre del año dos mil dos, implementó el programa de reducción de pasivos, para así poder cumplir las reglas fiscales dispuestas por el gobierno central y mantener la credibilidad en el sistema bancario y financiero, en esa condición ha suscrito el alcalde anterior un Contrato de Concesión de Servicio de Limpieza Pública habiendo acordado pagar a consecuencia de un laudo arbitral la mitad de los impuestos de IGV que le correspondía; que se envió un oficio a RELIMA con fecha quince de diciembre del dos mil cuatro a fin que incorpore en sus facturas el 50 por ciento por concepto de IGV por cada servicio prestado, resultando una deuda por pagar correspondiente entre julio de 1996 a diciembre del dos mil cuatro; después de continuas comunicaciones entre funcionarios de RELIMA y del municipio se acordó que la deuda ascendía a treinta y cinco millones novecientos cuarenta y uno mil cuatrocientos sesenta y cuatro nuevos soles, esta acreencia fue cedida por RELIMA a COMUNICORE Sociedad Anónima por la suma de catorce millones seiscientos treinta y cinco mil nuevos soles. Esta empresa a pesar de no estar operativa y tener problemas financieros cobró en breve término en el año dos mil seis. Asimismo la determinación de la deuda no fue debidamente realizada siendo que se abono la suma de s/ 35' 941, 464.76 nuevos soles cuando en realidad debían de pagar s/ 34' 032, 188.16 nuevos soles habiéndose acordado en exceso la suma

de s/ 1' 907, 700.87 nuevos soles. Además el Municipio no contaba con suficiente dinero para pagar ni se encontraba presupuestado la cancelación total, menos aún y que al hacer uso del sobregiro por el monto de 21. 6 millones de nuevos soles, ello ha generado un mayor costo de s/ 4' 794, 258.98 nuevos soles, en relación a si hubiera optado por pagar la deuda en diez años. Así como se le atribuye que renovó el contrato de concesión por el servicio de limpieza pública con la empresa RELIMA, que vencía el mes de octubre del dos mil cinco que fue renovado en el mes de agosto de ese año por un plazo adicional de diez años.

### **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:**

\* La Fiscal Provincial y el Procurador Público formulan sus agravios en base a que existen suficientes indicios que demuestra que el denunciado ha intervenido en los hechos investigados, teniendo un dominio de los hechos en el grado de coautoría no siendo necesario que haya intervenido directamente. Siendo las etapas de negociación, pago de deuda y la renovación del contrato de concesión de suma importancia tanto para la Municipalidad Metropolitana de Lima como para la empresa de RELIMA, por estos fines se requería la aprobación de las más altas instancias, es decir del denunciado, ya que el denunciado es la autoridad con mayor jerarquía en su condición de Alcalde del Municipalidad Metropolitana de Lima por lo que se colige que tuvo conocimiento de los hechos y se debe aperturar el presente proceso penal.

### **ATENDIENDO.**

#### **I. LEGITIMIDAD PARA EMITIR PRONUNCIAMIENTO:**

**Primero:** A fin de emitir un pronunciamiento es importante señalar que el suscrito como Juez Superior de Segunda Instancia se encuentra facultado a emitir un pronunciamiento sobre el hecho denunciado y no se encuentra limitado por el Principio Acusatorio, pues si bien el Fiscal Superior señala que no concurrir los indicios suficientes contra el denunciado para que se aperture instrucción por lo que opina que se confirme el auto materia de alzada, evaluando los criterios de la Fiscal Provincial que apela, dicho acto sólo constituye una opinión. Por lo que dicha situación no restringe ni restar valor a los fundamentos de la Fiscal Provincial, y no condice a su función acusadora. Así como el Ministerio Público al ser el titular y promotor de la acción penal se encuentra facultado y tiene la legitimidad para recurrir a otra instancia por la pluralidad de rango constitucional. Consecuentemente no es amparable lo alegado por el abogado defensor en el informe oral.

#### **II. AUTO APERTURA DE INSTRUCCIÓN: presupuestos:**

**Segundo:** Continuando con la exposición a fin de responder los agravios planteados por los recurrentes es necesario precisar la naturaleza del auto de apertura de instrucción. El auto de apertura de instrucción es la

primera resolución que dicta el Juez cuando admite a trámite la denuncia del Fiscal, que debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales, que pauta el inicio de la instrucción (el proceso) y determina el desarrollo de la investigación judicial)<sup>39</sup>.

**Tercero:** Para dictar el auto de apertura<sup>40</sup> de instrucción se necesita la concurrencia de tres presupuestos: **a)** la existencia de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito; **b)** la individualización de su presunto autor o partícipe y **c)** la acción penal no ha prescrito o no concurre causa de extinción de la acción penal. Los efectos que producen la no concurrencia de estos tres elementos son diferentes, en el primer caso, dictará *no ha lugar abrir instrucción*, en el caso de no individualizarse se archivara la denuncia y en relación al tercer elemento no se podrá perseguir pues la acción penal habría fenecido.

**Cuarto:** El primer presupuesto contenido en el artículo setenta y siete exige *la existencia de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito*, es decir, se debe establecer una conexión entre los hechos denunciados y la descripción normativa del tipo penal imputado, realizándose una subsunción normativa y se fundamenta en indicios, pues la no existencia de ellos implicaría que no se aperture el proceso.

**Quinto:** “Lo que la norma procesal nos está diciendo, es que de los indicios se debe establecer un juicio probable, razonable y congruente con la hipótesis acusadora, esto representa que el auto no puede fundarse en ***meras sospechas, presunciones o impresiones de la comisión de un hecho imputable penalmente, sino que debe partir de la constatación de un hecho cierto***, si se quiere de un medio de prueba que indique fuera de toda duda, la probable comisión de un ilícito. Como se aprecia no se puede pedir certeza en esta etapa del proceso, pero tampoco se puede sostener que se aperture proceso penal con meras conjeturas, indicaciones referenciales, por tanto, se debe reunir elementos de juicio tangibles, sobre el hecho punible y su vinculación con el autor o partícipe.”<sup>41</sup>

**Sexto:** Se entiende por elementos de juicios reveladores de la existencia de un delito a todos los medios de prueba que NO se cobijan bajo los indicios; por exclusión se refieren a las pruebas preconstituidas, al tratarse de medios de prueba con virtualidad probatoria, al contener datos objetivos y verificables. “La prueba constituida hace referencia al conjunto de actuaciones de por sí irrepetibles y que se dan

---

<sup>39</sup> Exp. 33 –L I, Puno, en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia de 3, LIMA, 2000, P.471.

<sup>40</sup> SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal, IDEMSA, Lima, 2004, 459.

<sup>41</sup> Cáceres J. Roberto. E, Las Nulidades en el Proceso Penal, Jurista Editores, Primera Edición, Lima- 2007. p. 67.



intempestivamente y que sirven como parte en el acervo probatorio con el que cuenta el Ministerio Público para probar la comisión de un hecho delictivo<sup>42</sup>. Se considera a pruebas testimoniales, las pruebas periciales y la prueba documental.

### **III: DELITOS IMPUTADOS: estructura dogmática.**

**Sétimo** Los hechos materia de denuncia han sido subsumidos en el delito de colusión desleal y en el delito de malversación de fondos, existiendo un concurso de delitos. Que el marco que se tiene en cuenta para el pronunciamiento es la denuncia del Representante del Ministerio Público y sus recaudos que han sido incorporados al proceso penal.

**Octavo:** El delito de Malversación de fondos se encuentra regulado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, sanciona la conducta *del funcionario o servidor público, que da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que están destinados, afectándose el servicio o la función encomendada*<sup>43</sup>, será reprimida con pena privativa de la libertad de cuatro años de pena privativa de la libertad. El caso del delito de malversación es un delito de infracción de deber se caracteriza porque el agente debe *administrar los bienes* no ser un simple *custodio*, debiendo tener una relación funcional con los bienes públicos y tener capacidad de disponer de los mismos. Siendo en ese contexto que se da la aplicación distinta de los caudales, la cual debe ser definitiva. También se requiere como elemento objetivo que la acción típica afecte el servicio de la función encomendada. Este delito es eminentemente doloso.

**Noveno:** En relación al delito de Colusión Desleal es importante que el suscrito haga la precisión que en su desempeño jurisprudencial ha seguido la postura que es *un delito de peligro*, en el que la sola *producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio*<sup>44 45</sup>.

**Décimo:** Entendiendo el elemento objetivo de *“la defraudación como la trasgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio económico, no constituyendo por tanto – el perjuicio – un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio)”*<sup>46</sup>. Siendo que para el suscrito si existiera perjuicio (concretado en un valor económico) era relevante como circunstancia para individualizar la pena y fijar la reparación civil. Sin

---

<sup>42</sup> Ibid. p. 93.

<sup>43</sup> Salinas Siccha, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública. GRILEY, Lima, 2009, p. 361.

<sup>44</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta

<sup>45</sup> Se entiende como daño económico.

<sup>46</sup> Ejecutoria Suprema R.N. N° 2135-2008, Lima. nueve de setiembre del dos mil nueve.

embargo, estando al cambio y vigencia de la ley 29758, publicada el veintiuno de julio del dos mil once, norma que rige actualmente y que si bien los hechos se remontan al año dos mil cinco, no debemos ignorar que dicha norma establece el criterio que deben seguir los aplicadores de la norma, conteniendo dos supuestos: **el primer supuesto**: regula la participación del funcionario o servidor público en actos de contratación o adquisiciones del estado, siendo la conducta típica el concertarse con los interesados **para defraudar al Estado**, siendo que dicho defraudamiento conforme al segundo párrafo se entiendo que debe ser patrimonial, por lo que se exige un potencial perjuicio económico, es decir, esta nueva norma *comprende un nuevo elemento subjetivo específico la finalidad de defraudar* **y el segundo supuesto**: que trae como exigencia la concurrencia del elemento objetivo de defraudación patrimonial, es decir, el matiz económico.

**Décimo Primero:** En ese sentido realizando la evaluación del delito de Colusión Desleal regulado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el cual tiene como elementos de tipo: **1)** el Bien jurídico protegido es múltiple<sup>47</sup> es preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones, **2)** el sujeto activo tiene la calidad de *funcionario o servidor público* que por *razón de su cargo o comisión especial* interviene en la realización de contratos, licitaciones, concurso de precios etc, es decir, existe una relación funcional del agente con la relación negocial en la que representa al Estado, razón por la *cual es un delito cualificado y conlleva una infracción del deber especial*; **y 3)** tiene como elemento objetivo del tipo la concertación (*el acuerdo fraudulento entre dos o más personas para lograr un fin contrario a la ley*) entre el sujeto activo y los beneficiados en la realización negocial, dándose pactos ilícitos que tienen relevancia penal, por lo que la ausencia de concertación ilegal quita el componente esencial a la tipicidad. Asimismo es necesario establecer que en una relación negocial se pueden realizar actos de concertación sin que sean ilícitos ni irregulares. El acuerdo colusorio gira en torno a la entrega de la pro o favorecer a una empresa en la obtención de una licitación, hecho que constituye típico.

#### **IV: ANALISIS DE LOS HECHOS IMPUTADOS:**

**Décimo Segundo:** En el presente caso la hipótesis fiscal materia de denuncia tiene como **eje de discusión** tres hechos que son materia de imputación al denunciado: **1.-** que durante el pago de la deuda que tenía RELIMA y la Municipalidad de Lima el denunciado ha cometido un ilícito penal; **2.-** durante el pago a la empresa COMUNICORE Sociedad Anónima y/o **3.-** durante la renovación del contrato de conseción entre la empresa de RELIMA y la Municipalidad de Lima ha cometido un delito. Estos hechos serán materia de evaluación porque en torno a ellos gira el análisis de los delitos imputados de Colusión Desleal y Malversación de Fondos, materia de apelación.

---

<sup>47</sup> VARGAS ROJAS, Fidel. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, GRIJLEY, 2007, p.407.

**Décimo Tercero:** Para realizar dicha evaluación es necesario conocer en primer lugar el cargo que ejercía el denunciado **Oscar Luis Castañeda Lossio**, fue elegido alcalde de la ciudad de Lima Metropolitana en los periodos de **2003 a 2006** y reelegido para el periodo **2007 a 2010**, en representación del partido de **Alianza Electoral Unidad Nacional**.

**Décimo Cuarto:** El periodo que empezó su gobierno municipal estaba vigente la ley Orgánica de Municipalidades 23853, publicada el 9.06. 84, la que fue derogada por la Ley Orgánica de Municipalidades **27972 (LOM)**, entró en vigencia el día **27.05. 2003**. Esta norma es la norma especial que determina *la estructura, funciones y organiza las órganos de administración de los Municipios*. Asimismo se tiene la ordenanza N° 812, publicada en el Diario “el Peruano” el día 15.09.2005, que es el **ROF** (reglamento de la organización y funciones y la estructura orgánica de la Municipalidad), la que reglamenta y detalla los funcionamientos de las Gerencias.

**Décimo Quinto:** La Municipalidad Metropolitana de Lima se encuentra organizada a partir del año dos mil cinco en gerencias y subgerencias y no en oficinas, que dependen del Gerente Municipal Metropolitano que a su vez depende del Alcalde. En este punto es importante señalar que la presente denuncia ha involucrado a gerentes atribuyéndoles distintas participaciones en los hechos- *ello no constituye materia de alzada*- pues se encuentra aperturada y en investigación judicial. Sin embargo, guarda relevancia para determinar si existen indicios que las conductas de los procesados se puede atribuir al denunciado y *en qué grado; si existe un deber del denunciado de controlar la conducta de ellos y hasta qué punto*.

**Décimo Sexto:** A fin de responder dichos cuestionamientos que guardan relación con los agravios expuestos es necesario señalar que funciones tiene el Alcalde, conforme lo estipula el artículo 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades (ley **27972**): *La alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local, siendo el alcalde el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa*. Mientras el Consejo Municipal es el *órgano que ejerce funciones normativas y fiscalizadoras que está integrado a parte del alcalde por los miembros que fija la ley de elecciones municipales*, artículo 156 de la citada ley.

**Décimo Séptimo:** En función del papel que se le asigna al Alcalde como representante de la Municipalidad, en el artículo 20 de la citada ley, se establece las siguientes atribuciones: Someter a aprobación del Concejo Municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado; Informar al Concejo Municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado; ***Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal***; Supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las

empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado, etc. Así como asigna al Consejo Municipal las funciones, conforme estipula el artículo 9° de LOM, de aprobar los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y el Presupuesto Participativo; aprobar, monitorear y controlar el plan de desarrollo institucional y el programa de inversiones, teniendo en cuenta los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y sus Presupuestos Participativos; aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al sector privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley, conforme a los artículos 32° y 35° de la presente ley, y Fiscalizar la gestión de los funcionarios de la municipalidad.

**Décimo Octavo:** Lo señalado taxativamente prevé que el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima si bien es la máxima autoridad administrativa no actúa de forma unilateral ni arbitraria y las decisiones sobre la aprobación del presupuesto, créditos que asume el Municipio, así como la entrega de concesiones, renovaciones de servicios públicos al sector privado no depende de él sino que deben ser aprobados por el Consejo Municipal.

**Décimo Noveno:** Además externamente si bien el Alcalde es la autoridad administrativa máxima, internamente el Municipio esta dividido en gerencias que dependen de la Gerencia Municipal Metropolitana como: la gerencia de administración, gerencia de finanzas, gerencia de asuntos judiciales y gerencia de planificación, siendo que la gerencia de finanzas, esta a la vez conformada por la subgerencia de planeamiento financiero corporativo, subgerencia de contrabilidad y de tesorería. Las funciones de la Gerencia de Finanzas se encuentran reguladas por el Reglamento de la Ordenanza 812.

**Vigésimo:** El artículo 20° de la Ley Orgánica de Municipalidades regula la figura de la delegación de funciones; así como la Ley General de Procedimientos Administrativos en su artículo 65 y siguientes, señala que no implica que se desvincule totalmente, sino, que se genera un nuevo deber *“el deber de vigilancia”* (artículo 68 de la ley 27444) *que señala que el delegante tendrá siempre la obligación de vigilancia en la gestión del delegado y podrá ser responsable de éste por culpa en la vigilancia. Más dicha responsabilidad puede ser atribuida o no en caso de falta de diligencia a título de culpa. Por lo que la misma no se refiere a una responsabilidad en sí penal sino que puede ser civil o administrativa.* Siendo que rige el principio de autonomía de las responsabilidades. Planteado así las normas legales no existe ningún conflicto aparente en aplicación de normas entre la ley general de Procedimientos Administrativos y La Ley Orgánica de Municipalidades, ya técnicamente ambas normas no se excluyen ni permiten la escogencia de una en perjuicio e inaplicabilidad de la otra, sino, que se juntan “se solapan” de allí que resultan lo expuesto. Además incluso la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto (Ley 28411, publicada 25. 11.

2004) en su artículo 7° señala que el titular del presupuesto es la más alta Autoridad Ejecutiva, que es reponsable solidario con el consejo municipal... Dicha autoridad puede delegar sus funciones en materia presupuestaria cuando lo establezca. El titular es responsable solidario con el delegado. Es decir de lo expuesto se concluye que surge una responsabilidad administrativa funcional del delegado en relación a los actos de su delegante.

**Vigésimo Primero:** No es ajena y guarda relación con la figura expuesta que en los ámbitos de la administración pública que están organizados y estructurados, en relación a los funcionarios dependiendo de las funciones que desempeñan es de aplicación el principio de división de trabajo y por lo tanto cuando las funciones no corresponda al campo de sus facultades y limitaciones se puede aplicar criterios de imputación objetiva del comportamiento como el principio de confianza, “es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad; es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas<sup>48</sup>.

**Vigésimo Segundo:** El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades: En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor del que actúa a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto... En segundo Lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno.<sup>49</sup>La inaplicación de éste filtro sucede en los siguientes casos: a) cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad (posición de garante), b) cuando la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes<sup>50</sup>

**Vigésimo Tercero:** Otra circunstancia que se debe valorar al momento de evaluar los hechos imputados es el contexto en el que surge los hechos denunciados. Con relación a la historia de la deuda- *hecho que no cuestiona la apelación*- surge de la concesión por el servicio de

---

<sup>48</sup> Éste filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando.

<sup>49</sup> Gunther Jakobs. La imputación Objetiva en Derecho Penal, Primera Edición, Grijley, 2001, p.28 a 29.

<sup>50</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Imputación objetiva en el Derecho Penal. Edit. GRIJLEY, Lima, 2002, p. 367.

limpieza que se entregó a la empresa consorcio Vega Upacá (hoy RELIMA Sociedad Anónima), suscribiéndose el contrato el 25-10- 1995 en el gobierno del EX Alcalde Ricardo Belmont Cassinelli, siendo que se inició la prestación de los servicios el 01.07.1996. Sin embargo, ante los problemas que surgió en relación al pago del impuesto general a la venta, ambas partes recurrieron al Tribunal Arbitral en el año mil novecientos noventa y siete, resolviendo este órgano que ambas partes debían asumir en igual proporción el IGV. Estando probado que dicha disposición no fue cumplida ni por la Municipalidad ni por el Consorcio Upacá (hoy RELIMA) y que el recién en el periodo de gobierno del denunciado es que se advierte dicha deuda y se determina el monto, se cancela y se renueva el contrato con la empresa citada. Siendo esto últimos hechos en los que se base la presente denuncia.

**Vigésimo Cuarto:** En ese sentido, del análisis de los hechos y instrumentales que obran en autos referentes a *la etapa en la que se negocia la determinación de la deuda*, se ha establecido en relación a la participación del denunciado que: la determinación de la deuda se realizó en el año dos mil cinco, siendo encargado de dicho diligenciamiento el Área de Gerencia de Finanzas, la misma que ha evacuado informes, ha constatado y recabado los comprobantes (detallados en la denuncia fiscal), siendo el asesor contratado Daniel Arias Donayre el que advirtió dicha situación conforme al informe de fojas 2005- 01- 001-MML/OGF-AF, de fecha 05.01. 2005; así como se llevo a cabo un proceso de sinceramiento de la deuda, la que concluyó en que finalmente se acepte pagar la suma de S/35' 941, 464, 93 nuevos soles, bajo la tasa de interés legal nominal a partir de la fecha de conciliación y en el plazo de diez años, pactándose el no pago de los intereses anteriores. Este hecho conforme se ha señalado ha sido diligenciado por la Gerencia de Finanzas (Gerente Juan Blest García), siendo que incluso conforme a la resolución de Alcaldía N° 003 de fecha 03.02. 2005 y la resolución de Alcaldía N° 2546 de fecha 17.10. 2005, ratificadas mediante resolución de Alcaldía N° 2842 (29. 12. 2003) se delego funciones a la Dirección General de Finanzas lo que puede constituir un conraindicio<sup>51</sup>, siendo que el primero de los actos de delegación incluso se produjo anteriormente a que se advirtiera la existencia de la deuda. Si bien puede tener responsabilidad por incumplir su deber de vigilancia, ello debió ser visto en el campo administrativo. Más todavía no se encuentra indicios de participación del denunciado si el trabajo de determinación del monto de la deuda consistió en la ubicación física de los comprobantes de pago, compuesto por facturas, Notas de crédito y Notas de débito- *acto administrativo*- para luego calcular el porcentaje adicional del 9% sobre el monto girado, como señala el asesor del Gerente de Finanzas Daniel Arias Donayre, siendo por lo tanto que el pago en exceso de un millón novecientos siete setecientos mil ochocientos siete nuevos soles que ha determinado que existe la SUNAT en el documento obrante a fojas 3506, la pericia elaborada por el Ministerio Público obrante a fojas 1052, y los informes emitidos por la Contraloría General de la República, se han producido *por haberse efectuado en el cálculo efectuado en el dos mil*

<sup>51</sup> Elemento capaz de desvirtuar el contenido incriminatorio de los indicios.

*cinco en base a comprobantes de Pago que no corresponden a la deuda, se incluyeron notas de crédito y facturas que no correspondía al concepto, o habían sido anuladas, dicho acto fueron realizado por el personal que trabaja en la Gerencia Financiera-* lo que esta siendo materia de investigación a fin de dilucidar responsabilidades- sin embargo dicho hecho no constituye y no se encuentra dentro del campo de quien realizó la determinación de la deuda y si existe un calculo erróneo como en el presente caso no se puede imputar al denunciado conforme señala el *Principio de Confianza*, pues en su calidad de alcalde no se encuentra dentro de sus funciones el realizar la determinación de la deuda en base al análisis de los comprobantes, así como tampoco surge un deber de vigilar pues la delegación formulada no implica o abarca una función que no le corresponde.

**Vigésimo Quinto:** Respecto a si durante el pago de la deuda a la empresa *COMUNICORE Sociedad Anónima* el denunciado ha cometido un delito: En este punto es importante señalar que: **primero** que el inculcado no ha dispuesto el pago de la deuda con dinero que no estaba presupuestado sino que el área de Finanzas fue el que dispuso no existiendo indicios de ello, al contrario conforme se ha señalado el denunciado en la resolución de Alcaldía 2548 de fecha **17.10. 2005** delegó facultades al Gerente de finanzas encargándolo del financiamiento de las deudas bancarias y el saneamiento o reducción de los pasivos, deudas y cualquier obligación o contingencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima, siendo ratificada mediante delegación de Alcaldía de fecha 2852 (29.12.2005), por lo que dichos indicios del modo como se ejecutó no son suficientes a fin de determinar la participación del denunciado sino del gerente citado: Así como las circunstancias en torno a que no existía el contrato de cesión de derechos y que no se espero el informe legal para aceptar y disponer las ordenes de pago, en esa actuación tampoco hay indicios que el denunciado haya intervenido y dispuesto ese pago, y que la falta de diligenciamiento en no vigilar sólo constituye un indicio que a lo sumo puede generar un responsabilidad a título de culpa, sin embargo, los delitos atribuidos no comprende dicha modalidad. Asimismo se ha establecido que la tarea de cancelar la deuda y de sanear los pasivos forman parte de las funciones del Área de la Gerencia de Finanzas conforme lo establece el artículo 57 del ROF, la misma que estabas vigente.

**Vigésimo Sexto:** En relación a que existen indicios que se cancelo la deuda con operaciones de *créditos bancarios, utilizando dinero para cubrir las cuentas que habían sido sobregiradas*, así como utilizando recursos directamente recaudados sin habitación presupuestaria a pesar que el Área de finanzas tomo conocimiento que para disponer se requería el Acuerdo del Consejo Municipal (integrado por también por el Alcalde), en autos sólo existe indicios que relacionan a la labor de la citada área, la que esta siendo materia de investigación, más no con respecto al denunciado, siendo que sólo existe indicios aislados, no concurrentes respecto a que el Consejo convalido dichas decisiones mediante el

Acuerdo número 085 y 213, tomaron conocimiento y aprobaron los cambios presupuestarios.

**Vigésimo Séptimo:** Sobre la NO verificación de la celebración del contrato de la cesión de derechos realizada a la empresa COMUNICORE por parte de la empresa RELIMA, dicho acto no podía ser cuestionado por el denunciado en su calidad de alcalde pues existen indicios en el momento de la determinación de la deuda que en la Carta C- 0821/2005 de fecha 13. 09. 2005 obrante a fojas 5996 que entre las condiciones puesta por la Empresa RELIMA para el pago de la deuda se fijó *que el Municipio autoriza el ceder sus derechos bastando que se le comuniqué a la Municipalidad*, así como nuestro Código civil lo preve en el artículo 1206... puede hacerse sin el asentimiento del deudor. Así como en relación a que *no ha realizado el denunciado las averiguaciones o cuestionado que dicha empresa no registraba movimientos bancarios, que estaba quebrada*, dicha diligencia no se encuentra comprendida en el deber del denunciado ni comprende sus funciones más incluso no se le podía exigirle al alcalde que se oponga a la cesión de derechos ni menos que no se realice los pagos- razonamiento absurdo- que podría constituir un abuso de autoridad. Además en relación a que dicha empresa ha cambiado de accionista y tiene como accionista personas que viven en lugares de bajos recursos o que la empresa esta ligada al Gerente Administrativo financiero de la empresa RELIMA no son suficientes indicios e incluso no son idóneos y eran exigible que el denunciado, investido de facultades de investigación preliminar los averigüe, ya que ello no puede ser exigido y no constituye o hace referencia a los elementos objetivos de los tipos penales, ya que dichos actos constituyen actos propios de la administración de una persona jurídica privada y autónoma a la jurisdicción del Municipio, en los que no se puede entrometer, ya que sus facultades están previstas en ley.

**Vigésimo Octavo:** Respecto a la existencia de indicios de la comisión de un delito *en la etapa que se acepto la renovación del contrato de concesión entre la empresa de RELIMA y la Municipalidad de Lima*. En este punto se considera que primero dicha situación surge de la Actuación de la Gerencia de Administración, órgano que en aras que sea suscrito el contrato solicitó un informe al Estudio Jurídico Benites, De las Casas, Forno y Ugaz Abogados y que si bien RELIMA le envió una carta al denunciado obrante a fojas 6338, en el que se plantea la posibilidad de renovar el contrato por diez años y le envía la condiciones, no recibió respuesta por lo que reiteró con un nueva propuesta conforme a la carta de fojas 6351, la que siguiendo el trámite se envió a la Dirección General de Asuntos jurídicos para su evaluación determinándose que si se podía renovar el contrato; así como se pidió informe a la subgerencia de servicios públicos, sin embargo dichos informe sólo tenía la naturaleza de una opinión la que debía ser evaluada y aprobada por el Consejo Metropolitano de la Municipalidad de Lima, no existiendo en dicho ámbito indicios de la comisión del delito por lo que al considerar como indicio suficiente que paralelamente se desarrollaron el pago de la deuda y la



renovación del contrato es ignorar que el Municipio es un órgano activo que tiene diversas unidades orgánicas que desarrollan múltiples labores y roles a lo largo del año y que para ejecutarse un hecho requiere opiniones y autorizaciones que coincidan. Asumiendo en ese razonamiento que no se puede determinar su participación en base al contenido de los informes que dieron el visto bueno a la renovación pues de ellos son responsables las áreas que lo emiten y que están formulados en base a la información que manejan. También es importante diferenciar y considerar que el denunciado en el cumplimiento de sus funciones esta sometido a normas extrapenales que implican generalmente responsabilidad de tipo administrativo, y no necesariamente penal, no correspondiéndole a este tribunal el evaluar si hubo o no infracción administrativa.

## **V. ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS PLANTEADOS:**

**Vigésimo Noveno:** A fin de responder a los agravios planteados también en el informe oral es necesario señalar en que consiste la figura de la coautoría y la figura de la autoría mediata. La Primera de las figuras, *“la coautoría es una forma de autoría con la peculiaridad que en ella el dominio del hecho es común a varias personas. Coautores son los que forman parte en la ejecución del delito en co- dominio del hecho (dominio funcional del hecho)”*<sup>52</sup>. Se caracteriza por existir un dominio funcional del hecho. Para que concorra esta institución se requiere dos condiciones: *decisión común (imputación recíproca) y realización común (aporte objetivo del hecho) que se encuentra asentado en la interdependencia funcional asentada en el principio de división del trabajo, existiendo una repartición funcional de los hechos. Los tipos de coautoría son coautoría sucesiva, alternativa y coautoría aditiva.*

**Trigésimo:** Una situación que merece especial mención y que guarda relación con los hechos denunciado es *que “en el caso de los delitos de infracción de deber existe la dificultad que para caracterizar al autor, sería insuficiente el dominio del hecho pues solamente al que le incumbe el cumplimiento de un deber especial se le considera autor la posibilidad de la autoría se halla limitada al círculo de los denominados autores calificados expresados en el tipo penal”*<sup>53</sup>. Siendo que en el caso de la coautoría deberá estar presente una afectación en común del deber especial sea cual fuere el aporte de cada uno de ellos a la realización del delito. Por ello si el ejecutor carece del deber es un no cualificado (*extraneus*) será sólo un partícipe mientras que el sujeto que le dirija a esa acción si es cualificado (*intraneus*) sería el autor inmediato.

---

<sup>52</sup> Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal- Parte General, Grijley, 2da reimpresión agosto 2007, Lima, p. 482.

<sup>53</sup> Ibid. p. 490.

**Trigésimo Primero:** Por su parte el Autor mediato es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario pero sólo él tiene el dominio del hecho, siendo el hombre que actúa desde atrás. Se caracteriza por que: existe posición subordinada del intermediario y rol dominante del hombre de atrás.

**Trigésimo Segundo:** Otra institución penal de gran relevancia es la figura de la Autoría mediata por el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Para entender esta figura se debe precisar que la tesis desarrollada por Roxin, considera que existen tres formas de autoría mediata: **i)** por dominio del error del ejecutor, **ii)** por dominio de la coacción sobre la voluntad de ejecutor y **iii)** por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Las dos primeras figuras son lo que se entiende en sentido estricto por autoría mediata.

**Trigésimo Tercero:** Los presupuestos para considerar que se da dicha figura son: en primer lugar, como presupuesto general la existencia previa de una organización estructurada con asignación de roles que tiene una vida funcional independiente de la de sus integrantes, en la que existe el principio de la jerarquía y la asignación de roles<sup>54</sup>. En segundo lugar, en el nivel objetivo se puede afirmar la existencia del dominio que ejerce el hombre de atrás [autor mediato] sobre una organización<sup>55</sup>, si existe: i) el poder de mando, ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico (apartamiento del derecho o la “*constante antijuricidad*” de la organización); y, en un nivel subjetivo: iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho ( la predisposición a la realización del hecho ilícito.<sup>56</sup>

**Trigésimo Cuarto:** En esa perspectiva se determina que: a) la denuncia fiscal señala que se le atribuye al denunciado en calidad de autor, señalando la existencia de una coautoría y no la figura de la autoría mediata; más no indica cual es la conducta desplegada por el denunciado; b) no ha tomado en cuenta la Fiscal en su denuncia que los delitos imputados son delitos de infracción del deber y que sólo pueden ser atribuidos a los sujetos que tienen la funciones específicas, ya sea formalmente o de hecho, que lo ejercen sin importar el motivo ya sea porque fueron contratados o por delegación las funciones en las que se ha producido la infracción del deber; c) ***mas tácitamente se hace referencia que el denunciado habría intervenido en los hechos descritos en su calidad de Alcalde y que existe indicios de ello***, pues si bien el denunciado fue alcalde y ocupó el máximo cargo administrativo,

---

<sup>54</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. “Autoría Mediata por Dominio de Aparatos Organizados de Poder. En *Sistemas Penales Iberoamericanos*”. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su sesenta y cinco Aniversario. ARA Editores. Lima dos mil tres, página seiscientos seis.

<sup>55</sup> Para un mayor entendimiento sobre los presupuesto del dominio por organización y fundamentos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Vid., con más detalle, PARIONA ARANA. “Autoría mediata por organización...” específicamente, página cuarenta y cinco al ciento veintitrés. El mismo autor. “*El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata*”, especialmente en la página trescientos noventa y cinco a trescientos noventa y siete.

<sup>56</sup> Conforme se detalla con mayor precisión en la l ejecutoria suprema del R.N 19-2001- 09 AV Lima, su fecha 30 de diciembre del dos mil nueve, caso de Alberto Fujimori Fujimori.

siendo la Municipalidad una entidad organizada en gerencias, dicha situación no es suficiente para atribuirle los actos ilícitos realizados por el personal a su cargo, ya que no existe indicios que *este hubiera participado en los hechos ni que exista* repartición de funciones, o que ejerciera dominio sobre una organización ilícita que tenga una vida funcional independiente de la de sus integrantes y de las labores propias de su función, o que esta enmarcada en la constante antijuricidad y en la que los gerentes o administrativos que se encuentra bajo su supervisión resultan fungibles. Así como tampoco existen indicios de la predisposición a la comisión del hecho ilícito, pues *el aceptar la reestructuración de la deuda bancaria de los 87 millones de soles mediante el Acuerdo de Consejo 294, de fecha 26 09. 2005 obrante a fojas 7321*, en la que no intervino sólo sino en compañía de los consejeros, actuando investidos de sus facultades como órgano decisorio, que esta facultado a tomar esa decisión y que fueron desarrollados por las áreas pertinentes- *conforme hemos expuesto a partir del considerando vigésimo segundo; así como respecto a que constituye un indicio de la comisión de los delitos la delegación de funciones a la Gerencia de Finanzas que estuvo destinado desde el inició al pago de la deuda y no a la reestructuración de la deuda bancaria*, se tiene que conforme se señala en la resolución de Alcaldía N° 003 de fecha 03.02. 2005, en la resolución de Alcaldía N° 2546 de fecha 17.10. 2005, ratificadas mediante resolución de Alcaldía N° 2842 de fecha 29. 12. 2003, dicha versión no esta corroborada sino que al contrario existen indicios como el contenido de los documentos citados que acreditan que dichos actos *no estuvieron destinados sólo a pagar las deudas anteriores sino que también al saneamiento de las deudas bancarias y reducción de los pasivos en general*, ya que era política municipal sanear los pasivos.

**Trigésimo Quinto:** Además no se puede considerar como un indicio suficiente la versión del Henry Brachowicz Vela, gerente general de COMUNICORE, contenido en un video propalado por los medios de comunicación de fecha 01. 07.09, cuya transcripción obra a fojas 8770, en el que se refiere al pago de la deuda realizado por la Municipalidad Metropolitana de Lima y que si bien nombra al encausado ante la pregunta del entrevistador: *Castañeda, ¿sabía de ese pago? Respondió, quién no va a saber, Es como si me dijeras que Mercedes Cabanillas no sabe lo de....No. Tú sabes pero...* así como posteriormente ante la pregunta que le vuelven a formular el procesado Henry Brachowicz Vela: *¿hay alguna manera de probar que Castañeda sepa? ...no,..* En ese audio también se indica que Miguel Angel Garro Barrera(Gerente Administrativos financiero de RELIMA) tenía contactos dentro de la Municipalidad, pero no se refiere al denunciado; por tanto, el mencionar el apellido Castañeda en el contexto de la conversación del contrato de cesión de derechos y el pago de la deuda de parte de la Municipalidad-(hechos que son verdaderos y que no se cuestionan en sí, conforme se refiere en la denuncia a fojas 4603) no es suficiente para atribuir responsabilidad penal, pues no se realiza una sindicación directa en los hechos al denunciado ni el propio declarante del audio puede acreditar su participación, por lo que sólo constituyen simples conjeturas versiones

referenciales y apreciaciones subjetivas; más aún si el procesado Henry Brachowicz Vela, en su manifestación preliminar no hace referencia a la existencia de un acuerdo colutorio a fin de favorecer a su empresa, e incluso si el denunciado hubiera conocido del pago de la deuda, no constituye un delito en sí. Por tanto, no se puede afirmar que existan indicios que la conducta del imputado constituye la figura de la coautoría o autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.

**Trigésimo Sexto:** De todo lo detallado se denota que estando a que la responsabilidad penal es personal no existen suficientes indicios de la participación del denunciado en los hechos que son materia de denuncia fiscal, por lo que no se puede realizar un juicio probable, razonable y congruente de la hipótesis acusadora a fin de imputársele los delitos de colusión y de malversación de fondos, por lo que si se realizara dicho se afectaría el Principio de Imputación Necesaria<sup>57</sup>. Así como si bien existen elementos reveladores de la probable comisión de los delitos no establecen la participación del inculpatado. En consecuencia no se cumple con los presupuestos esgrimidos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales por la ausencia de indicios.<sup>58</sup>  
Por tales fundamentos:

**Mi voto es porque se:**

**CONFIRME:** el auto de fojas cuatro mil seiscientos treinta y cinco y siguientes, su fecha catorce de enero del dos mil once, en el extremo que declara no ha lugar a la apertura de instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio, por el delito contra la Administración Pública- Colusión Desleal- y Malversación de Fondos-, en agravio del Estado- Municipalidad Metropolitana de Lima. **Notifíquese y devuélvase.-**

Lima, siete de setiembre de dos mil once.

**(CEA/kmqt)**

---

<sup>57</sup> Ese principio es desarrollado con mayor claridad por James Reátegui Sanchez. El control Constitucional en la etapa de calificación del proceso penal. Palestra, 1ra edición 2008, 15 y siguientes.

<sup>58</sup> El archivo no tiene la naturaleza de cosa juzgada o decidida conforme a la Sentencia recaída en el Expediente N° 08817-2005-HC/ TC y a la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, emitida en la Queja N° 808- 2010 – Lima de fecha veintiuno de febrero de dos mil once.