

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA CASACION N° 628-2015 LIMA

Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria

Sumilla. 1. La motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. 2. El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. 3. El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

-SENTENCIA DE CASACION-

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que tanto la Jueza del Tercer Juzgado Penal Especializado de Lima cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Lima declararon probado que el encausado Aparicio Nosselli cometió el delito de negociación incompatible y,

Handwritten signatures and initials on the left margin.

Handwritten signature at the bottom right.

J



como tal, le impusieron la pena y reparación indicadas en el introito de esta Ejecutoria.

Cabe destacar que se condenó igualmente por el referido delito a Raúl Emilio Del Solar Portal como autor y a Luis Felipe Izaguirre Uribe como cómplice primario. De otro lado, se absolvió cuatro funcionarios de Banmant del cargo de autoría del aludido delito y a dos extraneus del cargo de complicidad primaria.

SEGUNDO. Que los hechos declarados probados, en segunda instancia –que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo–, son los siguientes:

- A. El diecisiete de enero de dos mil cinco el encausado Aparicio Nosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guión cero cinco guión GG guión BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.
- B. Tres días después, el veinte de enero de dos mil cinco, el sentenciado Del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el Memorando número ciento dos guión cero cinco guión GIC, con el visto bueno del Jefe del Departamento de Riesgos del Banco de Materiales –en adelante Banmat– dirigido al encausado recurrente Aparicio Nosselli, que tenía como asunto “Modificaciones al Procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario”.
- C. El veintidós de enero de dos mil cinco el Jefe del Departamento de Evaluación de Proyectos Sandro Rivero Gonzáles emitió el Informe número cuarenta y dos guión cero cinco guión GT guión DEP, dirigido al Gerente Técnico Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El mencionado informe, a su vez, generó el Informe número cero nueve cuatro guión cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.
- D. Todo lo realizado dio lugar a que el cuatro de abril de dos mil cinco se apruebe el Procedimiento “Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario” con Código P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El encausado Aparicio Mosselli aprobó dicho Procedimiento.
- E. En el nuevo Procedimiento se introdujo el requisito de suscribir un contrato preparatorio para vincular la futura venta del terreno. Se trató de

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature



un aspecto nuevo, introducido en la Revisión cero dos, que lo hacía diferente al anterior, Revisión cero uno.

- F.** De otro lado, el acusado Aparicio Mosselli dispuso que el Jefe de Imagen Luis Sigler Flores proporcione al Consorcio Los Álamos el logo de Banmat para sus impresos de promoción. Ello ocurrió en marzo de dos mil cinco.
- G.** El veintiocho de junio de dos mil cinco, mediante Memorando número cinco nueve dos guión cero cinco guión GICk, Roberto Mc Farlane Vidal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General, convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio Los Álamos, en relación al referido Proyecto. En esa fecha, a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guión cero cinco, se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado Proyecto, en la modalidad de promotor inmobiliario, hasta por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno en cuestión eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas Contratistas La Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas –integrantes del Consorcio Los Álamos– con fecha uno de marzo de dos mil cinco formalizaron un acuerdo preparatorio de venta del terreno, en el que se estipula que Banmat financiara esa adquisición.
- H.** Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor de Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado Proyecto en la Mesa de Partes de Banmat el día trece de mayo de dos mil cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).
- I.** El interés en la contratación privada de compromiso de compra-venta de terreno celebrada por el Consorcio respecto del terreno en donde se ejecutó el Proyecto y el financiamiento para la compra del mismo por el Banmat, se acreditó con los aportes fácticos y valorativos citados en la prueba documental y testimonial actuadas en primera y en segunda instancia.

TERCERO. Que contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe.

J



Si bien el Tribunal Superior concedió el recurso de casación de dos de los imputados, como aparece de la resolución de fojas seiscientos treinta y seis, de tres de agosto de dos mil quince, este Tribunal Supremo, en la estación procesal correspondiente, con arreglo al artículo 430° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal, solo aceptó el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli, según el auto de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince –del cuadernillo de casación–.

CUARTO. Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por el auto supremo de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (artículo 429° apartado 4 del Nuevo Código Procesal Penal), al no seguirse los presupuestos para el uso de la prueba indiciaria: hecho base probado, pluralidad de indicios, concomitancia al hecho indicado, interrelación indiciaria e inferencia razonable –respecto de lo cual existe una sentencia vinculante: 1 guión dos mil seis diagonal ESV guión veintidós, de trece de octubre de dos mil seis–.
- B. Denuncia al respecto que en la sentencia de vista se contabilizó dos veces un mismo hecho probado: autorización para el uso del logo de Banmat por Consorcio Los Álamos; y, se reputa que el cambio del Procedimiento que sustentó la aprobación del Proyecto presentado por el Consorcio Los Álamos, fue dispuesta para favorecerlo, denotando con ello un interés indebido en su aprobación y ejecución –el interés se concretó desde antes de la aprobación del aludido proyecto en la negociación con la empresa interesada, dato que se obtuvo de un correo electrónico que se encontraba en el archivo de la secretaria del imputado recurrente–.
- C. La doctrina jurisprudencial que se pretende es que se concreten las reglas metodológicas de la prueba indiciaria, pues en el *sub-lite* medió una falta de justificación en la elección de la premisa menor –no se superó la exigencia del hecho a probar en el uso de ciertos indicios de intervención delictiva–.

Handwritten signature

Handwritten signature

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior, se profirió el decreto de fojas doscientos setenta y uno, de ocho de abril de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintiocho de abril último.

Handwritten signature



SEXTO. Que realizada la audiencia de casación con la intervención del abogado defensor del acusado, el señor Fiscal Adjunto Supremo y el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Procedida, tras la deliberación, a la votación respectiva, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y *quantum* de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho. No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo", previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones 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...*". Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional)–. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero –no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario–. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en



J

favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo -se trata de un interés económico- [FONTÁN BALESTRA, CARLOS: Tratado de Derecho Penal. Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: Delitos contra la Administración Pública, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaria -no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél-. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico -los denominados "hechos indicadores, hechos-base o indicios"-, que a partir de una inferencia -sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica- se arribó al "hecho indicado o hecho consecuencia", constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

EM

CUARTO. Que en clave de motivación debe recordarse:

- A. Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio -de primera instancia y de apelación, con los límites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación-, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139° inciso 5 de la Constitución.
- B. Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados -siempre en relación con el delito atribuido-.
- C. La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión

Handwritten scribbles and lines

Handwritten signature

287



del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear –deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar–. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables –entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo–. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal –tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)–.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos –datos objetivos fiables–, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como “prueba en contrario” y “contraprueba”. En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba



penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXO. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en el Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Banmat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto "Los Álamos" usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financista, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil cinco, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Banmat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) –el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos, de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía–. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno –el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat–.

SÉPTIMO. Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: **1.** La autorización para figurar el logo de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. **2.** El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas. **3.** La citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.