Sumilla: Cohecho Pasivo Impropio

El delito de cohecho pasivo impropio […] es un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado […] consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar al "acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se haya vinculado por un acto de oficio", no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; (…) "el comportamiento activo de solicitar, el delito se consuma con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o ventaja", por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa.

Lima, dos de noviembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Juan Bautista Vela Soto y Arturo Loayza Vásquez contra la sentencia de 21 de setiembre de 2015, de fojas 697, expedida por la Segunda Sala Especializada Penal Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que los condenó como autores del delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios- en la modalidad de cohecho pasivo impropio, en agravio de Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución queda suspendida por un periodo de prueba de tres años bajo cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación de la función o cargo que vienen ejerciendo por igual tiempo de la principal de conformidad con el artículo 39 del Código Penal; y, fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar cada uno de los sentenciados a favor del Estado.

Con lo expuesto en el Dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO

- **HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.**

PRIMERO: De la acusación fiscal – fojas 321- se atribuye a Juan Bautista Vela Soto y Arturo Loayza Vásquez, miembros de la Policía Nacional del Perú, haber solicitado dinero para realizar un acto propio de su función como servidores públicos. Los hechos datan de 23 de noviembre de 2007, a las 7:30 horas aproximadamente, en inmediaciones de las calles Antonio Puga y Pascual Saco – Urbanización El Retablo-Comas, se perpetró el robo del vehículo de Víctor Hugo De La Cruz Díaz, quien concurrió a la comisaría de Santa Luzmila y a la DIPROVE LIMA a interponer su denuncia. Cuando dicho agraviado concurrió, conjuntamente con su hermana Ana María De La Cruz Díaz, a las oficinas de la SEPROVE NORTE conferenciaron con el acusado Juan Bautista Vela Soto a quien le informaron lo sucedido con su auto y respecto a las llamadas telefónicas que recibían solicitándoles dinero para la recuperar dicho vehículo; el acotado procesado los llevó hacia el acusado Arturo Loayza Vásquez y ambos le solicitaron el monto de $ 300.00 dólares americanos a efectos de recobrar el vehículo robado. La entrega del monto solicitado se hizo efectiva en la intersección de las avenidas Túpac Amaru y Belaunde – Comas, en el interior del auto Station Wagon Nissan de placa de rodaje N.° TGC-875 de propiedad de Arturo Loayza Vásquez.

- **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.**

SEGUNDO: La sentencia recurrida señala que está acreditado que el día de los hechos ambos procesados tenían la condición de efectivos policiales en actividad y en el ejercicio de sus funciones, y de manera concertada solicitaron un monto dinerario a la persona de Ana María De La Cruz Díaz a efectos de recuperar su automóvil que había sido robado. Argumenta que se advierte, de la conducta de los procesados: así como, del análisis de los medios probatorios que fluyen en autos, que se corroboran los presupuestos establecidos para la configuración del delito materia de juzgamiento y la responsabilidad penal de los encausados.

- **EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS DE LOS IMPUGNANTES.**

TERCERO: La defensa técnica del acusado Juan Bautista Vela Soto fundamenta su recurso de nulidad a fojas 736, en el cual sostiene: **i)** Se ha emitido una sentencia arbitraria porque se ha realizado una valoración de pruebas irrazonable ya que no se tomó en cuenta las pruebas de descargo; **ii)** La conducta de Vela Soto no se subsume en el tipo penal imputado [cohecho pasivo impropio] pues no solicitó ni aceptó suma de dinero alguna; **iii)** No converge medio probatorio alguno que acredite que el procesado solicitó o recibió algún monto dinerario; **iv)** El acta de transcripción de audios presentados por la testigo Ana María De La Cruz Díaz no se realizó en el presente proceso penal, sino en el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra los encausados, lo cual vulnera la legalidad de la actividad probatoria; **v)** Los dispositivos electrónicos que contienen los audios que acreditan el hecho ilícito no tienen formato de cadenas de custodia y vigilancia.

CUARTO: El abogado defensor del acusado Arturo Loayza Vásquez, fundamento su recurso impugnatorio a fojas 746, y señala: **i)** El representante del Ministerio Público no determinó qué atribución específica ha infringido el acusado, indica que no está en el ámbito de la infracción de deberes pues no tenía la función que se le acusa haber infringido; **ii)** Su patrocinado Loayza Vásquez trabajaba en la unidad de servicios especiales de 28 de julio; es decir, no tuvo a su cargo la investigación del vehículo robado, razón por la cual su conducta no puede subsumirse en el tipo penal de cohecho pasivo impropio; **iii)** Existe afectación al derecho a la valoración racional de la prueba, pues la denunciante miente; toda vez que, no se ha tomado en cuenta el acta de transacción extrajudicial firmado por Ana María De La Cruz Díaz, en la cual da cuenta que la denuncia interpuesta fue por un mal entendido. De igual modo la constancia de no denuncia contra Arturo Loayza en la cual señala que el documento notarial fue suscrito bajo coacción; **iv)** No se ha valorado la declaración jurada de Jhony Cano Maldonado, en la cual indica que la denunciante le dio el dinero a él; sin embargo, no pudo encontrar el automóvil.

- **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.**

QUINTO: Para imponer una sentencia condenatoria resulta inevitable contar por un lado con la acreditación de la materialidad del delito incriminado y por otro lado, con la certeza de la responsabilidad penal de los encausados, y esta sólo puede generarse a partir de una actuación probatoria capaz que permita crear tal convicción de culpabilidad, ya que sin ésta devendría en imposible revertir la inicial condición de inocencia que ostenta todo procesado; así pues, se requiere una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, prevista en el literal "e" del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, debiendo ser realizada con debidas garantías procesales.

-Del delito de cohecho pasivo impropio.-

SEXTO: El delito materia de acusación por parte del Fiscal Superior se encuentra previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 394 del Código Penal [Cohecho pasivo impropio], artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004, tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos, cuyo texto es el siguiente: "*El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal*".

SÉPTIMO: Cabe precisar, que este Supremo Tribunal a efectos de resolver el caso bajo análisis tendrá en cuenta lo establecido en reiterada jurisprudencia por esta Instancia Suprema, a decir: "*El delito de cohecho pasivo impropio […] es un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado […] consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar al "acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o*

servidor a alguien indeterminado con quien se haya vinculado por un acto de oficio", no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; (…) "el comportamiento activo de solicitar, el delito se consuma con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o ventaja", por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa"[1]. Así las cosas, no resulta obligatorio que el funcionario o servidor infrinja sus funciones, todo lo contrario, cumple las mismas pero con un estímulo pecuniario u de otra índole; como señala ROJAS VARGAS "*no se trata aquí que el funcionario viole sus obligaciones, incumpla con los deberes reglados que la norma le impone, sino que precisamente los cumpla bajo un contexto de incentivos patrimoniales*"[2].

-De la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los acusados.-

OCTAVO: De la revisión exhaustiva de los actuados se advierte que los elementos probatorios recabados durante la etapa preliminar e instrucción y valorados en el juicio oral, lograron establecer la responsabilidad penal de los acusados Arturo Loayza Vásquez y Juan Bautista Vela Soto en el delito materia de juzgamiento; en tanto, existe la incriminación de los ciudadanos Ana María De La Cruz Díaz y Víctor Hugo De La Cruz Díaz –ver manifestaciones policiales de fojas 11 y 14, respectivamente-, ratificadas en su totalidad en su declaraciones indagatorias –véase fojas 117 y 120, respectivamente-, en las cuales los mencionados sindicaron de manera coherente a los acusados como los efectivos policiales quienes le solicitaron la suma de trescientos dólares para recuperar su auto robado. Fluye de la declaración de Ana María De La Cruz Díaz: "*(…) regresé a la SEPROVE Norte en el interior (…) se me acerca una persona de sexo masculino (…) vestido de civil, me aborda y nos dirigimos al exterior y me dice ¿qué pasa?, en ese momento le hago*

[1] Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 4130-2008-SANTA, de 29 de enero de 2010, fundamento jurídico 3, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
[2] ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Nomos & Thesis EIRL. Lima. 2016, página 311.

mención de lo que me estaba pasando (…) luego ingresa sólo a su dependencia y después de unos minutos regresa y me invitar a salir de la dependencia policial, estando afuera agarró su teléfono, marcó un número (varón) y le pregunta de un Toyota Negro que fue robado el 23 de noviembre de 2007, (…) pone el altavoz (…) dándome cuenta en esos momentos que estaban hablando de mi vehículo robado; luego Juan Vela Soto me dice para encontrarnos con esta persona y me solicita la suma de $ 300.00 dólares para recuperar el vehículo, me dice para trasladarnos a la clínica Ricardo Palma ubicada a la altura del Colegio Politécnico Comas, lugar donde iba a estar esta persona con quien había hablado por teléfono y conocía de mi vehículo, la persona nos estaba esperando en el frontis de la clínica en un vehículo Station Wagon con lunas polarizadas –precisando que desde que fui a la SEPROVE estaba con mi hermano Víctor Hugo De La Cruz-, ingresamos al vehículo, yo me senté en la parte de atrás con mi hermano y Juan Bautista Soto se sentó al lado del copiloto, Juan Bautista nos presentó a la persona y nos dijo que se llamaba Arturo Loayza Vásquez que es policía, quien me solicitó la suma de $ 300.00 dólares para recuperar mi vehículo, dándole en presencia de Juan Vela Soto y de mi hermano (…)"; la misma que resulta congruente con lo manifestado por Víctor Hugo De la Cruz Díaz "*Juan Bautista y Arturo Loayza nos prometen recuperar mi vehículo de todas maneras para lo cual nos solicitan la suma de $ 300.00 dólares americanos, y mi hermana le entregó a Arturo Loayza y nos retiramos*"; siendo oportuno precisar que las declaraciones indagatorias brindadas a nivel preliminar contaron con la presencia del representante del Ministerio Público, por tanto, constituye elemento probatorio a tener en cuenta, conforme lo establecido por el artículo 62 concordante con el artículo 72, ambos del Código de Procedimientos Penales.

NOVENO: Además, se tiene que las acotadas versiones incriminatorias se encuentran desprovistas de ánimo espurio o cualquier tipo de venganza en contra de los acusados con precedencia al hecho delictivo incriminado. Asimismo, las versiones acotadas están corroboradas con el dictamen pericial de físico audio N.° 077/09 –fojas 529 al 531- practicado por el Departamento de Ingeniería Forense de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, el mismo que

concluye: "*1. El registro oral de Arturo Loayza Vásquez es compatible con el registro oral contenido en el archivo de audio Quick Time y denominado "ARTURO DINERO" (…); 2. El registro oral de Juan Bautista Vela Soto es compatible con el registro oral contenido en el archivo de audio en Quick Time y denominado "JUAN VELA" (…)*"; fluye en autos, las actas de transcripción de audio –fojas 706- las mismas que fueron oídas sin oposición alguna en sesión de juicio oral de 17 de agosto de 2015 –fojas 665-, en la cual los procesados Loayza Vásquez y Vela Soto reconocen su voz en los archivos de audio; en este punto es preciso citar lo pertinente de dichos audios para esclarecer plenamente la participación de ambos acusados en el delito que se les imputa, pues los agravios expresados pretenden asegurar que no solicitaron suma dineraria alguna a los denunciantes, así tenemos: Audio 1604082009_00: "*Hombre: en cuanto Arturo me lo entregue yo te lo digo; Mujer: porque mira eehhh Arturo vino a mi casa ahora y agarra y me dice queeee ¿cuánto es lo que me tiene que devolver?, y yo le digo supuestamente lo que había quedado que si no había nada, me tiene que devolver el dinero (…) y él me dice que no, que él tiene que cobrar esteee porque es su tiempo o sus estos (…) ¿pero cobrarme qué?, si tú me has dicho que todo es mentira (…) yo no voy a pagar por una mentira (…) así que agarra y me dice; Hombre: yo voy a coordinar con él, yo voy a coordinar con Arturo de acuerdo a eso yo te estoy llamando mañana (…)*"; asimismo, se tiene un archivo que se rotula Conversación Arturo, del cual se aprecia: "*Hombre: por eso pues ¿a quién vas a reclamar?, tú dime, yo mira, conmigo has ido conmigo, tú has ido con un policía y vas a recuperar tu carro (…) ahí estoy yo, estoy tratando de investigar, si no se puede, se te devuelve el dinero, pero estoy haciendo todo lo posible (…)*".

DÉCIMO: De esta forma, está corroborado válidamente que ambos procesados de manera concertada solicitaron dinero a la denunciante De La Cruz Díaz; así las cosas, se acredita el delito de cohecho pasivo impropio, pues como se ha señalado en los considerandos precedentes, en el caso en concreto, basta que los funcionarios o servidores públicos (en este caso los efectivos policiales) solicitaran un beneficio económico para que se configure el delito, cumpliéndose cabalmente el juicio de tipicidad, "*La tipicidad es la característica que tiene una*

conducta por estar adecuada a un tipo. Es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden. El juicio de tipicidad es el proceso de verificación de que la conducta se adecúa o no al tipo; mientras que típica es la conducta que presenta la característica de tipicidad"[3]. En tal sentido, no son de recibo los agravios expuestos por los sentenciados respecto a la atipicidad de sus conductas; aunado a ello, deviene en irrelevante que la denunciante De La Cruz Díaz se haya retractado conforme se advierte en la transacción extrajudicial de fojas 482 –los denunciantes hermanos De La Cruz Díaz pretenden desistir de la denuncia de los hechos ilícitos por presuntamente tratarse de un mal entendido- argumentos que no se encuentran sustentados en material probatorio idóneo que permita ser admitido en esta instancia suprema. Por lo demás, los encausados no han negado, a lo largo del proceso penal incoado en su contra, la autenticidad de las referidas conversaciones contenidas en los audios, los cuales además de haber sido obtenidas y custodiadas conforme a ley pues a pesar de que el audio ha, cuestionado han sido valoradas en su oportunidad inclusive existe a fs. 706-724 un Acta de Transcripción de audios presentados por la testigo Ana María de la Cruz Díaz, la cual ha sido peritada conforme obra en el Dictamen pericial obrante a fs. 529-531 en cuyas conclusiones se determinan que las voces provenientes de los mismos acusados resultan idóneas y suficientes para sustentar la tesis incriminatoria del Ministerio Público.

UNDÉCIMO: En tal sentido, conforme lo establecido por el Supremo Tribunal, la declaración de una víctima o testigo, constituye prueba idónea para destruir la presunción de inocencia, sin que aparezcan móviles subalternos en la sindicación –lo cual como ya se ha señalado no concurren-; a nivel objetivo, requiere que existan datos externos o circunstanciales, que a la propia versión incriminatoria, del testigo en este caso, apoyen su declaración; ello en atención al Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116 de 30 de setiembre de 2005, que exige persistencia en la incriminación, verosimilitud y ausencia de incredibilidad subjetiva; requisitos que se cumplen satisfactoriamente en el caso bajo análisis.

[3] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manuel de Derecho Penal. Parte General. Volumen I.* Editorial Instituto Pacífico S.A.C.. 2014. Lima, página 423.

DUODÉCIMO: El Tribunal de Mérito efectuó una correcta apreciación de los hechos, pues valoró de forma debida el material probatorio obrante en autos. Finalmente, cabe señalar que la negativa sostenida por los efectivos policiales recurrentes en sus declaraciones vertidas a lo largo del proceso, en las cuales sostienen ser inocentes de los cargos formulados por el Señor Fiscal Superior, al no haber solicitado ni recibido los $ 300.00 dólares de la denunciante Ana María De La Cruz Díaz para facilitar la recuperación de su auto robado; que los hechos responden a que fue el supuesto informante Jhonny Manuel Cano Maldonado quien recibió dicha suma de dinero para coadyuvar la ubicación del vehículo siniestrado; versión que resulta inverosímil -teniendo en cuenta los considerandos precedentes- y que no está corroborada con medio probatorio alguno, infiriéndose que tales versiones exculpatorias fueron vertidas con el ánimo de sustraerse de la acción de la justicia. Se ha desvirtuado válidamente la presunción de inocencia de los acusados.

DÉCIMO TERCERO: Esta Sala Suprema considera que la condena venida en grado está conforme a ley, expresando de manera clara y precisa los argumentos en las cuales cimienta su decisión. Se verifica una fundamentación jurídica racional y justificada de la decisión adoptada, cumpliéndose de esa manera con la exigencia del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Por otro lado, al momento de verificar el *quantum* de la pena impuesta por el Colegiado Superior, se advierte que éste impuso una pena menor –cuatro años de pena privativa de libertad suspendida- a la solicitada por el Ministerio Público en su requisitoria oral –véase sesión de juicio oral de 20 de abril de 2015, fojas 429-; es decir, seis años de pena privativa de libertad; sin considerar, que el ilícito cometido está revestido de peligrosidad; toda vez que, con su actuar ocasiona desconfianza en las expectativas normativas que rigen nuestra sociedad; sin embargo, este Supremo Tribunal está imposibilitado de elevar la pena impuesta, en tanto, el representante del Ministerio Público no impugnó la sentencia recurrida en tal extremo, la cual debe mantenerse en respeto al principio de prohibición de reforma en peor. La sentencia debe ser confirmada en su totalidad y así se declara.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de 21 de setiembre de 2015, de fojas 697, expedida por la Segunda Sala Especializada Penal Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que condenó a los acusados JUAN BAUTISTA VELA SOTO Y ARTURO LOAYZA VÁSQUEZ como autores del delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios- en la modalidad de cohecho pasivo impropio, en agravio de Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución queda suspendida por un periodo de prueba de tres años bajo cumplimiento de reglas de conducta; con lo demás que contiene y los devolvieron.

Intervienen los señores Jueces Supremos Carlos Ventura Cueva e Iván Sequeiros Vargas por licencia de los señores Jueces Supremos Cesar Hinostroza Pariachi e Iris Pacheco Huancas.

S. S.

VENTURA CUEVA

FIGUEROA NAVARRO

SEQUEIROS VARGAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

ZCH/jjcn