

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II – 19.a)

Inc. 37 – 2005 – “O”

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°32

Lima, dos de diciembre
del año Dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la señora Tello de Ñecco, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 304 y siguientes; y, **ATENDIENDO: PRIMERO.-** **Que**, deducida por la defensa del procesado Humberto Isaac Ruiz Novoa mediante escrito de fojas 256 a 273, es materia de examen la excepción de naturaleza de acción por los delitos contra la administración pública: **peculado doloso, negociación incompatible con el cargo y usurpación de funciones**. Sostiene la defensa que los hechos imputados no configuran tales delitos, pues, en lo que respecta al delito de negociación incompatible con el cargo (artículo 397° del Código Penal, por entonces vigente) no se configura el verbo rector: “interesarse”; el procesado no realizó acto alguno de gestión por intereses distintos a los institucionales del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos; todos sus actos respondieron a la necesidad de implementar, con arreglo a las normas del Banco Mundial, el personal necesario para trabajos y consultorías; sus requerimientos fueron, en palabras de la defensa: *“transparentes, específicos y puntuales; y de la misma manera se actuó en la posterior selección y evaluación final de todos los candidatos”*; no infringió norma legal alguna, todos sus actos administrativos fueron válidos y *“ello se sustenta en el conocimiento del banco mundial respecto al personal seleccionado, y la Gerencia Administrativa del PROMUDEH, así como el área legal de la misma, encargada de la elaboración de los contratos no detectaron ningún hecho delictuoso o irregular (...) no hubo interés personal que conlleve a la final contratación de los consultores o abogados que requería el proyecto, todo el actuar de mi patrocinado fue legal, y ello fue corroborado y convalidado por el Banco Mundial, así como por la misión de supervisión posterior en adquisiciones –del 26 de agosto al 3 de septiembre del 2002, el cual en su informe de hallazgos sobre la revisión posterior de contratos, no encontró ningún tipo de irregularidad o malos manejos en la contratación del personal para la consultoría encargada de elaborar la propuesta de Ley para Pueblos Indígenas y Afro-peruanos.*

(...) En todo caso, si es responsable Humberto Ruiz Novoa de realizar una selección de personal defectuosa, de colocar calificaciones erróneas o no tener claro los fines que se debía tener en cuenta para las evaluaciones y selección de candidatos, ello no significa una conducta típica del delito de negociación incompatible. Ello, definitivamente, no demuestra INTERÉS por el simple hecho que la acción cometida no estuvo prohibida expresamente por norma legal, esto es no fue indebida. No fue indebida porque todo el proceso de selección, y los resultados fueron conocidos, en su oportunidad, por el Banco Mundial, mediante los siguientes oficios” (la defensa pasa a citar varios oficios dirigidos al Banco Mundial, en los que se le comunica la selección y contratación de varios profesionales). Continúa la defensa: “Las calificaciones hechas a los candidatos para las consultorías programadas o para el desarrollo de los proyectos de reforma legal, no son conductas típicas, sólo pueden acarrear consecuencias de índole administrativa, por una mala apreciación en las calificaciones de los contratados”. Así pues, para la defensa, la conducta del procesado constituye irregularidad administrativa, mas no el verbo rector del tipo: “interesarse”. En lo que respecta al delito contra la administración pública-peculado doloso, la defensa sostiene que “La unidad ejecutora responsable de la ejecución del PDPIA y de la ejecución de las operaciones de la ex SETAI era en ese entonces, PROMUDEH a través de la Gerencia de Gestión Administrativa. Es esta oficina en donde finalmente se valida, autoriza y se elaboran las contrataciones; y donde también se evalúa y ejecuta los pagos correspondientes. Mi patrocinado no tenía la facultad para la toma de decisiones ni objetar lo acordado en las instancias superiores de la organización. No tenía la capacidad para autorizar, o no contratar u ordenar absolutamente nada, esta función recaía en la Unidad Ejecutora del Proyecto en ese entonces la Gerencia de gestión Administrativa del PROMUDEH, quien realmente autorizaba y procedía al pago respectivo previa verificación de la documentación remitida”; el procesado, pues, no tenía relación funcional “que calce en el tipo penal, puesto que (...) no manejaba dinero asignado a la Secretaría, ni mucho menos caudales o recursos que posibiliten la consumación del tipo penal en cuestión”, no se da ese elemento objetivo del tipo penal. Por otra parte, siempre según la defensa, como administrador el procesado recibió hasta tres informes preliminares individuales de los abogados contratados Viviana Ivonne Pejovés Oliva y Blanca María Baca Plaza, inclusive, recibió un “Informe consolidado del equipo de especialistas del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afro peruanos período junio-septiembre 2002”. En lo que respecta al delito contra la administración pública- usurpación de funciones, textualmente la defensa argumenta: “...mi patrocinado jamás actuó de manera arbitraria, todo lo

contrario, actuó conforme lo indicado por su superior directo, César Álvarez Falcón. Y la función de emitir Actas de Conformidad de Servicios fue DELEGADO por César Álvarez Falcón. Se debe reiterar (...) que nunca se confeccionó un MPF o ROF, reglamentos y/o alcances de cómo se debían desenvolver las actuaciones de los encargados de la secretaría técnica de asuntos indígenas. Esto quiere decir que mi patrocinado Humberto Ruiz así como su Jefe Superior inmediato, Sr. César Álvarez Falcón, no tenían dispositivo legal que sustentara la delegación de funciones. Es decir, mi patrocinado no trabajaba amparado en un reglamento específico que pueda remarcar detenidamente los encargos y funciones que se desarrollaban en la SETAI. Por tanto, tampoco existía dispositivo legal que prohibiera la función encomendada a mi defendido, es decir, suscribir las Actas de Conformidad para la consultoría de César Álvarez Falcón. En el presente caso, mi patrocinado Humberto Ruíz conoce los límites de sus funciones, y es por ello que actúa sólo bajo encargo y mandato de su Jefe Superior, lo cual si bien es cierto no fue comunicado mediante oficio o documento que sustente lo dicho por mi patrocinado, fue de total conocimiento de César Álvarez Falcón, quien finalmente percibió sus honorarios de la consultoría que realizaba ya que conocía de los documentos que eran remitidos a la Gerencia Administrativa de PROMUDEH. Aún en caso que se haya aceptado ejercer funciones, a través de una delegación ilegítima, en un caso hipotético, si las actividades que se reputan invadidas no tienen un destino público o no están REGLADAS, no podremos hablar de conducta típica, configurando ello un delito imposible (...) no se puede imputarse delito de usurpación de funciones a mi patrocinado por el simple hecho de realizar un acto jurídico-administrativo, pues porque no está reglamentado, no se encuentra prohibido en el ejercicio por delegación de funciones, y que finalmente puede ser validado gracias a lo dispuesto por el contrato". **SEGUNDO.-** El señor Fiscal Superior dictaminó que la excepción sea declarada infundada, en razón de que a través de ella no se puede cuestionar la existencia de culpabilidad y no puede ser confundida con el alegato de no tener calidad de autor, coautor o partícipe del acto u omisión objeto de procedimiento porque, si el caso es real, "el cuestionamiento del procesado sobre el nexo de causalidad con lo imputado es un aspecto inherente a la responsabilidad que debe ser resuelto al decidirse sobre el fondo del caso". **TERCERO.- Que,** el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales establece que procede la excepción de naturaleza de acción cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. El primer supuesto comprende tanto que el hecho investigado no se encuentre expresamente descrito como delito en la ley penal (ausencia de tipo) o que estando descrito el hecho como delito adolezca de algún elemento para su configuración (falta de adecuación del hecho al tipo); señala el profesor San

Martín Castro al respecto que: *“como quiera que existe una relación inescindible entre tipicidad y antijuricidad y en la medida que las causas o tipos de justificación eliminan la prohibición penal de hecho o, mejor dicho, ‘recorta el ámbito de lo prohibible’, de suerte que elimina la tipicidad, éstas se encuentran incluidas en el primer supuesto, es decir, en la atipicidad del hecho denunciado”*¹. El segundo supuesto, suponiendo la adecuación de la conducta al tipo penal, comprende la presencia de las denominadas “excusas absolutorias” o la ausencia de determinada condición objetiva de punibilidad, que determinan la inconveniencia del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en determinados casos y por razones de política criminal. **CUARTO.-** Que la excepción de naturaleza de acción como medio de defensa eminentemente técnico se orienta a cuestionar una indebida calificación de los ilícitos por los que se abre instrucción, como resultado de un error de apreciación por parte del Juzgador al momento de tipificar la conducta o determinar la necesidad de ejercicio del ius puniendi. Al respecto, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 28117) 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. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción”*. **QUINTO.-** El artículo 397° del Código Penal sancionaba el delito de negociación incompatible con el cargo o aprovechamiento indebido de cargo en estos términos: *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”*. Cabe hacer la precisión que con posterioridad a los hechos, mediante Ley N° 28355, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro, la norma fue modificada y el delito fue reubicado en el artículo 399°. Ahora bien, conforme es de verse del auto de apertura de instrucción y sus ampliatorias, el título de participación

¹ SAN MARTIN CASTRO. DERECHO PROCESAL PENAL. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2ª edición 2003, tomo I, página 399.

atribuido al procesado-recurrente es el de partícipe y como bien enseña el profesor Felipe Villavicencio: *“Si bien los tipos legales generalmente están redactados en función a la realización de la conducta por un autor, existen problemas cuando son varios los sujetos que intervienen y no se les puede calificar de autores, por ello, surgen las reglas de la participación, que constituyen una ampliación o extensión del tipo legal para comprender a dichas conductas y son, además, causa de extensión de la pena, por cuanto al ampliarse el tipo llegan a ser punibles, ‘pues de otra manera no lo serían por quedar fuera del tipo’.* La teoría de la autoría y la participación forma parte de la teoría de la imputación”². Esta circunstancia hace impertinente desarrollar la estructura del tipo en relación al recurrente. Sí es pertinente recordar, sin embargo, que este delito admite participación, como bien lo puntualiza el autor nacional Fidel Rojas Vargas: *“En los actos de contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho (propio de los autores) como actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones, y cuyo contexto de participación puede adquirir diversas manifestaciones (intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negociadores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, etc.)”*³. **SEXTO.-** Por otra parte, el artículo 387° del Código sustantivo penaliza el peculado doloso en estos términos: *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.”* La Corte Suprema, en Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 ha establecido como precedentes vinculantes, entre otros, lo siguiente: **“6.** El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en

² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. DERECHO PENAL. Parte General. Editora jurídica Grijley E.I.R.L 2006, página 459.

el delito de peculado, al señalar que “*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...*”; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...*”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “*Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...*” (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. **7.** Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: **a)** *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. **b)** *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. *La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción. *La Custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y

³ ROJAS VARGAS, Fidel. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Editora jurídica

vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. **c)** *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. **d)** El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. **e)** *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”. **SÉTIMO.-** El delito contra la administración pública- usurpación de funciones se halla previsto en el artículo 361° del Código Penal, bajo estos términos: *“El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”*. Sobre este delito, en la modalidad atribuida al impugnante, el profesor Rojas Vargas explica: *“Se ejerce funciones que corresponden a cargo distinto del que se tiene, cuando el sujeto activo conociendo los límites de sus funciones, invade dolosamente ejerciendo las atribuciones o facultades de otro cargo o cuando acepta ejercer otras funciones, a través de una delegación ostensiblemente ilegítima. Ello puede ocurrir por la insuficiente taxatividad de las leyes y reglamentos, situación muy usual en el Perú, al fijar las funciones y alcances de las mismas; o por error invencible. Supuestos estos últimos que pueden exculpar al funcionario o quitarle la tipicidad al delito. El estado de necesidad igualmente justifica la conducta”⁴*. Sustento necesario para el amparo de la excepción, en este caso, es que el recurrente haya ejercido funciones de su competencia y no otras. **OCTAVO.-** **Que**, mediante auto de fecha dieciocho de marzo de dos mil cinco, obrante en copias certificadas de fojas 98 y siguientes, el señor juez del Tercer Juzgado Penal Especial abrió instrucción, entre otros, contra el procesado Ruiz Novoa

Grijley E.I.R., 4ª edición 2007, página 826 y siguiente.

por delito contra la administración pública- negociación incompatible con el cargo y usurpación de funciones; por mandato de la Sala Penal Especial “C” (ver resolución de fojas 673 y siguientes) amplió la instrucción por delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso (ver resolución de fojas 182 y siguientes). Con relación al primer delito imputado, la base fáctica considerada fue que el procesado, actuando como Administrador del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos, fue partícipe en la interesada selección y contratación, en setiembre de dos mil dos, de José Antonio Chilet Manco como Coordinador del mencionado Proyecto, pese a que no reunía los requisitos establecidos en el Manual de Operaciones del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos; por el contrario, el procesado, lo mismo que José Luis Revilla León (Especialista en Evaluación y Monitoreo) visaron términos de referencia en los que establecían requisitos distintos a aquellos y que se adecuaban a las condiciones y perfil del mencionado Chilet Manco (persona que venía laborando extraoficialmente en el Proyecto desde enero de dos mil dos, participaba en las reuniones de coordinación en representación del despacho de la Primera Dama de la Nación, donde, inclusive, tenía una oficina). La autoría del delito fue atribuida a César Álvarez Falcón, Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, sin embargo al procesado Ruiz Novoa le tocaba *“...supervisar los procesos de adquisiciones con normas del Banco Mundial y otras aplicables al Proyecto y participar en la evaluación y negociación de la propuesta del consultor y/o firmas consultoras...”*. Con relación al delito contra la administración pública- usurpación de funciones, la imputación consiste en haber ejercido una función que no le correspondía, sino al Secretario Técnico de Asuntos Indígenas: otorgar la conformidad para el pago al Consultor en Desarrollo Institucional y Planificación Estratégica para el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos por servicios profesionales prestados de febrero a junio de dos mil dos. El consultor no fue otro que el propio César Álvarez Falcón, quien a la vez ejercía el cargo de Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, hecho irregular detallado en los puntos respectivos de la imputación. Dijo el señor Juez: *“Así tenemos, que Humberto Isaac Ruiz Novoa, en su condición de Administrador del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Africanos, mediante oficios de fechas veintidós de Abril (...), veinticuatro de Mayo (...) y veintisiete de Junio del año dos mil dos (...), suscribió las conformidades de pago de César Augusto Álvarez Falcón, como*

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Obra citada, página 915.

Consultor en Desarrollo Institucional y Planificación Estratégica para el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Africanos, por los meses de Abril, Mayo y Junio del dos mil dos, empero el otorgamiento de estas conformidades, no estaba comprendida dentro de sus funciones, las cuales, aparecen descritas en los términos de referencia anexos a su contrato como Administrador, sino que tal como lo señalaba la quinta cláusula (cinco punto tres ...) del contrato de César Augusto Álvarez Falcón como Consultor en Desarrollo Institucional y Planificación Estratégica, era función del Secretario Técnico de Asuntos Indígenas otorgar la conformidad de los servicios prestados por el Consultor para cancelar sus honorarios". Mediante resolución de fecha diecinueve de octubre de dos mil seis, de fojas 215 y siguientes, se amplió la instrucción contra el recurrente como partícipe del delito contra la administración pública- negociación incompatible con el cargo en relación a la contratación indebida (por no reunir los requisitos establecidos en los Términos de Referencia) de Aldo Ortiz Anderson (como consultor para elaborar el plan anual de adquisiciones 2002 y como consultor para la elaboración del nuevo manual de operaciones del Proyecto PDPIA), Wilfredo Valencia Chávez (como Especialista en Seguimiento Zonal para los zonas Asháninkas), Tránsito Hermes Palma Quiroz (como Especialista en Seguimiento Zonal para la zona Afroperuana), Jorge Janampa Janampa (como Especialista en Seguimiento Zonal para la zona Quechua Sur), Edilberto Kinin Inchipish (como Especialista en Seguimiento Zonal para la zona Aguaruna-Huambisa) y Efraín Cáceres Chalco (como Especialista en Seguimiento Zonal para la zona Quechua).

NOVENO.- Con relación al delito contra la administración pública- peculado doloso, ha de precisarse que la Sala Penal Especial "C", sobre la misma base fáctica de probabilidad considerada por el a quo ordenó la apertura de la instrucción en este extremo, pero poniendo de relieve la vinculación de relación funcional entre los procesados, entre ellos el recurrente Ruiz Novoa y los caudales o efectos. Es decir, la pretensión del recurrente –la no configuración del peculado doloso por inexistencia de relación funcional– ha sido materia de pronunciamiento judicial desfavorable a su parte, que este Colegiado no puede modificar en este estadio procesal. Ello no obsta para recordar que para la configuración del delito en cuestión no se requiere, necesariamente, la disponibilidad física o material de los caudales o efectos, sino la disponibilidad jurídica; es cierto que el procesado no tenía la disposición material, pero no es menos cierto que la Gerencia Administrativa del PROMUDEH (ante quien se dirigía el recurrente y otros funcionarios para el desembolso de fondos) no tenía

la disposición jurídica, ésta correspondía al recurrente como administrador del Proyecto; así se desprende del Manual, foja 428 y siguiente, que entre otras funciones asignaba a éste: “(...) c. Coordinar y supervisar los procesos de los sistemas de finanzas contabilidad, tesorería y presupuesto con la Gerencia de Gestión Administrativa del PROMUDEH. (...) e. Contactar al Oficial de desembolsos del Banco antes de incurrir en el gasto o de entregar la solicitud de desembolsos en el caso que existan dudas razonables. f. Preparar los reportes de los gastos al Banco periódicamente. (...) i. Elaborar el Plan Anual de Adquisiciones del Proyecto de bienes y servicios de consultoría, como parte del Plan Operativo Anual. Este plan provee información acerca de los contratos de adquisición, los procedimientos aplicables, los gastos estimados bajo cada categoría y la fuente de financiamiento. (...) k. Supervisar y elaborar reportes sobre la ejecución y actualización del programa de adquisiciones anual de bienes y servicios del Proyecto. (...) m. Preparar y remitir a la SETAI reportes mensuales de gastos de inversión para actualizar el Plan Operativo Anual”.

DÉCIMO.- Con relación al delito contra la administración pública-negociación incompatible con el cargo, no cabe sino advertir, en principio, que al procesado recurrente no se le atribuye la calidad de autor sino la de partícipe, circunstancia relevante si se tiene en cuenta que su punibilidad depende de su relación (de accesoriedad) con el hecho del autor, cuya conducta, ella sí, ha de estar subsumida en un tipo penal. Aun así, si se tratara de imputación a título de autoría, es evidente que los fundamentos de la excepción se refieren todos al cuestionamiento de la probabilidad sobre cuya base el señor juez abrió la instrucción, esto es, sobre materia que deberá declararse en sentencia previa actuación y debate probatorio. En efecto, se trata de una diferente y particular interpretación de los hechos: allí donde el juzgado los consideró como hechos indicativos que podrían llevar a configurar el verbo rector del tipo: el “interesarse”, la defensa encuentra que se trata de meras irregularidades administrativas, en ningún caso ilícitos penales. De cualquier modo, como quiera que la defensa niega interés en la contratación de profesionales que no reunían el perfil para el cargo, es necesario volver a tener presente que el título de participación atribuida es la de partícipe, no la de autor, en otros términos, el interés le es atribuido sólo al autor.

UNDÉCIMO.- De acuerdo al relato fáctico del caso presente, la conducta atribuida al procesado recurrente, en cuanto a la usurpación de funciones se refiere, guarda estrecha e indesligable vinculación con la atribuida al procesado César Álvarez Falcón quien, ejerciendo como Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, contrató con su representada para

realizar una consultoría y dado que –a diferencia de los regulares contratos con terceros- él no podía firmar la conformidad de su propio servicio, fue el recurrente quien lo hizo para que pueda cobrar los honorarios. De lo antes reseñado, así como de su especial posición como administrador del Proyecto, se infiere que el recurrente habría procedido con conocimiento cabal de la ilicitud del actuar de su coprocesado y de que, con su conducta, aunque configurando un delito independiente, colaboraba con ese actuar. Pero ello no releva de determinar si, como sostiene la defensa, podía otorgar la conformidad por delegación de su propio coprocesado dado que la normativa no era clara. De entrada, en el ámbito de la administración y las funciones públicas, no es de recibo sostener la posibilidad de ejercer funciones porque el propio ordenamiento no lo prohíba; no opera en este ámbito el principio de libertad consagrado en el artículo 24, inciso a de la Constitución Política del Estado: *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, sino el principio de competencia; a eso se refiere puntualmente el profesor Marcial Rubio: *“...mientras que en el Derecho Privado prevalece la libertad individual en el Derecho Público rige el principio atributivo o de competencia, según el cual el funcionario sólo puede hacer en aquello que tiene competencia asignada por norma superior”*⁵. Dicho lo anterior, y revisadas las funciones del administrador del Proyecto según el Manual de Operaciones, fojas 428 y siguientes, es de concluir en que no tenía el recurrente asignada la función de otorgar la conformidad de servicio. Esta circunstancia queda más clara todavía al tener en cuenta el contrato de locación de servicios de fojas 679 y siguientes (contrato N° 047-2002/PROMUDEH/GGA/OGAR/OL), celebrado entre el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano y el procesado César Augusto Álvarez Falcón el quince de marzo de dos mil dos, en cuya cláusula quinta, punto 5.3, se pactó: *“El importe neto será cancelado previa presentación del Acta de Conformidad de Servicios suscrito por el Secretario Técnico de Asuntos Indígenas ...”* (como ya se dijo, el Secretario Técnico era el propio Álvarez Falcón); asimismo, en la cláusula octava consta que: *“La consultoría estará sometida a la supervisión por parte de la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas del PROMUDEH”*. Aun más, en la cláusula décimo primera del contrato de servicios profesionales mediante el cual se contrató al procesado-recurrente como administrador, fojas 669 y siguientes, se pactó expresamente: *“El contratado presentará su trabajo al*

⁵ RUBIO CORREA, Marcial. EL SISTEMA JURÍDICO. Introducción al Derecho. Fondo editorial de la PUCP, octava edición 2004, página 256.

Secretario Técnico de Asuntos Indígenas quien de encontrarlo conforme emitirá el Acta de Conformidad del Servicio, en caso contrario no se procederá al abono de la cuota correspondiente”; obvio es, por lo tanto, que ninguna delegación para la conformidad de servicios podía ser posible para que el administrador la otorgue en relación al trabajo del Secretario Técnico indebidamente contratado como consultor. **DÉCIMO SEGUNDO.**- En los considerandos anteriores se han desarrollado las razones por las cuales la excepción a través de la cual se ha denunciado una equivocada adecuación típica por parte del juez debe ser rechazada. Sin embargo, en los tres casos el rechazo no tiene el mismo fundamento. En efecto, en el caso del peculado doloso, el Colegiado no ha entrado a examinar la cuestión de fondo por la sola y clara razón de existir un previo pronunciamiento de otro órgano jurisdiccional, a saber, el que, examinando la cuestión relativa a la relación funcional entre el recurrente y los bienes y caudales del Estado, ordenó abrir la instrucción. Se trata de un impedimento que no significa otra cosa que la garantía de la cosa juzgada formal dentro del proceso, impedimento que ha sido recogido en el artículo 90°, inciso 2, del Código de Procedimientos Penales (modificado por Decreto Legislativo N° 959): *“Tampoco se admitirán nuevas incidencias que se sustenten en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior, o que tuvieran el mismo objeto o finalidad que aquéllos ya resueltos”*. Similar impedimento, esto es, de conformidad a derecho, se evidencia con respecto a la negociación incompatible con el cargo, puesto que de acuerdo al título o grado de participación atribuido al procesado recurrente no es posible examinar su conducta con arreglo y comparación a la descripción típica (que sí es posible con respecto del autor). No sucede lo mismo en el caso de la usurpación de funciones. El recurrente se limitó a sostener un ejercicio legítimo de funciones vía delegación verbal por parte del Secretario Técnico de Asuntos Indígenas, lo que no ha sido probado. En este punto es necesario recordar con Monroy Palacios, que: *“así como un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de fondo y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como requisitos de validez de la cuestión misma, pero que, con mayor precisión, pueden ser concebidos como requisitos para un pronunciamiento válido sobre el aspecto de fondo. En otras palabras, por más simple o sofisticada que ésta pudiera resultar, la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y*

elementos de validez (del pronunciamiento fondal). Ahora bien, la ausencia o defecto de un requisito de validez impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma (...) la mayor parte de los requisitos de validez se encuentran ligados al plano procedimental; sin un procedimiento regular se desvirtúa la posibilidad de que se resuelva una cuestión con una decisión sobre el fondo. En este sentido, dado que todo procedimiento se compone de un conjunto de actos concatenados que tienen como objetivo la dilucidación del aspecto de fondo, resulta pertinente añadir una nueva premisa a nuestra construcción: toda invalidez que se produzca durante el desarrollo del procedimiento, de no ser subsanable, frustra la posibilidad de que se expida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada (...) **la fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo de aquélla. Por ello, no es casual que ambas palabras compartan una misma raíz gramatical. (...) todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se resuelve en función de las categorías procedencia y admisibilidad**⁶. Por estas razones, **DECLARARON: IMPROCEDENTE** la Excepción de Naturaleza de Acción promovida por la defensa del procesado **Humberto Isaac Ruiz Novoa**, con respecto al delito contra la administración pública en las modalidades de **peculado doloso** y **negociación incompatible con el cargo**; **INFUNDADA** la excepción con respecto al delito contra la administración pública en la modalidad de **usurpación de funciones**. Notifíquese y devuélvase.-

⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO. En: Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República Volumen 1, N° 1, 2007, páginas 299 a 302.