

Casación Número 841-2015

Décimo segundo: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se-presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que -de todos los procesos exonerados- sólo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21 ° de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017).

Décimo tercero: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control ex post de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128° del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 184- 008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

"Artículo 128. - Situación de Emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la

obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan a computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

Décimo cuarto: El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Sólo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio del legislador, sino que depende de su existencia -directa o derivada- e una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

Décimo quinto: La contratación estatal, requiere específicamente que sea a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76° que:

"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoria mente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. "

Décimo sexto: Conforme a l mandato constitucional antes señalado, la Ley excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas norma es el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del

proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede -posteriormente- regularizarse.

Décimo sétimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, y a que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y objeto de protección, en el cual se favorece este último.

Décimo octavo: La regularización tiene efectos en el ámbito del Derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, ésta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

Décimo noveno: Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Sólo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato.

Vigésimo: En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

Vigésimo primero: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en situación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca -por sí solo- de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

Vigésimo segundo: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA.

Vigésimo tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado -adicionalmente- un elemento externo al proceso de contratación.

...

VI . LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Trigésimo cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

Trigésimo quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

Trigésimo sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para

tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

Trigésimo sétimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

