CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente	: 00066-2011-10-1826-JR-PE-03
Jueces	: Castañeda Otsu/ Quezada Muñante / Vela Barba
Ministerio Público	: Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Asistente Jurisdiccional	: Tarazona Matos, Kelly
Imputada	: Niño de Guzmán Solier, Luz Natali
Delito	: Negociación incompatible
Agraviado	: El Estado
Materia	: Apelación de Sentencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución N° 06
Lima, treinta y uno de enero
del año dos mil trece.-

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán Solier, cuyas generales de ley obran en autos, contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública – Negociación incompatible, en agravio de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción; interviniendo como director de debates el señor Juez Superior **Raúl Emilio Quezada Muñante; y CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN

La sentencia condenatoria obrante a folios 35 al 50, su fecha 13 de noviembre de 2012, que le impusiera cuatro años de pena privativa de la libertad en calidad de suspendida, por el plazo de tres años y bajo las siguientes reglas de conducta: a) La prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización del Juzgado; b) Comparecer cada sesenta días al local del Juzgado encargado de la Ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, debiéndolo hacer el primer día hábil del mes correspondiente; y c) Reparar el daño ocasionado a la parte agraviada, a través del pago de la reparación civil establecida en la presente sentencia; bajo apercibimiento de que en

caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal. Asimismo, le impuso la pena de inhabilitación por el plazo de dos años, conforme al artículo 36, incisos 1) y 2) del Código Penal. Fijó en ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles el monto que deberá abonar la sentenciada a favor del Estado agraviado; sin costas.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa de la sentenciada Niño de Guzmán Solier en la formalización de su recurso de apelación obrante de folios 54 a 66 como en lo señalado en audiencia sustancialmente señala:

a) Se ha incurrido en vicio por defecto estructural de la motivación, por cuanto que no ha motivado debidamente la subsunción típica en relación a los elementos objetivos del tipo penal de negociación incompatible con la conducta imputada a su patrocinada. Pues se va demostrar que su patrocinada realizó una conducta neutra, conforme a la normatividad vigente en su centro de trabajo y no vulneró norma ni se coludió con persona alguna.

b) La sentencia al fundamentarse en la prueba indiciaria, no ha seguido los presupuestos establecidos en el artículo 158.3 del CPP, ni los lineamientos de la Corte Suprema establecidos en el precedente vinculante N° 1912-2005, del 13 de octubre de 2005, para poder validar este tipo de prueba, pues en la recurrida se encuentra ausente, sólo hace referencia como indicio a la reunión de su patrocinada con Jara Acevedo con posterioridad a los hechos materia de imputación.

c) La recurrida incurre en errores de hecho en diversos considerandos, pues no ha merituado adecuadamente lo señalado por diversos testigos, entre ellos el señor Antony Jara Acevedo, quien precisa que su empleador Cabrera Ocsas tenía como modalidad empresarial usar a terceras personas con la cual se presentaba a diversas instituciones para participar como proveedor. Asimismo, no valora diversos documentos, que acreditan que el señor Jara Acevedo era proveedor del

Ministerio Público, por lo que existe insuficiencia probatoria de la imputación fiscal.

En tanto que en su alegato final, precisa que el tipo penal exige la acreditación de un interés indebido, sea en forma directa o indirecta, y no se ha podido acreditar el actuar indebido de su patrocinada, pues no existía una norma interna que estableciera el procedimiento a seguir tratándose de prestación de servicios menores a 3 UIT. No existe argumentación suficiente que destruya la presunción de inocencia, pues el actuar de su patrocinada fue neutro, además del hecho de no conocer a Jara Acevedo, y de no existir medio probatorio que acredite algún vínculo con Cabrera Ocsas.

La sentenciada efectuando su derecho a la última palabra conforme al artículo 424.5 del Código Procesal Penal reitera su inocencia, señalando que el señor Jara Acevedo se encuentra registrado en el portal de transparencia económica de proveedores desde el año 2009. No teniendo antecedentes penales ni judiciales, y en estos 17 años de servicio al Ministerio Público obran cartas de felicitaciones con relación a su desempeño laboral, su único interés ha sido cubrir la necesidad del área usuaria, actuando de buena fe.

TERCERO.- ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Fiscal Superior ha solicitado en audiencia la confirmación de la sentencia recurrida, pues existen pruebas respecto a la culpabilidad de la sentenciada Niño de Guzmán Solier en el delito de negociación incompatible, debido a que firmó las ordenes de servicios N° 2609, 2838, 2852 y 2975, entre abril y mayo del año 2010 para favorecer a un supuesto proveedor Jara Acevedo a sabiendas que Cabrera Ocsas era quien prestaba el servicio, éste último condenado como cómplice primario, no existiendo ningún vicio procesal. En tanto que en su alegato final reitera su pedido, agregando que si existen suficientes indicios para construir la prueba indiciaria que acreditan la culpabilidad de la sentenciada, pues existen contradicciones en lo

declarado por la sentenciada en investigación fiscal y lo dicho en juicio oral con relación a Jara Acevedo, existe coherencia entre lo dicho por Cabrera Ocsas en el juicio donde fue condenado y del testigo Jara Acevedo, con relación a que Niño de Guzmán Solier tenía conocimiento de las irregularidades. Incluso éste último señala que la sentenciada fue quien le indicó como mentir en su declaración a brindar al Fiscal. Se comprueba el interés de favorecer a Jara Acevedo, por cuanto que una de las órdenes de servicios se dio un día antes que el mencionado proveedor presente su carta ante el Ministerio Público como proveedor, incluso al mencionado Jara Acevedo se le dio las ordenes de servicios por los servicios de refrigerio de manera rápida. Otro indicio está en las declaraciones de los funcionarios del Ministerio Público, que precisan que se debe recibir 02 cotizaciones y en ninguno de los casos se ha recibido tales.

CUARTO.- ARGUMENTOS DE LA PARTE CIVIL

Por su parte la señorita Procuradora Pública si bien no impugnó el extremo de la reparación civil, en audiencia en sus alegatos de apertura refiere que la procesada en su condición de funcionaria del Ministerio Público incumpliendo con sus deberes de lealtad y probidad ha afectado a su institución con dicho hecho delictivo, sin considerar que representa a la sociedad en juicio y que actúa con objetividad y legalidad, por lo que solicita se tenga en cuenta el monto fijado como reparación civil, en salvaguarda del Estado. En tanto que en su alegato final reitera su solicitud, señalando que el tipo penal de negociación incompatible alude la inobservancia del servidor público al momento de realizar el trámite, trámite irregular que si fue realizado por la sentenciada, pues era el primer filtro para seleccionar a los proveedores y los aprobaba teniendo por ello el dominio del hecho, pues la fiscalización y la comprobación del proveedor lo tenía como función la sentenciada. Existe un daño al correcto funcionamiento de la

administración público, pues el cuestionamiento es en relación al ingreso del proveedor, en base a un procedimiento irregular.

QUINTO.- HECHOS IMPUTADOS POR EL TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL

Se le atribuye a Luz Natali Niño de Guzmán Solier, ser autora del delito de Negociación incompatible, pues como servidora pública y en razón de su cargo, al ser la única encargada del servicio de refrigerios en el Ministerio Público, se habría interesado indirectamente[1] en provecho de un tercero, en la contratación de los servicios de refrigerios que aparentemente ofrecía el supuesto proveedor Antony Terri Eduardo Jara Acevedo, así se tienen 04 Órdenes de Servicio como son: la N°2609, del 15 de abril de 2010; la N°2838, del 29 de abril de 2010; la N°2852, del 30 de abril de 2010; y la N°2975, del 03 de mayo de 2010; todas a favor del supuesto proveedor Jara Acevedo; siendo su competencia solicitar las cotizaciones respectivas para el servicio de refrigerio, pero debiendo optar por aquellas que ofertaban el menor precio, y al ser su responsabilidad verificar y evaluar dichas cotizaciones no lo hizo así, pues escogió al supuesto proveedor Jara Acevedo, en base a un vínculo de amistad existente entre el condenado Carlos Enrique Cabrera Ocsas, y la sentenciada absuelta Rosa Elena Vallejos Ragas, esta última con el cargo de Analista de la Gerencia Central de Logística del Ministerio Público, es decir compañera de trabajo de la acusada y amiga de Carlos Enrique Cabrera Ocsas; por lo que optó por las cotizaciones que presentaba Jara Acevedo, a efectos de favorecer a Cabrera Ocsas y Vallejos Ragas, sus cómplices, pues nunca se habría comunicado con Jara Acevedo, aceptando dichas cotizaciones a sabiendas que no era aceptada por este último. Hecho producido en el Cercado de Lima, entre los meses de abril y mayo de 2010.

[1] Respecto a ello, es de precisarse que la Juez de Juzgamiento al momento de dictar la sentencia materia de impugnación precisó que conforme al principio Acusatorio que limita al Juzgador a verificar la comprobación o no de la conducta imputada por el Ministerio Público, la cual se precisa en la Acusación Fiscal escrita, como un presunto "interés indirecto". Dicha judicatura se pronunció respecto al elemento "interesado indirectamente".

SEXTO.- ACTIVIDAD PROBATORIA EN APELACIÓN DE SENTENCIA

6.1.- *Exámen de la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán Solier* sustancialmente refiere, que trabaja en el Ministerio Público desde el año 1997, precisando que entre abril y mayo del año 2010 se encargaba de la atención del servicio de refrigerios, llegando a su persona una hoja de ruta autorizado por sus jefes respectivos, en el cual solicitaba el servicio de refrigerio y lo atendía; y si dicho pedido era menor de 3 UIT no había un manual de funciones para determinar los proveedores, pero si era quien elaboraba el requerimiento y la requisición, firmado por el subgerente de Servicios Generales, el Gerente de Servicios Generales, la Gerencia de Programación y el Gerente Central de Logística. Señala haber elaborado las ordenes de servicios N° 2609, N° 2838, N° 2852 y la N° 2975, escogiendo para dichas ordenes como proveedor a Jara Acevedo, quien se encontraba en la lista de proveedores del Ministerio Público desde el 16 de abril del año 2010, comunicándose al teléfono que aparecía consignado de dicho proveedor, pero personalmente no recuerda conocerlo, y tampoco se ha reunido con él con antelación a los hechos imputados, sino recién en el juicio, agregando que de esas órdenes de servicio las 03 primeras se cancelaron a su cuenta corriente interbancaria y la última no. Precisa en relación a la orden N° 2975 se realizó en la semana del aniversario del Ministerio Público y del día de la Madre, y la cotización por la suma de S/. 3,250 nuevos soles, en la que aparecía el nombre de Jara Acevedo le fue entregada en ventanilla por una persona que decía ser su madre, no pidiéndole identificación, pues de ello se encarga el personal de seguridad del Ministerio Público; y si bien en su informe N° 004-2010 refiere que lo solicitado por el proveedor Jara Acevedo le parecía excesivo, era el que estaba accesible. Refiere que la cotización de un proveedor no necesariamente tenía que consignar su firma, pues las coordinaciones se hacía por teléfono, modalidad de trabajo que tienen otros operadores en el Ministerio Público. Precisa que si bien elegía al proveedor y era el primer filtro para calificar las cotizaciones, siempre estaba supeditada a la aprobación de

sus jefes inmediatos superiores, quienes aprobaban las cotizaciones, colocando sus vistos, y recién ahí se atendía el requerimiento. Finalmente señala, que no tiene amistad con el señor Carlos Enrique Cabrera Ocsas, pero si sabe que ha sido proveedor del Ministerio, y que por la investigación tiene entendido que se puso de acuerdo con Jara Acevedo para brindar refrigerios, pues los proveedores se asocian con otras personas para seguir brindando servicios.

Declaraciones testimoniales

6.2.- *Exámen del testigo Antony Terri Eduardo Jara Acevedo*, quien refiere sustancialmente que conoce a Carlos Cabrera Ocsas hace 03 años porque trabajaba para él como chofer, quien tenía una empresa donde trabajaban como 10 personas, el referido Cabrera Ocsas brindaba servicio a diversas instituciones del Estado como el Ministerio de Transportes-Provías, no sabiendo si era proveedor del Ministerio Público. Señala que Cabrera Ocsas le pidió sus recibos por honorarios, quien cobraba con ellos, también le dijo que saque una cuenta de crédito en el BCP, cuenta Interbank; señala que los recibos eran para su amiga de Cabrera Ocsas que trabajaba en la Fiscalía, la señora Rosa Vallejos Ragas, asimismo, retiró dos veces dinero de las cuentas que aperturó, y por eso le daba S/. 10.00 o S/. 20.00 nuevos soles, entregando el dinero a Cabrera Ocsas. Refiere que conoció a Rosa Vallejos Ragas cuando lo llamaron de la Fiscalía, pues el señor Cabrera Ocsas le dijo que hable con ella, concurriendo a la avenida Abancay, siendo ella quien lo recibió en el Ministerio Público, quién le dijo que subiera al segundo o tercer piso para hablar con Natalí Niño de Guzmán Solier para que le pueda orientar, dicha persona le manifestó que al Fiscal le gusta molestar a los proveedores, que diga que si ha trabajado con ellos, que ha prestado los servicios de refrigerio, que ha ido a los eventos, presentado las cotizaciones, todo eso que mienta, porque están los papeles, conversando media hora con ella, conociéndola recién en dicha oportunidad personal y fisicamente. Refiere que nunca ha

trabajado como proveedor del Ministerio Público ni como proveedor de Provías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sino trabajador. Que en la primera declaración que brindó ante el Ministerio Público lo hizo conforme a la orientación de la señora Niño de Guzmán Solier, que trabajaba con el Ministerio Público, ya en su segunda declaración precisó que no había hecho ningún servicio, señalando la verdad de lo ocurrido, y cuando le mostraron diversos rostros por pantalla recién identificó a la señora Niño de Guzmán Solier. Precisa que su madre no llevó ninguna cotización por 250 refrigerios al Ministerio Público en el mes de mayo 2010.

6.3.- *Exámen del testigo Wilfredo Ángel Ureta Torres,* quien refiere sustancialmente que en abril del año 2010 se desempeñaba como Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía de Prevención del Delito, habiendo participado en la actividad de juramentación de fiscales escolares en el Agustino, solicitando 250 refrigerios para dicha actividad de manera antelada ante la Gerencia de Logística, elaborando para ello el oficio N° 59-2010. Concluida dicha actividad, a las dos o tres semanas se acercaron a su despacho para que firme la conformidad, de dicho documento apreció que había un exceso en el monto consignado, pues a su criterio el costo debería ser de S/. 5.00 a S/. 6.00 nuevos soles, y lo que aparecía era un monto de S/. 13.50 nuevos soles por refrigerio, por lo que la Gerencia de Logística le precisó que iban a enviar otra conformidad en forma disgregada, habiendo conversado de esto con el señor Valdez, quien es un superior de la señora Niño de Guzmán Solier, observando también que la cotización no estaba firmada por la persona que había presentado el documento. Señala que por el servicio de los 250 refrigerios se presentaron 02 cotizaciones, una general y otra disgregada, y en ambas las cotizaciones no tenían la firma del proveedor. Señala que conoce a Luz Natali Niño de Guzmán Solier por el trabajo, porque en su oficina se ha dejado documentos, la conocía de vista, pero el día de los hechos supo su nombre, siendo su vínculo

laboral. Precisando que no conoce a Jara Acevedo ni tiene vínculo con él, así como tampoco conoce al sentenciado Cabrera Ocsas. Agregando, que en otras oportunidades han pedido otros bienes, pero refrigerios le parece que no, y en el pedido de otros bienes si venían firmadas las cotizaciones.

6.4.- *Exámen del testigo Wilfredo José Linares Pachari*, quien precisa que entre abril y mayo del 2010 era subgerente de mantenimiento de la Gerencia de Servicios Generales. Señala en relación a los servicios de refrigerios que se solicitó a Niño de Guzmán Solier entre en abril y mayo del 2010 recuerda la orden de servicio N° 2975 por el monto de S/. 3,250 nuevos soles por servicio de refrigerio. Refiere que las órdenes de servicio o solicitudes de requerimiento N° 3119, N° 3479, N° 3490 entre mayo y abril del 2010 la efectuó la señora Niño de Guzmán Solier, al ser la encargada de hacer las operaciones de refrigerio, pues su función era tramitar un requerimiento de la entidad usuaria, realizar el estudio de mercado, determinar la mejor oferta y luego elevar a través de una solicitud de requerimiento a la Gerencia de Programación, área que formula la requisición que es firmado por dicha área como por el Gerente Central de Logística autorizando la compra o servicio; agregando que todos los operadores tienen autonomía para escoger a los proveedores en función a lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado. Precisa que no necesariamente las cotizaciones llevan la firma de los proveedores, pues se podía recibir por fax, correo electrónico, probablemente después se podía convocar al proveedor para que refrende esa proforma, pero ello no era una práctica exigida, pero debería hacerse. Señala que antes del inconveniente suscitado no existía manual para la prestación de servicios menores a 3 UIT, posteriormente se da una disposición interna con relación a este tipo de servicios, refiriendo que 02 proformas son necesarias para una compra menor.

6.5.- *Exámen del testigo Enrique Francisco Chi Calmet*, quien básicamente señala que es proveedor del Ministerio Público desde el año 2009, y para ser considerado como tal, presentó su documento señalando su registro de la OSCE y su cartera de clientes, refiriendo que entre los meses de abril y mayo del año 2010 presentó sus documentos y lo llamarón de logística para cotizar, no recordando el funcionario que lo llamó. Refiere que el Fiscal Ureta Torres le pidió que cotizará unos refrigerios, referido a gaseosas, galletas, sándwich, frugos (60), quien no le mencionó que el pago iba a ser efectuado a 50 días, siendo el costo del servicio de S/. 2225.00 nuevos soles, pues en dicha cotización saca sus costos, agregando su margen de utilidad, la movilidad, incluso dentro del costo incluye lo que es imprevisto, como que el pago de parte de la entidad se va demorar; agregando que cuando eran refrigerios él mismo lo llevaba y se lo entregaba al usuario que los pedía, no a logística. Precisa que la cotización se puede dar por correo, pues si es urgente, de un día para otro, llamaban por teléfono y uno pasaba su correo con la cotización. Finalmente señala que la señora Niño de Guzmán Solier nunca le pidió nada a cambio a fin de favorecerlo como proveedor.

6.6 *Exámen de la testigo Justina Acevedo Capani*, quien sustancialmente refiere que su hijo Antony Jara Acevedo entre abril y mayo del año 2010 trabajaba como chofer del señor Carlos Cabrera Ocsas, desconociendo si eran muy amigos. Señala que su hijo no fue proveedor de refrigerios, ni del Ministerio Público, así como tampoco le pidió que presentara una cotización por la suma de S/. 3,250.00 nuevos soles a Niño de Guzmán Solier, a quien no conoce, ni tampoco concurrió al Ministerio Público.

Oralización de prueba documental

6.7 Consistente en: a) Orden de servicio N° 2609[2]; b) Solicitud de requerimiento N° 03119 del 15 de abril de 2010; c) Requisición N° 02643-2010 del 15 de abril de 2010, elaborada por Natali Niño de Guzmán; d) Recibo por Honorarios N° 001-000026 de Antony Terri Jara Acevedo del 16 de abril de 2010, por la suma de S/. 4,000.00 nuevos soles[3]; e) Comprobante de Pago N° 006089 del 13 de mayo de 2010[4]; f) Oficio N° 76-2010-1RAFPPDL-MP-FN, del 06 de abril del 2010 que cursa la Fiscal de Prevención del delito a la Gerencia de Logística del Ministerio Público; g) Funciones del Especialista Administrativo – Funciones Específicas, puntos a, b, c, d, e y II; h) Informe N° 004-2010-MP-FN-GG-GECLOG-SGESER suscrito por Natali Niño de Guzmán Solier, en los extremos solicitados; i) Reporte de Órdenes de Servicio generadas por el periodo contratistas y fuentes de financiamiento de mayo de 2010; j) Informe 616-2010-MP-FN, del 05 de mayo de 2010; K) Memorando 1573-2011-MP-FN-GG-GECLOG-GESER del 06 de julio de 2011, dirigido a Luz Natali Niño de Guzmán Solier del Gerente Omar Valdez Ortiz; l) Informe N° 001-2011-MPFN-GG-GECLOG-GESER-SGESESR-NNS de fecha de recepción por parte de la Gerencia de Servicios Generales del 08 de julio de 2011; m) Oficio N° 1800-2011-MP-FN-GCFIN-GDTES del 17 de agosto de 2011 y la carta de fecha 16 de abril de 2010 suscrita por Antony Terri Eduardo Jara Acevedo.

SÉTIMO: FUNDAMENTACION JURÍDCA

El representante del Ministerio Público en su requerimiento de acusación y lo expuesto en la audiencia calificó los hechos fácticos atribuidos a la acusada por delito contra la Administración Pública-

[2] De exacta similitud las ordenes de servicios N° 2852, N° 2838 y la N° 2975, se va tener por oralizada estas con cargo a que el Colegiado verificará.
[3] En igual tenor los recibo por honorarios N° 001-000031 y N° 001-00033, variando en relación al importe y la fecha.
[4] En igual sentido, el comprobante de pago N° 007602, del 13 de mayo de 2010.

Negociación incompatible, previsto en el articulo 399 del Código Penal, en agravio del Estado, que prescribe:

> *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".*

7.1 El bien jurídico tutelado: Es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Precisando al respecto Rojas Vargas que *"El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella"*[5]. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración[6].

7.2 Elementos objetivos del tipo:

a) Sujeto activo: Al ser un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos.

En el caso de autos, la sentenciada Luz Natali Niño de Guzmán tiene la condición de servidora pública, pues en el momento de los hechos se

---

[5] ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Lima, 2007. p. 818

[6] Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública* T. 8; p. 323. Citado por Castillo Alva, José Luis. Negociación incompatible. En Delitos contra la Administración Pública. Jurista Editores. 2009. pp. 578-579

encontraba laborando como Operadora de la Gerencia de Servicios Generales que pertenece a la Gerencia Central de Logística del Ministerio Público, estando a lo señalado por la misma sentenciada en audiencia.

b) Comportamiento delictivo: El tipo penal conforme se encuentra estructurado tiene como verbo rector el *"interesarse indebidamente"*. Al respecto, al término interesar significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros[7]. Incluso como bien señala Rojas Vargas, el mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas[8].

A su vez, dicho interés no es necesario que sea contrario al del Estado, sino únicamente que se produzca dicho interés particular del agente, siendo tal interés de naturaleza económica. Y en ese sentido, se precisa que *"se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p.ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)"*[9]

El interés que se demuestre puede ser directo o indirecto, pero en el caso de autos sólo se analizará el indirectamente, al ser el elemento normativo materia de imputación fiscal. Y en ese sentido, cuando se alude a interesarse de manera indirecta el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un

[7] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Segunda edición. GRIJLEY. Lima. 2011. p. 555
[8] ROJAS VARGAS, Fidel. op cit, p. 821
[9] CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte Especial tomo 2. 6ta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. ASTREA. 1998. p. 300

funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido. A su vez, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales.

Vinculación funcional: El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de la competencia del agente, así como los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.

A mayor abundamiento del propio tenor del artículo 399 del Código Penal se desprende que el sujeto activo de la infracción ha de ser necesariamente un funcionario público. La conducta incriminada debe consistir en la utilización del contrato u operación en la que le corresponda intervenir en ejercicio de sus atribuciones.
Han de concurrir acumulativamente varios elementos constitutivos a saber la condición de funcionario, la ventaja indebida en provecho propio o de un tercero y la utilización de las atribuciones propias del cargo que ejerce[10], como el sucedido en el caso que nos ocupa.

[10] Chirinos Soto, Francisco. Código Penal comentado. Editorial RHODAS,

OCTAVO.- ANÁLISIS Y VALORACIÓN

El nuevo modelo procesal penal contiene dos dispositivos relevantes que versan sobre los límites de actuación de la Sala Penal de Apelaciones en materia de apelación de sentencias, el artículo 425.2 del CPP, que estipula que sólo se valorara independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. A su vez, el artículo 419.1 precisa las atribuciones de la Sala Penal de Apelaciones, señalando dentro de los límites de la pretensión impugnatoria examinará la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

La valoración de la prueba, importa un trabajo intelectual que realiza el Juez con la finalidad de otorgar, establecer determinado valor a las pruebas actuadas en juicio oral, siendo que en nuestro sistema procesal penal, la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada, ello conforme a lo establecido en el artículo 158 del código adjetivo, respetando las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En virtud de ello, el juzgador tiene la libertad para evaluar los medios probatorios actuados lícitamente sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.

La valoración puede ser positiva, negativa y conjunta, estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado; por lo que se procederá a valorar las pruebas actuadas. En esta instancia se ha verificado actividad probatoria, consistente en 05 declaraciones testimoniales, además de haberse oralizado diversa documentación en la etapa procesal correspondiente.

Respecto a la prueba indiciaria, se precisa que ésta se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (*indicios*) que a través de la lógica, la sana crítica y de las reglas de la experiencia, se puede inferir la participación de los acusados, la cual es idónea para destruir la presunción de inocencia. Tanto la prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional[11]. En el presente caso es de aplicación la prueba indiciaria conforme a los parámetros establecidos en el Código Procesal Penal y a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de la República.

Del análisis y valoración de las pruebas actuadas, con el fin de poner en pie la igualdad de armas entre el ente acusador y el acusado, se ha probado la responsabilidad penal de la sentenciada Luz Natalí Niño de Guzmán Solier, por lo que a continuación se detalla:

a) La sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien elaboraba la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba, para que con su visto bueno sea elevado a sus superiores jerárquicos en esa época, el sub Gerente de Servicios Generales (Linares Pachari) y el Gerente de Servicios (Valdéz Ortíz).

b) Está acreditado que la sentenciada Niño de Guzmán Solier era quien recibía los requerimientos de refrigerios, solicitando para ello a los proveedores las respectivas cotizaciones, siendo su función servir de primer filtro o tamiz con relación a los pedidos formulados por diversas áreas usuarias, encargándose de evaluar la mejor propuesta económica, situación que no se dio en las cuatro órdenes de servicios materia de

[11] San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Editorial Grijley. Segunda Edición, Lima – Perú 2003, pág. 853

imputación (N° 2609, N° 2838, N° 2852 y N° 2975), pues eligió a un proveedor que no se encontraba inscrito como tal ante el Ministerio Público, conforme lo han declarado los testigos Antony Terri Eduardo Jara Acevedo y Justina Acevedo Capani.

c) Que las cotizaciones por parte de los proveedores se podían requerir de manera telefónica, por correo, pero que si bien no necesariamente podría tener la firma del cotizante, si debería ser una previsión que debería tener el funcionario a cargo de dicha función, dado su deber de garante con los bienes de la administración pública, así lo ha precisado el testigo Wilfredo José Linares Pachari. El referido testigo también señaló que si bien antes de los hechos no existía un manual referente a la prestación de servicios menores a 3 UIT, lo idóneo era que deberían haber 02 proformas para seleccionar al proveedor, situación que luego se plasmó en una disposición interna en la institución, y que en el caso concreto, la sentenciada no tuvo tal previsión.

d) En relación a la orden de servicio N° 2609, de fecha 15 de abril de 2010, está acreditado que cuando se eligió a Jara Acevedo como el proveedor, éste no era proveedor del Ministerio Público, ya que conforme se oralizó en audiencia, obra la carta de fecha 16 de abril de 2010, donde el mencionado Jara Acevedo remite a la Gerencia Central de Logística su número de código de cuenta interbancaria. Apreciándose objetivamente la discrepancia entre ambas fechas, pues Jara Acevedo fue elegido como proveedor antes de serlo, situación que permite inferir válidamente que la sentenciada Niño de Guzmán Solier pretendía favorecer a dicho proveedor, demostrándose así su interés indebido.

e) Las ordenes de servicio N° 2838 y 2852 del mes de abril también fueron generadas a favor de Jara Acevedo, proveedor que no estaba registrado como tal en el Ministerio Público, incluso se aprecia de

dichas ordenes que se dieron de manera subsiguiente, la primera el 29 de abril de 2010 y la segunda el 30 del mismo mes y año. Para días después, seguir generando la orden de servicio N° 2975 (03 de mayo de 2010) a favor del mismo proveedor. Lo que acreditaría su interés de sólo favorecerlo a él.

f) Respecto a la orden de servicio N° 2975, se tiene que para la conformidad del servicio por el área usuaria, la cotización que se adjuntaba debería tener la firma del proveedor, situación que no se dio conforme lo ha señalado el testigo Wilfredo Ángel Ureta Torres, quien observó ello, dicho riesgo que creó con su conducta la sentenciada Niño de Guzmán Solier de no observar la cotización de Jara Acevedo acreditaría su interés para favorecerlo.

g) Otro indicio que acredita el interés indirecto de la sentenciada a favor de un tercero, es que pese a que entre sus funciones tenía el de "realizar verificaciones específicas sobre información que los encargados han ingresado al módulo informático registro de procesos de selección", es decir, la información de los proveedores que estaban registrados en el Ministerio Público, no verificó tal información con relación a Jara Acevedo, pues de haberlo hecho habría advertido que no era proveedor.

h) Que si bien la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme lo ha referido en audiencia no era quién tomaba la decisión final para elegir al proveedor, si lo seleccionaba para el requerimiento respectivo, debe tenerse en cuenta que para la configuración del interés indebido no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial, que en el caso vendría a ser la elección del proveedor Jara Acevedo para prestar el servicio de refrigerios.

i) La testigo Acevedo Capani ha señalado en juicio no conocer a la sentenciada Niño de Guzmán Solier, ni haber concurrido al Ministerio Público, lo que en cierta manera desvirtuaría la declaración de la mencionada sentenciada en relación a que una persona señaló ser la madre del proveedor Jara Acevedo se acercó al Ministerio Público a entregar una cotización.

j) Un indicio posterior lo constituye lo señalado por el testigo Jara Acevedo en relación a que la sentenciada Niño de Guzmán Solier fue la persona que después de ocurrido los hechos materia de imputación, lo asesoró respecto a cómo declarar en relación a los servicios de refrigerio, versión que no ha sido desacreditada por ningún medio probatorio, y el dicho de la sentenciada Niño de Guzmán Solier que lo conoció recién en juicio es un indicio de mala justificación.

NOVENO: PENA Y REPARACIÓN CIVIL

En el caso de autos, la señora Juez Unipersonal ha realizado la determinación de la pena a imponer a la sentenciada Niño de Guzmán Solier, conforme se aprecia en los fundamentos 17 y 18 de la sentencia impugnada.

En relación a la pena privativa de la libertad se tiene que ha valorado las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, estableciendo la que consideró aplicable al caso, encontrándose acorde a los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, amparada por las normas pertinentes. En tal sentido, los 04 años de pena privativa de la libertad impuesta con el carácter de suspendida le impedirá cometer nuevo delito[12].

[12] Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia del expediente N° 3953-2004-HC/TC, del 29 de diciembre de 2004 precisó dos clases de presupuestos para que el juez decida suspender la ejecución de la pena, "unos son objetivos respecto a que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Otros son subjetivos, respecto a que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hagan prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. Con relación a la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, deben ponderarse como criterios relevantes, en un juicio de necesidad y suficiencia, la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el

Asimismo, la pena limitativa de derechos impuesta reúne los requisitos del artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal.

Respecto a la reparación civil, este Colegiado se encuentra de acuerdo con la suma impuesta de ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles, en atención al daño causado y cuya cuantificación expresa un contenido reparador a favor de la entidad agraviada.

DECIMO.- EN RELACIÓN A LAS COSTAS PROCESALES

El Código Procesal Penal establece que toda decisión que ponga fin al proceso penal o resuelva un incidente de ejecución, establecerá quien debe soportar las costas. En ese sentido, el artículo 497.3 del CPP precisa que las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.

En el caso de autos, este Colegiado no advierte que la recurrente Luz Natali Niño de Guzmán Solier haya obrado con temeridad o mala fe, sino que al amparo del derecho a la pluralidad de instancias ha recurrido a esta instancia, y si bien el recurso le ha sido adverso a sus intereses, debe eximírsele del pago de costas, por lo en aplicación del artículo 497 del código adjetivo, no se imponen costas.

Resolución:

Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, impartiendo justicia a nombre de la Nación, **RESOLVIERON:**

1.- CONFIRMAR la sentencia de folios 35 a 50, su fecha 13 de noviembre del 2012, que **CONDENA** a **LUZ NATALI NIÑO DE GUZMÁN SOLIER** como autora del delito contra la Administración Pública-

---

tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible falta de protección a las víctimas". Fundamento 9.

Negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, y le impone **CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad** en calidad de suspendida, por el plazo de tres años, sujeta a las siguientes reglas de conducta: a) La prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización del Juzgado; b) Comparecer cada sesenta días al local del Juzgado encargado de la Ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, debiéndolo hacer el primer día hábil del mes correspondiente; y c) Reparar el daño ocasionado a la parte agraviada, a través del pago de la reparación civil establecida en la presente sentencia; bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal. Asimismo, le impuso la pena de inhabilitación por el plazo de dos años, conforme al artículo 36, incisos 1) y 2) del Código Penal, que corresponde a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía; así como a su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Fijó como reparación civil la suma ocho mil seiscientos cuarenta y seis nuevos soles el monto que deberá abonar la sentenciada a favor del Estado agraviado; sin costas.

2.- EXONERAR en esta instancia el pago de costas.

3.- DEVOLVER los actuados al Juzgado de origen para que se cumpla con la ejecución de la sentencia.

S.S.

SUSANA YNÉS CASTAÑEDA OTSU
Presidenta

RAÚL EMILIO QUEZADA MUÑANTE
Juez Superior y Director de debates

RAFAEL ERNESTO VELA BARBA
Juez Superior

PODER JUDICIAL
KELLY TARAZONA MATOS
ASISTENTE JURISDICCIONAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada
en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA