

**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Facultad de Derecho**



**Informe Jurídico del Recurso de Nulidad 677-2016**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

**Autor**

Maria Fernanda Vargas Rondon

**Revisor**

Chanjan Documet, Rafael Hernando

Lima, 2021

## **Resumen**

El presente informe jurídico tiene como finalidad realizar un análisis sobre los principales problemas jurídicos que se encontraron en el Recurso de Nulidad 677-2016 – también conocido como el caso “Petroaudios” –, el mismo que confirmó la absolución de todos los acusados. Para comprender los problemas planteados y dar respuesta a los mismos, el informe jurídico se divide en tres capítulos. En el primer capítulo se desarrolla aspectos del delito de tráfico de influencias que resultan relevantes para el caso. En el segundo, se analiza el interés indebido en el delito de negociación incompatible y plantea la hipótesis de la comisión del delito de colusión. Mientras que en el tercero, se plantea que la exclusión de la prueba prohibida por vulneración del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones sea ponderado con el valor constitucional de lucha contra la corrupción. Así, se llega a la conclusión de que los acusados sí son responsables de la comisión de los delitos de tráfico de influencias y negociación incompatible. Además, frente a casos de macro corrupción, los medios de prueba obtenidos con la vulneración de derechos fundamentales de los acusados no deben ser excluidos sin antes realizar un examen de ponderación. La metodología empleada para realizar el análisis de la resolución toma como base la revisión de conceptos dogmáticos, los principios penales y constitucionales. Para ello, se recurrió a la doctrina y a la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial así como del Tribunal Constitucional.

### **Palabras clave:**

Tráfico de influencias – negociación incompatible – prueba prohibida – examen de ponderación – corrupción

## **Abstract**

The purpose of this legal report is to carry out an analysis of the main legal problems that were encountered in the Appeal for Annulment 677-2016 - also known as the "*Petroaudios*" case-, which confirmed the acquittal of all the accused. In order to understand and respond to the problems raised, the legal report is divided into three chapters. The first chapter develops aspects of the offence of influence peddling that are relevant to the case. In the second chapter, it analyses the undue interest in the offence of incompatible negotiation and raises the hypothesis of the commission of collusion offence. While in the third chapter, it is proposed that the exclusion of the prohibited evidence for violation of the fundamental right to secrecy and inviolability of communications be weighed against the constitutional value of the fight against corruption. Thus, it is concluded that the accused are indeed responsible for the commission of the offences of influence peddling and incompatible negotiation. Moreover, in cases of macro-corruption, evidence obtained through the violation of the fundamental rights of the accused should not be excluded without a balancing test. The methodology used to conduct the analysis of the resolution is based on the revision of dogmatic concepts, penal and constitutional principles. To this end, recourse was had to the doctrine and jurisprudence issued by *Poder Judicial* and *Tribunal Constitucional*.

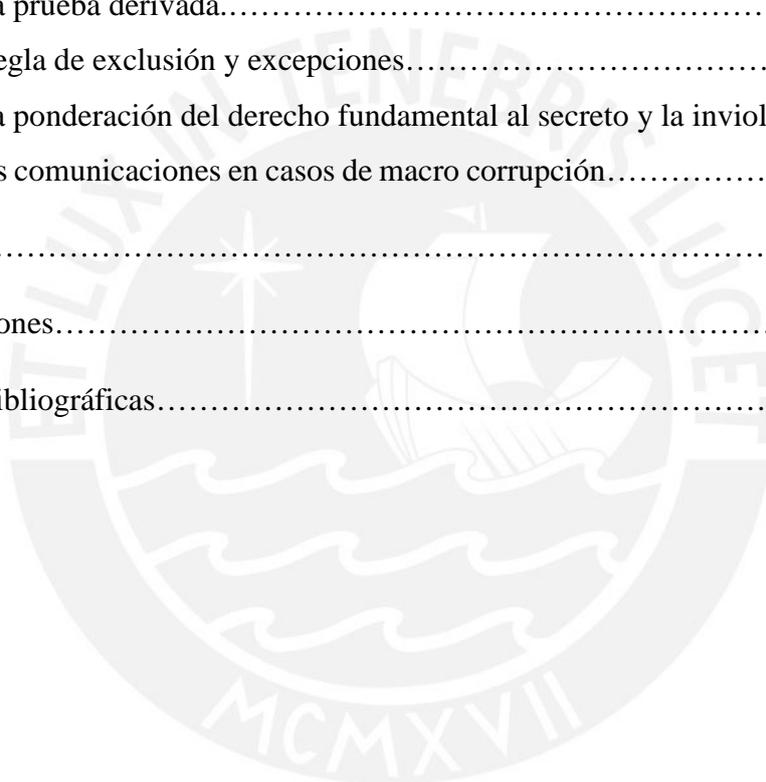
## **Keywords:**

Influence peddling - incompatible negotiation - prohibited evidence – balancing test - corruption

## Índice de Contenido

Introducción.....	6
Justificación.....	8
Hechos sobre los que versa la controversia de la resolución.....	9
Identificación de los principales problemas jurídicos.....	12
Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución.....	15
1. Sobre la configuración del delito de Tráfico de influencias.....	15
1.1. Análisis del tipo penal.....	15
1.1.1. Regulación nacional e internacional.....	15
1.1.2. El bien jurídico protegido.....	18
1.1.3. Breve análisis de los elementos del tipo penal desarrollados en la resolución.....	19
1.1.4. La participación del comprador o interesado en la venta de influencias.....	20
1.2. El proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008: caso administrativo.....	21
1.2.1. Análisis del elemento <i>caso administrativo</i> .....	21
1.2.2. Los alcances de la jurisprudencia.....	23
1.2.3. Una interpretación teleológica.....	25
1.3. El riesgo permitido en el delito de tráfico de influencias: los límites en la gestión de intereses.....	25
2. Observaciones sobre la configuración del delito de Negociación incompatible.....	29
2.1. Análisis del tipo penal.....	29
2.1.1. Regulación nacional.....	29
2.1.2. El bien jurídico protegido.....	30
2.1.3. Breve análisis de los elementos del tipo penal.....	31
2.2. El proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008: ¿contrato u operación?.....	32
2.2.1. Análisis del elemento <i>contrato y operación</i> .....	32
2.2.2. La pertinencia de la distinción de fases del proceso de selección de la Corte Suprema para la configuración del delito.....	33
2.3. La negociación incompatible como delito subsidiario al delito de colusión.....	36
2.3.1. Contraste con el delito de colusión agravada.....	36

2.3.2. Los hechos del caso a la luz del delito de negociación incompatible.....	36
3. La prueba prohibida por vulneración del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y sus alcances en los procesos penales por delitos de corrupción.....	38
3.1. Sobre la obtención de pruebas y la restricción del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones.....	38
3.1.1. El derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y sus límites.....	39
3.2. La prueba ilícita o prueba prohibida.....	41
3.2.1. La prueba derivada.....	43
3.2.2. Regla de exclusión y excepciones.....	43
3.2.3. La ponderación del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones en casos de macro corrupción.....	45
Conclusiones.....	48
Recomendaciones.....	50
Referencias bibliográficas.....	51



## Introducción

El presente informe jurídico tiene como objetivo realizar un análisis sobre los principales problemas jurídicos que se encontraron en el Recurso de Nulidad 677-2016, que confirmó la decisión de absolver a los acusados del conocido caso “Petroaudios”. Para ello, se narrarán los principales hechos del caso y se describirán los principales problemas jurídicos del caso, que comprenden aspectos relacionados con los delitos de tráfico de influencias y negociación incompatible, así como la problemática de la prueba prohibida.

Para comprender los problemas planteados y dar respuesta a los mismos, el informe jurídico se dividirá en tres capítulos. En el primer capítulo buscará definir el elemento *caso administrativo* del delito de tráfico de influencias, pues para la Corte Suprema el proceso de selección para concesión de hidrocarburos no puede ser considerado como tal. De igual forma, en este capítulo también se analizará si los actos realizados por Rómulo León fueron desarrollados dentro del marco de la gestión de intereses o si excedió el riesgo permitido del delito de tráfico de influencias.

En el segundo capítulo, se analizará el elemento *contrato u operación* en el delito de negociación incompatible, pues la Corte Suprema consideró que este delito solo puede cometerse al momento de la suscripción del contrato, con lo cual desvió el análisis del caso a una operación, pero al tratarse de un proceso de selección para contratar también se descartó este escenario, con lo cual, decidió absolver a los acusados de la comisión de este delito. Asimismo, en este capítulo también se planteará la hipótesis de la comisión del delito de colusión en vez del delito de negociación incompatible, por tratarse este último de un delito más específico y que calza en los hechos del caso.

En el tercer capítulo, se planteará que la ponderación de intereses entre la exclusión de la prueba prohibida por vulneración del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones con el valor constitucional de lucha contra la corrupción. Para lo cual, se desarrollará la actividad probatoria y los límites que debe obedecer para evitar la vulneración de derechos fundamentales. En este caso se vulneró el derecho fundamental de los acusados al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, por ende, se explicarán las implicancias de este derecho en el proceso y los límites de los que puede ser objeto. Así, se desarrollará la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales y las excepciones que pueden aplicarse según el caso concreto.

Para la realización del análisis de la presente resolución, la metodología que será empleada tendrá como base la revisión de conceptos dogmáticos, los principios penales y constitucionales. Para ello, se recurrirá a la doctrina y a la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, con el fin de contrastar las diversas posiciones sobre los problemas jurídicos y determinar cuál es la posición que se ajuste mejor con la protección de los bienes jurídicos vulnerados y que sean coherentes con la lucha anticorrupción.

Finalmente, se llegará a las siguientes conclusiones: i) el proceso de selección sí constituye caso administrativo y, por lo tanto, sí es posible la aplicación del delito de tráfico de influencias; ii) Rómulo León ha excedido los límites de la actividad de gestión de intereses y, con ello, el riesgo permitido del delito de tráfico de influencias; iii) la fase del proceso de selección que culmina con la buena pro se enmarca dentro del elemento *contrato* del delito de negociación incompatible, por ser parte del proceso de contratación pública; iv) es posible que los implicados hayan podido ser acusados por el delito de colusión en vez del delito de negociación incompatible; y v) la Corte Suprema debió realizar un examen de ponderación entre el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones con el valor constitucional de lucha contra la corrupción, al tratarse de un caso emblemático de macro corrupción.

## **Justificación de la elección del Recurso de Nulidad n.º 677-2016**

La presente resolución ha sido elegida porque decide sobre un caso emblemático de corrupción en el Perú, el caso “petroaudios”, y sobre el cual la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima decidió absolver a los denunciados por los delitos que se les imputaba, decisión que fue confirmada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sin embargo, este caso ha resurgido por la reciente decisión del Tribunal Constitucional que declaró nulo el Recurso de Nulidad bajo análisis, señalando que se configuró la violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Considero relevante el análisis de esta resolución judicial para desarrollar puntos clave de los tipos penales imputados a los acusados. Uno de ellos es el delito de tráfico de influencias, en el que es de sumo interés desarrollar el significado del elemento *caso judicial o administrativo*, identificar si bajo este elemento también se podrían incluir los procesos de selección para concesión y las implicancias que esto tendría. De igual modo, es menester analizar el elemento *contrato u operación* del delito de negociación incompatible para poder determinar si el proceso de selección en cuestión podría comprenderse como tal. Asimismo, es interesante desarrollar la comparación entre los delitos de negociación incompatible y de colusión, para poder argumentar en cuál de estos dos tipos penales podrían haber encajado mejor los hechos del caso, dado que en este último es evidente que este proceso de selección sí es parte de los elementos que conforman el tipo penal.

Asimismo, una de las principales razones de la decisión de la Corte Suprema gira entorno a la prueba prohibida o ilícita y la prueba derivada de la misma, pues este caso fue descubierto a raíz de una nota periodística que transmitió audios de conversaciones entre funcionarios públicos que revelaban actos de corrupción en el proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008 para la concesión de lotes petroleros, acto que se realizó en violación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Por ello, considero que es importante realizar un examen a las consideraciones expuestas por la Sala Penal Permanente respecto de los alcances de la prueba prohibida o ilícita en relación a la ponderación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el valor constitucionalmente protegido de lucha contra toda forma de corrupción, el mismo que fue reconocido y desarrollado por el Tribunal Constitucional.

## **Hechos sobre los que versa la controversia de la resolución**

El 5 de octubre de 2008, en el programa dominical “Cuarto Poder” de América Televisión, se difundieron audios que registraban conversaciones entre Alberto Quimper Herrera (miembro del directorio de PERUPETRO en representación del Ministerio de Energía y Minas) y Rómulo León Alegría (ex diputado y ex ministro de Pesquería), quienes discutían sobre supuestos cobros por el favorecimiento a la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM (en adelante DP). Como consecuencia de esta difusión, se denunció a Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por el delito de violación del secreto de las comunicaciones, en el que se conoce como el caso “Business Track”, y mediante sentencia del 23 de marzo de 2012 se condenó como autores del delito a Elías Ponce y otros, en agravio de Alberto Quimper y Rómulo León; siendo esta sentencia ejecutoriada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró “no haber nulidad” en la referida sentencia condenatoria. En la nota periodística se denunciaban actos irregulares en el proceso de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos, pues PERUPETRO S.A. dio como postor ganador al consorcio conformado por la empresa estatal PETROPERU S.A. y la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A (en adelante DPI). El resultado del concurso público fue cuestionado por dos motivos: primero, la alianza entre una empresa estatal con una privada para un proceso de licitación; y segundo, porque en el proceso de selección se encontraron actos irregulares y presuntamente delictivos, que involucraban a funcionarios de PERUPETRO y personas vinculadas al gobierno de 2006-2011.

Conforme a las investigaciones del Ministerio Público, desde el 18 de julio del 2006 hasta octubre del 2008, León Alegría ofreció a Canaán Fernández, Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad interceder ante los funcionarios de la empresa PERUPETRO, para que DP puede incursionar en el Perú en el negocio de la exploración y explotación de hidrocarburos, a cambio de beneficios económicos. De esta forma, gestionó para que aquellos le entregaran dinero a Quimper Herrera a cambio de sus servicios de “asesoría” y, a la culminación del proceso de selección, el monto correspondiente por sus “honorarios de éxito”. Con colaboración de Quimper Herrera, se encargó de facilitar citas o entrevistas en el extranjero entre los funcionarios de DP con funcionarios o servidores de PETROPERU y PERUPETRO; de esta manera, se concretó el Acuerdo de Participación Conjunta con PETROPERU. Así, con sus gestiones logró el consorcio de PETROPERU

y DPI, y que, como resultado del proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008, se les otorgue la buena pro de 5 lotes.

Respecto de Quimper Herrera, desde el 11 de setiembre del 2006, este se comprometió, como miembro del directorio de PERUPETRO, ante Canaán Fernández, León Alegría, Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad (representantes de DP) para influir en las decisiones de los funcionarios de PERUPETRO, en el proceso de selección n.º. PERUPETRO-CONT-001-2008 sobre concesión de lotes de hidrocarburos, así como participar y seguir de cerca el desarrollo de este proceso. También se sostiene que entre finales del mes de enero y octubre del 2008, patrocinó ante PERUPETRO los intereses que la empresa noruega DP realizaba a través de su subsidiaria DPI. Realizaba informes jurídicos de orden tributario, contractual, de regalías y sucursales, los mismos que eran remitidos a León Alegría, quien los reenviaba a Jostein Kar Kjerstad, para luego ser presentados a PERUPETRO, e incluso, participó en la constitución de la sucursal de DPI en el Perú, el 10 de marzo de 2008, de la que Jostein Kar Kjerstad es Presidente y Jefe a Bordo (CEO y COB). Además, concertaba citas y/o reuniones con altos directivos de PERUPETRO y realizaba coordinaciones con los representantes de DPI en Perú y Noruega, a quienes mantenía informados sobre sus actividades por medio de León Alegría y Arias Schreiber. Es así que, Quimper Herrera solicitó, por intermedio de León Alegría, a Canaán Fernández, Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad un “donativo” para realizar los actos ya descritos. Se acordó el pago de 5 000 USD mensuales por concepto de “asesoría” y, una vez que se culminara el proceso de selección n.º. PERUPETRO-CONT-001-2008, se le debería entregar otras 3 sumas de dinero por concepto de “honorarios de éxito”, que ascendieron a 200 000 USD, en virtud de las gestiones realizadas para la obtención de los lotes para exploración y explotación de hidrocarburos.

En cuanto a los miembros de la Comisión de Trabajo del proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008, de la que Lucio Francisco Carrillo Barandiaran era presidente y Liliana Callirgos, Elmer Martínez, Winston Wusen y José Sebastián era miembros en el periodo comprendido entre el 11 de setiembre del 2007 al 10 de setiembre del 2008; la fiscalía sostiene que ellos favorecieron DP y DPI en el proceso en cuestión a través de los siguientes actos: i) cambiaron la ponderación de los componentes de la fórmula establecida en las bases para el cálculo del puntaje de los postores, la cual estaba ya prevista en el Procedimiento e Indicadores para la Calificación de Empresas Petroleras; ii) consideraron que DP cumplía con los indicadores técnicos mínimos, pese a que esta

no presentó la documentación que lo sustente, lo cual permitió otorgarle una calificación que le serviría para asociarse con PETROPERU; iii) en contra de lo señalado en el Reglamento de Calificaciones de Empresas Petroleras y en las Bases del concurso, permitieron que DPI presentara documentos en inglés; iv) calificaron a DP antes de recibir la documentación que sustentara su experiencia; v) modificaron la decisión del número inicial de lotes en los que DPI podía participar; vi) omitieron evaluar a PETROPERU en el cumplimiento de los indicadores mínimos para que intervenga en el consorcio; y vii) prorrogaron innecesariamente las etapas del proceso de selección, para favorecer y dar tiempo a los trámites que DPI venía realizando. De esta forma, se otorgó la buena pro de 5 lotes al consorcio conformado por PETROPERU y DPI. Sobre Saba de Andrea, quien era presidente del Directorio de PERUPETRO y director del Directorio de PETROPERU, convalidó todos los actos descritos: la aprobación de las Bases, la postergación innecesaria de las fechas de las etapas del proceso, la admisión del consorcio PETROPERU – DPI, la intervención de esta en el proceso de selección; así como haber aceptado participar en las reuniones con funcionarios de DPI a solicitud de Quimper Herrera.

#### Antecedentes procesales

El 30 de octubre del 2014 se emitió la resolución n.º 47-2014, que declara fundada la excepción de prescripción presentada por Alberto Quimper Herrera, por lo que, se declaró extinguida la acción penal incoada en su contra. Esta resolución fue impugnada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y el Fiscal Superior.

El 16 de febrero de 2016, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima emite una sentencia en la que se absuelve a los imputados por los delitos de Tráfico de influencias, Cohecho pasivo propio y Negociación incompatible. Esta sentencia fue impugnada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y el Fiscal Superior.

## Identificación de los principales problemas jurídicos

### 1. Con relación al delito de tráfico de influencias

#### 1.1.La interpretación del elemento normativo *caso administrativo* del delito de tráfico de influencias

La Corte Suprema considera que el elemento normativo *caso administrativo* hace referencia a un procedimiento administrativo en el que ha de existir pronunciamiento respecto a una controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal. Así, la Corte se acoge a la doctrina que indica que quedan fuera del análisis todos aquellos funcionarios, sobre los que el traficante de influencias va a interceder, que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio. Bajo esta perspectiva, respecto de los procesos de selección para concesión, la Corte Suprema considera que el proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008 no es equiparable a un proceso judicial o administrativo, porque su objeto era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos, lo que no es equiparable a un proceso judicial o administrativo.

#### 1.2.El límite de la gestión de intereses en el marco del delito de tráfico de influencias

La Corte Suprema avala lo señalado por la Sala Superior cuando esta indica lo siguiente sobre el accionar de Rómulo León Alegría:

Fue la de un **gestor de intereses que se vio respaldado con los contratos que celebró con Rafael Canaán Fernández y luego con el presidente de la empresa noruega Discover Petroleum International, contratos cuya existencia es sostenida por el propio representante del Ministerio Público; no obstante se indica que **la actuación del citado León Alegría se efectuó dentro del contexto comercial e industrial de la referida empresa, realizando una serie de actividades de carácter administrativo.**** (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.36)

Por lo que, se sostiene que Rómulo León no ha excedido su rol como gestor de intereses o negocios a favor de la empresa DP, pues sus actos fueron legítimos y enmarcados dentro los alcances de la Ley n.º 28024 – Ley de gestión de intereses en la Administración Pública.

### 2. Con relación al delito de negociación incompatible

#### 2.1.La interpretación del elemento normativo *contrato u operación* del delito de negociación incompatible

La Corte Suprema no da una definición de lo que debería entender por *contrato*, pero sí se pronuncia respecto de lo que entiende por *operación*, definiéndolo como “los actos dispuestos o convocados por el Estado **que no reúnen las características formales y bilaterales** de los contratos, como por ejemplo embargos de bienes, expropiaciones, incautaciones u otro similar” (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.55).

## 2.2. La fase de otorgamiento de la buena pro, previa a la fase de firma de contrato, en el proceso de selección

La Corte Suprema realiza una distinción de dos fases en el Proceso de selección: la primera que culmina en el otorgamiento de la buena pro y, la segunda, post proceso para la firma del contrato, conforme al Decreto Supremo n.º 045-2008-EM – Reglamento del artículo 11º del TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Los imputados como autores del delito de negociación incompatible formaban parte de la Comisión de Trabajo del proceso en cuestión, cuya actuación se enmarcaba “dentro del proceso de selección, no teniendo facultad de decisión respecto a la suscripción, cuestión que era de competencia de las autoridades indicadas en el mencionado cuerpo legal” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.54); por lo que, los actos de la Comisión de Trabajo no resultan vinculantes para la suscripción contrato. De modo que, bajo esta lógica la Corte lo que hace es adherirse a una concepción limitada y no amplia del término *contrato*, pues considera que la negociación incompatible solo puede cometerse en la etapa de suscripción del contrato y no en las previas o posteriores del mismo, ámbitos donde también los funcionarios públicos pueden interesarse indebidamente.

Ahora bien, una vez que la Corte descarta que el proceso de selección puede enmarcarse dentro del término *contrato*, pasa a analizar el término *operación*. En vista de la definición de *operación* que da la Corte Suprema, esta primera fase de otorgamiento de la buena pro no podría considerarse como tal, porque “el Estado no actúa de manera unilateral en dicho proceso, pues un Proceso de Selección importa la participación de más de un postor, culminando con un acto bilateral (suscripción de un contrato)” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.55). Entonces, es así como la Corte Suprema al no considerar que el proceso de selección pueda enmarcarse en ninguno de los dos contextos, es que absuelve a los acusados.

## 3. Sobre la prueba prohibida

3.1.El rechazo de las pruebas recabadas por el Ministerio Pública por tener su origen en los audios difundidos por el programa “Cuarto Poder”, los mismos que constituyen prueba prohibida

En consideración de la Corte Suprema, la decisión de la Sala Superior de no admitir y excluir las pruebas es correcto:

Su decisión de no admitir y de excluir el caudal probatorio (...), se ha basado exclusivamente en que los audios que contienen las conversaciones efectuadas por Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, **constituyen prueba prohibida por haber sido obtenidas con violación a derechos fundamentales**, específicamente, con violación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (...), ello al haberse interceptado y grabado sus conversaciones a través de sus teléfonos”. (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.24)

Asimismo, sobre las pruebas que se recabaron con ocasión del conocimiento de los audios, la Corte Suprema indicó que no deben ser admitidas porque tienen vínculo causal con estos. De forma que, “al resultar ser **prueba derivada, estos no pueden tener validez de cara al proceso**, impidiéndose su valoración para la determinación de responsabilidad, por haber sido originadas por un medio de prueba obtenido de manera ilegal, con violación a derechos fundamentales” (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.29).

3.2.La falta de análisis sobre la proporcionalidad de esta decisión al tratarse de un caso de gran corrupción

La Corte Suprema se refiere al derecho a la prueba e indica que a pesar de ser un derecho fundamental, no es ilimitado. Para lo cual se apoya en lo establecido por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 0019-2005-PI/TC en su fundamento 12, que indica que “por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección” (como se citó en Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6,21). De igual forma, y bajo este mismo argumento, sostiene que el derecho a la verdad tampoco es ilimitado; sin embargo, la Corte Suprema en ningún momento hace esta reflexión en torno al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, el cual parece que a su consideración es ilimitado.

## **Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución**

### **1. Sobre la configuración del delito de Tráfico de influencias**

En este capítulo se realizará un breve análisis del delito de tráfico de influencias, su regulación y los elementos que lo conforman, para luego pasar a analizar en específico el elemento *caso administrativo* y el riesgo permitido de en cuanto a la gestión de intereses.

#### **1.1. Análisis del tipo penal**

##### **1.1.1. Regulación nacional e internacional**

Conocido también en la doctrina como “venta de humo” por su acepción romana, fue tipificado por primera vez en el Perú en 1981 mediante el Decreto Legislativo n.º. 121, pero las razones sustantivas y política criminal no fueron discutidas para su incorporación en el Código Penal, pues se trató de una expresión de la idea política que buscaba reprimir a los funcionarios públicos del gobierno militar que cometieron delitos contra el Estado (Salinas, 2018, pp. 697-698). Posteriormente, en el Código Penal de 1991 se tipificó este delito en el artículo 400:

*Artículo 400.- Tráfico de influencias*

*El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. (Decreto Legislativo 635, 1991)*

En 2004, a través de la Ley n.º 28355, la tipificación del delito fue modificada y se adicionaron nuevos elementos: teniendo, beneficio y ha de conocer; además de establecer una agravante por la condición del sujeto activo.

*Artículo 400.- Tráfico de influencias*

*El que, invocando o **teniendo** influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o **beneficio** con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que **ha de conocer**, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*

*Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. (Ley n.º 28355, 2004)*

Esta tipificación ha sido objeto de modificaciones en los siguientes años y actualmente está regulado de la siguiente manera:

*Artículo 400. Trafico de influencias*

*El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Decreto Legislativo n.º 1243, 2016)*

Si bien ha sufrido modificaciones en los últimos diecisiete años, ha mantenido intacto el supuesto de hecho de la norma jurídica. Sobre el modelo peruano de este delito, Abanto y Vásquez-Portomeñe afirman que:

Es en principio idóneo para reprimir conductas de tráfico de influencias, cuyo trasfondo, en el caso de las influencias reales, es en realidad un cohecho que no necesita ser probado, y que, en la práctica, probablemente tampoco pueda probarse. Se trata de un modelo dirigido a reprimir penalmente, de manera autónoma, el tráfico de influencias puro entre privados, a diferencia de otros modelos vigentes como el colombiano y el español que se basan en el ejercicio efectivo de influencias de un funcionario sobre otro, aunque a semejanza de las legislaciones francesa y la argentina (2019, p. 98)

En la legislación comparada (como en España, Italia, Argentina, Colombia) la simple influencia no es sancionada porque producto de la interacción social es factible que una persona pueda tener influencias sobre algún funcionario público; por lo que, el ejercicio de estas influencias en situaciones que carecen de los elementos exigidos por la norma

penal, carecen de interés penal (Salinas, 2018, p. 699). Así, la relevancia penal, acorde con los diseños políticos criminales, se sitúa en la venta de las influencias que posee el agente, de modo que no es relevante si esa influencia vendida haya sido concretada o eficaz (Salinas, 2018, p. 699).

Por otro lado, en materia de lucha contra la corrupción a nivel internacional, el Perú está comprometido por dos instrumentos jurídicos internacionales: la Convención Interamericana contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Esta última recomienda a los Estados parte la tipificación del delito de tráfico de influencias:

*Artículo 18. Tráfico de influencias*

*Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*

*a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;*

*b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido. (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003)*

Se puede apreciar que a nivel internacional, en el marco de la lucha contra la corrupción, se ha reconocido que resulta importante sancionar las conductas que supongan la venta de influencias para obtener un beneficio indebido de la administración pública. En cuanto a la tipificación nacional, el legislador peruano ha incluido el contenido esencial mínimo establecido por la Convención de las Naciones Unidas, que es “la sanción de un pacto de interferencia en el funcionamiento de la cosa pública”; sin embargo, se ha limitado el ámbito de aplicación de la norma (Chanjan, Puchuri, Hinojosa, Villalobos, Gutierrez y Cueva, 2020a, p. 278). Así pues, en el Perú solo se sanciona al traficante o vendedor de influencias, omitiéndose el título de imputación del comprador de influencias; de igual

forma, se limitó el ámbito de aplicación de la norma a situaciones compatibles con un caso judicial o administrativo (Chanjan et al., 2020a, pp. 278-279).

### **1.1.2. El bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido genérico del delito de tráfico de influencias, al igual que en los demás delitos contra la administración pública, es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, en la determinación del bien jurídico específico y cómo este podría ser afectado no ha habido un consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia penal (Montoya, 2015; Abanto y Vásquez-Portomeñe, 2019). Montoya (2015) ha identificado cuatro posturas: (i) la teoría del prestigio o buena imagen de la administración pública, (ii) la teoría de la imparcialidad de función pública o el patrimonio personal, (iii) teoría de la imparcialidad y (iv) teoría de la institucionalidad de la administración pública.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116, ha tomado la primera teoría; en su fundamento 14 hace una distinción entre influencias reales y simuladas, siendo que en el caso de las primeras el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública, mientras que en las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta postura es respaldada por Salinas Siccha (2018), quien señala que ya sea que se trate de influencias reales o simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública, pues con la comisión de este delito se desacredita al Estado ante la sociedad y los ciudadanos pueden llegar a creer que los problemas judiciales o administrativos solo funcionan a través de actos de corrupción, o que los funcionarios públicos son corruptos e influenciables.

No obstante, esta teoría es criticada porque el objeto de protección no es compatible con el modelo de administración pública peruano, el mismo que es un Estado social de Derecho, en el que la administración pública se centra en la relación función pública-ciudadano; por lo que, “la administración pública (o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí misma, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional” (Montoya, 2015, p. 143).

Ahora bien, para efectos del presente informe jurídico, se suscribe la teoría de la institucionalidad de la administración, respecto de la cual Erick Guimaray señala que se entiende por *institucionalidad* como:

“Una serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública, valores que deben protegerse incluso de conductas que sin necesidad de trasgresión efectiva coadyuvan en el sistema nefasto de corrupción, y muestran el aparato de administración de justicia como un ente endeble e influenciado por intereses particulares ilegítimos que escapan a la regular tutela que la función judicial o administrativa procura a los ciudadanos (2012, pp. 105-106).

Así, pues, para Guimaray la institucionalidad es “el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, altamente influenciada, de ataques periféricos (porque no atacan al núcleo de su decisión o gestión) (...) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar” (como se citó en Montoya, 2015, p. 144).

### **1.1.3. Breve análisis de los elementos del tipo penal desarrollados en la resolución**

La Corte Suprema menciona y describe cuatro elementos de la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias. Primero, se tiene el elemento *invocar o tener influencias reales o simuladas* que refleja el núcleo de la conducta típica, que es la venta de influencias, en la que el “infractor ha de reflejar una atribución para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.35). Es decir, el agente aduce tener estas influencias para que el interesado o comprador de influencias le entregue o prometa algún beneficio o ventaja a cambio, siendo irrelevante que estas influencias sea reales o simuladas (Salinas, 2018, p. 705).

El segundo elemento es el *ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público*, y tal como lo indica la Corte Suprema, constituiría el componente teleológico de la conducta, pues la conducta del agente se tiene como fin, “teniendo como base la invocación de influencias, intermediar directamente ante el funcionario o servidor público que conoce su caso, conducta que también puede darse a través de tercer persona” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.35). El tercer elemento es *recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero*, sobre el cual la Corte indica que se tratarían de las modalidades delictivas del tipo y que cerrarían la tipicidad, puesto que al haberse producido la entrega del beneficio, la promesa del beneficio o cualquier otra ventaja que se haya pactado, el delito ya se habría consumado. Sin embargo, en la doctrina

se señala que la consumación de este delito se produce no por la entrega del beneficio, sino cuando se realiza el acuerdo de intercesión, es decir, cuando el comprador acepte las influencias ofrecidas por el vendedor, a cambio de entregarle algún beneficio (Chanjan, Torres y Gonzales, 2020b, p. 53). Por último, la Corte hace referencia a los elementos corruptores, que son el donativo, la prometa o cualquier otro beneficio o ventaja que reciba el vendedor de las influencias, y sobre este último punto, es necesario precisar que el beneficio o ventaja puede ser o no patrimonial, pero debe tener “una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado” (Salinas, 2018, p. 722).

#### **1.1.4. La participación del comprador o interesado en la venta de influencias**

Si bien es cierto que la Corte Suprema no analiza la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias, tratar brevemente este punto resulta pertinente, pues el Ministerio Público ha imputado a Fortunato Canaan y Jostein Kar como instigadores del delito, en tanto que fueron ellos quienes compraron las influencias de Rómulo León y Alberto Quimper. En la doctrina y la jurisprudencia ha sido un tema muy discutido la determinación del título de participación del interesado o comprador en el delito de tráfico de influencias, ya que se debatía si a este le corresponde el título de cómplice o de instigador. En el año 2015 este punto fue zanjado por la jurisprudencia, pues el Acuerdo Plenario n.º 3-2015/CIJ-116 ha indicado lo siguiente:

En consecuencia, el “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el “comprado solicitante de influencias” habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al “comprador o solicitante de influencias”, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor. (2015, Fundamento 10)

Cabe resaltar que el Acuerdo Plenario hace una aclaración y es que el interesado o comprador de influencias solo podrá ser considerado como instigador cuando su conducta haya sido idónea para crear o reforzar la resolución criminal del traficante de influencias mediante un influjo psíquico. Caso contrario, la conducta del interesado o comprador queda impune, puesto que a consideración de Corte Suprema, en el tráfico de influencias

no cabe otra forma de participación para este interviniente. Esto se debe a que la figura del cómplice implica que la persona auxilia o colabora dolosamente en la realización del tipo penal y en el tráfico de influencias esto supone ayudar al traficante en la invocación de influencias. En cambio, el interesado o comprador no cumple con el rol de auxiliar en la comisión del delito, ya que es un partícipe necesario de un delito de encuentro y su colaboración necesaria sería impune desde el punto de vista de la complicidad (Acuerdo Plenario n.º 3-2015/CIJ-116, 2015, fundamentos 8-9).

Sin embargo, la doctrina difiere del Acuerdo Plenario, pues resulta discutible que el interesado o comprador de influencias sea instigador cuando es el traficante quien lo busca para ofrecerle sus servicios, ya que él no hace nacer ni refuerza la resolución criminal del traficante (Salinas, 2018, pp. 737-738). En este contexto, el interesado que acepta esta propuesta sería cómplice primario, pues al tratarse el tráfico de influencias de un delito de encuentro es necesaria la conducta de aceptación del interesado, de forma que, su participación ayuda para que el delito se consuma (Salinas, 2018, pp. 738-739). Es preciso señalar que en la práctica esta distinción no afecta la pena que se le impondrá al interesado o comprador de las influencias, pues de acuerdo a los artículos 24º y 25º del Código Penal, tanto el instigador como el cómplice primario reciben la misma pena que le corresponde al autor del delito.

## **1.2. El proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008: caso administrativo**

### **1.2.1. Análisis del elemento *caso administrativo***

En el Recurso de Nulidad, la Corte Suprema define caso administrativo de la siguiente manera:

(...) Un procedimiento administrativo en la que ha de **existir pronunciamiento respecto a la controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal**; de ahí que el objeto de tutela penal sea preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa (...); por lo que si no se está ante un procedimiento de tales características, la conducta resultará atípica. (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.39)

Así, la Corte Surpema cita a Rojas Vargas, quien señala que

(...) El funcionario o servidor público sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial (...) o administrativo. Quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no solo a jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos (como se citó en Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.40)

Por lo tanto, el objeto del proceso de selección n.º PERUPETRO-CONT-001-2008 era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos, y por ende, no puede tratarse de un caso administrativo. Así, la carencia de este elemento típico en el supuesto de hecho del delito de tráfico de influencias, hace que los hechos denunciados sean atípicos, pues el proceso de selección en cuestión no es un caso administrativo. Por lo que, resulta necesario desarrollar la interpretación de este elemento.

En la doctrina hay posiciones que indican que el elemento *caso administrativo* no debería ser interpretado de manera restrictiva, sino amplia, y así se puedan incluir todos los actos administrativos que impliquen la toma de una decisión que expresa la voluntad de la Administración Pública.

Para Abanto Vásquez y Vásquez-Portomeño (2019), el término *caso* debería ser interpretado conforme a lo indicado en la RAE, es decir, entendido en un sentido amplio como *suceso* o *asunto*, y cuando se une a los términos *judicial* y *administrativo*, se estaría enmarcando estos *sucesos* o *asuntos* a la actividad de los funcionarios públicos, quienes están descritos en el artículo 425 del Código Penal; por lo que, sus decisiones estarían precisamente relacionadas a las funciones que cumplen y no necesariamente a la resolución de procesos (p. 126). Pero a su criterio, lo mejor sería que la redacción del tipo penal sea modificada para que se incluyan todo tipo de actividades funcionales de la administración pública que estén destinadas a la toma de decisiones, para que estas sean objetivas, imparciales y legales (Abanto y Vásquez-Portomeño, 2019, p. 126).

Aquí resulta oportuno acudir a la regulación del Derecho Administrativo sobre la función administrativa. Al respecto, Chanjan et al. (2020a) comienzan por analizar el *acto administrativo*, que es la declaración de voluntad de la administración pública que produce modificaciones en la esfera jurídica de los administrados y que se encuentra regulado en el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) (p. 285):

### *Artículo 1.- Concepto de acto administrativo*

*1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. (Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, 2019)*

Sin embargo, tal como lo establece el artículo 29 de la LPAG, los actos administrativos son el resultado de un procedimiento previo, el mismo que se encuentra conformado por una serie de actos (Chanjan et al., 2020a, p. 285):

### *Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo*

*Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados. (Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, 2019)*

De modo que, es el procedimiento administrativo la vía por la cual se concreta una determinada actuación administrativa para la consecución de un fin determinado; así, independientemente del tipo de procedimiento, la función pública será el común denominador en todos, ya sea que se trate de un acto administrativo, una contratación pública o un procedimiento administrativo sancionador, pues en todas ellas se vinculará con los administrados y, por ende, puede presentarse el delito de tráfico de influencias (Chanjan et al., 2020a, pp. 285-286).

Por ello, el elemento *caso administrativo* “debe tomarse de manera amplia, entendido este como cualquier procedimiento, en cualquiera de sus fases, que culmine en un acto administrativo, propio de la voluntad expresa de la Administración”; de manera que las actuaciones judiciales y administrativas (en general) puedan ser consideradas como supuestos de hechos para la configuración del tráfico de influencias (Chanjan et al., 2020a, pp. 286-287). Por lo tanto, entendiéndose el elemento *caso administrativo* como procedimiento administrativo, la invocación de influencias ante funcionario o servidor público podrá darse respecto de aquel que tenga incidencia en un proceso de selección, independientemente de la etapa en que se encuentre (Torres, 2016, p. 22).

### **1.2.2. Los alcances de la jurisprudencia**

En cuanto al elemento *caso administrativo*, en la jurisprudencia hay dos pronunciamientos que comparten la posición que interpreta este elemento de manera amplia. En el Recurso de Nulidad n.º 11-2001 del 23 de julio de 2003, se señala lo siguiente respecto de la interpretación de caso judicial o administrativo:

“(…) debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (…)” (como se citó en Rodríguez, Torres, Navas y Novoa, 2014, p. 188)

A partir de este extracto se entiende que el funcionario público sobre quien recae la influencia es aquel que “tiene competencia administrativa y que está investido de poder discrecional (administrativo). Con ello se aleja de la interpretación del elemento ‘caso administrativo’ como un proceso jurisdiccional administrativo, lo cual permite asimilarlo a cualquier procedimiento administrativo” (Torres, 2016, p. 21).

Asimismo, se encuentra el Expediente 00466-2011 del 22 de marzo del 2013, sobre el caso Banco de Materiales, en el que el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima señala lo siguiente:

(…) el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto **al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública**, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública (…)

(…) En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública. (Énfasis agregado) (Como se citó en Rodríguez, Torres, Navas y Novoa, 2014, p. 188)

Como se aprecia, en esta sentencia se sigue la línea argumental de que por caso administrativo se entienda a cualquier procedimiento administrativo y que no sea interpretado de manera restrictiva como un proceso jurisdiccional administrativo.

### **1.2.3. Una interpretación teleológica**

En este punto cabe preguntarse, entonces, qué sentido debería tener el elemento *caso administrativo* del tráfico de influencias. El método de interpretación de la *ratio legis* da el significado de la norma a partir de su razón de ser, la cual es distinta a la intención del legislador y de la *ratio iuris*, puesto que fluye del texto mismo de la norma o el grupo normativo al que le es correspondiente (Rubio, 2014, pp. 240-241).

El delito de tráfico de influencias tiene como núcleo esencial sancionar “una conducta consistente en ofrecer o invocar, a cambio de una ventaja, una influencia dirigida a orientar el poder de decisión de una autoridad pública en beneficio de un interés privado que no merece ser amparado dada sus ilicitud” (Chanjan et al., 2020a, p. 287). Así pues, sanciona, como ya se señaló líneas arriba en relación con el bien jurídico protegido, el daño que se produce a la institucionalidad de la administración, que en un Estado constitucional de derecho se relaciona con el compromiso estatal de lucha integral contra la corrupción, dada la “idoneidad altamente lesiva que los actos de corrupción significan para el desarrollo del individuo en sociedad y para el mantenimiento del sistema jurídico”; puesto que este delito no sanciona la probabilidad del peligro que produce el tráfico de influencias, sino porque se trata de una modalidad de comportamiento contra el bien jurídico correcta administración pública (Guimaray, 2012, p. 108).

Por lo tanto, como indican Chanjan et al. (2020a), el elemento *caso judicial o administrativo* no es imprescindible para lograr la satisfacción de la finalidad de este tipo penal, pues la sanción de la venta de influencias es independiente de que se trate de un interés relacionado a un caso judicial o administrativo. Para sancionar el tráfico de influencias lo único relevante es que lo que se pretende influenciar “sea un acto funcional en desmedro de la institucionalidad del Estado o de la imparcialidad de la actuación del funcionario público” (Chanjan et al., 2020a, p. 288).

### **1.3. El riesgo permitido en el delito de tráfico de influencias: los límites en la gestión de intereses**

Para la comisión del delito de tráfico de influencias es necesario que se cumpla con el juicio de imputación objetiva de la conducta típica, la misma que exige, entre otros elementos, la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido. Este riesgo se producirá a través de la conducta de recibir, hacer dar o hacer prometer para sí o para un tercero una ventaja, “siempre y cuando con ello se ponga en peligro el buen funcionamiento e imparcialidad de la administración, lo que deberá excluirse cuando se trate de conductas socialmente adecuadas o toleradas, de riesgos permitidos o riesgos insignificantes” (Rodríguez, 2002, p. 267). Esto significa que no todo riesgo es idóneo en la imputación de la conducta, pues hay riesgos que son permitidos por ser útiles socialmente; no obstante, cuando el individuo va más allá del riesgo permitido o tolerado socialmente, el resultado que ocasione deberá ser imputado al tipo objetivo (Villavicencio, 2013, p. 324). “El tráfico de influencias es un delito de mera actividad, o sea de acción, por ello requiere de la imputación objetiva de la conducta para completar los elementos del tipo penal” (Rodríguez, 2002, p. 271).

Al respecto, la Corte Suprema avala la decisión de la Sala Superior cuando esta indica que el accionar de Rómulo León Alegría es la de un gestor de intereses, que se vio respaldado con los contratos que celebró con Rafael Canaán y luego con el Presidente de la empresa DPI (contratos cuya existencia fue sostenida por el Ministerio Público). Por lo que, la actuación de León Alegría se efectuó dentro del contexto comercial e industrial de la referida empresa, puesto que se indica que inclusive realizó una serie de actividades de carácter administrativo. En la resolución, la Corte Suprema argumenta que el Ministerio Público no ha logrado establecer que las gestiones de León Alegría excedan el rol del gestor de intereses o negocios que desempeñaba a favor de la empresa noruega, conforme al contrato verbal celebrado con Rafael Canaán y al contrato de prestación de servicios celebrado con el presidente de DPI, pues recibió incluso una contraprestación por dichos servicios.

Aquí resulta relevante traer a colación la Ley n.º 28024 – Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública y su Reglamento (Decreto Supremo n.º 099-2003-PCM). Primero, se debe partir por entender qué es la gestión de intereses y quién es considerado como gestor de intereses, para lo cual se debe ser revisar los artículos pertinentes de la Ley en cuestión:

*Artículo 2.- Del acto de gestión*

*Se entiende por acto de gestión a la comunicación oral o escrita, cualquiera sea el medio que utilice, dirigida por el gestor de intereses a un funcionario de la administración pública, con el **propósito de influir en una decisión pública**. (Énfasis agregado) (Ley n.º 28024, 2003)*

*Artículo 3.- De la gestión de intereses*

*Se entiende por gestión de intereses a la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, **promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas**. La gestión de intereses se lleva a cabo mediante actos de gestión. (...). (Énfasis agregado) (Ley n.º 28024, 2003)*

*Artículo 7.- Del gestor de intereses*

*Se define como gestor de intereses a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, **debidamente inscrita en el registro correspondiente**, que desarrolla actos de gestión de sus propios intereses o de terceros, en relación con las decisiones públicas adoptadas por los funcionarios públicos comprendidos en el artículo 5º de la presente Ley. (Énfasis agregado) (Ley n.º 28024, 2003)*

*Artículo 12.- De la inscripción y registro de actos*

*Para ejercer los actos de gestión de intereses los gestores profesionales **deben inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses que le asignará**, previo pago de derechos, el respectivo número de registro con vigencia de dos (2) años, vencido el cual caducará de pleno derecho, salvo prórroga conforme al reglamento de la presente Ley. Los actos de gestión de intereses que se realicen deben inscribirse de manera obligatoria. (Énfasis agregado) (Ley n.º 28024, 2003)*

Es preciso resaltar que la Corte Suprema no hizo mayor análisis de si la conducta de León Alegría se realizaba dentro de los límites de la gestión de intereses, puesto que solo se enfocó en argumentar que el proceso de selección no se trataba de un caso administrativo y, por ello, era irrelevante analizar si la conducta de los imputados resultaba ser típica. Así, como se colige de los hechos desarrollados en la resolución, la “gestión de intereses” de León Alegría no se realizó de manera transparente y un indicio importante de ello es que este habría sido un gestor de intereses informal, pues no cumplió con inscribirse en el registro correspondiente. Si bien es cierto que actualmente la inscripción ya no constituye un requisito por la modificación realizada por el Decreto Legislativo n.º 1353, al momento de la comisión de los hechos investigados esta exigencia estaba vigente. Por

otro lado, resulta también relevante señalar que en tanto que el señor León Alegría era un gestor de intereses informal, no ha cumplido con las obligaciones indicadas por el artículo 10 de la Ley, entre las que resalta el informar a los organismos pertinentes sobre los actos de gestión que realizaba y observar las normas éticas de las actividad de gestión de intereses.

*Artículo 10.- De los deberes del gestor de intereses*

*Son deberes del gestor de intereses:*

- a) **Observar las normas éticas en el desempeño de sus actividades;***
- b) **Informar a los organismos pertinentes sobre los actos de gestión de intereses que realice;***
- c) **Denunciar ante la autoridad competente el incumplimiento o contravención de la presente Ley;***
- d) **Guardar secreto sobre las informaciones de carácter reservado a las que acceden por su actividad. (Énfasis agregado) (Ley n.º 28024, 2003)***

La gestión de intereses, en la medida que constituye una actividad que implica la influencia en las decisiones públicas, debe de obedecer una serie de parámetros, los mismos que se encuentran señalados en la Ley 28024 y su Reglamento, entre las que se encuentran las normas éticas que deben ser cumplidas:

*Artículo 37.- De las normas de ética que deben observar los gestores de intereses*

*Los gestores de intereses se encuentran obligados a observar las siguientes normas de ética en el ejercicio de sus actividades: (...)*

- c) **Abstenerse de formular requerimientos que conlleven a que el funcionario con capacidad de decisión pública incumpla cualquiera de las obligaciones a su cargo;***
- d) **No prometer o realizar beneficios de cualquier tipo, proveer servicios o entregar bienes de cualquier naturaleza por encargo del titular del interés, en el caso de los gestores profesionales, o de manera directa, tratándose de gestores de intereses propios, sea personalmente o a través de terceros a favor de los funcionarios con capacidad decisión pública, así como de su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad. Esta obligación se aplica inclusive con anterioridad o posterioridad al acto de gestión realizado ante el funcionario. No se encuentran comprendidos en este inciso, las excepciones contempladas en el artículo 18 de la Ley; (...)** (énfasis agregado) (Decreto Supremo n.º 099-2003-PCM, 2003)*

Mientras que se cumplan con estos lineamientos, se estará en el ámbito permitido de la gestión de intereses. Si bien la finalidad de esta actividad es la orientación de la decisión pública en el sentido deseado por los interesados, esta debe ser conforme a los criterios establecidos, pues estos le otorgaran la validez necesaria para que el Estado pueda defenderlos y garantizarlos; caso contrario, cuando la satisfacción de estos intereses se produzca con la invocación o uso de influencias (amicales o personales) ante un funcionario público, se estará fuera de la actividad de gestión de intereses ampara por el marco normativo señalado (Torres, 2016, p. 23). Al respecto, compartimos la opinión de Abanto y Vásquez-Portomeñe:

Más allá de la infracción a esta ley administrativa, de todas estas infracciones a la ley de “gestión de intereses”, aquella conducta que incluye elementos adicionales de gravedad, debería dejar el ámbito administrativo para pasar al penal: no es lo mismo “gestionar” que “influir” o “influir”. No es lo mismo no haberse inscrito en el Registro de Visitas, exigido por la ley administrativa, que ofrecer al cliente “influir” (no gestionar u orientar) en determinado funcionario público para obtener leyes favorables sin justificación alguna, contratos sin licitación, etc. Recién esto último implica un verdadero atentado para el correcto funcionamiento de administración pública, pues un funcionario “influido” no decide imparcialmente y de acuerdo con la legalidad; lo que el “gestor” que “influye” vende ya no es una gestión, sino una actividad en determinado sentido (2019, p.73).

## **2. Observaciones sobre la configuración del delito de Negociación incompatible**

En este capítulo se realizará un breve análisis del delito de negociación incompatible, respecto de su regulación, el bien jurídico protegido y los elementos que abordó la resolución materia de análisis, para luego explicar si el proceso de selección n.º PERUPETRO-001-2008 podría comprenderse como *contrato u operación*. Asimismo, se hará un paralelo del delito de negociación incompatible con el delito de colusión a la luz de los hechos del caso.

### **2.1. Análisis del tipo penal**

#### **2.1.1. Regulación nacional**

La fuente histórica de este delito data del artículo 201 del Código Penal de 1863 y del artículo 345 del Código Penal de 1924, cuya redacción es idéntica a excepción de la extensión de la pena (Salinas, 2018, p. 673). En el texto original del Código Penal vigente este delito se encontraba regulado en el artículo 397, pero el 6 de octubre de 2004 la Ley

n.º 28355, además de introducir modificaciones en la redacción del tipo penal, lo reubicó en el artículo 399. Actualmente, el delito de negociación incompatible está regulado de la siguiente manera:

*Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo*

*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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Ley n.º 30111, 2013)*

El cual ha mantenido el mismo supuesto de hecho de la norma jurídica desde su modificación en el año 2004 y en cuanto a la pena se ha agregado la sanción de días-multa. En la doctrina, este delito también es conocido como gestión desleal, infidelidad de funcionario, aprovechamiento indebido del cargo o interés particular en acto de oficio; además, se trataría de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad en tanto que la naturaleza del elemento *contrato y operación* no está especificada (Salinas, 2018, p. 673).

### **2.1.2. El bien jurídico protegido**

Los delitos contra la administración pública comparten el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública, que implica la protección del fin objetivo, legal y prestacional en la gestión de los recursos públicos – bienes o servicios –, y además, está compuesto por una serie de principios y deberes que están encargados en los funcionarios públicos, quienes se encuentran entre los recursos del Estado y los destinatarios, y son el vínculo entre el Estado y su actos (Guimaray, 2014, p. 11). Así, en la negociación incompatible, lo que se busca evitar es que el interés privado del funcionario público se superponga por encima del interés general y sus principios; por lo que, el bien jurídico protegido específico sería la imparcialidad de la función pública, que debe velar por la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones celebrados con el Estado (Guimaray, 2014, p. 12). Esta postura se ve respaldada por la jurisprudencia, pues la Corte Suprema indica en el fundamento décimo segundo del Recurso de Nulidad 1318-2012 cuál es el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible:

Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente *–no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública–* y en sujeción a los intereses públicos [tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal] (2012, fundamento 12)

En sentido, lo que se busca proteger es la objetividad con la que debe actuar la administración pública “al momento de celebrar contratos, concursos públicos o cualquier operación económica, pues se busca elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común”; para lo cual, se debe proteger a la administración pública de los intereses particulares de los funcionarios públicos que gestionan los recursos del Estado, precisamente, por razón del cargo que ocupan en la celebración de contratos u operaciones públicas (Montoya, 2015, p. 131).

### **2.1.3. Breve análisis de los elementos del tipo penal**

En la resolución materia de análisis, la Corte hace un repaso por algunos de los elementos de la tipicidad objetiva del delito de negociación incompatible. El primer elemento es la vinculación o relación funcional, pues en este delito es un requisito que el funcionario o servidor público que se interesará indebidamente por algún contrato u operación determinada, sea aquel a quien se le hayan confiado estos por razón de su cargo; es decir, que sus facultades para intervenir en el contrato u operación sean inherentes al ámbito de su competencia y que sea el llamado a intervenir por ley o normas de menor jerarquía (reglamentos, directivas, etc.). Un aspecto interesante es que esta vinculación o relación funcional puede ser inmediata o mediata, ya que el agente puede ser el funcionario encargado directamente de participar en la celebración del contrato o realización de la operación, pero también puede que tenga esta facultad por disposición jurídica o disposición funcional (Salinas, 2018, p. 685).

El segundo elemento es el interés indebido en provecho propio o de tercero, que tiene tres modalidades: directa (manifestación del agente de sus pretensiones), indirecta (uso de intermediarios) y por acto simulado (aparentar que el interés privado es interés de la administración pública). Al respecto, la Corte lo define como el “volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016,

2017, fundamento 6.51). Lo que significa la introducción de un interés particular donde debería estar presente el interés público, y esto puede ocurrir “en los actos de 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” (Salinas, 2018, p. 676). Salinas Siccha da mayores alcances de las manifestaciones de este interés indebido:

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el interés del agente no solo se configura resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, receptación de una dieta, incluso de una orden del día (2018, p. 678).

El tercer elemento, es el objeto del interés indebido: el contrato u operación, el cual será desarrollado en el siguiente acápite. Por último, la Corte se refiere a la tipicidad subjetiva de la negociación incompatible y señala que este delito “requiere el dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.51). Es decir, la conducta exigida requiere que el funcionario público, a pesar de saber que tiene un deber de lealtad y probidad al momento de celebrar contratos o realizar operaciones a favor del Estado, actúa conforme a sus intereses particulares con el objetivo de obtener algún provecho indebido para sí o para un tercero con el que tiene vinculación (Salinas, 2018, p. 692).

## **2.2. El proceso de selección n.º PERUPETRO-001-2008: ¿contrato u operación?**

### **2.2.1. Análisis del elemento *contrato y operación***

Al momento de analizar si los hechos imputados ocurrieron en el contexto de un contrato u operación, la Corte Suprema parte por indicar que los imputados como autores eran parte de la Comisión de Trabajo del proceso de selección, pero su actuación se circunscribía a la fase del otorgamiento de la buena pro y no a aquella que culminaba con la firma de un contrato, por lo que, pasa a realizar el análisis de *operación* para determinar si los actos de la Comisión se realizaron en este contexto. Entonces, la Corte señala que por *operación* se debe entender a aquellos “actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, como por ejemplo

embargos de bienes, expropiaciones, incautaciones y u otro similar” (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.55). A partir de esta definición, a consideración de la Corte, el proceso de selección no califica como operación en tanto que el Estado no actúa de manera unilateral en dicho proceso, puesto que en este participa más de un postor y culmina con un acto bilateral, específicamente, con la suscripción de un contrato. En consecuencia, para la Corte los hechos imputados no configuran el delito de Negociación incompatible, así que resulta atípica la conducta de los imputados y, por extensión, la de los partícipes.

Por contrato se debe entender a todos aquel acto jurídico bilateral destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, de conformidad a los criterios manejados en el Derecho privado, con la diferencia que en estos contratos una de las partes que concurre es el Estado (representado por los funcionarios público) y la otra, una persona natural o jurídica particular (Salinas, 2018, pp. 683-684). Mientras que operación se definiría como aquel acto unilateral dispuesto o convocado por el Estado que no reúne las características formales y bilaterales de los contratos; así pues, la razón por la que el legislador utilizó este término con carácter subsidiario es para “ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses no funcionales” (Salinas, 2018, pp. 683-684).

Si bien es cierto que la definición dada por la Corte coincide con la desarrollada por la doctrina, la argumentación utilizada para descartar el proceso de selección como contrato y reconducirlo a una operación, es incorrecta e incluso irrelevante, como se verá en el siguiente acápite.

### **2.2.2. La pertinencia de la distinción de fases del proceso de selección de la Corte Suprema para la configuración del delito**

Como ya se señaló líneas arriba, los imputados formaban parte de la Comisión de trabajo del Proceso de selección, en la que la Corte hizo una distinción de dos fases: la primera que culminaba con el otorgamiento de la buena pro; y la segunda, como una etapa post proceso para la firma del contrato. Para la cual la Corte hace referencia al Decreto Supremo n.º 045-2008-EM – Reglamento del artículo 11º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en que se establecen los lineamientos para el procedimiento de la aprobación de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos u otras modalidades. Por lo tanto, a consideración de la Corte, la labor

desarrollada por la Comisión de trabajo se circunscribía solo al proceso de selección y no a la suscripción del contrato, pues no tenía facultad de decisión para ello; de manera que llega a la siguiente conclusión:

Si bien **todo Proceso de selección forma parte conformante del proceso de contratación pública**; sin embargo, este es un caso especial, toda vez que el proceso de aprobación de suscripción de contrato, se rige por el Decreto Supremo número 045-2008-EM (...), sujetándose a su propio procedimiento; es decir, el hecho de **otorgársele la buena pro a una empresa para la exploración de hidrocarburos no importaba la suscripción del contrato automáticamente**; por el contrario, este contaba con su propia etapa, momento en el que, a criterio de este Supremo Tribunal, ha de recaer la conducta del sujeto activo que el tipo penal de Negociación Incompatible sanciona. (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 677-2016, 2017, fundamento 6.56)

Ahora bien, en este pues es pertinente recordar cuál es el rol del delito de negociación incompatible y el bien jurídico. En la Casación 23-2016-ICA, la Corte Suprema señala que este delito es de carácter subsidiario porque al no especificar la naturaleza del contrato u operación se vuelve un tipo penal general de amplio espectro, que si bien se asemeja al delito de colusión, no exige la concertación ni la existencia de un perjuicio (2017, fundamento 4.35). En cuanto al bien jurídico protegido, la Corte indica que lo que se busca proteger es a la Administración Pública frente a los intereses privados de los funcionarios o servidores públicos, quienes pueden anteponer sus intereses sobre los de la administración (Casación 23-2016-ICA, 2017, fundamento 4.35).

Por ende, se colige que si el legislador no especificó el significado o interpretación que se deba tener del elemento *contrato u operación*, es precisamente para que la sombrilla de protección de los intereses públicos sea más amplia y, de esta manera, se pueda asegurar la imparcialidad y objetividad con la que deben actuar los funcionarios o servidores públicos al momento de tomar decisiones propias del cargo que ocupan dentro de la Administración Pública. Es por ello que, como se señala en la sentencia del 29 de mayo del 2012, sobre el expediente 036-2012, emitida por la Sala Penal de Apelaciones, resulta irrelevante el momento o la etapa en la cual el funcionario o servidor público antepone su interés antes que el interés público, puesto que la consumación de este delito se da cuando el interés ya no es público sino privado, y esto no va a ocurrir necesariamente al momento de la suscripción o celebración del contrato.

En cuanto al momento en que tal interés se evidencia, siguiendo a Creus es irrelevante la etapa del negocio en la cual se produce la inserción del interés privado del funcionario, pues puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquel (p. ej., en la etapa previa al llamado a licitación); mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etcétera).

Asimismo, Laje Anaya refiere que este delito se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión. Y en la misma línea Donna, afirma: “El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva” (como se citó en Rodríguez, Torres, Navas y Novoa, 2014, p. 116)

Por lo tanto, la distinción que hace la Corte Suprema de dos fases en el proceso de selección resulta no ser pertinente, porque más allá de si la labor de la Comisión de Trabajo solo se limitó al otorgamiento de la buena pro, los funcionarios que conformaban esta comisión antepusieron sus intereses privados. Esto se observa en la serie de actos irregulares que cometieron durante el proceso de selección para favorecer a las empresas DP y DPI, con los cuales afectaron la imparcialidad y objetividad del Administración Pública al resultar como ganador de la buena pro la empresa DPI.

Entonces, se entiende que en este caso los hechos imputados se dieron en el contexto de un *contrato*, pues se trata de un proceso de contratación pública de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos, y tal como lo dijo la Corte, el proceso de selección – en el que participaron los integrantes de la Comisión de trabajo – forma parte del mismo. Sin embargo, la interpretación que realiza la Corte Suprema del elemento *contrato* resulta muy restringida, pues circunscribe este elemento únicamente a la suscripción del contrato.

Como ya se indicó, la interpretación del elemento *contrato* debe ser amplia precisamente para lograr una mayor protección de los intereses públicos. Por ello, este delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato – u operación –, desde la etapa de negociaciones, suscripción del contrato, la ejecución y hasta la liquidación; de manera que, no se requiere que los acusados intervengan en la suscripción del contrato ni que la

decisión final dependa de su cargo, pues sus actuaciones pueden darse desde momentos previos (Castillo, 2015, pp. 41-46). En ese sentido, resulta incorrecta la distinción que hace la Corte Suprema de las etapas de la contratación para determinar que los hechos de este caso no acaecieron en un *contrato*, cuando este delito puede configurarse en cualquier etapa del proceso de contratación, incluyendo la etapa de selección en la que participaron los miembros de la Comisión de trabajo, siendo irrelevante su intervención o facultad de decisión en la etapa de suscripción del contrato.

### **2.3. La negociación incompatible como delito subsidiario al delito de colusión**

#### **2.3.1. Contraste con el delito de colusión agravada**

El delito de Colusión se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal vigente y sanciona a aquel funcionario o servidor públicos que interviniendo, directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier contratación u operación del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado. Así, el bien jurídico específico que busca proteger este delito es “la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado” (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 287). La evaluación de la asignación eficiente se realiza durante el procedimiento, es decir, no toma en cuenta los resultados, ya que si fuera así, la prohibición penal se determinaría solo por hechos posteriores a los actos del agente y se sancionaría solo cuando el patrimonio del Estado sea afectado en términos contables; de modo que lo que sanciona este delito es “la puesta en peligro o lesión efectiva de la asignación eficiente de recursos” (Guimaray y Rodríguez, 2015, pp. 287-288).

Al momento de hacer un paralelo entre la Colusión y el delito de Negociación incompatible, se encuentra que este último tiene un carácter subsidiario respecto del delito de Colusión. Si bien ambos delitos se llevan a cabo en el contexto de una contratación pública o cualquier operación económica en la que participe el Estado, y ambos reflejan el conflicto entre intereses públicos y privados; lo que se exige en la Colusión es que el funcionario público concrete la concertación para defraudar al Estado, es decir, su interés indebido sale de su esfera personal para manifestarse en un acuerdo de voluntades, es decir, tiene un carácter bilateral (Montoya, 2015, p.135).

#### **2.3.2. Los hechos del caso a la luz del delito de negociación incompatible**

El delito de colusión tiene una estructura compuesta por tres elementos: el contexto típico, la concertación ilícita y la defraudación del Estado (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 288).

En cuanto a la concertación ilícita o acuerdo colusorio, el delito de colusión “implica una relación bilateral (...) que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado (...), que, se entiende, debe ser fraudulento dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado” (Montoya, 2015, p. 139). Así, frente a los hechos del caso este acuerdo colusorio se habría celebrado entre los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, estaban encargados de la fase de selección – los miembros de la Comisión de trabajo –, con los interesados, es decir, los representantes de la empresa DPI, Rómulo León y Alberto Quimper (quien sirvió de contacto para los intereses de Rómulo León). De manera que a razón de este acuerdo es que los miembros de la Comisión de trabajo y otros funcionarios públicos cometieron una serie de irregularidades que favorecieron a la empresa DPI y lograron como resultado que esta obtuviera la buena pro. Sobre el acuerdo colusorio es necesario señalar que debe ser idóneo para defraudar al Estado, es decir, que tenga la capacidad de poner en peligro al patrimonio del Estado, siendo que la defraudación puede materializarse a través de diversas formas y una de ellas es precisamente la vulneración del procedimiento de contratación previsto en la ley (Pariona, 2017, pp. 49-50). El procedimiento de contratación de este caso estaba dirigido a entregar la concesión de 5 lotes de hidrocarburos para su exploración y explotación, para lo cual en el proceso de selección se escogería a la empresa cuya propuesta sea la más competente y significara que el Estado lograría la maximización de sus recursos. Sin embargo, el acuerdo colusorio desvió la finalidad del proceso de selección, por lo que, no se eligió a la empresa más competente y que cumpla con los requisitos establecidos, por el contrario, los funcionarios públicos denunciados se encargaron de vulnerar esta etapa de contratación para que DPI fuera elegida. Esta defraudación también es entendida como “el actuar del funcionario público que sea contrario o este fuera de los derechos propios de su función” (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 288), lo cual en este caso ocurre, dadas las irregulares actuaciones de los funcionario públicos en mención.

Por último, sobre el contexto típico, este se refiere a que el ámbito de aplicación o contexto fáctico-normativo de este delito “se circunscribe a todo procedimiento contractual u operación de naturaleza patrimonial a cargo del Estado, cuyo objeto es la adquisición o contratación de bienes, obras o servicios” (Pariona, 2017, p. 61). En este punto, es preciso indicar que la norma señala que el delito puede ser cometido en cualquiera de las etapas de las modalidades de contratación, lo cual significa que si en la resolución bajo análisis el delito imputado a los acusados hubiera sido la Colusión, no

quedaría duda alguna de la configuración de este elemento típico, pues los hechos imputados a la Comisión de trabajo ocurrieron durante el proceso de selección, el cual es parte del procedimiento de contratación pública de concesión.

### **3. La prueba prohibida por vulneración del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y sus alcances en los procesos penales por delitos de corrupción**

Una de las principales razones por las cuales la Corte Suprema decide absolver a los acusados es debido a que los audios que contienen las conversaciones de Alberto Químper y Rómulo León fueron obtenidos con vulneración a su derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, pues estas conversaciones fueron interceptadas y grabadas sin su autorización, por lo que, suscribe la decisión de la Sala Superior de excluirlos por constituir prueba prohibida. No solo eso, sino que también apoya la decisión de no admitir varios medios de prueba presentados por el Ministerio Público, en tanto que los requerimientos se fundamentaron en los audios de las conversaciones, por ende, estos últimos constituirían prueba derivada. Por ello, en el presente acápite se desarrollará el derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, las implicancias de la prueba prohibida por la vulneración de este derecho y la excepción a la regla exclusión que podría haberse dado si la Corte Suprema hubiera ponderado este derecho con el valor constitucional de la lucha contra la corrupción.

#### **3.1. Sobre la obtención de pruebas y la restricción del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones**

La actividad probatoria puede ser definida como “el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba” (San Martín, 2020, p. 754). En esta actividad la prueba cumple una función importante, pues coadyuva en la averiguación de la verdad material u objetiva de los hechos discutidos en el proceso con la finalidad de convencer al juez sobre la existencia de un hecho (San Martín, 2020, p. 754). Es por ello que, siendo la función de los procesos judiciales la determinación de la ocurrencia de una serie de hechos vinculados a consecuencias jurídicas, que implican la aplicación del Derecho, es que se ha reconocido el derecho a la prueba, es decir, el derecho a probar si se han producido, o no, los hechos que se alegan (Talavera, 2009. pp. 21-22). Por su importancia, este derecho fundamental está reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal (en

adelante CPP), que indica que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Sin embargo, como todos los demás derechos fundamentales, este derecho también se encuentra “sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales – límites extrínsecos –, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión – límites intrínsecos – (Talavera, 2009, p.21). En ese sentido, conforme a lo regulado en el inciso 1 del artículo 155° del CPP), esta actividad debe realizarse atendiendo a lo señalado por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Estado, y por lo regulado en el CPP. De forma que, como lo indica el artículo 159° del CPP, el juez no podría utilizar ni directa ni indirectamente aquellas fuentes o medios de prueba que se hayan obtenido a través de la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales.

No obstante, es preciso señalar que existen ocasiones en las que la actividad probatoria implica la afectación de derechos fundamentales. Por ello, conforme al artículo 202° CPP, en aquellas situaciones en las que sea necesaria la restricción de algún derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, se debe proceder de acuerdo a lo dispuesto por la Ley y actuar con las debidas garantías para el afectado. Así, cuando las autoridades tengan que disponer que se dicte alguna medida que suponga la restricción de algún derecho fundamental, esta debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción, tal como lo indica el artículo 203° CPP.

### **3.1.1.El derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y sus límites**

En el caso bajo análisis, el derecho fundamental restringido está reconocido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución, el mismo que señala que toda persona tiene derecho al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, que las comunicaciones y telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley; de tal forma que los documentos privados obtenidos vulnerando este derecho no tienen efecto legal. Asimismo, este derecho también se encuentra protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 en los incisos 2 y 3, el cual indica que nadie puede ser objeto de injerencias

arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia; y que toda persona tiene derecho a que la ley lo proteja contra esas injerencias o ataques.

El derecho en cuestión protege el secreto y la inviolabilidad, el secreto es el contenido de las comunicaciones, el cual pertenece exclusivamente a las partes participantes en la comunicación, quienes tienen el derecho de conocer el contenido de la misma y solo ellos pueden transmitirlo a terceros con el acuerdo de todas las partes; mientras que, la inviolabilidad significa que las comunicaciones no pueden ser intervenidas, que no tiene en sí relación con el contenido sino con el proceso de la comunicación (Rubio, Eguiguren y Bernales, 2013, p. 394). El Tribunal Constitucional, en la sentencia n.º 2863-2002-AA/TC, ha señalado que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones tiene eficacia *erga omnes*, lo cual significa que se garantiza su no penetración y conocimiento por terceros ajenos al proceso de comunicación, ya sean estos órganos públicos o particulares; además, indica que no interesa si el contenido de las comunicaciones, o si su objeto pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado; de tal forma que, se vulnera este derecho cuando se produce una interceptación de comunicaciones o cuando se accede al conocimiento del contenido sin tener la debida autorización (2003, fundamento 3).

La prohibición de acceder al conocimiento del contenido de las comunicaciones sin tener autorización es universal, es decir, es para todos lo no autorizados, ya se trate de personas naturales o jurídicas, privadas o públicas; las únicas excepciones son las indicadas en inciso 10 del artículo 2º de la Constitución, que se realizan por mandato motivado del juez y con respeto a las garantías de ley (Rubio et al., 2013, p. 396). La autorización otorgada por un Juez, tendrá que tratarse de una resolución dictada en el ejercicio de sus competencias y dentro de un procedimiento regular, caso contrario, se estaría vulnerando lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, respecto de la garantía del debido proceso y el afectado podría actuar en defensa de sus derechos que fueron vulnerados (Rubio et al., 2013, p. 397).

Estas excepciones son coherentes con el hecho de que el Perú es un Estado Constitucional de Derecho, ya que bajo este régimen no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de forma absoluta, por ello, bajo determinadas circunstancias y ámbitos de su contenido, es posible restringir los derechos con el fin de compatibilizar los objetivos sociales con los intereses individuales (Cubas, 2016, p. 393). Si los derechos fundamentales fueran

absolutos y no cabría en ellos límites o restricciones, los intereses estatales y colectivos se verían afectados, pese a que también son parte del orden jurídico-constitucional; por lo que, este derecho puede ser limitado o restringido cuando se enfrente a legítimos intereses sociales dignos de tutela como la lucha contra la criminalidad, que es de interés social y constituye un obligación de los órganos encargados de la persecución penal (Peña Cabrera, 2015, p. 33).

Entonces, cuando surge un conflicto entre intereses individuales y públicos, en el que esté de por medio la protección de derechos fundamentales, lo ideal es arribar a una solución intermedia (Cubas, 2016, p. 393), que inevitablemente implicará la limitación de derechos. Por ello, para que “esta limitación resulte constitucionalmente razonable se utiliza el test de proporcionalidad o ponderación como instrumento para salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual es intangible” (Chanjan 2016, p. 12). En consecuencia, en el ámbito penal en específico, las medidas que restrinjan el derecho en cuestión deberán adoptarse únicamente en el marco de una investigación penal que tenga por finalidad averiguar o comprobar la presunta comisión de un delito (Cubas, 2016, p. 393).

### **3.2. La prueba ilícita o prueba prohibida**

La búsqueda de la verdad es el objetivo del proceso penal, pero esta no puede alcanzarse a cualquier precio, pues el proceso penal no puede ser entendido solamente como un instrumento para que el Estado ejerza el *ius puniendi*, sino que se trata también de un mecanismo de garantía de derechos, como la libertad personal y la dignidad humana (Peña Cabrera, 2015, p. 36). No se puede, entonces, “dar primacía absoluta al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social (...), pues la justicia envuelve el respeto de los derechos individuales de las personas” (San Martín, 2020, p. 890). Sin embargo, en la realidad la actuación de la prueba ha estado vinculada a la vulneración de derechos fundamentales, por lo que, la doctrina ha determinado a la prueba ilícita o prohibida como límite a las actuaciones probatorias de las autoridades, de manera que se erige como una regla que limita el poder del Estado de probar y sirve como instrumento para garantizar los derechos fundamentales (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 11).

La prueba ilícita o prueba prohibida – entendidas como sinónimos – es, entonces, aquella prueba que ha sido originalmente obtenida a través de la vulneración de derechos

constitucionales, y como extensión, también lo es la prueba que se deriva de ella; siendo que en el primer caso opera la “regla de exclusión” y en el segundo, la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 11). Aquí es necesario precisar que la prueba ilícita o prohibida es diferente de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, la cual se da a través de la violación de una norma procedimental; es decir, la prueba ilícita es la obtención de la prueba a través de una violación constitucional – como es el caso de la violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones –, mientras que la prueba irregular (también llamada prueba ilícita) es la incorporación de la prueba con la vulneración de la formalidad procesal y que podría llegar a ser subsanada (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional, 2004, p. 11).

El Tribunal Constitucional – en la sentencia del caso denominado “Business Track” – considera que la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución y garantiza a todas las personas que cuando un medio probatorio sea obtenido con vulneración de algún derecho fundamental será excluido en cualquier procedimiento o proceso, es decir, prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona; por lo que, la admisibilidad de un medio probatorio no solo está supeditada a la utilidad y pertinencia de la misma, sino también a su licitud (2010, fundamento 7). No obstante, en la doctrina se encuentran opiniones que difieren con el Tribunal Constitucional y consideran que el la prueba prohibida es más bien una garantía constitucional de naturaleza procesal – como lo indica San Martín Castro – (Espinoza, 2012, p. 11). El derecho que poseen las personas es que la prueba que ha sido obtenida con la vulneración de derechos fundamentales sea excluida del proceso, siendo que “esa exclusión es la que tiene fundamento constitucional, con base en el desarrollo de un proceso con todas la garantías” (Villegas, 2015, p. 62).

En cuanto a la regulación normativa, el CPP se refiere expresamente a la prueba ilícita en el artículo VIII del Título Preliminar y en el artículo 159°, que si bien no ha sido definida, de estos artículos se puede llegar a la conclusión que el legislador, asumiendo un criterio restringido, considera que se está frente a una prueba ilícita cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales (Talavera, 2009, p. 163). En el inciso 2 del artículo VIII del CPP se hace referencia a la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, la expresión contenido esencial se refiere al contenido determinable de un derecho

fundamental, que constituye un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que no pueden vulnerar, y es esencial en tanto concierne a la esencial del Derecho (Talavera, 2009, p. 163).

### **3.2.1. La prueba derivada**

Conforme lo dispuesto por el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar y el artículo 159 del CPP, sobre las pruebas directas o indirectas que carecen de efecto legal cuando vulneran el contenido esencial de un derecho fundamental en la búsqueda de pruebas y que no pueden ser utilizadas por el Juez, se puede inferir la diferencia entre la prueba originaria y la prueba derivada. En la resolución bajo análisis, la Corte Suprema avala la decisión de la Sala Superior de no admitir los medios de prueba recaudados por el Ministerio Público, bajo el argumento de que tienen vínculo causal con los audios de las conversaciones de Quimper y León, en consecuencia, constituyen prueba derivada. De modo que los declara inválidos en el proceso y, por ende, no pueden ser valorados para la determinación de la responsabilidad de los acusados.

En el caso de las actas de los allanamientos realizados y los bienes incautados en los mismos, la relación se encuentra en que en el requerimiento fiscal y la resolución judicial que concede las medidas limitativas de derecho – allanamiento – se encuentran redactadas transcripciones de los audios. Sobre el Acta de entrega de una CPU que pertenecía a León, se señala que quien la entregó, Paola Copara, no lo hizo de forma voluntaria, sino debido a una orden de incautación, de modo que también guarda relación con los audios. De igual forma, los Informes de la Contraloría General tampoco fueron admitidos porque tienen como fundamento los audios.

La argumentación de la Corte es correcta pues, la prueba derivada es comprendida como “aquella que consiste en la adquisición lícita de materiales probatorios pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidos previamente en el violación de los derechos fundamentales” (San Martín, 2015, p. 628). Es por ello que, en consecuencia, su inutilización se debe a la “necesidad de evitar que la ilicitud de la prueba originaria se burle mediante su elusión fraudulenta, esto es, que se transmute mediante mecanismos indirectos. Es el único modo de hacer efectiva la regla de exclusión y conseguir la finalidad perseguida con ella” (San Martín, 2020, p. 916).

### **3.2.2. Regla de exclusión y excepciones**

La regla de exclusión de la prueba prohibida puede desprenderse del inciso 2 del artículo VIII y el artículo 159 del CPP – ya señalados líneas antes –, en tanto que la primera norma indica que estas pruebas carecen de efecto legal, mientras que la segunda, dispone que el juez no puede utilizar estos medios probatorios (San Martín, 2015, pp. 619-620). Entonces, la sanción penal derivada de la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental es su inutilización, es decir, su ineficacia o carencia de efectos legales; la que abarca todo el iter del proceso, que incluye la etapa de investigación preparatoria, siendo que puede ser reclamada en cualquier estado y grado del procedimiento (San Martín, 2015, p. 623). De esta forma, la regla general para la prueba ilícita es la exclusión de la misma – directa o derivada – a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado; dado que, toda prueba que fue obtenida con vulneración constitucional debe ser excluida de la valoración del juez (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 12).

El Tribunal Constitucional fundamenta esta exclusión en el contenido del “derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstos en el artículo 8° de la Convención Americana” (Sentencia n.° 00655-2010-PHC/TC, 2010, fundamento 10). Además, toma como base el “derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas (...), también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones” (Sentencia n.° 00655-2010-PHC/TC, 2010, fundamento 11).

Ahora bien, de la acreditación de la vulneración de un derecho fundamental por lo general se excluye la prueba prohibida y la prueba derivada, pero hay casos especiales (excepciones) en los que la exclusión no ocurre de manera automática. En su jurisprudencia, la Corte Suprema ha señalado que si bien esta regla de exclusión fue en principio absoluta, empezaron a surgir cuestionamientos entorno a la pérdida de pruebas relevantes en los procesos, favorecimiento a los culpables de comisiones de delitos, los costos administrativos, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema judicial (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004). Por ello, es que se reconocieron las excepciones a la regla de exclusión, las mismas que han sido desarrolladas e incorporadas, principalmente, por la jurisprudencia americana y europea; no obstante, no perderse de vista que, tal como su nombre lo indica,

son excepciones y no pueden generalizarse, sino que deben servir para fortalecer la prohibición de uso de pruebas obtenidas con la vulneración de derechos fundamentales (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 12).

Las excepciones que se pueden encontrar en la jurisprudencia y la doctrina son las siguientes: la obtención de buena fe, la fuente independiente, el hallazgo o descubrimiento inevitable, el nexo causal o vínculo atenuado, la destrucción de la mentira del imputado, la infracción constitucional beneficiosa al imputado, la renuncia o confesión del imputado, seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad y ponderación de intereses (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004; San Martín, 2020; Romero, 2015); las cuales también pueden ser clasificadas dependiendo de si se trata de prueba prohibida – directa – o prueba derivada.

### **3.2.3. La ponderación del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones en casos de macro corrupción**

Entre las excepciones a la regla de exclusión que han sido desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina se encuentra el principio de proporcionalidad y ponderación de intereses. Esta excepción plantea la posibilidad de dar validez a aquella prueba prohibida o ilícita a través de un examen de proporcionalidad, en el que sea evaluen “la gravedad de la infracción de las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de la supresión de la prueba” (Peña Cabrera, 2015, p. 41). En la jurisprudencia nacional se puede encontrar el desarrollo de esta excepción, por ejemplo se encuentra el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del año 2004:

Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que **la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión).** El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. **Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.**

Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN "cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba". (Énfasis agregado) (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, pp. 13-14)

En el Recurso de Nulidad n.º 4826-2005, sobre el caso conocido como "El Polo", la Corte Suprema aplicó esta excepción, nombrándola como la "teoría de la ponderación de intereses en conflicto" para que las pruebas recabadas en un operativo policial que vulneró el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de los acusados, sean excepcionalmente válidos en el proceso penal. Así, la Corte Suprema se apartó de la decisión de la Sala Penal que aplicó la regla de exclusión y absolvió a los acusados, por lo que, declaró nula esa sentencia y ordenó nuevo juicio oral (Espinoza, 2012, p. 6).

(...) si se asume la concepción o **"teoría de la ponderación de los intereses en conflicto"**, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos lo regla de exclusión tendrá plena operatividad, **es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida** -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, **su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio**, cuanto, **por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias** cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago generado- y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención (...). (Énfasis agregado) (Recurso de Nulidad n.º 4826-2005, 2007, p. 25)

Entonces, lo criticable en la resolución bajo análisis es que la Corte Suprema no consideró en su argumentación que frente a la prueba prohibida o ilícita se pueden aplicar las excepciones a la regla de exclusión, como lo es esta, que incluso fue desarrollada en su

propia jurisprudencia. De modo que omitió realizar un examen de proporcionalidad pese a que existen dos intereses o valores constitucionales que se encuentran en conflicto: el primero, la afectación al derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones; y el segundo, la lucha institucional contra la corrupción (Chanjan, 2016, p. 12).

La lucha contra la corrupción como interés constitucional ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional:

A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que **el propio combate contra toda forma de corrupción goza de protección constitucional**, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39° y 41° de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N° 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N°58). (Énfasis agregado) (2012, Fundamento 16)

De igual, en el fundamento 59 de la sentencia 19-2005-AI-TC, el Tribunal Constitucional (2005) ha sido claro en indicar que la lucha contra la corrupción es el objetivo principal del Estado para el diseño de las políticas criminales, en tanto que la corrupción daña a los valores reconocidos por la Constitución. A nivel internacional, la Convención Interamericana contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción coinciden en señalar que el fenómeno de la corrupción daña las instituciones y valores democráticos de las naciones, atenta contra la ética, la moral y la justicia, y afecta el desarrollo de los pueblo y al imperio de la ley.

Entonces, estando frente a dos intereses o valores constitucionales que se encuentran en conflicto era preciso que la Corte Suprema realizara un examen de proporcionalidad. Lo que se busca a través de un examen de ponderación es llegar a una solución que optimice la realización de los intereses en conflicto; no obstante, frente a las circunstancias de un caso concreto esta solución no es siempre posible, y es entonces que se deberá sacrificar a uno de los intereses, lo que no implica su invalidez o anulación como norma fundamental (Peña Cabrera, 2015, p. 42). En este caso, la Corte Suprema llegó a la conclusión de preferir al derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones sin antes realizar el examen de proporcionalidad, asumiendo como regla la exclusión de la prueba obtenida con la vulneración de derechos fundamentales.

En un examen de proporcionalidad la Corte habría tenido que determinar si salvaguardar el interés constitucional de la lucha anticorrupción justifica que el derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones de los acusados se vea limitado en el caso en concreto. Considero que dados los hechos del caso, en el que los acusados – funcionarios y ex funcionarios públicos de alto rango – formaron una red de corrupción para aprovecharse indebidamente de la explotación de lotes petroleros, constituyen hechos gravísimos que afectaron el interés público. Por lo que, los audios y los medios probatorios obtenidos por el Ministerio Público a causa de los mismos sí deberían ser valorados en el proceso penal, en tanto que coadyuvaron a develar esta red de corrupción, puesto que su exclusión determinó que los acusados fueran absueltos y sus actos quedaran impunes.

### **Conclusiones**

- ✓ El elemento *caso administrativo* del delito de tráfico de influencias no debe ser interpretado restrictivamente, es decir, de manera que se entienda que este delito solo abarca aquellos casos en los que se resuelva una controversia, es decir, que el funcionario público sobre el cual el traficante de influencias va a interceder tenga necesariamente facultades jurisdiccionales en sentido amplio. Sino que esta interpretación debe ser amplia, de forma que comprenda a cualquier procedimiento administrativo, sin importar la etapa en la que se encuentre. Lo cual se fundamenta en que el delito de tráfico de influencias busca proteger la institucionalidad de la administración, que en Estado constitucional de derecho está estrechamente relacionado con el compromiso de la lucha contra la corrupción. Por ello, el proceso de selección de este caso sí constituye un caso administrativo.
  
- ✓ La gestión de intereses es un riesgo permitido en el delito de tráfico de influencias; por ello, la conducta que desarrollan los gestores de intereses debe obedecer a los lineamientos establecidos en la Ley n.º 28024 – Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, así como lo indicado en su reglamento y las normas éticas que correspondan. Esto se debe a que esta labor se desarrolla en un espacio que limita entre lo permitido y lo ilegal, por ello, esta actividad debe ser ética y transparente, en buena cuenta que lo que está en juego es la protección de la institucionalidad de la administración. Entonces, se entiende que la actividad realizada por Rómulo León

excedió la labor del gestor de intereses, al no haber cumplido con lo regulado en la Ley y porque su actividad careció de transparencia.

- ✓ El elemento *contrato* del delito de negociación incompatible no puede ser interpretado de tal forma que se entienda que durante un proceso de contratación pública, la conducta delictiva solo se pueda producir en el momento de la suscripción del contrato. Esta interpretación debe ser amplia, pues este delito busca proteger a la Administración Pública de los intereses privados de los funcionarios y servidores públicos, en desmedro de los intereses de la Administración. De modo que no interesa la etapa del proceso de contratación, pues el interés indebido del funcionario público puede surgir en cualquier de ellas y, de igual forma, es irrelevante si la decisión final sobre la contratación dependa o no del funcionario o servidor público que se ha interesado indebidamente. Por lo tanto, la Corte Suprema no debió haber descartado la fase de otorgamiento de la buena pro del proceso de selección del ámbito de *contrato*, porque pese a que esta fase no determina la suscripción del contrato (como lo señala la Corte), esto no es determinante para la comisión del delito de negociación incompatible.
- ✓ Los acusados de este caso podrían haber sido investigados por el delito de colusión, en tanto que este delito es más específico que el delito de negociación incompatible. De los hechos del caso se desprende que existió un acuerdo colusorio entre los representantes de la empresa DPI, Rómulo León y Alberto Quimper, con los funcionarios públicos encargados del proceso de selección. Bajo este delito no habría existido duda alguna en la Corte Suprema que este delito puede cometerse en la etapa del proceso de selección que culmina con la buena pro, pues la norma es clara en ese sentido. Además, se habría tomado en cuenta el daño patrimonial que el Estado ha sufrido a causa de este delito.
- ✓ En la actividad probatoria las partes procesales tienen derecho a probar, pero este derecho – como todos – no es ilimitado; por ello, la búsqueda de la verdad no puede significar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, habrá ocasiones en que la restricción de estos derechos fundamentales también es permitida, pues como ya se dijo: ningún derecho es ilimitado.
- ✓ En este caso los medios probatorios presentados por el Ministerio Público se obtuvieron a causa de la vulneración del derecho fundamental al secreto y la

inviolabilidad de las comunicaciones de los acusados y, por ello, constituyen prueba prohibida. No obstante, por las características propias del caso – un caso de macro corrupción en el que se encuentran implicados funcionarios públicos de alto rango –, no puede aplicarse la regla de exclusión de la prueba prohibida sin antes realizar un examen de proporcionalidad. Por ello, la decisión de la Corte Suprema es criticable, pues aplicó la regla de exclusión y prefirió el derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, sin siquiera ponderarlo con el valor constitucional de la lucha contra la corrupción. En este caso debió prevalecer este valor porque los medios probatorios daban cuenta de la existencia de la red de corrupción, que supuso un grave daño a los intereses del Estado por cuanto estuvo de por medio la concesión de cinco lotes petroleros.

### **Recomendaciones**

- ✓ Se recomienda a los magistrados que, en el ejercicio de sus funciones, realicen una interpretación de los delitos de corrupción de funcionarios que busque la efectiva protección del bien jurídico protegido genérico de los delitos contra la administración pública y los bienes jurídicos específicos que protegen cada delito.
- ✓ Se recomienda a los magistrados que en todos aquellos casos de macro corrupción en los que se haya vulnerado los derechos fundamentales de los investigados durante la actividad probatoria, se realice un examen de ponderación antes de tomar la decisión de excluir o incluir el acervo probatorio.
- ✓ Se recomienda a las autoridades pertinentes cambiar la redacción del artículo 400 del Código Penal, sobre el delito de tráfico de influencias, en lo que se refiere al elemento *caso administrativo o judicial*. De forma que amplíe el contexto típico del delito a todos aquellos casos en los que la compraventa de influencias, ya sea real o simulada, recaiga en el ejercicio de la función pública.
- ✓ Se recomienda modificar la Ley n.º 28024 – Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, así como su reglamento, con la finalidad de que se logre un mayor control de esta actividad y se garantice la transparencia en su ejercicio.

## Referencias bibliográficas

- Abanto Vásquez, M. A. & Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (2019). *El delito de tráfico de influencias*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Castillo Alva, J. L. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Chanjan Documet, R. (2016) “Comentario Académico. Sobre la ¿ilicitud? De unas pruebas y una sentencia. Breves apuntes sobre la sentencia del caso Petroaudios”. Lima: Boletín anticorrupción y justicia penal, 2, 6-13. Recuperado de <https://www.yumpu.com/es/document/read/55602680/boletin-4-idehpucp>
- Chanjan Documet, R., Puchuri Torres, F. C., Hinojosa Jurado, S., Villalobos Roncal, S. F., Gutierrez Gozzer, A. L., & Cueva Arana, J. M. (2020a). El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial o administrativo”. *Derecho & Sociedad*, 2(54), 275-292. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447>
- Chanjan Documet, R., Torres Pachas, D. & Gonzales Cieza, M. (2020b). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: IDEHPUCP.
- Cubas Villanueva, V. (2016). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores.
- Espinoza Goyena , J. C.(2012). *La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia Nacional*. Alerta Informativa Anuario 2012. Recuperado de <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3096>
- Guimaray Mori, E. (2012). *El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad*. En Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Open Society e IDEHPUCP. Recuperado de <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/28152324/pub043estudioscorrupcion.pdf>
- Guimaray Mori, E. (2014). *Apuntes de tipicidad sobre el delito de negociación incompatible*. Proyecto Anticorrupción. Boletín 39, 11-12. Recuperado de

<https://www.yumpu.com/es/document/read/26749457/proyecto-anticorrupcion-n-39-julio-de-2014>

- Guimaray Mori, E.. (2015). Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. En: Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. La Habana: Unijuris.
- Guimaray Mori, E., & Rodríguez Vásquez, J. (2015). *Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales*. IUS ET VERITAS, 24(51), 286-296. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Los requisitos de legitimidad de las interceptaciones telefónicas. Su incidencia en el marco de la teoría de la prueba prohibida*. Actualidad Jurídica, 257, 33-44.
- Rodríguez Vásquez, J. A., Torres Pachas, D. R., Navas Bustamante, A. C., & Novoa Curich, Y. L. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: Open Society e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34129.pdf>
- Rodríguez Delgado, J. A. (2002). El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?. IUS ET VERITAS, 12(24), 264-275. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16184>
- Rojas Vargas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública* (3ª ed.). Lima: Editorial Grijley
- Romero Ohama, R. B. (2015). *Prueba ilícita derivada y excepciones para su admisión y valoración en el proceso penal*. Actualidad Jurídica, 257, 69-79.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F. & Bernalles Ballesteros, E. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los*

*artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Correo, M. (2014). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salinas Siccha, R. (2018). *Delitos contra la administración pública.* Lima: Editorial Iustitia.

San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (1ª ed.). Lima: Instituto peruano de criminología y ciencias penales – INPECCP y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales – CENALES.

San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (2ª ed.). Lima: Instituto peruano de criminología y ciencias penales – INPECCP y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales – CENALES.

Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común.* Lima: Academia de la Magistratura – AMAG.

Torres Pachas, D. (2016). “Comentario Jurisprudencial. Sentencia del caso Petroaudios”. Lima: Boletín anticorrupción y justicia penal, 2, 12-23. Recuperado de [http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/01192349/2016\\_boletin02.pdf](http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/01192349/2016_boletin02.pdf)

Villegas Paiva, E. A. (2015). *La prueba ilícita: ¿en qué momento debe ser excluida del proceso penal?*. Actualidad Jurídica, 257, 61-68.

Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general.* Lima: Editora y Librería Grijley E.I.R.L.

## **Jurisprudencia**

Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” (11 de diciembre de 2004). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c279a0043eb780c9375d34684c6236a/Pleno\\_Nacional\\_Penal\\_2004.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c279a0043eb780c9375d34684c6236a](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c279a0043eb780c9375d34684c6236a/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c279a0043eb780c9375d34684c6236a)

Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116 (2 de octubre de 2015). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da28c4004f297bc9932abbecef96f216/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da28c4004f297bc9932abbecef96f216>

Casación n.º 23-2016-ICA (16 de mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <http://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacinN23-2016-Ica.pdf>

Expediente n.º 036-2012 (29 de mayo de 2012). Sala Penal de Apelaciones.

Expediente n.º 00466-2011 (22 de marzo de 2013). Segundo Juzgado Unipersonal de Lima.

Recurso de Nulidad n.º 11-2001 (23 de julio de 2003). Corte Suprema de Justicia de la República.

Recurso de Nulidad n.º 4826-2005 (19 de julio de 2007). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3acc458040753cc690b9d099ab657107/8.+R.+N.+N%C2%B0+4826-2005Caso+El+Polo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3acc458040753cc690b9d099ab657107>

Recurso de Nulidad n.º 1318-2012 (29 de agosto de 2012). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/19c7c4804f9b9ae987d3d77aff04da0f/RN+1318-2012+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=19c7c4804f9b9ae987d3d77aff04da0f>

Recurso de Nulidad n.º 677-2016 (17 de mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <https://plataformaanticorruccion.pe/wp-content/uploads/2017/07/SPP-R-N-677-2016-LIMA-Sentencia-Caso-Petroaudios.pdf>

Sentencia n.º 2863-2002-AA/TC (29 de enero de 2003). Tribunal Constitucional. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02863-2002-AA.pdf>

Sentencia n. ° 0019-2005-PI/TC (21 de julio del 2005). Tribunal Constitucional.  
Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>

Sentencia n. ° 00655-2010-PHC/TC (27 de octubre del 2010). Tribunal Constitucional.  
Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>

Sentencia n.° 00017-2011-PI/TC (3 de mayo de 2012). Tribunal Constitucional.  
Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

### **Cuerpos normativos**

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (31 de octubre de 2003).  
Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

Convención Interamericana contra la Corrupción (20 de marzo de 1997). Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)

Decreto Legislativo n.° 635, Código Penal (8 de abril de 1991).

Decreto Legislativo n.° 957, Nuevo Código Procesal Penal (29 de julio de 2004).

Decreto Legislativo n.° 1243, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados (22 de octubre de 2016). Recuperado de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/08/17155235/decreto-legislativo-1243.pdf>

Decreto Supremo n.° 099-2003-PCM, Reglamento de la Ley N° 28024 que regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública (20 de diciembre de 2003).  
Recuperado de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06160823/5-decreto-supremo-099-2003-pcm-reglamento-de-la-ley-28024-.pdf>

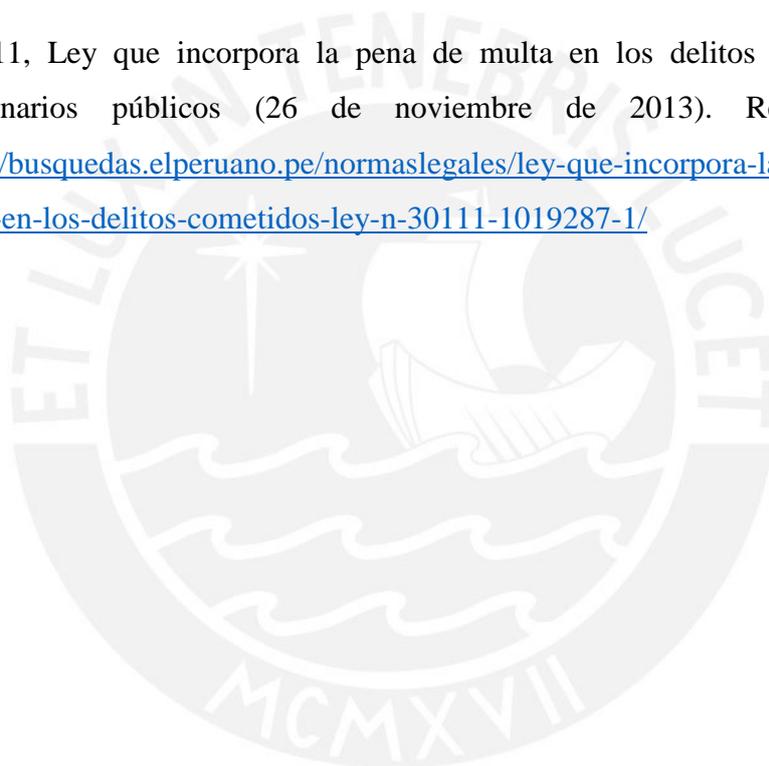
Decreto Supremo n.° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General

(25 de enero de 2019). Recuperado de [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS\\_004-2019-JUS.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf)

Ley n.º 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (23 de junio de 2003). Recuperado de [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/530446/LEY\\_N%C2%BA\\_28024-gestion-intereses.pdf.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/530446/LEY_N%C2%BA_28024-gestion-intereses.pdf.pdf)

Ley n.º 28355, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el lavado de activos (06 de octubre de 2004). Recuperado de [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_per\\_ley28355.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_ley28355.pdf)

Ley n.º 30111, Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos (26 de noviembre de 2013). Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-incorpora-la-pena-de-multa-en-los-delitos-cometidos-ley-n-30111-1019287-1/>





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R.N. N° 677 - 2016  
LIMA

**Sumilla:** **Negociación Incompatible, bien jurídico protegido:** en los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de negociación incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado.

**Principio de Jerarquía Institucional:** el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, regula la autonomía funcional de los fiscales. De acuerdo a este dispositivo legal, se entiende que el Ministerio Público se encuentra estructurado jerárquicamente, en la que ha de primar las decisiones adoptadas por el Superior, quedando vinculado, de tal manera, el criterio del inferior en rango a dichas decisiones.

**La Parte Civil en el proceso penal:** La intervención procesal de la Parte Civil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no son independientes a los lineamientos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada. A la Parte Civil no le está permitido pedir o referirse a la sanción penal; ésta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil.

Lima, diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** los recursos de nulidad interpuesto por la **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** y el **FISCAL SUPERIOR** contra la resolución de fecha treinta de octubre de dos mil catorce obrante a fojas cuarenta y un mil setecientos veintidós del Tomo 76, que declara **FUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** deducida por la defensa del encausado **ALBERTO QUIMPER HERRERA**, en el proceso seguido en su contra por los delitos contra la



Administración Pública en la modalidad de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS, PATROCINIO ILEGAL, COHECHO PASIVO PROPIO Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado; y, contra la sentencia de fojas cuarenta y cinco mil seiscientos veinticinco, de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falla absolviendo a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como autor y **JUSTEIN KAR KJERSTAD** o **JUSTEIN KARE KJERSTAD** o **JUSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JUSTEIN KAARE KJERSTAD** como instigador, de la acusación fiscal en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS**, en agravio del Estado; a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como instigador y **JUSTEIN KARE KJERSTAD** o **JUSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JUSTEIN KAARE KJERSTAD** como autor, de la acusación fiscal en su contra por delito de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, en agravio del Estado; a **LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARÁN, LILIANA TAMY CALLIRGOS RUIZ, Elmer TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLES, WINSTON WUSEN SAM, JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO** como autores; y, a **DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA, CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA, MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA, RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** y **JUSTEIN KAR KJERSTAD** o **JUSTEIN KARE KJERSTAD** o **JUSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JUSTEIN KAARE KJERSTAD** como cómplices primarios de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado. De conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **FIGUEROA NAVARRO**.

## CONSIDERANDO

### I.- OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. En el presente proceso, se han emitido dos decisiones que han sido materia de impugnación. La primera impugnación se interpone contra la resolución número 47-2014 de fecha treinta de octubre de dos mil catorce - fojas 41722 del Tomo 76 - que declara fundada la excepción de prescripción



deducida por la defensa del encausado **ALBERTO QUIMPER HERRERA** y, en consecuencia, se tiene por extinguida la acción penal incoada en su contra por los delitos contra la Administración Pública en las modalidades de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS, PATROCINIO ILEGAL, COHECHO PASIVO PROPIO Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE** en agravio del Estado. Esta resolución fue impugnada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción – fojas 41802 – y el Fiscal Superior – fojas 41813 –.

**1.2.** La segunda impugnación se formula contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, de fojas 45625 del Tomo 81, mediante la cual se absuelve a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como autor y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como instigador, de la acusación fiscal en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS**, en agravio del Estado; a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como instigador y **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como autor, de la acusación fiscal en su contra por delito de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, en agravio del Estado; a **LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARAN, LILIANA TAMY CALLIGOS RUIZ, Elmer TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLES, WINSTON WUSEN SAM, JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO** como autores; y, a **DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA, CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA, MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA, RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como cómplices primarios de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado. Esta decisión fue impugnada por el Fiscal Superior – fojas 45852 – y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción – fojas 45919 –, motivando que, en claro respeto a la pluralidad de instancia, los autos sean remitidos a esta instancia Suprema, a fin de que se emita la ejecutoria correspondiente.

## II. AGRAVIOS



**RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

**2.1. La PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN**, a fojas cuarenta y un mil ochocientos dos del Tomo 76, sostiene básicamente lo siguiente: **I)** Los argumentos del Colegiado Superior están basados solo en citas doctrinales y jurisprudenciales orientados a explicar los alcances del bien jurídico tutelado en el delito de Negociación Incompatible, y no a desarrollar y efectuar una interpretación sistemática y teleológica respecto a su vinculación con el patrimonio del Estado; **II)** Se ha omitido efectuar pronunciamiento no solo de la postulación fáctica señalada en la acusación, las tesis del Ministerio Público y la Parte Civil, sino que también se ha omitido considerar la valoración fáctica efectuada por el Colegiado que resolvió el incidente 105-2008-O (excepción de naturaleza de acción); **III)** Es objetivo del Estado, mediante los procesos de selección, la obtención de utilidades de los actos de exploración; al haberse truncado sus expectativas en razón de los intereses indebidos no favorables imputados a Alberto Quimper Herrera y los miembros de la Comisión del Proceso de Selección, se ha llegado a afectar el patrimonio estatal; **IV)** El ataque al erario nacional se evidenció al frustrarse la entrega de lotes, no seleccionarse a una empresa solvente que cumpla con los requisitos establecidos en las bases y al frustrarse las inversiones, las que estimadas por los propios acusados, bordean los cincuenta millones de dólares por lote; **v)** Por tanto, la conducta de Alberto Quimper Herrera en el delito de Negociación Incompatible, si ha afectado el patrimonio del Estado, por lo que corresponde duplicarse el plazo de prescripción.

**2.2. El MINISTERIO PÚBLICO**, en su recurso de nulidad de fojas cuarenta y un mil ochocientos trece, sostiene que: **I)** La Sala Penal no ha respondido a los argumentos del Ministerio Público referidos a que no existe catálogo de delitos que tengan la connotación de no afectar el patrimonio del público así como aquellos que no tienen por objeto de protección el ámbito patrimonial, no habiendo brindado razones del porqué el delito de Negociación Incompatible no tiene naturaleza estrictamente patrimonial; **II)** La Sala Penal no ha tomado en cuenta lo que resolviera la Tercera Sala Penal Especial en el cuaderno



incidental número 105-2008-O; **III)** La naturaleza del delito de Negociación Incompatible es estrictamente patrimonial ya que su carácter objetivo exige que un funcionario o servidor público se interese en contratos u operaciones que tienen que ver con la actividad económica del Estado; **IV)** Se debe indagar en cada tipo delictivo, cuál es el aspecto de la administración que las conductas atacan. El ataque a la administración varía en función del interés del sujeto activo que en el presente caso estuvo vinculado con un proceso selectivo; **v)** Alberto Quimper Herrera, por la función que ejercía en PERUPETRO S.A., se encontraba en una posición privilegiada que le permitía incidir en los intereses que tenía el Estado en el proceso de selección, es por esa razón que el plazo de la prescripción ha de duplicarse.

**RESPECTO A LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2016**

**2.3.** El **MINISTERIO PÚBLICO**, a fojas 45852 del Tomo 81, sostiene básicamente lo siguiente:

**AGRAVIOS RESPECTO A LA EXCLUSIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA**

**I)** La exclusión del material probatorio efectuada por la Sala Superior resulta manifiestamente inconstitucional e ilegal; **II)** Con relación a la regla de exclusión probatoria, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de la vulneración a derechos fundamentales, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia; **III)** La sentencia emitida en el caso denominado BTR, no establece bajo ninguna circunstancia, más allá de la sanción a los responsables de la actividad ilícita y la declaración de agraviados, entre otros, de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, si los audios pueden ser o no utilizados en un proceso penal y/o si en definitiva deben ser excluidos; **IV)** El anterior colegiado de la Tercera Sala Penal Especial, en el Cuaderno Incidental número 105-2008-A, determinó, entre otros, la aplicación de la teoría doctrinaria de ponderación de intereses, al considerar que los derechos vulnerados a los imputados respecto a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, no tienen punto de equilibrio con el derecho



de averiguación de la verdad; v) La Sala Penal sentenciadora no ha señalado si se aplica o no al presente caso la ponderación de intereses, acto que al omitirse atenta contra el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica; vi) No fue el Estado el que vulneró los derechos de León Alegría y Quimper Herrera en la interceptación telefónica, sino personas particulares y que la noticia criminal fue dada a conocer a la Fiscalía por el ciudadano Rospigliosi Capurro y el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas; vii) Se incurre en nulidad cuando se sostiene que existe una vinculación causal directa entre los audios y el acta de recepción de CPU de fecha diez de octubre de dos mil ocho, pues aunque exista orden de incautación de CPU, tal medida no se hizo efectiva ni se concretó, por el contrario, la persona de Paola Angélica Copara Osorio, secretaria de Rómulo Augusto León Alegría y testigo en juicio, fue quien se apersonó al Ministerio Público y entregó la misma; viii) En el peor de los escenarios, si se considerase que el acta de entrega de CPU, estaríamos ante la excepción del descubrimiento inevitable, ya que la testigo Paola Angélica Copara Osorio acudió a la Fiscalía para hacer entrega del CPU sin notificación previa y/o requerimiento de por medio; ix) Es incoherente que la Sala Penal no admita el Informe Final número cuatro de la firma Ernst & Young, pero sí sus anexos, justificando dicha decisión con el argumento que éste se asemeja a un atestado policial, lo cual resulta absurdo, pues de haber sido así no hubiera admitido las testimoniales de Trym Gudmundsen y Bjarte Johnsen; x) En sesión 85 del juicio oral, el Ministerio Público solicitó se proporcione copia de los Cds y DVD que contenían los registros de correos de los procesados Daniel Saba de Andrea, los integrantes de la Comisión de Trabajo del Proceso de Selección, Miguel Celi Rivera y César Felipe Gutiérrez Peña, extraídos de los *back up* de los servidores de PERUPETRO y PETROPERU; pedido al que se adhirió la Procuraduría Pública y la defensa de Rómulo León Alegría, siendo admitido por la Sala Penal, disponiendo en la misma sesión que se haga entrega de lo solicitado, luego de un breve receso y al no ser ubicado los mismos, la defensa de los integrantes de la comisión de trabajo de PERUPETRO, informó que sus



patrocinados no habían autorizado se haga una copia de sus correos. En la sesión 86, la misma defensa se opuso a que se haga entrega de las copias solicitadas; sin embargo, pese a que ya había precluido y existía una decisión de entregar las copias, se corrió el traslado respectivo, el mismo que se absolvió, disponiendo la Sala Penal declarar fundada la oposición y dejar sin efecto la entrega de las copias; **xi)** Las decisiones judiciales adoptadas por la Sala Superior de no admitir medios probatorios, han afectado el derecho a una debida motivación de resolución, afectándose además el derecho a probar.

**AGRAVIOS RESPECTO A LOS DATOS FÁCTICOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU TIPICIDAD**

**i)** La Sala Penal confunde la actuación regular, con la que se dio en la realidad, pues el acusado León Alegría nunca fue representante, socio y/o accionista de la empresa Discover Petroleum; **ii)** La intervención de León Alegría, jamás fue pública y notoria; **iii)** El resultado obtenido por la empresa Noruega, no pudo ser posible sin la intervención del acusado León Alegría, en la que también se inmiscuyó el funcionario de PERUPETRO Quimper Herrera, no habiéndose presentado la documentación de la empresa que representaban "públicamente"; **iv)** Las reuniones con altos funcionarios no eran ilícitas, lo cuestionado eran los temas que allí se trataban; esto es, asuntos de hidrocarburos y el interés de una empresa no conocida en el país; **vii)** El proceso de selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, aunque no se trata de un procedimiento administrativo sancionador, sí establece pautas para determinar con qué empresas el Estado celebraría contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, en los que si bien puede concurrir la gestión de intereses, no es este el caso del acusado León Alegría, cuya actuación no fue la de gestor; **viii)** La conducta de Jostein Kare Kjestad no constituye un ejercicio legítimo y socialmente aceptable, pues no era ajeno ni desconocía de la intervención que en los intereses de su representada se estaba realizando.



**AGRAVIOS RESPECTO A LA EVALUACIÓN PROBATORIA DE LOS CARGOS DEL DELITO DE COHECHO PASIVO**

I) La requisitoria oral es bastante explícita acerca de los cobros de dinero que Quimper Herrera recibía por intermedio de Ernesto Arias Schreiber, sea para que le reembolsen gastos como para sus "honorarios"; II) Fue León Alegría quien buscó a Quimper Herrera, proponiendo ambos a Jostein Kjerstad que la representación legal recaiga sobre Arias Schreiber Game, aceptando Quimper Herrera tener la condición de asesor sin aparecer en ningún documento, recibiendo por ello una contraprestación económica; III) Jostein Kare Kjerstad conocía que Quimper Herrera era funcionario del Estado, cobrando por sus servicios, por lo que cualquier empresario conoce que entregar dinero a un funcionario del Estado que va a conocer un asunto de su interés, es delito y está penado; IV) La prescripción lo que impide es la sanción - en este caso al autor -, mas no que el hecho en sí mismo no se hubiere realizado y que quienes tomaron parte como partícipes resulten ser sancionados por el acto que les correspondió realizar a cada uno de ellos.

**AGRAVIOS RESPECTO A LA EVALUACIÓN PROBATORIA DE LOS CARGOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

I) En juicio se probó una serie de irregularidades que prueban la existencia del presente delito; II) La empresa debió acreditar línea sísmica y no lo hizo, debió presentar documentos en castellano y presentó documentos en Noruego, debió acreditar existencia legal y no lo hizo, fue calificada de modo indebido sin contar con los documentos; III) La empresa *Discover Petroleum International AS* no cumplió con presentar los documentos que correspondían a su supuesta matriz *Discover Petroleum AS*, empresa que nunca acreditó representación en nuestro país; IV) El Tribunal sentenciador se aparta de lo dicho por otros magistrados de la misma instancia, afirmando que los procesados integrantes de la Comisión de Trabajo no tenían facultad de decisión y que sus decisiones no tenían contenido económico directo,



concluyendo que su conducta no califica como "operaciones"; v) El juzgamiento ha develado que no se trataba de un tema estrictamente técnico, la negociación no se dio en el momento mismo de la apertura de sobres, sino más bien durante todo el procedimiento; vi) *Discover Petroleum International* no acreditó su condición de subsidiaria, ni su vinculación con *Discover Petroleum*; vii) Jostein Kare Kjerstad solo acreditó tener representación de *Discover Petroleum International* y no de *Discover Petroleum AS*; viii) En las calificaciones emitidas por la Comisión de Trabajo se prescindió de documentación que requería el Anexo C de las Bases y se calificó con documentos inexistentes, por lo que se infiere que tales informes no existieron y que solamente fueron regularizados; ix) Solo se tuvo a la vista información en Idioma Noruego e Inglés que no cumplían con las exigencias requeridas en el Anexo C; x) Los funcionarios de Petroperú ya tenían conversaciones con la Empresa *Discover Petroleum International*, recibiendo la calificación mas no el Informe Técnico; xi) León Alegría conocía que la empresa que representaba no cumplía con los requisitos para ser calificada por la Comisión de Trabajo; xii) En esas condiciones buscó el compromiso de asociación con Gutiérrez Peña y Cell Rivera, de lo que no era ajeno Saba de Andrea, para concretar la participación de la empresa estatal Petroperú; situación que no hubiese sido posible sin que mediara consentimiento de los integrantes de la Comisión de Trabajo.

**2.4. La PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN**, en su recurso de nulidad de fojas cuarenta y cinco mil novecientos diecinueve, sostiene que:

i) Se ha llegado a vulnerar el derecho a la prueba y con ello el debido proceso, al haberse declarado inadmisibles la incorporación de una serie de elementos probatorios; ii) La afectación de tales derechos se evidencia en las resoluciones de fecha ocho y quince de setiembre de dos mil quince; iii) La Sala sentenciadora en su resolución cuestionada, pretende aplicar sin excepción, la regla general de que todo elemento probatorio vinculado con



el hecho vulnerado de un derecho fundamental se halla también incurso en la prohibición de valoración, no teniendo en consideración que existen excepciones; **iv)** La Sala al momento de resolver en la sesión ochenta y cuatro el bloque de pruebas, señaló que el contenido de los correos no admitidos es ilegal, sin embargo no toma en cuenta que Paola Copara Osorio, hizo entrega de manera voluntaria del CPU de Rómulo León Alegría; **v)** La resolución de fecha tres de noviembre de dos mil quince, resolvió declarar fundada las oposiciones extemporáneas formuladas por las defensas técnicas de los procesados y nula la resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince que disponía se haga entrega de copia de los archivos contenidos en los Cds y el DVD, de correos electrónicos de los procesados proporcionados por Perupetro y Petroperú, a fin de ofrecerlos como medios de prueba; **vi)** La Sala excluye los informes elaborados por la Contraloría General de la República sosteniendo que les alcanza vinculación indirecta con la prueba prohibida; sin embargo esta afirmación no tiene sustento, pues los Informes, tanto en sus considerandos y conclusiones, en ningún momento hacen referencias a los audios; **vii)** El Colegiado al expedir la sentencia absolutoria, no ha efectuado una adecuada correspondencia con los puntos debatidos en el proceso penal y el hecho sustancial propuesto en la acusación; **viii)** Se ha omitido valorar el hecho sustancial y el contexto fáctico de la acusación, permitiendo la absolución en los delitos de Tráfico de Influencia, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible, cuando existen hechos probados no valorados en la sentencia; **ix)** La Sala Penal no ha valorado la necesidad de diferenciar Discover Petroleum As de Discover Petroleum International As, siendo esta última la empresa que en realidad se presentó en el país y que se dice subsidiaria de la primera, sin que lo hubiera acreditado ante las autoridades peruanas; **x)** Tal omisión ha significado que no se sopesen las exigencias que se tenían en el Anexo C de las Bases, en la que se requería una empresa con experiencia de tres años en exploración y/o explotación de hidrocarburos,; requisito que no cumplían dichas empresas, tampoco tenían la documentación exigida para participar ni menos para adjudicarse los lotes en el proceso de selección dos mil ocho; **xi)** La intervención de León Alegría



Jamás fue pública ni notoria, evidenciándose actos clandestinos de un "gestor de intereses", orientados a satisfacer pretensiones ilegales de quienes le hacían entrega de dinero; **xii)** El Proceso de Selección número Perupetro-Cont-001-2008, era uno de los propósitos de los seudos empresarios en hidrocarburos; en ese sentido el incumplimiento de los ofrecimientos de los términos del contrato, así como el ofrecimiento de montos de regalías y trabajos de exploración o explotación, generarían un procedimiento administrativo sancionador; **xiii)** Durante todo el proceso se ha llegado a acreditar la entrega y el ofrecimiento de dinero al acusado Alberto Quimper Herrera, las cuales han sido detalladas en la requisitoria oral; **xiv)** La prescripción lo que impide es la sanción en este caso al autor, mas no que el hecho en sí mismo no se hubiere realizado y que quienes tomaron parte como partícipes puedan ser sancionados por el acto que les correspondió realizar; **xv)** No se ha valorado una serie de documentos ofrecidos y admitidos por la Sala, su valoración hubiese significado que la empresa, calificada al veinticinco de julio de dos mil ocho, no tenía la documentación exigida para participar, ni menos para adjudicarse lotes en el proceso de selección dos mil ocho; **xvi)** Cada uno de los acusados realizó una serie de actividades que posibilitó el ingreso de la firma Noruega al Perú en asuntos de hidrocarburos; **xvii)** León Alegría no solo era el "gestor" de las reuniones con altos funcionarios, sino que conocía que la empresa que representaba no cumplía con los requisitos para ser calificada por la Comisión de Trabajo; **xviii)** En esas condiciones buscó el compromiso de asociación con Gutiérrez Peña y Celi Rivera, de lo que no era ajeno Saba de Andrea, para concretar la participación de la empresa estatal Petroperú; quienes a sabiendas de que la empresa no contaba con la información técnica, legal ni económica financiera, se aventuraron a participar del proceso selectivo; todo lo cual no tendría lugar sin que mediara el consentimiento de los integrantes de la Comisión de Trabajo.

### III. IMPUTACIÓN FISCAL



3.1. Conforme a la acusación fiscal de fojas treinta y un mil seiscientos tres del Tomo 61, subsanada a fojas treinta y tres mil sesenta y siete, se imputan los siguientes cargos a **ALBERTO QUIMPER HERRERA**:

a. **DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**: como funcionario público de PERUPETRO, ejerciendo el cargo de miembro del Directorio en representación del Ministerio de Energía y Minas, desde el once de setiembre de dos mil seis; se comprometió desde aquella posición privilegiada, primero ante Canaán Fernández, León Alegría y Mario Díaz Lugo, luego ante Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, para influir en las decisiones de los funcionarios de PERUPETRO y PETROPERU con poder de decisión en la concesión de lotes de hidrocarburos con un evidente interés económico.

b. **PATROCINIO ILEGAL**: en su calidad de funcionario público de PERUPETRO, entre finales del mes de enero al cinco de octubre de dos mil ocho, y para obtener beneficio económico patrocinó indebidamente ante la entidad para la cual prestaba servicios, intereses que la empresa noruega DP realizaba en el Perú por medio de su subsidiaria DPI y la sucursal de esta última en Lima – Perú [Discover Petroleum International AS – Sede Perú], al haber elaborado informes jurídicos de orden tributario, contractual, de regalías y sucursales para dicha empresa a ser presentados ante la administración pública a la que pertenecía y que previamente los remitió a León Alegría, quien a su vez se encargó de reenviarlos a Mario Díaz Lugo y este a Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, lo que evidencia su participación en el delito imputado. La asesoría de Quimper Herrera fue propuesta a los antes mencionados, por Rómulo León Alegría, ello por su condición de abogado experto en derecho tributario.

c. **COHECHO PASIVO PROPIO**: en su calidad de funcionario público, director de PERUPETRO, solicitó por intermedio de Rómulo Augusto León Alegría, a Rafael Fortunato Canaán Fernández, Mario Díaz Lugo, Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad [representantes



de DP], un donativo para realizar actos en violación de sus obligaciones, tales como cinco mil dólares americanos mensuales por sus servicios de "asesoría" que debía realizar conjuntamente con Ernesto Arias Schreiber Game y, también, por medio de éste último y de León Alegría, una vez culminado el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, otras sumas de dinero por "honorarios de éxito", ascendentes a trescientos mil dólares americanos, que podían quedar en doscientos diez mil dólares americanos, por las gestiones realizadas a nombre de DPI para la obtención de lotes para exploración y explotación de hidrocarburos.

**d. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE:** en su condición de funcionario público [Director de PERUPETRO S.A.], favoreció la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos de la empresa noruega DP por medio del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, tal es así que la asistió en temas tributarios, contractuales, regalías, como de la constitución de la sucursal de DPI en Lima – Perú; además participó y siguió de cerca el desarrollo del citado proceso y, estando al cargo que tenía, influyó en la decisión de los integrantes de la Comisión de Trabajo para que favorecieran en todos los actos a DPI, mientras que desde su posición funcional convalidaba tales actos irregulares; asimismo, porque debido al "patrocinio" que ejercía a favor de dicha empresa, concertaba citas y/o reuniones con altos directivos de PERUPETRO, tal como se infiere del oficio número 527-09-34JPL-PJ-CSJL de fecha veintitrés de junio de dos mil diez, que remite la señora Juez a cargo del Trigésimo Cuarto Juzgado Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, al que acompaña copias certificadas del acta de visualización, escucha y transcripción correspondiente al audio Quimper – Saba; también porque mantenía coordinaciones con los representantes de DPI tanto en Perú como en Noruega y los mantenía al tanto de sus actividades a través de León Alegría y luego de Arias Schreiber Game, como de su intervención en las Sesiones de Directorio, por ejemplo de la Carta de fecha siete de agosto de dos mil ocho, en la que expresa su opinión respecto al derecho que estima que le corresponde a PETROPERU para negociar con PERUPETRO contrato de exploración y explotación de hidrocarburos y CET, la misma que tenía como objetivo la promesa de exploración conjunta del área ubicada en la Reserva Territorial Kugapakori,



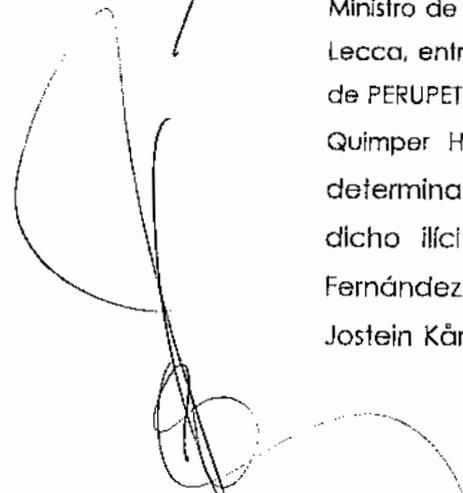
Nahua, Nanti; por otro lado, fue quien propuso al procesado Arias Schreiber Game a León Alegría como representante de DPI en el Perú, para que lo "cubra" en los negocios indebidos.

**3.2.** En cuanto a los demás encausados, se tiene la siguiente imputación fáctica:

- a. **ACUSADOS:** RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA como AUTOR y JOSTEIN KAR KJERSTAD o JOSTEIN KARE KJERSTAD o JOSTEIN KÅRE KJERSTAD o JOSTEIN KAARE KJERSTAD en calidad de INSTIGADOR, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de TRÁFICO DE INFLUENCIAS, en agravio del Estado; toda vez que el procesado RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA, ex Diputado y ex Ministro de Pesquería del primer gobierno del Partido Aprista Peruano (APRA) [1985-1990], vinculado a las altas esferas del gobierno de ese entonces, situación que se evidenció desde el veintiocho de julio de dos mil seis al cinco de octubre de dos mil ocho (en que se hicieron públicos los audios que dieron lugar al inicio de la investigación y posterior proceso penal), habría sacado ventaja de esa situación para beneficio económico propio y de Alberto Quimper Herrera [Director del Directorio de PERUPETRO], durante el periodo comprendido entre el uno de diciembre de dos mil siete al cinco de octubre de dos mil ocho, invocando tener influencias reales ante Rafael Fortunato Canaán Fernández [de la firma dominicana FORTLUCK S.A. cuyo interés venía patrocinando desde finales del mes de junio del año dos mil siete y por la que recibía considerables ingresos económicos no declarados al fisco, que incluyó la adquisición de una unidad vehicular, Jeep Grand Cherokee de placa de rodaje RQR-308], Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, que actuaban en el Perú en representación de la empresa noruega DP, para recibir de éstos beneficios económicos mediante pactos en base a ofrecimientos verbales, a cambio de interceder ante los funcionarios de la empresa peruana PERUPETRO y PETROPERU, con el fin de que DP pueda incursionar en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos; es así que por sus "gestiones" se logró primero un Consorcio en PETROPERU y en la concreción de sus actos por medio del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008 [para la contratación de áreas, en la modalidad de Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos], se les otorgue la buena pro de cinco lotes. No



obstante ello, se imputa a **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** [principal accionista de DP que autorizó la representación de ésta en Perú por Mario Díaz Lugo, por cuya información se interesó en que la empresa de la que es accionista ingrese al país en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos, la misma que debía realizarse con la intermediación necesaria de Canaán Fernández y León Alegría, es así que para el logro del objetivo decidió constituir en Noruega la firma DPI el diez de marzo de dos mil ocho, de la que es Presidente y Jefe a Bordo (CEO y COB)], lo que evidencia el interés de Canaán Fernández, Díaz Lugo y el último de los citados para que la empresa noruega DP incursione en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos, lo que posteriormente se concretó con el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008. Todo ello con el afán de beneficiarse económicamente. La invocación de influencias por León Alegría y Quimper Herrera con altos funcionarios de PETROPERU y PERUPETRO, tenían como objetivo el beneficio particular y favorecer a la empresa noruega DP en "gestiones de negocios" ante la administración pública, conducta que fue determinada por Rafael Fortunato Canaán Fernández, Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad.

- 
- b. **ACUSADOS:** **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como **INSTIGADOR** y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** en calidad de **CÓMPlice PRIMARIO**, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, en agravio del Estado; toda vez que el procesado **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA**, [quien se atribuye el título de "gestor de negocios" de la empresa no noruega DP, calificado como el "director de orquesta" de los actos de corrupción, por sus influencias en las altas esferas de poder, por citar algunos, "tenía llegada" al Primer Ministro de entonces Jorge del Castillo Gálvez, al Ministro de Energía y Minas Juan Valdivia Romero, al Ministro de Salud Hernán Garrido Lecca, entre otros; además de ser el nexo entre la empresa noruega y los funcionarios de PERUPETRO S.A. y PETROPERU S.A., en ocasiones de modo directo y otras a través de Quimper Herrera], en su condición de "representante" de DPI, por haber determinado a Alberto Quimper Herrera, Director de PERUPETRO, incurrir en dicho ilícito penal; es así que gestionó ante Rafael Fortunato Canaán Fernández, Mario Díaz Lugo, Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad [representantes de DP] se otorgue
- 



dinero a Quimper Herrera consistentes en USD 5,000.00 dólares americanos mensuales por sus servicios de "asesoría" que debía realizar conjuntamente con Ernesto Arias Schreiber Game, suma que cobraría por intermedio de los "honorarios" de éste último; asimismo, una vez culminado el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, solicitó otras sumas de dinero por "honorarios éxito" tanto a su favor como a favor de Quimper Herrera, monto que fijó en USD 200,000.00 dólares americanos y que éste último indicó a Arias Schreiber Game se fijen en USD 300,000.00 dólares americanos, que podía quedar en USD 210,000.00. No obstante ello, se imputa a **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD**, en su condición de representantes de DPI en Noruega, habría aceptado las exigencias del funcionario Alberto Quimper Herrera, al disponer se le pague por sus "servicios" la suma de USD 5,000.00 dólares americanos, monto cuya entrega se simulaba con el pago de los "honorarios" a favor de Ernesto Arias Schreiber Game; asimismo, porque una vez concluido el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, León Alegría y Arias Schreiber le solicitaron la entrega de sumas de dinero [USD 200,000.00 Rómulo León Alegría y USD 300,000.00 que podían quedar en USD 210,000.00, Ernesto Arias Schreiber Game] por concepto de "honorarios de éxito" a favor del citado funcionario, los mismos que con anterioridad se habían comprometido a entregar.

- c. **ACUSADOS:** LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARAN, LILIANA TAMY CALLIGOS RUIZ, ELMER TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLEZ, WINSTON WUSEN SAM y JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO como AUTORES y a DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA, CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA, MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA, RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA y JOSTEIN KAR KJERSTAD o JOSTEIN KARE KJERSTAD o JOSTEIN KÅRE KJERSTAD o JOSTEIN KAARE KJERSTAD en calidad de **CÓMPlices PRIMARIOS**, por delito contra la Administración Pública en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado; así, se tiene que **LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARAN, LILIANA TAMY CALLIGOS RUIZ, ELMER TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLEZ, WINSTON WUSEN SAM y JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO**, en su calidad de funcionarios públicos de PERUPETRO y miembros de la Comisión de Trabajo del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008 [el primero como presidente y los demás como integrantes], convocado por PERUPETRO para la contratación o concesión de áreas, en la modalidad de Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, desde el once de



setiembre de dos mil siete hasta el diez de setiembre de dos mil ocho, demostraron interés directo en favorecer la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos [desde el proceso de selección a su cargo] de la empresa noruega DP por medio de su subsidiaria DPI y la sucursal de ésta última en Lima – Perú [DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL AS – SEDE PERÚ]; proceso en el que favorecieron a la referida empresa noruega en los actos siguientes: **I)** Establecieron que la ponderación de los componentes de la fórmula establecida en las Bases, para determinar el puntaje de los postores, fuera distinta a la prevista en el Procedimiento e Indicadores para la Calificación de Empresas Petroleras; **II)** Consideraron que DP cumplía con los indicadores técnicos mínimos, a pesar de que DPI no presentó información que sustentara que aquella efectivamente tenía registro de 30,000 KM de líneas sísmicas 2-D, aspecto que les permitió otorgar una indebida calificación a sabiendas que serviría para una asociación con PETROPERÚ; **III)** Permitieron que DPI presentara documentos en idioma inglés, aspecto distinto a lo previsto en el Reglamento de Calificaciones de Empresas Petroleras y en las Bases; **IV)** Calificaron a DP antes de recibir la documentación que sustentaba ser empresa con experiencia; **V)** Cambiaron la decisión inicial del número de Lotes en los que DP podía participar; **VI)** Omisieron evaluar a PETROPERÚ en el cumplimiento de los indicadores mínimos para su intervención en el consorcio; **VII)** Prorrogaron innecesariamente las etapas del proceso de selección, con la finalidad de favorecer y dar tiempo a los trámites que venía realizando DPI. Proceso en el que se otorgó la buena pro de cinco lotes al Consorcio conformado por PETROPERÚ y DPI; cabe precisar que Lucio Francisco Carrillo Barandiarán, es citado en el correo de fecha treinta de setiembre de dos mil ocho que remite Ernesto Arias Schreiber Game a Rómulo Augusto León Alegría a quien hace conocer que DPI no puede presentar una Garantía Corporativa para la suscripción del contrato y que ha tratado dicho tema con PERUPETRO con ayuda de Lucio Francisco Carrillo Barandiarán; también dicho imputado es citado en el correo de fecha tres de octubre de dos mil ocho que remite León Alegría a Lily Lemasters, donde es mencionado conjuntamente con Ernesto Arias Schreiber Game, como quienes realizaron las gestiones para que se aceptara alternativamente la fianza solidaria de DPI. Así mismo, Carrillo Barandiarán y Liliana Tamy Callirgos Ruiz, fueron los responsables de evaluar la parte técnica y legal de DPI. Se atribuye estos hechos, en calidad de



cómplices primarios a los acusados: **DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA**, en su condición de funcionario público [Presidente del Directorio de PERUPETRO S.A. y Director del Directorio de PETROPERÚ S.A.], se interesó en favorecer la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos de la empresa noruega DP por medio del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, tal es así que por el cargo que ostentaba y para los fines que correspondía habría influido en la labor de los funcionarios a cargo del citado proceso, por lo que a sabiendas de las irregularidades incurridas por los citados funcionarios convalidó todos los actos de aquellos, sea cuando se aprobaron las Bases o cuando se postergó innecesariamente las fechas de las etapas del proceso o cuando en su condición de integrante del Directorio de PETROPERU admitió el consorcio así como la intervención conjunta de la empresa nacional con DPI en el citado proceso de selección o también cuando aceptaba participar en las reuniones con funcionarios de DPI (noruegos y peruanos) a solicitud de Quimper Herrera o León Alegría. Así mismo se imputa a **CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA**, en su condición de funcionario público [Presidente del Directorio y Director de PETROPERÚ S.A.] y conocida su vinculación con Rómulo Augusto León Alegría desde el mes de diciembre de dos mil siete, se interesó en favorecer a DP en su ingreso al Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos [además de intervenir con el coprocesado León Alegría en otros "negocios" de su interés], acto en el que también participaban el coprocesado Alberto Quimper Herrera y de cuya intervención ilegal conocía. Para lograr tal objetivo decidió que PETROPERÚ participe en consorcio de DPI en el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, sin que exista Acuerdo de Directorio de la entidad estatal, a sabiendas de que la calificación de los funcionarios de PERUPETRO [Comisión de Trabajo] a DP como empresa petrolera, se adoptó sin tener a la vista información suficiente que la acredite como tal. Por esa razón, se determina que habría influido sobre éstos para que favorezcan a la citada empresa noruega en el referido Proceso de Selección hasta la obtención de la concesión de lotes para la exploración y explotación de hidrocarburos, lo que se verificó con el Acta de Apertura del sobre número dos "Propuesta Económica, Evaluación y Otorgamiento de la Buena Pro"; además, porque luego se mostró interesado en obtener otros lotes en los que no se habían presentado postores; finalmente, como prueba de su vinculación con los intereses de DP e intereses económicos particulares comisionó a su



pareja sentimental Lily Lemaster para que viaje a Noruega y logre convencer a Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad para que retire de la representación de DP al coprocesado Rómulo Augusto León Alegría. Es más de no haberse puesto al descubierto los actos de corrupción dicha persona no habría renunciado al cargo y continuaría en la representación estatal con los varios negocios que tenía en marcha con León Alegría, lo que se verifica con las comunicaciones que ambos mantenían, incluso sobre la exploración conjunta de la Reserva Territorial denominada Kugapakori, Nahua, Nanti. Por otro lado se imputa a **MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA**, en su condición de funcionario público [Gerente General de PETROPERÚ, órgano de ejecución que ejerce la representación legal de ella, como tal mandatario del Directorio y encargado de dirigir, coordinar y controlar la acción de los demás órganos de la empresa estatal] y por su vinculación con Rómulo León Alegría desde el mes de mayo de dos mil ocho, se interesó en la "gestión" que realizaban León Alegría y Gutiérrez Peña para favorecer la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos de la empresa noruega DP en el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, tal es así que al momento de poner en conocimiento del Directorio el Acuerdo de Participación Conjunta de PETROPERÚ y DPI [Sesión de Directorio número 022-2008 de fecha dieciocho de agosto de dos mil ocho], intencionalmente descuidó que la propuesta vaya acompañada de los informes y dictámenes de los funcionarios, técnicos y/o asesores a quienes correspondía emitirlos para establecer el proceso de negociación, las calificaciones de la empresa, los objetivos y demás actos de transparencia, que condujeron al referido acuerdo; y, no obstante ello suscribió el tantas veces señalado Acuerdo de Participación Conjunta sin que exista un Acuerdo de Directorio. Así mismo, se imputa a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA**, el hecho de que a sabiendas que la empresa noruega DP por medio de DPI no podía ganar por sí sola un área para explorar y explotar hidrocarburos, conjuntamente con Alberto Quimper Herrera, se encargó de facilitar citas y/o entrevistas a los "representantes" de aquella en el extranjero [Rafael Fortunato Canaán Fernández, Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad] con funcionarios y servidores de PETROPERÚ [Gutiérrez Peña, Saba de Andrea] y PERUPETRO [Saba de Andrea], labor por la que percibía considerables ingresos económicos no



declarados al fisco; para tal efecto, durante el periodo que demandó el trámite del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, concretó un Acuerdo de Participación Conjunta con PETROPERÚ con la colaboración de sus coprocesados Gutiérrez Peña y Ceil Rivera, para luego presentarse al concurso como un "consorcio" en la que resultaron favorecidos con la concesión de cinco lotes; además, porque a sugerencia de su coacusado Alberto Quimper Herrera, propuso como representante de DPI en el Perú al extinto Arias Schreiber Game, con la finalidad de no aparecer directamente ni por medio de su hijo Rómulo Diego León Romero, como representante de la referida empresa, esto último a sugerencia de Juan Valdivia Romero y César Felipe Gutiérrez Peña, y de paso "cubrir" la intervención de Quimper Herrera. Finalmente se imputa a **JUSTEIN KAR KJERSTAD** o **JUSTEIN KARE KJERSTAD** o **JUSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JUSTEIN KAARE KJERSTAD**, el hecho de ser el principal accionista de DP por medio de su empresa CAPTROL AS [empresa que tiene el 21.44% de participación accionaria en Electro Magnetic Time Vision AS, que posee el 100% de las acciones de sus subsidiarias PETROMARKER y AHC, AS] se habría enterado de la reunión que sostuvieron Mario Díaz Lugo [asesor internacional de PETROMARKER] y Rafael Fortunato Canaán Fernández el uno de diciembre de dos mil ocho en Madrid - España, como también de la visita al Perú efectuada primero en compañía de Manuel Hurtado Cardador [otro Asesor Internacional de PETROMARKER], y de las reuniones promisorias en Lima con el Ministerio de Energía y Minas, Presidente y funcionarios de PETROPERÚ e integrantes del equipo técnico de PERUPETRO, habría decidido que DP en su calidad de empresa petrolera y establecida lleve a cabo las operaciones que resulten necesarias y esté al frente de ellas para concretar la oportunidad de ingresar al negocio de hidrocarburos en suelo peruano; la labor de las operaciones en el Perú fue encomendada a Mario Díaz Lugo, quien se presentó como representante para Latinoamérica de PETROMARKER y DP, como también a Rafael Fortunato Canaán Fernández quien era el que había demostrado sus "relaciones" en el Perú, las cuales le eran facilitadas por Rómulo Augusto León Alegría. Es así que con el objetivo de sumarse a sus negocios internacionales, DP registró oficialmente a DPI el diez de marzo de dos mil ocho, que se encargaría de toda actividad en el Perú desde ese momento; su primer interés estuvo fijado en introducir la tecnología de PETROMARKER, luego en obtener la concesión de lotes por medio de los CET; también lograr una participación



conjunta con PETROPERÚ para la exploración y explotación de la Reserva Territorial Kugapaori Nahua Nanti y finalmente obtener lotes por medio del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008. Es en el marco del referido proceso de selección que se le atribuye participación necesaria [tanto en actos previos como en la ejecución del mismo], porque como Presidente y Jefe a Bordo de DPI, luego de dejar de lado los servicios de Canaán Fernández al advertir que quien tenía los contactos necesarios era Rómulo Augusto León Alegría, decidió contratar los servicios de éste último, quien a su vez anunció la participación del funcionario de PERUPETRO Alberto Quimper Herrera, y para "cubrir" a aquél promovió la contratación como mandatario de Ernesto Arias Schreiber Game, a través de cuya cuenta y simulando un pago de honorarios le hacían llegar sumas de dinero a Quimper Herrera; actos de los que no era ajeno, pues todos los mencionados tenían como objetivo favorecer la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos de la empresa noruega, esta vez por medio del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008; por esta razón, conocida su experiencia en la industria de hidrocarburos, si bien podría decirse que no era difícil para una empresa como DP (y no DPI) ingresar al mercado peruano, lo cierto es que para ello existía un procedimiento, el mismo que transgredieron tanto en la forma como lograron asociarse con PETROPERÚ como en los actos irregulares que fueron detectados en el procedimiento, resultando por ello favorecidos al final del proceso con la concesión de cinco lotes.

#### IV. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

4.1. En esta parte de la presente Ejecutoria, se describirán aspectos puntuales respecto a los fundamentos expuestos en la Sentencia recurrida que han merecido cuestionamiento por parte de los sujetos impugnantes. De esta manera, se tienen los siguientes puntos:

##### **RESPECTO A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA**

4.1.1. Como es de público conocimiento, el día cinco de octubre de dos mil ocho, en el programa dominical "Cuarto Poder" de América Televisión, se difundieron audios que registraban conversaciones sostenidas entre Alberto



Quimper Herrera (miembro del directorio de Perú - Petro, entidad estatal encargada de la promoción, de la inversión extranjera en el sector petrolero; y Rómulo Augusto León Alegría, discutiendo sobre supuestos cobros por el favorecimiento a la empresa noruega Discover Petroleum; audios que a su vez fueron difundidos por otros medios de prensa durante los días subsiguientes. Como consecuencia de la difusión de los audios antes referidos, se instauró proceso penal contra Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad - Violación del Secreto de las Comunicaciones - Interceptación telefónica, entre otros en agravio de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera; causa que se vino a denominar "Business Track" en alusión a la empresa utilizada para tales interceptaciones ilegales (...). Mediante sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil doce, se estableció que los referidos Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera - entre otras personas -, fueron víctimas de la interceptación y grabación de sus conversaciones realizadas a través de los teléfonos fijos de sus respectivas oficinas, grabaciones que fueron escuchadas, grabadas, almacenadas en USBs o CDs y transcritas para luego ser comercializadas, condenándose como autores del delito contra la Libertad - Violación del Secreto de las Comunicaciones - Interceptación Telefónica en su agravio a Elías Manuel Ponce Feijoo, Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, Giselle Mayra Giannotti Grados, Martín Alberto Tomasio de Lambarri, Giselle Mayra Giannotti Grados, Martín Alberto Fernández Virhuez y Jesús Manuel Ojeda Angles; y como cómplices primarios del mismo a Alberto Oswaldo Salas Cortez y Pablo Eriks Martell Espinoza; sentencia que fue ejecutoriada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Ejecutoria Suprema que declaró No Haber Nulidad en la referida sentencia condenatoria.

**4.1.2.** Como consecuencia de lo glosado precedentemente, se tiene que los audios difundidos en el programa "Cuarto Poder" del día cinco de octubre del dos mil ocho, así como todos los demás hechos públicos o no, cuyo contenido fueron las conversaciones entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, han sido producto del delito de Violación



del Secreto de las Comunicaciones – interceptación Telefónica, cometido en agravio de ambos; y como tal han sido obtenidos con violación del contenido esencial de su derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones, consagrado en el artículo segundo numeral décimo de nuestra Carta Constitucional; constituyendo tales audios prueba ilícita (prohibida) directa. Siendo menester precisar que a diferencia de los casos en que, últimamente se ha establecido jurisprudencialmente, por la Corte Suprema de Justicia de la República, la exclusión de la prueba directa e indirectamente obtenida mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; en el presente caso la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad legal; en virtud de lo cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración, no solo por las razones de orden constitucional glosadas precedentemente – que por sí solas resultan suficientes–; sino además por un imperativo de congruencia lógica y ontológica entre las decisiones jurisdiccionales, de cara a la efectiva garantía de los derechos fundamentales de la persona, sea quien sea ésta sin que medie distinción alguna, por parte del Sistema Judicial.

**4.1.3.** En atención a su vínculo causal directo con los audios antes mencionados – producto de la interceptación ilícita de las comunicaciones de dichos procesados – considerados como prueba ilícita directa, durante el estadio de ofrecimiento de piezas documentales para oralización y debate, el Colegiado Juzgador declaró inadmisibles la incorporación al acervo probatorio del juicio, por alcanzarles prohibición probatoria – dada su condición de prueba ilícita derivada o indirecta –, de la siguiente prueba documental:

- a. Acta Fiscal de Allanamiento y Descerraje practicados en el inmueble sito en calle Bellavista número doscientos treinta y dos departamento número trescientos uno, distrito de Miraflores, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, con fecha seis de octubre de dos mil ocho, obrante de fojas ciento treinta a ciento treinta y cuatro en el expediente principal.



- b. Acta manuscrita de recepción del CPU y otros, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, entrega efectuada por Paola Copara Osorio, quien fuera su secretaria, acta formulada con fecha diez de octubre de dos mil ocho, obrante de fojas setecientos cincuenta y cuatro a setecientos cincuenta y cinco en el expediente principal.
- c. Acta Fiscal de Allanamiento e Inmovilización de Documentos, practicada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, sito en calle Los Sauces número trescientos ocho, departamento novecientos uno, distrito de San Isidro, con fecha trece de octubre de dos mil ocho, obrante de fojas mil ciento cuarenta y cuatro a mil ciento cuarenta y nueve en el expediente principal.
- d. Agenda signada con el número uno, con un etiquetado en la parte inferior izquierda con el nombre de Ernesto Arias Schreiber Game, encontrada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal.
- e. Cuaderno anillado cuadrículado de marca Andes, encontrado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal.
- f. Los correos electrónicos extraídos del CPU de propiedad del encausado Rómulo Augusto León Alegría.

**4.1.4.** Exclusión de otras pruebas por su vinculación – nexo causal – con los audios de las conversaciones entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera obtenidos ilícitamente con violación del contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En ese sentido, se tienen los siguientes informes emitidos por la Contraloría General de la República:

- a. "Petroperú S.A. Diagnóstico Proceso de Asociación con Discover Petroleum Internacional AS", de fecha diecisiete de octubre de dos mil ocho, obrante de fojas cinco mil novecientos sesenta y ocho a cinco mil novecientos ochenta y cuatro.
- b. "Verificación de presuntas irregularidades en el otorgamiento de cinco lotes al consorcio Petroperú S.A. / Discover Petroleum Internacional AS, en el proceso de selección N° Oetrioperú-Cont-001-2008, para la selección de empresas y



asignación de lotes para contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos - Informe de Verificación de denuncia N° 013-2009-CG/SP-AR, de fecha veintiuno de enero de dos mil nueve, obrante de fojas diez mil doscientos siete a diez mil doscientos sesenta y dos.

- c. Informe de verificación de denuncia N° 029-2009-CG/SP-AR PETROPERU S.A. "PROCESO DE ASOCIACIÓN CON DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL AS", de fecha trece de febrero de dos mil nueve, obrante de fojas uno a cuarenta y ocho en el tomo denominado Anexo A del Informe de Contraloría.

**4.1.5.** Estos informes tienen su origen en la denuncia periodística en que se publicaron los audios de las conversaciones telefónicas entre el encausado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, audios que constituyen prueba ilícita, conforme lo glosado precedentemente, pues para la elaboración de tales informes se ha tomado en cuenta como referencia, la transcripción de los referidos audios ilegales, formando parte de sus anexos los cuadros comparativos de estos, conforme aparece tanto de los propios informes en comento, como de lo declarado en juicio por los testigos Ana Teresa Pantoja Urizar - Garfias y Rosa Encina Puno Aurazo - sesión sesenta y siete de la audiencia -, y el testigo Víctor Enrique Mejía Zuloeta en la sesión sesenta y nueve de la misma. Siendo esto así, los informes aludidos son alcanzados por la ilicitud probatoria derivada de los referidos audios, dada su conexión con estos al tomarlos como referentes, por lo que se debe inferir que tales informes se orientan en función del contenido de las comunicaciones telefónicas de los mencionados audios (entiéndase su transcripción), lo que determina su ilicitud como prueba ilícita derivada o indirecta, razón por la que en concordancia con las consideraciones expresadas anteriormente, con relación a la prueba ilícita, corresponde excluir del caudal probatorio del juicio los informes en mención.

**RESPECTO AL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

**4.1.5.** La labor de gestor de intereses en la administración pública, se encuentra regulado por la Ley N° 28024, en la que se establece que este es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, debidamente inscrita en el



Registro correspondiente, que desarrolla actos de gestión de sus propios intereses o de terceros, con relación a las decisiones públicas a ser adoptadas por los funcionarios con capacidad de decisión pública. Pudiendo distinguirse al gestor de intereses propios, que realiza actos de gestión de intereses de terceros, percibiendo, directa o indirectamente, un honorario, retribución, remuneración o compensación económica. De lo desarrollado se advierte que la actuación del acusado Rómulo Augusto León Alegría, se desenvuelve dentro del contexto comercial e industrial de la empresa Discover Petroleum, firma petrolera de nacionalidad noruega, que decidió invertir en el Perú, y que para lo cual realizó una serie de actividades de carácter administrativa. El propio Fiscal en su acusación oral, así lo entiende, al haber realizado las gestiones para la obtención de la asociación destinada para trabajar en el lote 56, asimismo, haber realizado las gestiones para obtener convenios de evaluación técnica o para lograr la asociación con Petroperú, cuyo objeto era la obtención de los lotes en el proceso de selección; ahora, si bien es cierto, el señor Fiscal afirma que Rómulo León Alegría no solo gestionó y/o tramitó entrevista y documentos, sino que acudió a ellas, que se identificó como representante de Discover Petroleum International, sin tener tal condición, sin embargo, por otro lado, de la propia acusación, al sostener el cargo de negociación incompatible contra César Felipe Gutiérrez Peña, tiene por admitido que Rómulo León Alegría representaba a Discover Petroleum, tan es así, que señala, que dicho encausado envió a su pareja sentimental Lily Lemaster para que viaje a Noruega y logre convencer a Jostein Kar Kjerstad, retire de la representación de Discover Petroleum a Rómulo León Alegría.

**4.1.6.** Por otro lado, en la acusación se afirma que la representación que ostentaba era informal, que fungía como intermediario, del interesado Jostein Kar Kjerstad, bajo el título de consultoría, sin embargo, de ello tenían pleno conocimiento los funcionarios de la empresa petrolera en Noruega; el señor representante del Ministerio Público asumió en el juicio oral que el encausado Rómulo Augusto León Alegría llegó a conocer a Rafael Fortunato Canaán Fernández, entre los meses de mayo y junio del año dos mil siete, habiendo



planteado el primero al segundo, la posibilidad de un proyecto de inversión en el sector aurífero, lo cual de ningún modo constituye indicio o prueba del delito de tráfico de influencias, o que por el solo hecho que el precitado encausado haya contado con determinadas cualidades personales (haber ejercido cargos políticos) y planteado la ejecución de proyectos de inversión en el sector aurífero, o por el hecho de haber gestionado las reuniones que sostuvo Jostein Kar Kjestad con el Presidente de la República y el Ministro de Energía y Minas, durante su visita al Perú, entre los días 26 y 30 de abril de 2008, no puede ser tomado como prueba de cargo suficiente para afirmar que ello motivó que sus servicios sean contratados para fines ilícitos.

**4.1.7.** De otro lado, el señor representante del Ministerio Público afirma que el 01 de diciembre de 2007, se llevó a cabo una reunión entre Rafael Fortunato Canaan Fernández con Mario Díaz Lugo, en la ciudad de Madrid (España), en el Estudio de Abogados Garrides, donde el segundo de los nombrados participó como consultor de Petromarker, habiendo tratado temas sobre negocios en hidrocarburos y acordaron viajar hacia el Perú, para sostener reuniones con el Ministerio de Energía y Minas y con el Presidente de Petroperú; sin embargo, no existe conexión con otros elementos que tornen dichas reuniones en ilegales; sostener conversaciones entre los representantes de una empresa privada y los altos directivos de una empresa pública es habitual y ocurre en el mundo de los negocios de dicha naturaleza, pues no es posible que dichos estos puedan realizarse sin tales reuniones o acuerdos previos entre las partes; por lo que en el presente caso el señor representante del Ministerio Público no ha logrado establecer probatoriamente que las gestiones efectuadas por el encausado Rómulo Augusto León Alegría, a favor de la empresa Discover Petroleum International, ante las empresas Perú Petro S.A. y Petro Perú S.A. a efectos que la misma realice actividad de exploración de petróleo en nuestro país, excedan el rol de gestor de intereses o negocios, que desempeñaba a favor de la citada empresa noruega primero conforme al contrato verbal celebrado con Rafael Fortunato Canaan Fernández y luego en virtud al contrato de representación de servicios celebrado con el



Presidente de la mencionada empresa señor Jostein Kjerstad, con fecha tres de junio de dos mil ocho, el que obra en traducción certificada de fojas 29371 a 29374. De lo que se advierte y así lo ha sostenido el señor fiscal en el juicio oral, que al recibir el encargo de Rafael Fortunato Canaán Fernández por Rómulo Augusto León Alegría, este tomó contacto con los funcionarios públicos como gestión para concretar el objeto de inversión, y en tales circunstancias el encausado Rómulo Augusto León Alegría realizó las gestiones propias que para lo cual había sido contratado; es así que cursó cartas al ex secretario general de la Presidencia de la República, Luis Nava Gulbert y a la ex secretaria del Despacho Presidencial, Mirtha Cunza Arna, para concretar una entrevista con el ex Presidente de la República, Alan García Pérez, así como el haber cursado carta al ex Presidente del Consejo de Ministros, Jorge Del Castillo Gálvez; y para obtener la información requerida por Rafael Fortunato Canaán Fernández, cursó misivas al ex Presidente de Energía y Minas, Juan Valdivia Romero, al ex Presidente de Petroperú, César Felipe Gutiérrez Peña. Por dicho servicio, a Rómulo Augusto León Alegría le pagó en el 2008, Rafael Fortunato Canaán Fernández, un total de US\$ 176,767.00 dólares americanos (fojas 18373 y 18405), incluyendo gastos de oficina, pago de secretaría, pago de ingenieros, estudio de abogados, una camioneta Jeep Cherokee y otros gastos; hechos que no son impropios de la gestión de intereses, y que de modo alguno constituyen indicio de actividad ilícita. De otro lado el hecho de realizar una labor de gestor de intereses de manera informal, esto es sin mediar el registro que establece la Ley N° 28024, por sí solo no convierte en ilegal dicha actividad y menos aún que la configure como delito de tráfico de influencias; tampoco el hecho de no haber declarado al fisco los honorarios percibidos, constituye prueba del delito materia de imputación.

**4.1.8.** La propia acusación escrita, punto 43 reconoce que "es importante señalar que la labor del procesado León Alegría (a la que llama "gestión de negocios" y le permite autodenominarse como "gestor" de los intereses de DP en el Perú) encuentra regulación en la Ley N°28024 (Ley de gestión de intereses en



la Administración Pública), por lo tanto no es ilegal, sino más bien una práctica común ante las entidades del estado que tiene como propósito influir en una gestión pública...". Luego hace referencia a la informalidad en que realizaba dicha actividad, a que no se le conoce actividad relacionada con temas de hidrocarburos; y a la forma como recibía sus honorarios; a su vínculo con funcionarios y su facilidad de llegar a ellos para influir en las decisiones que adopten. Así pues el propio Ministerio Público reconoce que la labor ejercida por el encausado León Alegría a favor de los intereses de la empresa Discover Petroleum Internacional, para participar en actividades de exploración petrolera en nuestra país, constituyeron gestión de intereses ante la administración pública y por lo tanto eran lícitas; no precisándose bajo qué consideraciones recibía honorarios y ejercía públicamente la representación de dicha empresa para tales fines, más allá de formalidades - debiendo interpretar que se refiere a la falta de registro como gestor de intereses. De otro lado, el que no sea versado en los temas de hidrocarburos, no es óbice para calificarlo como gestor de Intereses, dado que esta labor no es técnico - científica, sino de gestión en trámites y promoción de los negocios a favor de su representada, labor para la cual el encausado en mención se encontraba suficientemente capacitado en razón de su formación profesional. En tal contexto las gestiones, visitas y comunicaciones efectuadas por el encausado Rómulo León Alegría, a los funcionarios de las empresas PERU PETRO S.A y PETRO PERU S.A, son compatibles con el ejercicio de su actividad de gestor de intereses a favor de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNACIONAL, no habiéndose probado por el señor representante del Ministerio Público, que en sí mismas alguna de éstas sean lícitas.

**4.1.9.** En cuanto al ámbito en que se desarrolló la actividad imputada al encausado Rómulo Augusto León Alegría, a favor de los intereses de la empresa noruega Discover Petroleum Internacional, este fue en el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, para la contratación de áreas, en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, ámbito que no es equiparable a un proceso judicial o



administrativo (entiéndase de justicia administrativa), como exige el tipo penal, conforme lo establece la doctrina y jurisprudencia nacional, glosada precedentemente. En este sentido, el profesor Ramiro Salinas Siccha señala al respecto que el bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa mientras que el bien jurídico específico es el prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, precisando que "la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo". De igual forma el profesor Fidel Rojas Vargas señala que "El objeto de la tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente. En este mismo sentido la Corte Suprema ha señalado "en lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que, cuando el tipo penal del artículo cuatrocientos del Código Penal hace referencia al "ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo" indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales escritas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo". En el caso de autos, en el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, cuyo objeto era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos, no se trata de un procedimiento sancionador por afectación de un bien jurídico, ni mucho menos de un procedimiento judicial, siendo esto un presupuesto cuya concurrencia en el tipo es exigible para su configuración. En efecto, un



proceso de selección es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos o hecho administrativo que tienen por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar la contratación de áreas en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y precisamente, se hace tal separación - acto administrativo, del procedimiento judicial, o procedimiento administrativo - para distinguir el Tráfico de Influencias de la Gestión de Intereses, si ellos es así, entonces llegamos a la conclusión que en el presente caso la imputación contra el encausado Rómulo Augusto León Alegría por delito de Tráfico de Influencias debe desestimarse por atípica, dado que el hecho atribuido al encausado Rómulo Augusto León Alegría, no puede ser objeto de sanción penal por no encajar en la descripción típica del delito en mención; y por el contrario guarda relación con el ejercicio de la actividad de "gestoría de intereses", prevista en la Ley N° 28024 - Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública -, conforme se ha establecido precedentemente.

**4.1.10.** En cuanto a la imputación dirigida contra el encausado contumaz Jostein Kare Kjerstad, como presunto instigador del delito de Tráfico de Influencias, estando a las consideraciones precedentes, la misma debe desestimarse ante la atipicidad de los cargos dirigidos contra el imputado de autoría, al establecerse la licitud de la actividad de gestoría de intereses realizada por éste a favor de la empresa Discover Petroleum Internacional, que el referido encausado contumaz representaba.

**RESPECTO AL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO**

**4.1.11.** la imputación contra los encausados **Rómulo León Alegría y Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad**, como instigador y cómplice primario, respectivamente, del delito de Cohecho Pasivo Propio, cuya autoría se atribuyó al ciudadano Alberto Quimper Herrera, presenta cuatro serios problemas de viabilidad. **En primer término**, que la configuración del tipo penal contenido en el artículo



trescientos noventa y tres del Código Penal, exige que la formulación de cargos contenga la precisión del acto u omisión que, en quebrantamiento de los deberes funcionales del autor, constituyen la finalidad específica de la aceptación o recepción del donativo, promesa o ventaja. Como se aprecia de la acusación al formularse los cargos se ha omitido tal precisión; por el contrario se ha señalado que Alberto Químper Herrera, cobraba "honorarios" por la realización de la "asesoría" que debía realizar conjuntamente con el fallecido Ernesto Arias Schreiber Game, entendiéndose a favor de la empresa Discover Petroleum internacional, no señalándose en qué contexto, precisión que no satisface las exigencias de concreción que resultan necesarias para determinar la configuración del tipo penal en concreto. **En segundo término**, que la instigación requiere que la conducta del instigador sea objetivamente idónea para generar en la otra persona – entendiéndose el autor – la decisión de cometer el delito, pues el inductor debe crear directamente una idea inexistente – en el autor – de cometer el delito. Siendo esto así, la formulación de cargos debe contener la precisión de la forma o medios utilizados por el inductor para determinar la decisión criminal del autor, ellos a efectos de verificar su efectiva idoneidad para tal efecto, esto es si el inductor tiene el sentido social de procurar convencer al autor. Nuevamente, enfrentamos la omisión de tal necesaria precisión, en la formulación de cargos del Ministerio Público, dado que la acusación se limita a señalar que "en su condición de representante de DPI, determinó a Alberto Químper Herrera, quien fuera Director de PERUPETRO, a incurrir en dicho ilícito", para luego señalar que "gestionó ante Rafael Fortunato Canaán Fernández, Mario Díaz Lugo, Jostein Kar Kjerstad (Representante de Discover Petroleum Internacional), se otorgue una suma de dinero al referido Alberto Químper Herrera, consistente en 5,000.00 dólares americanos mensuales por sus servicios de "asesoría" que debía realizar conjuntamente con ERNESTO ARIAS SCHREIBER GAME, suma que cobraría por intermedio de los "honorarios" de este último"; formulación donde no se avisa una conducta objetivamente idónea para determinar la el comportamiento del autor; es más nos remite a una gestión de pago de honorarios por asesoría, que presupone la anuencia del beneficiado con el



mismo, que como se ha señalado en el acápite precedente, por sí misma no cubre las exigencias del tipo penal de cohecho pasivo propio, al que se remite como objeto de la instigación. **En tercer término**, que la imputación de complicidad primaria dirigida contra el encausado contumaz Jostein Kare Kjerstad, se sustenta únicamente en el hecho de supuestamente "haber aceptado las exigencias de Alberto Químper Herrera, al disponer se le pague por sus "servicios", la suma de 5,000.00 dólares americanos, monto cuya entrega se simulaba con el pago de los honorarios"; fórmula imputativa de la que no aparece con claridad el dolo en la conducta que se le atribuye a título de complicidad primaria, la que en el caso que nos ocupa cobra especial relevancia, al tratarse el imputado de un ciudadano noruego que no tenía por qué conocerse los términos de nuestra legislación penal; por lo que a través de la defectuosa imputación se pretende la punición del encausado en mención, por mera responsabilidad objetiva, lo que se encuentra proscrito en nuestro sistema penal a tenor de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal. Y **en cuarto término**, que al haberse extinguido por prescripción la acción penal incoada contra el autor - Alberto Químper Herrera - nos encontramos ante la imposibilidad de establecer la autoría del delito, y por ende también la participación necesaria imputada a los imputados en mención. Siendo esto así, debe desestimarse la imputación contra los encausados Rómulo Augusto León Alegría y Jostein Kare Kjerstad como instigador y cómplice primario, respectivamente, del delito de Cohecho Pasivo Propio.

#### **RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

**4.1.12.** En este punto, se procede a compulsar probatoriamente, cada uno de los actos que según la imputación fiscal, demostrarían el interés directo que se les imputa a los encausados, en favorecer la incursión en el Perú en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos (desde el proceso de selección a su cargo) de la empresa Noruega Discover Petroleum por medio de su subsidiaria Discover Petroleum por medio de su subsidiaria Discover Petroleum International y la sucursal de ésta última en Lima - Perú (Discover



Petroleum International As - Sede Perú). Así tenemos que con relación al punto I) **Establecieron que la ponderación de los componentes de la fórmula establecida en las Bases, para determinar el puntaje de los postores, fuera distinta a la prevista en el Procedimiento e Indicadores para la Calificación de Empresas Petroleras**; si bien correspondió a los encausados en mención la elaboración de las Bases del Proceso de Selección número PETROPERÚ-CONT-001-2008 y en ellas se modificaron los ponderados de los componentes para determinar el puntaje final de las empresas postoras, dichas Bases fueron elevadas al Directorio de Perú Petro S.A. por el Secretario General, como aparece del Memorandum número CONT-GFCN-620-2008 y aprobadas por Acuerdo de Directorio número 042-2008 del diecisiete de abril de dos mil ocho, por lo que el cambio de los ponderados con relación a los establecidos mediante Acuerdo de Directorio número 110-2006, que aprobó el Procedimiento e indicadores para la calificación de empresas petroleras y proceso de selección, el que rigió en el Proceso de Selección número PETROPERU-CONT-001-2007, no se corresponde con una decisión de los miembros de la referida Comisión de Trabajo, sino es una decisión de política institucional adoptadas legítimamente por el Directorio de PERUPETRO S.A., el mismo que puede válidamente a través de un Acuerdo de Directorio, dejar sin efecto o modificar las decisiones aprobadas en un Acuerdo de Directorio anterior, por lo que no les resulta imputable tal modificación a los referidos encausados. Al respecto cabe precisar que no se ha probado por el Ministerio Público, que el cambio de ponderados para la calificación de las empresas, se haya producido adrede para favorecer al consorcio PETROPERU-DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL, ni que objetivamente lo favorezca; por el contrario lo más probable sea que la calificación con los ponderados anteriores le hubieran sido más favorable a DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL, dada la magnitud de dicha empresa.

4.1.13. Con relación al punto II) **Consideraron que DISCOVER PETROLEUM cumplía con los indicadores técnicos mínimos, a pesar de que DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL no presentó Información que sustente que aquella**



efectivamente tenía registro de treinta mil kilómetros de líneas sísmicas 2-D, aspecto que les permitió otorgar una indebida calificación a sablendas que serviría para una asociación con PETROPERU; en primer término tenemos que conforme lo establecía el numeral 5.3 de las Bases del Proceso de Selección número PETROPERU-CONT-001-2008, la información proporcionada por las empresas petroleras interesadas, tenía carácter de declaración jurada, no obstante ello PERUPETRO S.A. se reservaba el derecho de verificar dicha información por fuente independiente; lo que guarda correlato con la presunción de veracidad de la información dada en los trámites administrativos, prevista en el artículo 1.7 de la Ley número 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General; razón por la que no era exigible acreditación de los indicadores técnicos, en el caso de la empresa DISCOVER PETROLEUM AS, una línea sísmica que supere los cien kilómetros, por lo que no obstante haber declarado treinta mil kilómetros de línea sísmica, la referida empresa obtuvo calificación por cumplir con los indicadores mínimos, esto es cien kilómetros, conforme aparece del Informe Técnico Legal CONT-GFCN-1377-2008-Calificación de la empresa Discover Petroleum AS – Proceso de Selección número PETROPERU-CONT-001-2008. De lo antes glosado se concluye que el Ministerio Público no ha probado que la calificación a la empresa Discover Petroleum AS, sea indebida y tuviera por finalidad favorecer a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL.

4.1.14. En cuanto se refiere al punto III) Permitieron que DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL presentara documentos en idioma Inglés, aspecto distinto a lo previsto en el Reglamento de Calificaciones de Empresas Petroleras y en las Bases; tenemos que tanto el artículo octavo del Decreto Supremo número 030-2004-EM "Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras", como el numeral 5.2 de las Bases para el Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, permiten excepcionalmente la presentación de documentos en idioma inglés, por lo que ello no constituyó una irregularidad, ni un privilegio indebido a favor de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL, máxime si conforme se encuentra acreditado con copias fedateadas



obstantes en autos, que dentro del mismo proceso de selección, también se permitió que las empresas Sinochem Corporation, Maple Gas Corporation del Perú S.R.L., Shell Exploration Company (West>), ONGC Videsh Limited (OVL) y Kootenay Energy Inc., respectivamente, presentarán sus cartas de interés en idioma inglés; razón por la que el que se haya permitido a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL, la presentación de documentos en idioma inglés en el contexto antes señalado, no constituye una irregularidad, que pudiera tomarse como indicativo de la existencia de interés indebido por favorecer a dicha empresa; evidenciándose por el contrario una práctica de flexibilización al respecto para facilitar que se presenten un mayor número de empresas al proceso de selección.

**4.1.15. En lo que respecta al punto iv) Calificaron a DISCOVER PETROLEUM antes de recibir la documentación que sustentaba ser empresa con experiencia;** se tiene que el Informe Técnico Legal CONT-GFCN-1377-2008 Calificación de la empresa DISCOVER PETROLEUM AS, señala que la referida empresa cumplió con remitir la documentación referida al anexo C de las Bases del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, mediante carta sin número de fecha veintidós de julio de dos mil ocho; de la referida carta, se advierte que si bien la misma está fechada el veintidós de julio de dos mil ocho, en su parte superior se aprecian dos sellos de la Gerencia de Contratos, que refieren recibido el veinticinco y treinta de julio de dos mil ocho, respectivamente, lo que genera duda en el Colegiado respecto a que los documentos referidos en dicha carta pudieron haber estado a disposición de la Comisión de Trabajo, aun cuando la defensa de los encausados en mención, ha sostenido que la información fue remitida por DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL en un CD adjunto a la carta de fecha siete de julio de dos mil ocho, situación que no se ve aclarada, al menos en el plano documental, frente a tal dilema se tiene las conclusiones del Informe Pericial Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, practicada por los Peritos Oficiales Ingenieros de Petróleo Germán Kasay Ahumada y Gaspar Zamora Chuquipiondo, la que fuera ratificada en sede de instrucción y



acreditada en juicio con la concurrencia de los referidos peritos; que en el punto 18.3 concluye que el Proceso de Selección dos mil ocho, en términos generales, se llevó a cabo regularmente, cumpliéndose con las bases, contexto en el cual opera el in dubio pro reo, consagrado en el numeral once del artículo 139° de nuestra Carta Fundamental.

**4.1.16. Respecto al punto v) Cambiaron la decisión inicial del número de Lotes en los que DISCOVER PETROLEUM podía participar;** al respecto cabe precisar la

calificación contenida en el Informe Técnico Legal CONT-GFCN-1377-2008, como lo indica su rótulo corresponde a la Calificación de la empresa DISCOVER PETROLEUM AS, y en tal condición la califica para participar por tres lotes, de forma individual o colectiva (debiendo interpretarse que la limitación de tres lotes en forma colectiva opera siempre que se consorciara con una empresa con un puntaje similar al suyo); mientras que el Informe Técnico Legal CONT-GFCN-1604-2008, corresponde a la calificación del Consorcio DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL/PETROPERU S.A., por lo que la calificación abierta de más de un lote, se sustenta en que dada la fortaleza financiera aportada por PETROPERU S.A. – entiéndase una empresa de mayor puntaje empresarial que DISCOVER PETROLEUM AS, obtuvieron una calificación conjunta con puntaje empresarial veinte. Siendo de resaltar que en folios cuarenta del Informe de los Peritos Oficiales, estos Ingenieros especialistas en Petróleo, dejaron establecido que "la única calificación efectuada a la empresa DISCOVER PETROLEUM AS, no resulta relevante en tanto que dicha empresa no participó individualmente en el mencionado proceso de selección, sino consorciada con PETROPERU SA, lo cual mereció una nueva calificación para el proceso de selección". Respalda tal criterio antes anotado, el hecho que los Peritos Oficiales Ingenieros de Petróleo, concluyeran en el numeral 18.4 de la pericia antes glosada: "que la Comisión de Trabajo evaluó al Consorcio PETROPERU S.A./DISCOVER, cumpliendo estrictamente con lo establecido en las bases del proceso, no existiendo evidencia alguna que se les haya beneficiado indebidamente". Por tales razones el Colegiado considera que no



se ha dado irregularidad alguna en la calificación del consorcio DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL/PETROPERU S.A.

**4.1.17.** Por último, en relación a los puntos vi) **Omitieron evaluar a PETROPERU en el cumplimiento de los indicadores mínimos para su Intervención en el consorcio; y vii) Prorrogaron innecesariamente las etapas del proceso de selección, con la finalidad de favorecer y dar tiempo a los trámites que venía realizando DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL;** se tiene que con relación a la presunta omisión de evaluar independientemente a PETROPERU S.A. en el cumplimiento de los indicadores mínimos, el artículo sexto literal b) del Decreto Supremo número 030-2004-EM que "Aprueba el Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras", las empresas petroleras que cuenten con capacidad económica y financiera y que no acredite experiencia en actividades de exploración o explotación de hidrocarburos, deberá necesariamente presentar un compromiso de Asociación con un operador técnicamente capacitado para llevar a cabo operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos; siendo este un requisito para su calificación; por ende no puede ser calificada individualmente, en el mismo sentido se pronuncia el artículo 3.1.B del Acuerdo de Directorio número 110-2006 que "Aprueba Procedimiento e indicadores para la Calificación de Empresas Petroleras y Proceso de Selección"; razón por la que no resulta imputable a los miembros de la Comisión de Trabajo, tal omisión. Con relación a la responsabilidad que el Ministerio Público pretende establecer a los encausados miembros de la Comisión de Trabajo, respecto a las dos prórrogas o ampliaciones del plazo para la presentación al Proceso de Selección número PERUPETRO-001-2008, es de precisar que las mismas fueron acordadas por el Directorio de PERUPETRO S.A., con fechas treinta y uno de julio y veintidós de agosto de dos mil ocho, mediante Acuerdos de Directorio número 091-2008 y 105-2008, respectivamente, a propuesta de la Gerencia de Contratos, conforme a los Memorandums número CONT-GFCN-1381-2008 y número CONT-GFCN-1573-2008, sin que se acredite participación alguna de los miembros del Comité de Trabajo en tal decisión, por lo que tampoco les resulta atribuible la decisión de



tales prórrogas; las mismas que obedecieron a la implementación de una política institucional que permitió la participación de doce empresas en el Proceso de Selección.

**4.1.18.** En cuanto a las imputaciones formuladas por el Ministerio Público contra los encausados Rómulo Augusto León Alegría, Jostein Kare Kjerstad, Daniel Antonio Saba de Andrea, César Felipe Gutiérrez Peña y Miguel Hernán Celi Rivera, a título de complicidad primaria, es menester precisar que los hechos que se les atribuyen, resultan ajenos a los hechos imputados a los presuntos autores y de modo alguno pueden sostenerse como aportes dolosos a la conducta atribuida a éstos; así tenemos, qué tiene que ver con los hechos atribuidos a los encausados Lucio Francisco Carrillo Barandiarán, Liliana Tami Callirgos Ruiz, Elmer Tomás Martínez Gonzáles, Winston Wusen Sam y José Luis Sebastián Calvo, que el encausado Rómulo León Alegría haya facilitado reuniones entre Jostein Kjerstad y Fortunato Canaan con César Gutiérrez Peña y Daniel Saba de Andrea, o que haya concretado el acuerdo de participación conjunta entre PETROPERU S.A. y DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL; por su parte que aporte al accionar imputado a los pretendidos autores, puede significar que Jostein Kjerstad haya contratado a Rómulo León Alegría y se vinculara con Fortunato Canaan y Alberto Quimper Herrera; o que Daniel Saba de Andrea se haya interesado – no se precisa cómo – en favorecer la incursión de Discovery Petroleum en el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos; o que César Gutiérrez Peña haya decidido consorciar a PETROPERU S.A. con DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL sin que exista acuerdo de directorio; o que Miguel Celi Rivera se hubiera interesado en la gestión que realizaban Rómulo León Alegría y César Gutiérrez Peña para la celebración del Acuerdo de Participación conjunta entre ambas empresas. En tales términos la imputación de los cargos, a título de cómplice primario, resulta absolutamente deficiente, no calificando como aportes a los hechos atribuidos a los autores, por lo que debe desestimarse.



4.1.19. Independientemente del análisis probatorio antes glosado, es menester precisar que el delito de Negociación Incompatible, conforme lo desarrollado en los aspectos conceptuales glosados precedentemente, no posee un alcance amplio e ilimitado, como lo asevera el autor José Luis Castillo Alva, no comprende a todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. Su alcance, en realidad, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: al campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que se ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial. Asimismo, es de precisar que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor en el delito de negociación incompatible. Es necesario que dicho funcionario cuente, en muchos casos, con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación, en otras palabras, capacidad delegada para negociar o potencialidad administrativa de negociación. En tal entendimiento el Colegiado considera: **a)** Que si bien los miembros de la Comisión de Trabajo tenían a su cargo la elaboración del Proyecto de Bases del Proceso de Selección, el desarrollo del proceso y la adjudicación de la Buena Pro, no tenían facultad de decisión, esto es se pronunciaban solo a través de informes, encontrándose el poder de decisión en la Gerencia General, las Gerencias de Contratos, de Exploración, Promoción y Relaciones Comunitarias, así como la Gerencia Legal; y en mayor medida en el Directorio; y, **b)** Que, sus actos administrativos unilaterales delegados, no tenían contenido económico directo, por lo que no califican como operaciones en el sentido estricto que corresponde a la naturaleza del tipo, razón por la que, los hechos imputados en el contexto antes determinado, no configuran el delito de Negociación Incompatible, razón por la que debe desestimarse la imputación.



## V. FUNDAMENTOS DEL FISCAL SUPREMO EN LO PENAL

### RESPECTO A LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

5.1. En cuanto a este extremo, se indica que los medios de prueba excluidos, fueron producto de los diversos requerimientos fiscales sobre medidas limitativas que se realizaron con dicho propósito; sin embargo, todas ellas tuvieron como sustento la transcripción de los audios de las conversaciones entre el acusado Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, producto de la intervención telefónica ilícita del que fueron objeto los acusados y que originó el proceso judicial número 99-2009 (527-2009), llevado a cabo ante la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual concluyó condenando a Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad – Violación del Secreto de las Comunicaciones – Interceptación Telefónica y otro, en calidad de integrantes de una organización criminal en agravio de Rómulo León Alegría, Alberto Quimper Herrera, entre otros. En ese sentido, los audios en mención constituyen prueba ilícita al haber sido obtenidos en violación a un derecho fundamental – Violación del Secreto de las Comunicaciones previsto en el artículo 2° numeral 10 de la Constitución Política del Estado, por lo que no resulta amparable otorgar valor probatorio alguno al igual que a los medios de prueba que tuvieron vinculación indirecta con la fuente de prueba (correos electrónicos encontrados al interior del CPU, Informes de la Contraloría General de la República, Informe Final 04 de DPI de la firma Ernts & Young) por alcanzarle ilicitud probatoria en calidad de prueba ilícita derivada, lo cual guarda correlación con la sentencia número 655-2010-PHC/TC emitida por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, la entrega voluntaria del CPU por parte de Paola Copara Osorio (secretaria de Rómulo León Alegría), al momento de ser requerida, tuvo como sustento la transcripción de los audios ilícitos, objetos de exclusión probatoria. En cuanto a lo resuelto en el cuaderno incidental número 105-2008-A, este no vincula necesariamente a la judicatura para admitir los medios de prueba excluidos; más aun si la exclusión probatoria realizada por la Sala fue precisamente parte de un control de



legalidad sobre las mismas, en tanto, la decisión adoptada en el incidente en mención fue al inicio del presente proceso, cuando aún no se contaba con el acervo probatorio en su totalidad, por lo que lo resuelto por el Colegiado está conforme a derecho.

#### RESPECTO AL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

**5.2.** Se sostiene que de conformidad con el principio de legalidad, al contrastar los elementos constitutivos del tipo penal con los hechos imputados al encausado Rómulo León Alegría, la conducta de este resulta ser atípica, dado que no concurren los elementos descriptivos del tipo en mención; considerando que si bien se logró acreditar que el citado Rómulo León Alegría estuvo vinculado al gobierno aprista en el entendido que ocupó varios cargos públicos durante el desarrollo del mismo; no obstante, la "invocación de influencias reales" atribuidas al encausado Rómulo León ante funcionarios de la empresa PETROPERÚ y PERUPETRO a favor de Jostein Kar Kjerstad, representante de la empresa noruega Discover Petroleum International, encuentra sustento en el ejercicio de su actividad como "gestor de intereses" (la cual se encuentra regulada mediante Ley número 28024-Ley de Gestión de Intereses en la Administración Pública), conclusión a la que se llega luego de evaluar el acervo probatorio recopilado durante el devenir del proceso y que incluso fue reconocida a lo largo del proceso por el persecutor público en su acusación fiscal. En ese sentido, las transferencias de dinero, encuentran sustento en la actividad que este desarrollaba, no habiendo logrado advertir algún tipo de actividad ilícita atribuible al acusado, en dicho sentido. Si bien se advierte que el citado acusado realizaba la actividad de "gestor de intereses" de manera informal, toda vez que este no se encuentra registrado ante SUNARP tal como lo exige la Ley, dicha falta de inscripción no implica necesariamente que el actuar del acusado se encuentre inmerso en el ámbito del derecho penal.

**5.3.** Del mismo modo, no se logró acreditar que las influencias atribuidas al acusado Rómulo León Alegría estuviesen dirigidas a los funcionarios que



conformaron parte de la comisión de trabajo encargados del Proceso de Selección 01-2008, dado que la acusación fiscal es genérica, atribuyendo que los destinatarios de la intersección serían funcionarios de las empresas PERUPETRO y PETROPERU, lo cual corrobora la ausencia de un elemento objetivo del tipo penal, dado que este exige se señale de forma concreta y precisa contra quien va dirigido a fin de conocer si este tenía competencia en el caso judicial o administrativo a dilucidar, debiéndose acotar que los funcionarios a cargo del proceso de selección en mención no se encuentran inmersos dentro de lo que llamamos la justicia administrativa, al no estar investidos de poder discrecional administrativo. No obstante, en lo concerniente al tráfico de influencias en calidad de instigador imputado a Jostein Kar Kjerstad no se logró acreditar que este en los actos en fase previa a la ejecución del delito hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" (Rómulo León Alegría) mediante un influjo psicológico. Por el contrario, de autos se logró acreditar que este contrató al acusado Rómulo León Alegría como gestor de su empresa Discover Petroleum International (sede Perú), conforme al contrato suscrito para dicho fin, dentro de las facultades que ostentaba.

#### **RESPECTO AL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO**

**5.4.** En el caso de autos no se ha logrado postular una imputación precisa contra el autor, es decir, de qué manera o cómo Alberto Quimper quebrantó sus deberes funcionales aceptando o solicitando donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido a favor de la empresa Discover Petroleum International. En ese sentido, al no haberse establecido de manera clara y precisa la preexistencia del hecho del autor (hecho principal) recaída en el acusado Quimper (solo se señaló que este cobró honorarios por la realización de asesorías a favor de la empresa Discover Petroleum International), resulta complejo determinar algún tipo de participación en los acusados León Alegría y Jostein Kar Kjerstad (a quienes se les atribuye ser instigador y cómplice primario); más aun, cuando no se estableció en qué escenario se realizaron los pagos realizados a Alberto



Quimper Herrera, en tanto en el caso de León Alegría no se señaló de qué medios se valló para influir en Quimper sobre el hecho que se le imputa, mientras que en lo que concierne a Jostein Kar Kjerstad, solo se señaló que este aceptó las exigencias de Alberto Quimper, disponiendo el pago de sus honorarios por la suma de \$5,000 dólares americanos, por intermedio del fallecido Arias Schreiber, actividad per se, sin mayor nexo causal que involucre un actuar doloso por parte de los acusados (que resulte reprimible penalmente), lo que no hace más que corroborar la absolución decretada por el Colegiado en el presente extremo.

#### **RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

**5.5.** Si bien se logró acreditar que los acusados Lucio Carrillo Barandiarán (Presidente), José Luis Sebastián Calvo, Liliana Callirgos Ruiz, Winston Wusen Sam y Elmer Martínez Gonzáles, formaron parte la Comisión de Trabajo encargada de elaborar las bases, desarrollo del proceso y adjudicación de la Buena Pro del Proceso de Selección número PETROPERU-CONT-001-2008 (Adjudicación de Lotes para la suscripción de Contratos Licencia para la Exploración de Hidrocarburos); sin embargo, no ha sido posible acopiar un estándar probatorio que de modo alguno acredite que los acusados en mención se hayan "interesado especialmente" en favorecer a DP y DPI en el proceso de selección, que de alguna manera confirme su parcialidad en la toma de decisiones en relación a la función que cumplían. Así, respecto a los cuestionamientos que fueron objeto de acusación fiscal respecto al Proceso de Selección en mención, cabe acotar que si bien se acreditó que los acusados en mención tuvieron a cargo la elaboración de las bases, así como la participación de la evaluación de empresas petroleras hasta el otorgamiento de la Buena Pro, de la revisión de los actuados se advierte que los acusados llevaron a cabo el Procedimiento de Evaluación y Calificación de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo número 030-2004, así como en el Acuerdo de Directorio de PERUPETRO S.A. número 110-2006 (por el cual se aprueba el procedimiento e indicadores que debe utilizar PERUPETRO S.A. para la calificación de empresas petroleras y proceso de selección),



proceso en el cual el consorcio Discover Petroleum AS-Petroperú S.A. logró calificar para participar en el citado proceso de selección.

**5.6.** En lo que concierne a las especificaciones técnicas con que debía de contar la empresa DP, y que, en atención a la acusación fiscal fueron los acusados quienes habrían buscado favorecer a Discover Petroleum, al cambiarse los ponderados establecidos en el Acuerdo de Directorio número 110-2006; es de acotar que dicha modificación obedeció a una decisión del Directorio de PERUPETRO S.A. (no de la Comisión de Trabajo), quien tenía facultades para realizarlo, considerando que si bien la Comisión de Trabajo debía elaborar las bases, estas luego eran elevadas a la Gerencia de Contratos, quien a su vez las elevaba a la Gerencia General quien finalmente las aprobaba o denegaba. Del mismo modo sucedió en lo que concierne a la ampliación del cronograma contenido en las bases del proceso de selección (hasta en dos oportunidades), ello habría encontrado sustento en el interés de más de una empresa interesada en participar en el proceso de selección en mención, tal y conforme se desprende del tenor de los Memorándums número CONT-GFCN-1573-2008 y número CONT-GFCN-1381-2008; siendo además que en lo que respecta a la presentación de documentos en Inglés, esta no fue una prerrogativa exclusiva a favor de DISCOVER PETROLEUM, pues dichas facilidades se otorgaron a las demás empresas participantes en el proceso de selección.

**5.7.** Si bien se señala que los acusados buscaron favorecer a Discover Petroleum, puesto que cambiaron el número de lotes en los que Discover podía participar y omitieron evaluar a Petroperú para su intervención en el Consorcio con Discover Petroleum; ello ha sido desvirtuado con el Informe Pericial llevado a cabo por los peritos – Ingenieros de Petróleo – Germán Kasay Ahumada y Gaspar Zamora Chuquilondo, quienes se ratificaron en juicio oral; debiéndose acotar que el otorgamiento de la Buena Pro se llevó a cabo en acto público, sin que ninguna empresa participante en el proceso de selección haya impugnado o cuestionado el proceso. En cuanto al



cuestionamiento del consorcio llevado a cabo entre Discover Petroleum International AS y PETROPERÚ, ello encuentra sustento en la Resolución Ministerial número 280-2007-MEM/DM de fecha ocho de junio de dos mil siete, de ahí que no se puede señalar que este sea irregular o contrario a los intereses de la entidad estatal.

**5.8.** Es de acotar que el Proceso de Selección no culminaba con el otorgamiento de la Buena Pro, por cuanto luego de ello venía la etapa post proceso de selección a cargo del Directorio PERUPETRO (evaluación empresarial) donde se emite la constancia de calificación de empresa petrolera, sobreviniendo luego el procedimiento de aprobación de los contratos de licencia para exploración y explotación de hidrocarburos. En este sentido el proyecto de contrato aprobado por el Directorio de PERUPETRO no necesariamente era la versión final, dado que en virtud del artículo 6° del mismo Decreto Supremo, este podía ser subsanado por los Ministerio de Energía y Minas o de Economía. En caso de vicios sustanciales, incluso podía reiniciarse el trámite; por lo que al no haberse acreditado en los acusados un interés especial por la contratación, la conducta desarrollada resulta atípica.

**5.9.** En cuanto a la imputación en calidad de cómplices primarios atribuidos a Daniel Saba de Andrea, César Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hemán Celi Rivera, Rómulo León Alegría y Jostein Kar Kjerstad, cabe acotar que teniendo en consideración lo opinado respecto a los acusados a quienes se les atribuye ser autores del delito de Negociación Incompatible; en virtud del principio de accesoriedad en la participación, en tanto la complicidad es un acto dependiente de la actuación del autor, al no haber logrado atribuir responsabilidad en el autor en el presente caso, resulta carente de todo sustento atribuir algún tipo de responsabilidad penal a estos últimos; máxime si los hechos que se le imputan no están referidos a actos de colaboración y a la ejecución del hecho principal, motivo por el cual el presente extremo absolutorio debe ser confirmado.



## VI. POSICIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL

### RESPECTO A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

6.1. Como primera cuestión controvertida se encuentra la declaración de prescripción de la acción penal, con relación al procesado **ALBERTO QUIMPER HERRERA**. En efecto, mediante resolución número 47-2014 de fecha treinta de octubre de dos mil catorce – fojas 41722 del Tomo 76 – la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa del encausado **ALBERTO QUIMPER HERRERA**, extinguiendo la acción penal incoada en su contra por los delitos contra la Administración Pública en las modalidades de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS, PATROCINIO ILEGAL, COHECHO PASIVO PROPIO Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE** en agravio del Estado. Dicha resolución fue impugnada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y el Fiscal Superior, quienes llegaron a exponer los agravios correspondientes en sus respectivos recursos. Siendo esta materia invocable, incluso de oficio por parte del juzgador, no se encuentra condicionada por el principio acusatorio, por lo que este Supremo Tribunal hará una evaluación independiente de la cuestión planteada.

6.2. Ahora bien, ambos recurrentes han coincidido en sustentar su recurso sólo en base al delito de Negociación Incompatible y no así respecto a los demás delitos imputados a Quimper Herrera. Esto delimita el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal, el cual se ha de sujetar a dar respuesta a los agravios materia de recurso, en atención al principio *tantum appellatum quantum devolutum*. En ese sentido, en lo medular, se observa que ambos impugnantes llegan a la conclusión que en el delito de Negociación Incompatible se afecta la esfera patrimonial del Estado y con ello, resulta aplicable la duplicidad de la prescripción de la acción penal, por lo que este delito no habría prescrito.

6.3. Como sustento principal de su tesis, hacen suyo uno de los fundamentos expuestos por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia



de Lima<sup>1</sup> en el incidente número 105-2008-O, específicamente lo precisado en el fundamento décimo de la resolución de fecha cinco de mayo de dos mil diez, cuyo tenor literal es el siguiente: "*PERUPETRO al ser creada por Ley 26221 (Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional), su objeto está dirigido a negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de contratante, por la facultad que le confiere el Estado, otorgar al mejor postor cuyos requisitos exigidos lo hayan cumplido a cabalidad sin favorecimiento, ayuda o intromisión de terceros para que se dedique a su exploración y explotación de estos hidrocarburos, que al no ser ni su creación ni su versión, sino que al ser extraído del suelo y subsuelo peruano, pertenecen al Estado, simple y llanamente porque estos forman parte importante por no decir principal del sistema económico nacional. De manera que, si bien su exploración y explotación la ejercen empresas privadas con capitales privados, a través de sociedades anónimas, no se puede dejar de desconocer que parte del ingreso que se obtiene como consecuencia de estos contratos, van consignadas a las arcas del tesoro público, lo que significa que sí atañen a la economía estatal (...)*". Es decir, para sostener que el delito de Negociación Incompatible sí afecta la esfera patrimonial del Estado, toman como base al objeto por el cual fue creado PETROPERÚ, esto es, negociar, celebrar, supervisar y otorgar al mejor postor, la exploración y explotación de hidrocarburos en suelo y subsuelo peruano, cuyos ingresos obtenidos por dicha actividad van a las arcas del tesoro público; por lo que, al haberse frustrado la entrega de los lotes, se frustró también el ingreso de una fuerte cantidad de dinero en inversión y con ello, un perjuicio patrimonial para el Estado.

**6.4.** De esta manera los impugnantes infieren que el delito de Negociación Incompatible resulta ser un delito que afecta el patrimonio del Estado y por tanto, resulta aplicable la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal. En este sentido, la duplicidad se encuentra regulada, en el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú<sup>2</sup>, concordado con

<sup>1</sup> Sala Penal que conoció primigeniamente el presente proceso.

<sup>2</sup> El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.



el último párrafo del artículo 80° del Código Penal<sup>3</sup>. Conforme a dichas normas la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal procede cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en contra del patrimonio estatal. Del texto normativo debe entonces determinarse si todo delito contra la administración pública, en la que estén involucrados funcionarios o servidores públicos, implica sin más un ataque contra el patrimonio del Estado. La respuesta a esta cuestión comienza por determinar el sentido de la mayor laxitud en el cómputo de la prescripción, cuando de por medio esté comprometido el patrimonio del Estado. La razón subyacente a este criterio de política criminal es que el constituyente otorgó una protección reforzada al patrimonio estatal; esto es, al patrimonio de todos. Con ello, la línea conductora para la obtención de una respuesta definitiva es el bien jurídico concernido en el tipo penal.

**6.5.** Al respecto, es de partir por considerar que en los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma. Se la protege a la administración pública no como objeto en sí, como estructura, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes, de servicio público y resolución de problemas colectivos. Para ello debe contar con recursos que no se circunscriben a los recursos presupuestales o a la disposición de sus bienes o caudales. Comprende también a la organización, los recursos humanos, la asignación de funciones, la disponibilidad de tiempo para el cumplimiento de su misión, la funcionalidad de su estructura. En este contexto, se entiende que el bien jurídico tutelado tiene un objeto general de protección relacionado con el correcto funcionamiento de la administración pública, como consecuencia de la distribución eficiente y efectiva de sus recursos, para el cumplimiento de sus objetivos estratégicos. Pero, esta primera aproximación resultaría insuficiente para comprender el sentido de la norma constitucional que centra la atención en uno de ellos (el patrimonio estatal). Por tanto, se ha de asumir que en realidad el bien jurídico general, en estos

<sup>3</sup> En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.



delitos tiene objetos jurídicos específicos de protección, según el contenido de cada tipo penal y de la norma penal que le es subyacente. Además es necesario relacionar el sentido de la protección penal específica (ámbito de protección de la norma penal) con lo que expresó el legislador constituyente cuando menciona que el delito cometido por el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio del Estado.

6.6. En el caso del tipo penal de negociación incompatible partimos que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso. Ciertamente, en nuestro ordenamiento legal, dentro del catálogo de delitos que el Código Penal acoge, el Capítulo II del Título VIII tipifica a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo, no todos los que conforman este grupo, dentro de su estructura típica, tienen un contenido de afectación al patrimonio público y por tanto, no a todos estos delitos se ha de aplicar la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal. Este criterio ha sido fijado en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, en cuyo fundamento décimo cuarto, se ha señalado: *"Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos"*. Ello es así, pues la administración pública cumple con sus objetivos estratégicos, en el desarrollo de las políticas públicas mediante el adecuado funcionamiento de sus recursos, cuyos componentes no solo se circunscriben a su patrimonio, sino también a los recursos humanos



con funciones delimitadas, la organización, el tiempo y la existencia de una estructura determinada. Ello explica que la existencia de una vulneración de un interés patrimonial no esté presente en delitos como corrupción de funcionarios.

**6.7.** En tal sentido, tenemos que el tipo penal de Negociación Incompatible tiene como supuesto de hecho el siguiente tenor: "*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 (...)*"; de tal descripción típica, podemos rescatar que el verbo rector es "interesarse"; esto es, poner una especial atención en el contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno. Por tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada. Lo que en buena cuenta significa que el contenido de injusto del interés del funcionario se circunscribe a la desviación de poder del mismo, para favorecerse o favorecer a tercero, con su gestión oficiosa o irregular, en cualquier contrato u operación en la que ha de intervenir por razón de su cargo. Nótese que el objeto de reproche recae sobre ese interés que muestra el agente. El contenido extra patrimonial de la conducta típica se corrobora aún más con la determinación de la consumación en dicho ilícito y que se configura con el solo hecho de interesarse indebidamente, siendo el provecho propio o de tercero un elemento colateral. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero. no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumir el delito



materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto al contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

6.8. Por otro lado, también se ha argumentado que el ataque al erario nacional se evidenció al no seleccionarse a una empresa solvente que cumpla con los requisitos establecidos en las bases y al frustrarse las inversiones, las que estimadas por los propios acusados, estos bordean los cincuenta millones de dólares por lote. Esta línea argumental, carece manifiestamente de sustento de cara al delito materia de análisis, en tanto el hecho de que se haya seleccionado o no a una empresa para la exploración de los lotes petroleros, no es constitutivo, *per se*, del delito de negociación incompatible, pues como lo hemos mencionado, este delito sanciona el interés del funcionario público en los contratos u operaciones que lleve a cabo la entidad pública. En todo caso, este razonamiento hecho por el recurrente se adecúa más a un delito similar pero de contenido patrimonial más claro como es la colusión agravada.

6.9. Consecuentemente, advirtiéndose que el carácter delictivo del delito de Negociación Incompatible no es de índole patrimonial en perjuicio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80° del Código Penal, cuya aplicación sólo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducta atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este; por lo que la declaración de prescripción de la acción penal, es una decisión fundada en derecho.

#### **RESPECTO A LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2016**

6.10. Antes de entrar al análisis de lo que es materia de impugnación, conviene precisar que al expedirse la Sentencia absolutoria de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, uno de los impugnantes fue el Ministerio Público representado por el Fiscal Superior; quien mediante recurso de nulidad



de fojas 45852 del Tomo 81, expresó los agravios que sustentan su pretensión; sin embargo, al haberse remitido los autos al Fiscal Supremo en lo Penal, luego de absolver el grado, opinó que se declare no haber nulidad en la sentencia materia de impugnación. Frente a esta situación, estas posiciones disímiles se han de resolver bajo el Principio de Jerarquía Institucional, pues conforme a la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, dicho ente persecutor del delito, es un cuerpo jerárquicamente organizado.

#### IMPUGNACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y PRINCIPIO DE JERARQUÍA INSTITUCIONAL

6.10.1. De conformidad con los artículos 158° y 159° de la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta impartición de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros. Estas atribuciones, también se encuentran reguladas en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en la que se llega a precisar las funciones principales a las que se encuentra sujeto el representante de la legalidad.

6.10.2. No obstante, el artículo 5° de la citada Ley Orgánica del Ministerio Público, regula la autonomía funcional de los fiscales, y establece expresamente que "*Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución, siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores*". De acuerdo a este dispositivo legal, se entiende que el Ministerio Público se encuentra estructurado jerárquicamente, en la que ha de primar las decisiones adoptadas por el Superior, quedando sujeto, de tal manera, el inferior en rango a dichas decisiones. En esta misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional, resolviendo un caso en donde el Fiscal Supremo tenía una posición distinta a la del Fiscal Superior impugnante, se expresó de la



siguiente manera: "En consecuencia, de acuerdo a lo señalado supra en el sentido de que la estructura orgánica del Ministerio Público se rige por el principio institucional de jerarquía, la a opinión que debió prevalecer en el presente caso era aquella emitida por el Fiscal Supremo, por ser éste el máximo representante del Ministerio Público en el proceso penal. Sin embargo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema solo tomó en consideración el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía Superior y reformó el quantum de la pena de manera peyorativa."<sup>4</sup>

**6.10.3.** De manera tal que interpuesto el recurso impugnatorio por el representante de la legalidad, la viabilidad de ésta dependerá del criterio adoptado por el Superior en grado. Si no acepta su pretensión impugnativa, el recurso del inferior decae automáticamente<sup>5</sup>. La razón radica en la estructura orgánica a la que está sujeto el Ministerio Público, cuyas bases están estructuradas por el Principio de Jerarquía. En tal sentido, en el caso bajo análisis prevalecerá la opinión del Fiscal Supremo, tanto más si se trata del máximo representante del Ministerio Público en el proceso penal, debiéndose desestimar por consiguiente, los agravios expuestos por el Fiscal Superior, no siendo posible, expresar mayor fundamento al respecto.

#### **IMPUGNACIÓN DE LA PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL**

**6.11.** La intervención procesal de la Parte Civil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no es independiente a los lineamientos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada [calumnia, difamación o injuria]. La Parte Civil ejerce facultades probatorias, en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extra patrimonial generado a consecuencia del hecho punible, lo cual, no implica que deba arrogarse funciones cuya titularidad no le concierne. La incoación

<sup>44</sup> Expediente N° 07717-2013-PHC/TC, fundamento jurídico décimo segundo.

<sup>5</sup> César San Martín Castro; Derecho Procesal Penal Lecciones; Fondos Editoriales INPECCP y CENALES; Año 2015; Pág. 210.



de la acción penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Esta consideración tiene como base normativa lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado, siendo pertinente destacar, entre las principales atribuciones del Ministerio Público, las siguientes: "Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho" [numeral 1] y "Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte" [numeral 5].<sup>6</sup>

6.12. En tal sentido, se desprende que nuestro ordenamiento legal dota de facultades a cada uno de los sujetos procesales intervinientes en un proceso penal. Con relación a la parte civil, el artículo 57° del Código de Procedimientos Penales, delimita el desenvolvimiento de la Parte Civil de cara al proceso. En efecto, no solo le brinda facultades, sino también le señala que "No le está permitido pedir o referirse a la sanción penal."; esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil. Pero en el sistema procesal antiguo, el objeto civil que se incorpora al proceso penal, como consecuencia de la voluntad expresa del agraviado, depende de la subsistencia del objeto penal. En tal virtud, estando frente a una sentencia absolutoria, cuya conformidad ha sido expresada por el Fiscal Supremo; nos permite afirmar que la acción persecutoria del delito, en este extremo, ha fenecido, pues el único facultado para ejercerla, se ha mostrado conforme con la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional sentenciador; de manera tal que encontrándose limitado el ámbito de acción de la Parte Civil, su pretensión no podría tener acogida por este Tribunal Supremo.

6.13. Sin embargo, el razonamiento último expresado en el considerando precedente, no es de total exclusión, pues emitida la sentencia absolutoria, el control impugnativo se circunscribe a estrictos términos residenciados en la

<sup>6</sup> Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República con motivo del Recurso de Nulidad N° 1969-2016 Lima Norte, de fecha 01 de diciembre de 2016. Fundamento Quinto.



presencia o no de indefensión en la víctima, es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo 139º, numeral 14), de la Constitución del Estado, ha sido vulnerado con motivo del procedimiento incoado o del contenido estructural de la sentencia condenatoria [?]. No obstante y siempre sobre la línea del respeto a las garantías constitucionales de las que se encuentra revestido el proceso penal, este Supremo Tribunal en tanto órgano revisor, ha de verificar si la sentencia impugnada se encuentra suficientemente motivada, pues es de imperativo legal que todos los Jueces, cualquiera sea la instancia, den respuesta razonada a sus decisiones.

**6.14.** En tal sentido, la revisión de los actuados refleja que la etapa de la investigación judicial ha sido ampliada en dos oportunidades, la primera por cuarenta y cinco días – fojas 22345 del Tomo 42 – y la segunda por el mismo lapso de tiempo – fojas 28579 del Tomo 55. Cabe acotar que el presente proceso es de naturaleza compleja, tal como fue declarado mediante resolución de fecha veinte de mayo de dos mil nueve – fojas 1467 Tomo 26 –; de manera tal que en el decurso del proceso se han llevado a cabo una serie de diligencias como declaraciones instructivas, testimoniales, confrontaciones, exámenes periciales, ratificaciones y otros impulsados por las partes procesales, entre ellas, la parte civil. No obstante, también se aprecia que desde el inicio del juicio oral, la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción – parte civil –, ha estado presente en las sesiones que componen este estadio procesal; por lo que se aprecia que en este extremo el derecho de defensa de esta parte ha sido respetado.

**6.15.** Del escrito de impugnación se aprecia que uno de los agravios sostenidos por la parte civil, incide en la vulneración al derecho a la prueba que, como se sabe, integra la garantía genérica del debido proceso. Al respecto, básicamente se cuestiona la exclusión de material probatorio efectuado por la Sala Superior mediante resolución de fecha ocho de

[?] En concordancia con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Ejecutoria Suprema 2358 – 2009/LIMA, del 21 de diciembre de 2009.



setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y tres de fojas 45026 del Tomo 80; así como la resolución de fecha quince de setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y cuatro de fojas 45050 del citado Tomo; no obstante, se cuestiona además la exclusión de material probatorio precisado en el considerando veintidós de la sentencia absolutoria impugnada; por tanto, al tener este agravio vinculación con una garantía constitucional, abre la posibilidad de que en esta instancia, este Supremo Tribunal efectúe un control de la legalidad de tal exclusión, verificando la suficiencia en la motivación de tal decisión.

#### **ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA**

**6.16.** Como se señaló precedentemente, el órgano decisor ejerciendo el control de legalidad del material probatorio documental ofrecido por el representante del Ministerio Público para su oralización y debate en juicio, declaró inadmisibles la incorporación al acervo probatorio por alcanzarles prohibición probatoria, así como también, en esa misma línea, se llegó a excluir las siguientes documentales:

#### **Resolución de fecha 08 de setiembre de 2015**

- a) Acta Fiscal de Allanamiento y Descerraje practicados en el inmueble de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría con fecha seis de octubre de dos mil ocho, obrante a fojas 130.
- b) Acta Manuscrita de Recepción del CPU y otros, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, entrega efectuada por Paola Copara Osorio, secretaria del antes mencionado, realizada con fecha diez de octubre de dos mil ocho, obrante a fojas 754.
- c) Acta Fiscal de Allanamiento e Inmovilización de Documentos, practicado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, con fecha trece de octubre de dos mil ocho, obrante a fojas 1144.
- d) Agenda signada con el N° 01, con un etiquetado en la parte inferior izquierda con el nombre de Ernesto Arias Schreiber Game, encontrada en la oficina de la citada persona durante el allanamiento practicado, el cual obra como anexo al expediente principal.
- e) Cuaderno Anillado Cuadrulado de marca Andes, encontrado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la referida oficina, el cual obra como anexo al expediente principal.

#### **Resolución de fecha 15 de setiembre de 2015**

- a) Correos electrónicos conformantes del punto catorce del tercer bloque de documentos ofrecidos por el señor representante del Ministerio Público.



**Considerando 22 de la Sentencia de fecha 16 de febrero de 2016 (Informes de la Contraloría General de la República)**

- a) PETROPERU S.A. Diagnóstico Proceso de Asociación con Discover Petroleum International AS, de fecha diecisiete de octubre de dos mil ocho, obrante a fojas 5968.
- b) Verificación de presuntas irregularidades en el otorgamiento de cinco lotes al consorcio PETROPERU S.A. / DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL AS, en el proceso de selección N° OETRIOPERU-CONT-001-2008 para la selección de empresas y asignación de lotes para contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos – Informe de Verificación de Denuncia N° 013-2009-CG/SP-AR, de fecha veintiuno de enero de dos mil nueve, obrante a fojas 10207.
- c) Informe de verificación de denuncia N° 029-2009-CG/SP-AR PETROPERU S.A. PROCESO DE ASOCIACIÓN CON DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL AS, de fecha trece de febrero de dos mil nueve, obrante a fojas 48 del Tomo denominado Anexo A del Informe de Contraloría.

**6.17.** La razón fundamental esgrimida por la Sala Superior para no tomar en cuenta el caudal probatorio antes mencionado, reside básicamente en que estos tienen su origen en la difusión de los audios de la conversación sostenida entre Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera efectuada en el programa periodístico "Cuarto Poder"; y que, como consecuencia de dicha difusión se instauró proceso penal contra Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad – Violación del Secreto de las Comunicaciones – Interceptación Telefónica en agravio del referido Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera y otros, causa denominada "Business Track" y signada con el número 99-2009 (527-2009), seguida ante la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, quien mediante sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil doce, estableció que los mencionados León Alegría y Quimper Herrera, fueron víctimas de la interceptación y grabación de sus conversaciones realizadas a través de los teléfonos fijos de sus respectivas oficinas, las cuales fueron escuchadas, almacenadas en USBs o CDs y transcritas para luego ser comercializadas, condenándose como autores de tal delito al referido Elías Manuel Ponce Feijoo y otros; decisión que fuera ejecutoriada por esta Sala Suprema mediante el Recurso de Nulidad número 1317-2012 LIMA de fecha catorce de setiembre de dos mil doce.



6.18. De manera tal que habiéndose obtenido dichos audios con violación al contenido esencial del derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, estos constituyen prueba ilícita directa; la cual se extiende a toda aquella prueba obtenida indirectamente como consecuencia de dicha vulneración, esto es, prueba que sea derivación de ésta, aun cuando se hubiere obtenido mediando las formalidades legalmente establecidas, puesto que dada la vinculación causal entre una y otra, la ilicitud alcanza a esta última, a la que la doctrina procesalista moderna le da la denominación de prueba derivada. En tal sentido, la Sala Superior llegó a la conclusión que las mencionadas documentales tienen una vinculación causal con la prueba prohibida directa, constituyéndose por tanto en prueba derivada, prohibiéndose su valoración.

#### **EL DERECHO A LA PRUEBA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA DERIVADA**

6.19. Al respecto, cabe mencionar que el derecho a la prueba que la Parte Civil sostiene se ha vulnerado, no es un derecho estipulado concretamente por nuestra Constitución Política vigente, lo que no implica que no goce de protección constitucional. Su protección está asegurada, en la medida que se trata de un derecho que se encuentra adosado al debido proceso, el cual es reconocido por el artículo 139°, inciso 3) de nuestra Carta Magna.

6.20. En este sentido el Tribunal Constitucional, en el caso Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, recaído en el expediente número 010-2002-AI/TC, dejó sentado las bases de su protección constitucional, es así que en su fundamento jurídico 148 y 149, precisó: *"En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...) En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho."*



6.21. De lo antes descrito, se desprende que el derecho a la prueba en tanto derecho fundamental, no es ilimitado. Los límites de su ejercicio se encuentran arraigadas a su pertinencia, utilidad, oportunidad y sobre todo, a su licitud. En esta línea, ya el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que *"ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección"*<sup>8</sup>. De ahí que si se sostiene que el derecho a la verdad prevalece sobre cualquier otro derecho reconocido por nuestra Constitución, dicho fundamento ha de ser desestimado. En efecto, cada derecho fundamental se encuentra sustentado en una línea de equidad, cuya protección constitucional regirá siempre que no se rebase los límites de su ejercicio. En otras palabras, si por ejemplo, se tiene una prueba cuya obtención u origen es ilícito, su incorporación al proceso no se puede justificar alegando la reconstrucción de la verdad histórica, pues la naturaleza ilícita de la misma, ha roto los límites de su protección constitucional y por tanto, no ha de tener validez para demostrar un suceso fáctico.

6.22. Una prueba será ilícita siempre y cuando se obtenga con violación a un derecho fundamental. Esta ilicitud la convierte en prohibida de cara al proceso, lo que en doctrina se ha denominado también, prueba prohibida. Esta prohibición justifica no solo su inadmisión, sino su exclusión. Este razonamiento también ha sido esbozado por el Tribunal Supremo Español en lo Penal<sup>9</sup>, quien se ha expresado de la siguiente manera: *"Que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria forma parte de las garantías del sistema constitucional. Más allá de su proclamación expresa en un enunciado normativo, su vigencia es nota definitoria del derecho a un proceso con todas las garantías. La exclusión de prueba ilícita del*

<sup>8</sup> Sentencia del TC recaído en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico 12.

<sup>9</sup> Recurso de Casación N° 1281/2016 de fecha 23 de febrero de 2017, segundo párrafo del fundamento jurídico tercero.

material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos. Y es que como proclama esta Sala mediante un bofardo de obligada cita cuando se aborda esta materia, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio (...)"'. En efecto, la verdad debe emanar de la prueba lícita obtenida sin infringir derecho fundamental alguno, pues es ésta la que va a servir como sustento para la condena justa, desterrando todo atisbo de duda que torne al proceso, la incorporación de caudal que no sea compatible con ella.

**6.23.** Así, en el caso que nos ocupa y frente a los agravios en este extremo sostenidos por la Parte Civil, debemos verificar si el caudal probatorio no admitido así como excluido, tienen su origen directo o indirecto en la vulneración de derecho fundamental alguno. Cabe acotar que la vinculación indirecta está referida a lo que en doctrina se denomina prueba derivada, esto es, a todo aquél medio de prueba cuyo nacimiento se da como consecuencia de la existencia de una prueba ilícita que la origina. El origen de la prueba puede tener visos de legalidad, sin embargo, ha de resultar inválida precisamente por la prueba ilícita que la antecede.

**6.24.** En tal sentido, este Supremo Tribunal debe precisar que el razonamiento efectuado por la Sala Superior en este extremo se encuentra dentro de los límites de lo correcto; pues su decisión de no admitir y de excluir el caudal probatorio descrito líneas arriba, se ha basado exclusivamente en que los audios que contienen las conversaciones efectuadas por Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, constituyen prueba prohibida por haber sido obtenidas con vulneración a derechos fundamentales, específicamente, con violación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones estipulado en el artículo 2º, numeral 10 de la Constitución Política del Estado, ello al haberse interceptado y grabado sus conversaciones realizadas a través de sus teléfonos.



6.25. Esta verdad material se encuentra probada con la sentencia recaída en el caso denominado "Business Track", en la que Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera resultan ser agraviados. Dicho proceso fue signado con el número 99-2009 (527-2009) y llevado por ante la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia. Órgano judicial que condenó a Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad - Violación del Secreto de las Comunicaciones - Interceptación Telefónica y otros en calidad de integrantes de una organización criminal; de manera tal que dichos audios resultan ser prueba ilícita y por tanto, prohibido todo aquél medio de prueba que emane de su existencia.

6.26. En tal sentido, de la verificación de los presentes actuados, es de advertirse que los medios de prueba no admitidos por el Superior Colegiado mediante resolución de fecha ocho de setiembre de dos mil quince, se originaron gracias a las medidas limitativas de derecho solicitadas por el Ministerio Público mediante requerimiento fiscal de fecha seis de octubre de dos mil ocho obrante a fojas ciento trece del Tomo I, así como del requerimiento fiscal de fecha trece de octubre del citado año, obrante a fojas mil treinta y cuatro del Tomo II. Ambos requerimientos tuvieron como base argumentativa, los audios de las conversaciones interceptadas a Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera. Para tal efecto, se transcriben los siguientes extractos:

"(...) Esta sociedad fue formada desde la Vice Presidencia de PeruPetro, a cargo del Dr. Alberto Quimper Herrera, tal como se puede apreciar del audio del 01 de febrero del año en curso, el mismo que sustrae la conversación sostenida [entre] León Alegría y el Sr. Fortunato Canada, representante de DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL (...)"

"En la denuncia se señala que el Dr. Quimper es el representante del Ministro de Energía y Minas - Juan Valdívía - en el Directorio de Perú Petro y según refiere León Alegría, este conocería de los ilegales arreglos que habría realizado Quimper para beneficiar a la empresa Noruega, tal como aparece en el audio de fecha trece de mayo del presente año que tiene la siguiente transcripción (...)"



"En la misma conversación también aparece que León Alegría informa que ya conversó con otros dos representantes de la Discover Petroleum International (DPI), Mario Días Lugo, a quien le ha dicho le está enviando los proyectos de ambos donde se establecerán los honorarios de ambos, asimismo se observa en el audio que se discute el monto que recibirán Quimper y Arias Schreiber y asegurar la entrega de lotes a la empresa minera (...) hecho que se verificó con la transcripción del audio."

**6.27.** Cabe acotar que estos extractos así como la transcripción de cierta parte de los audios interceptados, obran tanto en el requerimiento fiscal como en las resoluciones del Juez Especializado que tuvo a bien conceder las medidas limitativas de derechos solicitadas por el señor representante de la legalidad. En efecto, el señor Juez Penal mediante resoluciones de fecha seis y trece de octubre de dos mil ocho, cuyo conocimiento del Ministerio Público fueron realizados mediante oficios obrantes a fojas ciento diecinueve y mil ochenta y seis del Tomo I y II respectivamente, dispuso, entre otros: **a)** El allanamiento de la oficina setecientos tres, ubicada en la calle Bellavista número doscientos treinta y dos, Miraflores; la Incautación de CPUs y/o computadora del denunciado Rómulo León Alegría y de su secretaria Paola Copara; **b)** El allanamiento de la oficina del investigado Ernesto Arias Schreiber Game, ubicada en la calle los Sauces número trescientos ocho guión novecientos uno, San Isidro.

**6.28.** De estos allanamientos efectuados, se levantaron las actas no admitidas por la Sala Superior; así mismo, la Agenda signada con el N° 01 y el Cuaderno Anillado Cuadrulado de marca Andes que también no fueron admitidas, fueron halladas durante dichas diligencias. Distinto es el caso del Acta de Recepción de CPU de fojas setecientos cincuenta y cuatro del Tomo II, por la que la persona de Paola Copara Osorio, hizo entrega del CPU de Rómulo Augusto León Alegría y que la Parte Civil cuestiona su no admisión a proceso por el Tribunal sentenciador, alegando que resulta ser un acto voluntario y no tiene vinculación causal directa con los audios. Al respecto, es del caso precisar que dicha entrega se hizo con motivo de haber efectuado una versión distinta sobre la ubicación del CPU de referido León Alegría, en la



diligencia de allanamiento realizada en su domicilio. Así, en su declaración indagatoria de fojas setecientos setenta y seis del Tomo II, precisó: *"Debo indicar que si bien el día de ayer en la diligencia de allanamiento realizado en mi domicilio, declaré que desconocía dónde estaban los CPU, esa declaración lo hice por temor, al ver a varias personas, pero hoy hice entrega del CPU nuevo a la Fiscalía, el mismo que yo lo retiré de la oficina el día lunes seis (...)"*; de manera tal que la entrega del CPU no fue un acto total de voluntad, pues ello se debió a que sobre dicho bien pesaba una orden de incautación y las autoridades de ese momento trataban de ubicarlo; de ahí que no queda duda que el Acta de Entrega de CPU no admitida guarda relación causal con los audios.

**6.29.** De la misma forma, los Informes de la Contraloría General de la República excluidos conforme se tiene del fundamento veintidós de la Sentencia materia de impugnación, tienen como base los aludidos audios interceptados ilegalmente. Tampoco queda duda que los correos electrónicos que conforman el punto catorce del tercer bloque de documentos ofrecidos por el señor representante del Ministerio Público y que no llegaron a ser admitidas, tienen vínculo causal con los audios mencionados. De manera tal que al resultar ser prueba derivada, estos no pueden tener validez de cara al proceso, impidiéndose su valoración para la determinación de responsabilidad, por haber sido originada por un medio de prueba obtenido de manera ilegal, con violación a derechos fundamentales. Por tanto, este extremo de la impugnación, se encuentra arreglada a derecho.

**SOBRE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN SU VERTIENTE DE MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES, RESPECTO A LOS DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS, COHECHO PASIVO PROPIO Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

**6.30.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales resulta ser una garantía que tiene el justiciable frente a la posible arbitrariedad judicial; y, frente a ello, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos



que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Este derecho se encuentra expresamente contenido en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, norma suprema que obliga a los operadores de justicia, cualquiera sea su rango, motiven sus decisiones con arreglo a Ley.

**6.31.** El Tribunal Constitucional ha expresado que *"el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios."*<sup>10</sup>; y esta exigencia se justifica en que todo justiciable, como receptor directo de las decisiones emanadas del juicio del que fue parte, pueda recibir una respuesta razonada, ya sea a favor o en contra, del Juez que tuvo a cargo el proceso.

**6.32.** El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, es contraria a la arbitrariedad judicial, conducta que no resulta amparable en nuestro ordenamiento legal. De ahí que cuando se aprecie una resolución carente de argumento y basada en el mero capricho del juzgador, ello devenga en nula. La motivación de las resoluciones judiciales en tanto garantía constitucional, obliga a que la razón quede expresada en los considerandos que componen la resolución que da fin a la controversia. De ella ha de emanarse, con juicio crítico jurídico, las afirmaciones o negaciones de la existencia del hecho imputado, su modo de perpetración o la inocencia del encausado.

**6.33.** Así, en el caso que nos ocupa, la Parte Civil sostiene que se ha afectado el derecho al debido proceso en su vertiente de motivación de resoluciones judiciales en la evaluación de los delitos objeto de imputación. Al respecto, los

<sup>10</sup> Sentencia del TC recaído en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 06.

delitos materia de proceso resultan ser Tráfico de Influencias, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible. En las siguientes líneas, analizaremos si tal garantía constitucional se ha llegado a vulnerar; siguiendo la línea de agravios expuestos por la Parte Civil y el fundamento expuesto por el Colegiado Superior.

### TRÁFICO DE INFLUENCIAS

**6.34.** El delito de Tráfico de Influencias tipificado en el artículo 400° del Código Penal, sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases "recibir, hacer dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de [...]" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita<sup>11</sup>.

**6.35.** Dentro del componente típico de este tipo penal, se extraen diversas modalidades de comportamiento que pueden ser exigibles al sujeto activo. Así, uno de los comportamientos es el invocar influencias reales o simuladas, esto es, la conducta del infractor ha de reflejar una atribución para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado<sup>12</sup>. Otro de los comportamientos es el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que esté

<sup>11</sup> Sala Penal Permanente, Casación N° 374-2015 de fecha 13 de noviembre de 2015, fundamento jurídico Décimo Primero.

<sup>12</sup> Fidel Rojas Vargas. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Tercera Edición. Lima. Año 2002. Pág. 559-560.



conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; al respecto, la conducta del sujeto activo, va dirigido a denotar, teniendo como base la invocación de influencias, intermediar directamente ante el funcionario o servidor público que conoce su caso, conducta que también puede darse a través de tercera persona. No obstante, una tercera conducta es recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja. Al respecto, la presencia de estos verbos rectores complementarios cierra la tipicidad de la figura legal de Tráfico de Influencias. Ellos expresan que el pacto – entre el traficante que oferta sus reales o simuladas influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental – ha llegado a su fase ejecutiva final: es decir, el delito se ha consumado al haberse producido la entrega de donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja para que el traficante interceda por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados en la norma penal<sup>13</sup>.

**6.36.** En tal sentido, conforme se tiene de la acusación fiscal que corre a fojas treinta y un mil seiscientos tres del Tomo 61, subsanada a fojas treinta y tres mil sesenta y siete, se imputa a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como autor y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÁRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como instigador del delito de Tráfico de Influencias. Al respecto, la Sala Superior los llegó a absolver sobre la base siguiente: **a)** En cuanto a Rómulo Augusto León Alegría, se indicó que su accionar fue la de un gestor de intereses que se vio respaldado con los contratos que celebró con Rafael Fortunato Canaán Fernández y luego con el Presidente de la empresa Noruega Discover Petroleum International, contratos cuya existencia es sostenida por el propio representante del Ministerio Público; no obstante se indica que la actuación del citado León Alegría se efectuó dentro del contexto comercial e industrial de la referida empresa, realizando una serie de actividades de carácter administrativo, que incluso, el propio Fiscal en su

<sup>13</sup> Fidel Rojas Vargas. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Tercera Edición. Lima. Año 2002. Pág. 566.



acusación oral así lo entiende; por otro lado, si bien se tiene que Rómulo León Alegría actuó como representante de Discover Petroleum International sin tener tal condición; sin embargo el propio Fiscal al sostener la imputación por el delito de Negociación Incompatible contra César Felipe Gutiérrez Peña, tiene por admitido que el citado León Alegría representaba a la empresa antes mencionada; por otro lado, se precisa que el Ministerio Público no ha logrado establecer probatoriamente que las gestiones efectuadas por el encausado a favor de la empresa Discover Petroleum International ante las empresas Perú Petro S.A. y Petro Perú S.A., a efectos de que la misma realice actividad de exploración de petróleo en nuestro país, excedan el rol de gestor de intereses o negocios que desempeñaba a favor de la empresa noruega, conforme al contrato verbal celebrado con Rafael Fortunato Canaan Fernández y luego en virtud al contrato de prestación de servicios celebrado con el Presidente de la mencionada empresa; recibiendo incluso una contraprestación por dichos servicios; no obstante, se indica que el ámbito en que se desarrolló la actividad imputada al encausado Rómulo Augusto León Alegría a favor de los intereses de la empresa Noruega Discover Petroleum International, no es equiparable a un proceso judicial o administrativo (entiéndase justicia administrativa), como exige el tipo penal; **b)** En cuanto a Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, se argumenta básicamente que debe desestimarse ante la atipicidad de los cargos dirigidos contra el imputado de autoría, al establecerse la licitud de la actividad de gerencia de intereses realizada por éste a favor de la empresa Discover Petroleum International que representaba.

**6.37.** Frente a tales argumentos, la Parte Civil, de modo general, en su recurso impugnatorio ha indicado que no se han llegado a valorar una serie de elementos de prueba; omisión que en el presente delito y los demás imputados, ha llegado a que el Colegiado sostenga que las actuaciones de Rómulo Augusto León Alegría, fueron legítimas y enmarcadas dentro de los alcances de la Ley número 28024 (Ley de gestión de intereses en la



Administración Pública); no habiéndose sostenido esta afirmación si se hubiera evaluado que el acusado León Alegría nunca tuvo un contrato con Fortunato Canaán Fernández y Mario Díaz Lugo, y que al impulsarse gestiones a fin de obtener información de lotes de hidrocarburos e intereses por lotes de CET, desde diciembre de dos mil siete, febrero a abril de dos mil ocho, no existía un representante y/o socio y/o accionista de la empresa Discover Petroleum AS, como tampoco lo fue Arias Schreiber y Jostein Kare Kjerstad, pues ninguno de ellos tuvo representación de dicha empresa, al menos nunca lo acreditaron ante Petroperú ni Perupetro.

**6.38.** Frente a las posiciones antes citadas, y siempre en el contexto de la evaluación de la debida motivación como garantía constitucional afectada conforme a la parte impugnante; este Supremo Tribunal debe partir su análisis por señalar si el proceso de selección número PERUPETRO-CONT-001-2008 resulta ser un caso administrativo o no y si el razonamiento expresado por la Sala Superior frente a esta situación resulta ser acorde a ley. Y esto, en la medida que el tipo penal de Tráfico de Influencias exige que el ámbito jurídico en el que el sujeto activo va a interceder ante un funcionario o servidor público, sea en un caso judicial o administrativo. De manera tal que si el citado proceso de selección no resulta estar bajo los alcances de un proceso administrativo o judicial, resulta en vano analizar si la conducta de los imputados resulta ser típica.

**6.39.** En tal virtud, cuando el tipo penal señala, en cuanto al sujeto activo se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo, delimita el ámbito en el que se ha de desenvolver el actor de la infracción penal, pues es éste quien ha de interceder ante el funcionario que tenga bajo su competencia el caso de su interés. Así, por caso judicial ha de entenderse todo proceso llevado ante un órgano jurisdiccional cualquiera sea su instancia, en la que se ha de otorgar tutela jurisdiccional a quien lo solicite. De la misma forma, cuando la norma indica "caso administrativo", se

refiere a un procedimiento administrativo en la que ha de existir pronunciamiento respecto a la controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal; de ahí que el objeto de tutela penal sea preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa. Cabe acotar que los funcionarios o servidores públicos ligados competencialmente a tales procedimientos son los que recibirán la acción del traficante de influencias; por lo que si no se está ante un procedimiento de tales características, la conducta resultará atípica.

**6.40.** En efecto, la doctrina señala en cuanto a este punto que "El funcionario o servidor público sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial (en sentido lato, para incluir incluso a los casos del fuero militar) o administrativo. Quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no referido sólo a jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos."<sup>14</sup>; por lo que teniéndose en cuenta que en el caso de autos, el imputado Rómulo Augusto León Alegría habría desempeñado su actividad a favor de los intereses de la empresa Noruega Discover Petroleum International, en torno al proceso de selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, cuyo objeto era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos; se desprende con meridiana claridad que ello no es equiparable, en modo alguno, a un proceso judicial o administrativo.

**6.41.** Si bien, la Parte Civil alega que el hecho de que dicho proceso de selección no se trate de un procedimiento administrativo sancionador, no quiere decir que el incumplimiento de los ofrecimientos de los términos del contrato, no pueda generar un procedimiento de tales características. Al

<sup>14</sup> Fidel Rojas Vargas. Delitos Contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Tercera Edición. Lima. Año 2002. Pág. 564.



respecto, este agravio no tiene asidero porque lo que el tipo penal exige es que la intervención del traficante de influencias recaiga sobre el funcionario o servidor público que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o un procedimiento administrativo; no da la posibilidad de que ésta aún no se desarrolle ni mucho menos concorra la potencialidad de su existencia. En tal sentido, al verificarse la carencia de un elemento típico que el supuesto de hecho exige en el delito de Tráfico de Influencias, los hechos imputados por el representante del Ministerio Público a los encausados resultan ser atípicos, por lo que en este extremo, la Sala Superior ha efectuado una correcta motivación de su decisión.

#### **COHECHO PASIVO PROPIO**

**6.42.** El delito de Cohecho Pasivo Propio se encuentra tipificado en el artículo 393° del Código Penal, el cual sanciona al funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas. Este ilícito penal se configura cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe un donativo o promesa, para sí o para tercero a fin de cumplir u omitir un acto de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación y el acto que se espera ser ejecutado u omitido, por el funcionario público, el mismo que se encuentre dentro de su competencia funcional.

**6.43.** Para poder imputar el delito de cohecho pasivo propio, debe acreditarse cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal. En ese sentido, debe probarse en primer orden que el sujeto activo es un funcionario o servidor público, que este haya solicitado, directa o indirectamente un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, que tendría como consecuencia, la realización u omisión de un acto propio de sus funciones. Así, todas las hipótesis deberán estar vinculadas a actos, en general, inherentes a la función o servicio del sujeto activo, pues de tratarse de prestaciones que no ingresan al ámbito de competencia del funcionario o servidor el supuesto de



hecho imputado dejará de ser delito de cohecho pasivo propio para configurar otros ilícitos penales tales como tráfico de influencias, estafa o participación en cohecho<sup>15</sup>.

6.44. Los imputados en este tipo penal son **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** a título de instigador y **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** a título de cómplice primario. Dichas personas fueron absueltas básicamente por una deficiencia en los cargos formulados en su contra, los mismos que no calzaban en el supuesto de hecho que la norma penal exige. Así, se indica que se ha omitido precisar el acto u omisión que en quebrantamiento de los deberes funcionales del autor, constituyen la finalidad específica de la aceptación o recepción del donativo, promesa o ventaja. No obstante, también se indica que al ser una de las conductas a título de instigación, en la formulación de cargos no se ha precisado la forma o medios utilizados por el inductor para determinar la decisión criminal del autor. Así mismo se indica que la imputación hecha a **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** se sustenta únicamente en el hecho de supuestamente haber aceptado las exigencias de Alberto Quimper Herrera, al disponer que se le pague por sus "servicios", la suma de cinco mil dólares americanos, monto cuya entrega se simulaba con el pago de los honorarios; imputación en la que no aparece con claridad el dolo en la conducta que se le atribuye. Finalmente se precisa que al haberse extinguido por prescripción la acción penal incoada contra el autor – Alberto Quimper Herrera – nos encontraríamos ante la imposibilidad de establecer la autoría del delito, y por ende también de la participación.

6.45. En este extremo, la Parte Civil sostiene que la sentencia no niega que Quimper Herrera recibió dinero como "honorarios" para la realización de la "asesoría" conjunta con Arias Schreiber a favor de la empresa Discover Petroleum International; no obstante, en la requisitoria oral no sólo se detalla la intervención de Quimper Herrera en los actos de interés de los encausados,

<sup>15</sup> Muñoz Conde. Derecho Penal, Parte Especial, Pág. 864.



sino también los cobros de dinero que aquél realizaba por medio de Ernesto Arias Schreiber, sea para que le reembolsen sus gastos como para sus "honorarios", constando fechas, modos, tiempo y circunstancias en que ello aconteció. No obstante, no se ha valorado el hecho de que fue León Alegría quien buscó a Quimper Herrera, y que fueron ambos los que propusieron a Jostein Kjerstad que la representación legal recaiga sobre Arias Schreiber.

**6.46.** Siendo esto así, cabe precisar que el desarrollo de la acción probatoria gira en torno al marco de imputación fijado por el Ministerio Público; pues, dicho ente, es el único facultado constitucionalmente para ejercer la acción penal frente al órgano jurisdiccional. En tal sentido, la motivación expuesta por la Sala Superior reside en la ausencia de una imputación precisa respecto al autor; esto es, la forma cómo Alberto Quimper Herrera quebrantó sus deberes funcionales aceptando o solicitando donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido a favor de la empresa Discover Petroleum International. Así, de una lectura del marco de imputación, se aprecia que efectivamente, esta resulta ser genérica y no precisa, indicándose que Quimper Herrera en su calidad de funcionario público, Director de Perupetro, habría solicitado por intermedio de León Alegría un donativo para realizar actos en violación de sus obligaciones, la suma de cinco mil dólares mensuales por sus servicios de "asesoría".

**6.47.** Al respecto, se aprecia que la construcción del hecho fáctico postulado por el representante de la legalidad, no incide en describir cuál es el acto que en violación de sus obligaciones Quimper Herrera iba a realizar, pues conforme al tipo penal imputado, la ilicitud que se sanciona, nace por el quebrantamiento de los mandatos que nacen del cargo, puesto, función u otro análogo mediando previamente como agente corruptor, un donativo, promesa o ventaja económica; de ahí que se exija mínimamente, se indique en qué consistía aquella violación de las obligaciones del funcionario o servidor público.



6.48. Cabe precisar que sólo se indicó que Quimper Herrera habría solicitado cinco mil dólares americanos por sus servicios de "asesoría", siendo tal imputación ambigua y gaseosa, no conteniendo un hecho fáctico preciso que sirva de probanza, pues tampoco se ha incidido en si la "asesoría" formaba parte de una violación a sus actos funcionales. Así las cosas; y, no habiéndose delineado correctamente la acción típica del autor de los hechos, resulta dificultosa establecer la participación del instigador y del cómplice primario, tanto más si en las imputaciones efectuadas a estos, tampoco se describe concretamente la contribución efectuada al autor para la ejecución del acto ilícito conforme a los parámetros de la exigencia típica del tipo penal.

6.49. En efecto, en el caso de Rómulo Augusto León Alegría en tanto instigador, no se ha precisado en el marco de imputación, de qué medios se valió para influir en Quimper Herrera y este decida así, realizar un delito doloso concreto. En cuanto a Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad solo se le imputa el haber aceptado las exigencias de Alberto Quimper Herrera al disponer se le pague por sus "servicios" la suma de cinco mil dólares americanos. Así, el término "servicios" está vinculado a la supuesta "asesoría" brindada por Quimper Herrera, pues en ella habría residido el pago; sin embargo, conforme lo hemos señalado líneas arriba, no importa una forma clara de imputación, pues no se ha precisado en qué consistió el acto en violación de sus obligaciones; de manera tal que conforme se aprecia de los considerandos en este extremo de la sentencia absolutoria, resulta válido el razonamiento efectuado por la Sala Superior, habiendo motivado suficientemente lo decidido.

#### NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

6.50. El delito de Negociación Incompatible, tipificado en el artículo 399° del Código Penal, sanciona al 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. Es una modalidad de corrupción, por lo mismo, la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa.

**6.51.** Este tipo penal, exige: **a) *Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional***, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: **I)** es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **II)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) *Indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero***, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **Indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) *el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación***, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) *requiere el dolo directo***, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

**6.52.** En el presente caso, se imputa a **LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARAN, LILIANA TAMY CALLIRGOS RUIZ, ELMER TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLES, WINSTON WUSEN SAM,**



JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO como autores; y, a DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA, CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA, MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA, RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA y JOSTEIN KAR KJERSTAD o JOSTEIN KARE KJERSTAD o JOSTEIN KÅRE KJERSTAD o JOSTEIN KAARE KJERSTAD como cómplices primarios del delito de Negociación Incompatible. Respecto a los agravios expuestos por la Parte Civil en este extremo, indica que la Sala Superior no ha llegado a valorar una serie de medios probatorios ofrecidos y admitidos, todos concatenados al hecho sustancial, ello con el fin de evidenciar la responsabilidad penal de los encausados. Su valoración – precisa – hubiese significado que la empresa que había sido calificada el veinticinco de julio de dos mil ocho, no tenía documentación exigida para participar, ni menos para adjudicarse lotes en el proceso de selección. Así, cada uno de los acusados realizó una serie de actividades que posibilitó o hizo posible el ingreso de la firma noruega al Perú en asuntos de hidrocarburos.

**6.53.** Cabe precisar que conforme se aprecia de la sentencia absolutoria materia de impugnación, en el extremo de la evaluación probatoria de los cargos por delito de Negociación Incompatible, el Superior Colegiado desarrollando los siete hechos materia de imputación por parte del Ministerio Público a Lucio Francisco Carrillo Barandiaran, Liliana Tamy Callrigos Ruiz, Elmer Tomás Martínez Gonzáles, Winston Wusen Sam, José Luis Sebastián Calvo, como miembros de la Comisión de Trabajo del Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008; ha realizado una debida motivación, disgregando cada punto razonablemente. No obstante, en cuanto a los cómplices primarios Daniel Antonio Saba de Andrea, César Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo Augusto León Alegría y Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, la Sala Superior llegó a la conclusión de que los cargos resultan absolutamente deficientes, no calificando como aportes, los hechos atribuidos a los autores. Sin embargo, este Supremo Tribunal debe indicar, antes de responder los agravios expuestos por la Parte Civil, que ha de partir su análisis de la vulneración a la debida motivación de las resoluciones judiciales en este



extremo, en establecer si los hechos imputados se han dado en un contrato o una operación estatal; pues es el ámbito en donde el funcionario o servidor público interviene por razón de su cargo conforme lo exige el tipo penal; siendo éste un componente típico objetivo.

**6.54.** En tal sentido, debemos precisar que el presente caso se circunscribe al Proceso de Selección número PERUPETRO-CONT-001-2008, en la que los imputados como autores, formaban parte de la Comisión de Trabajo del citado Proceso. Al respecto, la primera fase culminaba con el otorgamiento de la buena pro, sin embargo, luego de ello, venía una etapa post proceso para la firma del contrato, tal conforme así lo establecía el Decreto Supremo número 045-2008-EM (Reglamento del artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos). En este dispositivo legal, se establecían los lineamientos para el procedimiento de la aprobación de los contratos para la exploración y/o explotación de hidrocarburos u otras modalidades, que incluso, era sometido a consideración del Presidente de la República. De manera tal que el ámbito en el que se desenvolvía la Comisión de Trabajo no era propiamente en la suscripción del contrato, el cual tenía su propio procedimiento, iniciándose una vez que las solicitudes presentadas por el Directorio de PERUPETRO S.A. cumplían con todos los requisitos mencionados en el artículo 2° del citado Decreto Supremo; sino, dentro del proceso de selección, no teniendo facultad de decisión respecto a la suscripción, cuestión que era de competencia de las autoridades indicadas en el mencionado cuerpo legal.

**6.55.** No obstante, por operación, debemos entender que estos resultan ser actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, como por ejemplo embargos de bienes, expropiaciones, incautaciones u otro similar. Al respecto, queda claro que el Proceso de Selección en el que los presuntos autores se desarrollaron, no califica como operación, en tanto el Estado no actúa de manera unilateral en dicho proceso, pues un Proceso de Selección imparte la participación de más



de un postor, culminando con un acto bilateral (suscripción de un contrato). Consecuentemente, se aprecia que los hechos imputados no configuran el delito de Negociación Incompatible, pues resulta atípica la conducta de los encausados; situación que se extiende válidamente a los partícipes.

**6.56.** Cabe acotar que el tipo penal es claro al exigir que el interés mostrado por el funcionario o servidor público, sea en el ámbito de un contrato u operación, de ahí que resulte atípica toda conducta que no se despliegue bajo ese cauce. En el caso que nos ocupa, si bien todo Proceso de Selección forma parte conformante del proceso de contratación pública; sin embargo, este es un caso especial, toda vez que el proceso de aprobación de suscripción de contrato, se rige por el Decreto Supremo número 045-2008-EM (Reglamento del artículo 11° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica de Hidrocarburos), sujetándose a su propio procedimiento; es decir, el hecho de otorgársele la buena pro a una empresa para la exploración de hidrocarburos no importaba la suscripción del contrato automáticamente; por el contrario, este contaba con su propia etapa, momento en el que, a criterio de este Supremo Tribunal, ha de recaer la conducta del sujeto activo que el tipo penal de Negociación Incompatible sanciona. Por tanto, al haberse evidenciado la atipicidad del presente caso, resulta inoficioso evaluar los agravios de la Parte Civil en este extremo, tanto más si de la fundamentación, no se aprecia agravio alguno respecto al punto desarrollado precedentemente; consecuentemente, habiendo llegado a la misma conclusión el Tribunal Superior, es de afirmar que la decisión ha sido correctamente motivada, razón por la cual, la sentencia venida en grado, se encuentra arreglada a derecho.

**6.57.** Ahora bien, el literal "e" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, reconoce la garantía fundamental de la presunción de inocencia, según la cual, sólo puede emitirse una sentencia condenatoria cuando el despliegue de una actividad probatoria suficiente y eficiente genere en el Juzgador certeza plena de la responsabilidad penal del



procesado; en esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido del derecho a la presunción de inocencia comprende "que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar tal presunción"<sup>16</sup>; por lo que la sentencia absolutoria recurrida se encuentra conforme a derecho.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

**I) NO HABER NULIDAD** en la resolución de fecha treinta de octubre de dos mil catorce obrante a fojas cuarenta y un mil setecientos veintidós del Tomo 76, que declara **FUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** deducida por la defensa del encausado **ALBERTO QUIMPER HERRERA**, en el proceso seguido en su contra por los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS, PATROCINIO ILEGAL, COHECHO PASIVO PROPIO Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado.

**II) NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuarenta y cinco mil seiscientos veinticinco, de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falla absolviendo a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como autor y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÅRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como instigador, de la acusación fiscal en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS**, en agravio del Estado; a **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** como instigador y **JOSTEIN**

<sup>16</sup> Véanse por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en el Exp. N° 10107-2005-HC/TC del 18.01.2006, fundamento jurídico N° 5; y en el Exp. N° 618-2005-HC/TC de fecha 08.03.2005, fundamento jurídico N° 22.



**KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÁRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como cómplice primario [y no como erróneamente se ha consignado en la sentencia absolutoria a título de autor], de la acusación fiscal en su contra por delito de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, en agravio del Estado; a **LUCIO FRANCISCO CARRILLO BARANDIARAN**, **LILIANA TAMY CALLIGOS RUIZ**, **ELMER TOMÁS MARTÍNEZ GONZÁLES**, **WINSTON WUSEN SAM**, **JOSÉ LUIS SEBASTIÁN CALVO** como autores; y, a **DANIEL ANTONIO SABA DE ANDREA**, **CÉSAR FELIPE GUTIÉRREZ PEÑA**, **MIGUEL HERNÁN CELI RIVERA**, **RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA** y **JOSTEIN KAR KJERSTAD** o **JOSTEIN KARE KJERSTAD** o **JOSTEIN KÁRE KJERSTAD** o **JOSTEIN KAARE KJERSTAD** como cómplices primarios de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, en agravio del Estado. Interviene el señor Juez Supremo Cevallos Vegas y la señora Jueza Suprema Chávez Mella por impedimento de los señores Jueces Supremos Neyra Flores y Sequeiros Vargas respectivamente; y los devolvieron.-

SS.

PARIONA PASTRANA

CALDERÓN CASTILLO

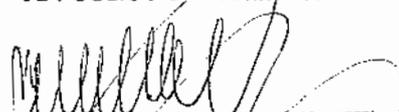
FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

FN/utc/ekra

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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