

CASO PETRO - AUDIOS

Crónica judicial Marzo 2012

<i>Sede Judicial:</i>	Corte Superior de Justicia de Lima: Tercer Juzgado Penal Especial. Tercera Sala Anticorrupción
<i>Materia:</i>	Negociación Incompatible y Tráfico de Influencias (expediente N° 107-2008)
<i>Agraviado:</i>	El Estado.
<i>Investigados:</i>	Rómulo León Alegría Alberto Quimper Herrera Ernesto Arias Schreiber Fortunato Canaán Mario Díaz Lugo Jostein Kjaerstad Miguel Celi Rivera Daniel Saba César Gutiérrez
<i>Etapa Procesal:</i>	Investigación Judicial: Auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008. En mayo del 2012 la fiscal superior anticorrupción Flor Vega Zapata formuló acusación fiscal.

CRONICA JUDICIAL: Caso Petroaudios

I. Hechos

1. En octubre de 2008 un reconocido programa dominical sacaba a la luz una muy seria denuncia periodística sobre actos de corrupción al interior de la administración pública. Específicamente se denunciaba irregularidades respecto del proceso de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos que la entidad estatal PERUPETRO S.A convocara y diera como postor ganador al consorcio conformado por la empresa estatal¹ PETROPERU S.A y la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A (en adelante D.P.I). El resultado del concurso público fue cuestionado no sólo por lo incorrecto que una empresa estatal se alió con una privada para un proceso de licitación, sino porque el proceso mismo ha estado viciado por actos irregulares y presuntamente delictivos cometidos por los funcionarios de PERUPETRO y otras personas vinculadas al gobierno anterior (2006-2011).

2. En efecto, de las grabaciones telefónicas que se hicieran públicas el 05 de octubre de 2008 se aprecia una serie de conversaciones donde participan, principalmente, el ex ministro de Pesquería del primer gobierno aprista Rómulo León Alegría, el ex-director (vicepresidente) de PERUPETRO Alberto Quimper, el empresario Rafael Fortunato Canaán Fernández, entre otros altos funcionarios de la administración pública. Allí, por un lado, se deja ver el interés del empresario Canaán quien en su calidad de patrocinador de los intereses de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A solicita la intercesión del ex ministro aprista Rómulo León ante los funcionarios más importantes del gobierno anterior referidos a la producción y explotación de hidrocarburos (existen audios donde éste menciona que se ha reunido con Jorge del Castillo, entonces Premier del gobierno, entre otros personajes). La finalidad no era otra que la obtención de licitaciones en el rubro de hidrocarburos. De otro lado, en aquellas conversaciones, a su vez, se registran las coordinaciones que llevó a cabo el ex director de PERUPETRO Alberto Quimper respecto de las gestiones que Rómulo León le solicitara por encargo de Canaán ante dicha entidad. Es de esta forma que se aclara el modus operandi de los involucrados, sus nombres y su objetivo².

II. Sobre la denuncia fiscal

La Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con fecha 21 de octubre de 2008 formalizó denuncia penal contra Rómulo León Alegría, Alberto Quimper, Rafael Fortunato Canaán, entre otros, por los delitos de Asociación Ilícita para Delinquir (art. 317 CP), Tráfico de Influencias (art. 400 CP), Negociación Incompatible (art. 399 CP) y demás delitos.

¹ Esta calificación responde a que la empresa Petróleos del Perú - PETROPERU S.A por mucho que haya sido excluida de las normas que regulan el Fondo Nacional de Financiamiento del Estado (FONAFE) y de las propias del Sistema de Inversión Pública (SNIP) está obligada a informar a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE, las adquisiciones y contrataciones que realice y el estado de los procesos que convoque. Asimismo, publicará su Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones - PAAC - y un Informe anual sobre sus procesos de adquisición y contratación. Entre otras obligaciones, que en virtud de la Ley N° 28840 (Ley de fortalecimiento y modernización de la empresa petróleos del Perú - Petroperú S.A.) dan cuenta de la naturaleza estatal propia de su organización y funcionamiento

² Objetivo que con el devenir de las investigaciones se determinó en su totalidad, siendo que el plan no sólo era participar en la licitación de lotes petroleros, sino que existían más ámbitos de la administración pública en los que el Sr, Canaán y Rómulo León, junto a sus colaboradores, estaban interesados, como por ejemplo la construcción de hospitales o la venta de tecnología petrolífera.

Es preciso indicar, antes de realizar el detalle de la denuncia fiscal, que éste sólo versará respecto de los delitos contra la administración pública, pues, por ejemplo, la denuncia completa incluye la imputación del delito de Encubrimiento Real (art. 405).

1. Asociación ilícita (art. 317 CP), contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias y Rafael Canaán, pues “habrían conformado una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, para actuar en los procesos de selección que convoque el Estado peruano y se puso de manifiesto con motivo del Proceso de Selección N° PERUPETRO - CONT - 001 - 2008, convocado por PERUPETRO S.A (...) previo pago de sendos sobornos a funcionarios del Estado peruano, como al denunciado Alberto Quimper (...) a través del gestor de dicha empresa en el Perú Rómulo León (...)”³.

Para fundamentar la imputación del delito en mención, la fiscalía se basa en las conductas, probadas ex post, que los involucrados en la supuesta asociación realizaron en pos de conseguir la licitación de los lotes petroleros ofrecidos por PERUPETRO S.A. Como por ejemplo, la alianza entre DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A y PETROPERU (planificada tanto por los interesados, como por las autoridades públicas respectivas) para hacerse con los lotes petroleros licitados o las coordinaciones entre Quimper y León para cobrar los “honorarios de éxito”. Para el Ministerio Público los clásicos requisitos⁴ para la existencia de asociación ilícita (dos o más personas, carácter de permanencia y acuerdo) se cumplían en el caso concreto, siendo que la presunta asociación operó desde mayo de 2007 hasta octubre de 2008.

Así las cosas y siendo que el desvalor penal de la conducta tipificada en el artículo 317 CP sólo está referido a la asociación per se, los delitos que eventualmente puedan cometerse son independientes a efectos de la imputación penal, en tanto ello, bien puede ser que concurren⁵.

2. Patrocinio ilegal (art. 385 CP), contra Alberto Quimper (autor) “(...) por cuanto valiéndose de su condición de Funcionario Público como Director de PERUPETRO S.A.⁶, habría patrocinado intereses particulares ante la administración pública; toda vez que, aquél patrocinó los intereses de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A dentro de PERUPETRO S.A. donde era Director y elaboró informes de orden tributario, regalías y sucursal para la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A para ser presentados ante la empresa PERUPETRO S.A. (...)” . Además, en el registro de grabaciones telefónicas entre Rómulo León y Fortunato Canaán, el primero menciona que el Sr. Quimper (amigo suyo) le había ofrecido los lotes petroleros de interés de los noruegos: “(...) este mira y también anoche invité a comer al doctor Alberto Quimper y él me ha dado su palabra que como Vicepresidente de PERUPETRO él nos consigue los lotes (...)”⁷. Gestión que efectivamente se realizó. Por tal patrocinio, el Sr. Quimper

³ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 2.

⁴ Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-2006, del 13 de octubre de 2006. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial (C.II-14.a), Inc. 101-2008-B, Resolución N° 27, del 13 de noviembre de 2009.

⁵ El supuesto fáctico del caso en concreto fue ampliado debido a la nueva información recabada de investigaciones posteriores al Auto Apertorio de Instrucción, siendo que aquellos nuevos supuestos fácticos fueron objeto de Investigación Preparatoria en enero de 2001 bajo la dirección de la fiscalía Provincial Penal de Mariscal Nieto, Segundo Despacho de Investigación - Moquegua. Sobre este aspecto ver infra.”

⁶ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 27

⁷ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 4.

recibió pagos por parte de la empresa extranjera en comentario, a través de su mandatario Ernesto Arias-Schreiber.

3. Cohecho pasivo propio (art. 393 CP), contra Alberto Quimper (autor) en tanto habría solicitado un donativo para realizar actos de violación de sus obligaciones, lo cual consistió en patrocinar los intereses de la empresa noruega al interior de PERUPETRO S.A. en donde era director. Su conducta estaría probada mediante los audios registrados donde se puede apreciar que luego de comprometerse en la consecución de los lotes petroleros, llega a decir “hemos hecho un faenón”. Contra Rómulo León (instigador) por cuanto dolosamente habría determinado al denunciado Alberto Quimper a incurrir en el delito de cohecho pasivo. La imputación en este caso se basa en los audios recogidos en la investigación que prueban la inmensa influencia del Sr. Rómulo no sólo dentro de la gestión gubernamental de turno, sino también en el ámbito de la administración estatal de hidrocarburos. Contra los señores Ernesto Arias-Schreiber, Fortunato Canaán, Daniel Saba, Cesar Gutiérrez, Miguel Celi, Jostein Kar Kjerstad y Mario Díaz (cómplices primarios), en tanto el primero de ellos se hizo nombrar mandatario de DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A., a su vez utilizó su cuenta bancaria para hacer efectivo los pagos que el Sr. Quimper cobrara por interceder dentro de la administración pública a favor de la empresa noruega. Respecto de los demás imputados, la fiscalía sustenta su denuncia en los audios en los que Rómulo León gestiona los trámites con Alberto Quimper, sin precisar los detalles. Sin embargo, sí se deja constancia, según un informe de Contraloría, que el Sr. Saba (presidente de PERUPETRO) participó en la sesión que aprobó la alianza entre la empresa extranjera D.P.I y PETRO-PERÚ.

4. Negociación incompatible (art. 399), contra Lucio Carrillo, Liliana Callirgos, Elmer Martínez, Winston Sam y José Sebastián (en adelante el “comité” de selección en el proceso convocado por PERUPETRO S.A.) en su calidad de autores por cuanto se habrían interesado indebidamente y de forma directa a favor de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. en el proceso de selección que ellos dirigían, donde participó y ganó la empresa en mención. El presidente de la “comisión”, el Sr. Callirgos, no pudo explicar durante la investigación fiscal los correos donde lo mencionan junto con el denunciado Arias Schreiber respecto de que ambos habrían gestionado para que el “comité” acepte una fianza solidaria a favor de la empresa noruega antes mencionada. Del mismo modo, según el Informe sobre PETROPERU S.A., que realizara la Contraloría General de la República, las bases y el peso de los requerimientos se modificaron a la medida de los intereses y posibilidades del consorcio DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A - PETROPERU S.A. Del mismo modo, el consorcio ganó la licitación a pesar que ofreció una oferta menor que la de sus competidores. Para el Ministerio Público quienes realizaron la ilegal precalificación de la empresa noruega fueron los funcionarios Callirgos y Carrillo, sin embargo, los demás miembros del “comité” habrían permitido esta irregular conducta y, en tanto ello, son responsables por omisión del delito negociación incompatible.

Contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias Schreiber, Daniel Saba, Cesar Gutiérrez, Miguel Celi, Jostein Kar, Fortunato Canaán y Mario Díaz (últimos 3 representantes de D.P.I) como presuntos cómplices primarios del delito en mención. Se atribuye a Rómulo León haber sido el hombre “orquesta” que facilitó e hizo posible el nexo entre los interesados y la administración pública en el tema de explotación y exploración de hidrocarburos. Sobre las autoridades de PERUPETRO (Saba - presidente - y Quimper - vicepresidente) y PETROPERU (Gutiérrez - presidente

- y Celi - gerente general) se les imputa haberse “**coludido**”⁸ con Rómulo León a afectos de presionar a la “comisión” respecto de la entrega de la buena pro a favor de la empresa noruega. A partir de uno de los múltiples audios se ha podido constatar que D.I.P se había adjudicado los lotes petroleros 2 meses antes de la declaración formal de adjudicación.

5. Tráfico de influencias (art. 400 CP), contra Rómulo León y Alberto Quimper como presuntos autores por cuanto ambos recibieron donativos a cambio de interceder ante la administración pública, el primero como particular con influencias claves y el segundo como funcionario público dentro de la institución que convocó al proceso de licitación. El dinero recibido se puede corroborar de los audios actuados, donde se constata el acuerdo de honorarios de éxito entre los imputados, entre otros detalles. El Ministerio Público también imputa este delito contra Fortunato Canaán, Jostein Kar y Mario Lugo como presuntos instigadores, en tanto fueron ellos quienes buscaron las influencias atribuidas al dueto León-Quimper.

III. Prueba Prohibida

1. Respecto de la, así denominada, prueba ilícita o prohibida, la fiscalía parte de la idea según la cual sólo están prohibidas de forma absoluta aquello que ha sido recabado (e intenta introducirse en el proceso penal) violando normas de directa relevancia constitucional. Por lógica, aquello que se consiga sin violar tales normas, es decir, violando sólo normas ordinarias, bien puede valorarse en un proceso penal vía un ejercicio de ponderación de intereses (balancing test⁹). Dicho de otro modo, para el Ministerio Público la tesis a aplicar fue la conocida como “Doctrina de Ponderación de Intereses”. Por lógica, como todo en Derecho Penal, el conflicto pasa por armonizar los intereses particulares y los estatales, de cara a conseguir un grado mínimo de convivencia pacífica. En este caso, de un lado se encuentra el interés de las personas respecto del respeto a su intimidad expresado en la privacidad de sus telecomunicaciones. Del otro, el interés constitucional en la lucha contra la corrupción. Como resulta obvio, la ponderación de intereses se inclinó por el interés estatal, y es que “(...) el Estado en su lucha contra la delincuencia, que involucra a funcionarios del Estado no podría perjudicarse, [sic] ni dejar en la impunidad graves delitos de corrupción (...)”¹⁰. El sustento, además del interés superior, es que lo que se ha violado no es un interés constitucional a la intimidad o privacidad, pues en las conversaciones no se registran temas relacionados a la vida privada de los interceptados (valor protegido por nuestra máxima norma), antes bien, lo que allí se registra es de interés público, por tratarse de funcionarios y recursos naturales de la nación, mal administrados.

2. El aceptar pruebas de este tipo (audios o videos registrados sin consentimiento, o con consentimiento parcial, de los interlocutores) es algo en lo que nuestra jurisprudencia no parece estar completamente de acuerdo¹¹. Sin embargo, lo que parece quedar claro es que sea cual fuere la excepción de validez que se aplique sobre una prueba ilícita (en este caso se aplicó la

⁸ Textual del Auto Apertorio de Instrucción, pp. 47

⁹ PÉREZ ARROYO, Miguel, Momento procesal de exclusión de los elementos de prueba en el Código Procesal Penal de 2004. En: La prueba en el Proceso Penal, Dialogo con la Jurisprudencia, guía práctica 2, Mayo 2011, pp. 30 y ss.

¹⁰ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 55

¹¹ Sobre este comentario véase en: Boletín N° 6 - Proyecto Anticorrupción http://idehpu.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf.

excepción de ponderación de intereses), aquella, una vez dentro del proceso, se constituye en prueba lícita. De ahí que sea contradictorio hablar dentro de un proceso penal, donde se valora un material probatorio acorde con un Estado social y democrático de derecho, de prueba prohibida. Distinto es el asunto de si una prueba válida es introducida o valorada dentro del proceso violando algún derecho de alguna de las partes. En este caso, la prueba devendrá en irregular, pero no por ello prohibida, pues si así fuese jamás podría haberse actuado en el proceso.

IV. Auto apertorio de instrucción y dilación procesal

1. El Tercer Juzgado Penal Especial con fecha 21 de octubre de 2008 consideró haber mérito para abrir instrucción contra Rómulo León, Alberto Quimper, Fortunato Canaán, entre otros, por delitos tales como Tráfico de Influencias, Cohecho Pasivo, Negociación Incompatible y demás. Los fundamentos del auto apertorio de instrucción tienen el mismo sentido y tenor que la denuncia penal formalizada por la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios con fecha 21 de octubre de 2008. Sin embargo, el juez penal, a diferencia de lo pretendido por el Ministerio Público, resolvió no abrir instrucción por el delito de Asociación Ilícita contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias y Rafael Canaán, puesto que para la configuración de aquél delito no basta una pluralidad de intervinientes en la comisión de un ilícito penal, sino que además se precisa la constatación de una conciencia plena de pertenencia de los miembros de la asociación, los fines delictivo de ésta y su estabilidad (Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006). Criterios que a decir del juzgador, y siendo concurrentes, no están mínimamente configurados en cuanto a indicios razonables que presuman la conciencia de pertenencia.

2. El plazo de la etapa de instrucción del caso que nos ocupa ha sido ampliado más de una vez, entre otros criterios porque el proceso fue declarado complejo. Así, la resolución de fecha 29 de octubre de 2008, por ejemplo, amplía el supuesto de imputación por el delito de Encubrimiento Real (art. 405 CP) contra el Sr. Rómulo León Romero (hijo de uno de los imputados), y ello en virtud de que habría conocido que el dinero que ocultó estaba vinculado a las negociaciones ilícitas que su padre sostenía con algunos de los imputados. Esto a su vez se pudo acreditar de la declaración de uno de los procesados Ernesto Arias Schreiber, quien menciona que conocía al Sr. Rómulo León Romero, pues este había acompañado a su padre en algunas reuniones de las realizadas en virtud de conseguir la ilícita adjudicación de los lotes petroleros en mención. Del mismo modo, se cuenta con las cartas que el imputado enviara a los demás procesados Cesar Gutiérrez y Daniel Saba donde les informa que “los amigos de Discover Petroleum International regresaron a noruega muy contentos”. Además, de una de las conversaciones entre Rómulo León y el Sr. Arias Schreiber, donde el primero le solicita al segundo le mencione cómo hacer para contratar a su hijo como representante de la empresa noruega en el Perú, aunque haciendo la aclaración que todo sería coordinado con su persona, es decir, no se dejaría en manos inexpertas las negociaciones entre la empresa y los funcionarios del Estado.

Sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, la resolución ampliatoria del plazo de instrucción de fecha 19 de setiembre de 2011 es la que mayor comentario amerita. En efecto, allí, y por solicitud del fiscal, el juez penal del Tercer Juzgado Penal Especial resolvió i) ampliar el plazo de instrucción por el término de 45 días; ii) ampliar el supuesto de la imputación fáctica e incorporar a los

hechos el denominado “Plan Perú” (que vincularía a los imputados en una amplia serie de presuntos ilícitos planeados, y en algunos casos, ejecutados); iii) ampliar dicho supuesto de hecho al delito imputado contra Rómulo León Romero; y, finalmente, iv) comprender como tercero civilmente responsable a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. de los delitos imputados.

a) El supuesto fáctico que se incorpora en el presente proceso penal es un hecho sustancial que generó las presuntas conductas delictivas imputadas y se denomina “PLAN PERÚ- PROYECTOS PETROLEOS”, el mismo que de acuerdo al Ministerio Público comprendía 5 puntos: 1) venta, comercialización y exploración de tecnología relacionado a la exploración y explotación de hidrocarburos que las empresas DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. y PETROMARKER planearon introducir al país; 2) exploración de convenios de evaluación técnica; 3) exploración de gas en lotes ubicados en los departamentos de Ucayali y Cusco; explotación de petróleos en determinados lotes; y, 5) exploración de recursos geométricos en la región Tacna. De los cinco objetivos, en el proceso penal sólo se había incorporado el punto 4), siendo preciso, en aras de ubicar los presuntos ilícitos cometidos en su real contexto, incorporar los restantes, pues se está ante un único hecho integral y completo llamado PLAN PERÚ. La fiscalía incorporó como medios de prueba de la existencia de este plan general, entre otros documentos, un documento fax de fecha 22 de diciembre de 2007 donde el inculpado Fortunato Canaán se dirige al también procesado Rómulo León Alegría para comunicarle que el proyecto PROYECTO-PERÚ debe ejecutarse, en el período de aquél año, “con un gran sentido económico, en función estricta del proyecto (...)”¹². En este mismo sentido, carta de INCAFORT S.A de fecha 22 de diciembre de 2007 donde Canaán le expresa a León su interés de constituirse formalmente en el Perú, es decir, darle personería jurídica, con todo lo que ello implica. Para el Ministerio Público, los planes de Fortunato Canaán y los demás procesados iban mucho más lejos del proceso de selección y adjudicación de lotes petroleros objeto de este proceso penal.

b) Sobre el pedido de incorporar a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A el Ministerio Público sustenta que en verdad dicha compañía era la directa beneficiaria no sólo con la adjudicación de los lotes petroleros del caso concreto, sino de todas las operaciones en las que el PLAN PERÚ tuviese éxito “de manera que en ella pesa una responsabilidad indirecta, ya que aun cuando no sea el autor del daño e inclusive sea ajeno a su producción causal, deben, por la vía denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente a favor del Estado Peruano”¹³. Del mismo modo, se realiza un recuento de los presupuestos materiales que sustentan la existencia de responsabilidad civil de un tercero: 1) dependencia entre el responsable directo y el tercero y 2) que el acto generador haya sido cometido en virtud de aquello que une a los responsables. El juez penal sustenta su decisión, además de lo formulado por la fiscalía, en un informe de verificación de denuncia realizado por la Contraloría, en el cual se expresa el interés de la compañía noruega en los recursos naturales de nuestro país y la receptividad de nuestras autoridades respecto de dicho interés.

c) Finalmente, dada la complejidad (costo de analizar el caso desde una óptica integral) del caso con el incorporación del PLAN PERÚ el juez penal decidió otorgar un plazo ampliatorio en la etapa

¹² Auto ampliatorio de instrucción de fecha 19 de setiembre de 2011, pp. 4.

¹³ Sobre este razonamiento algunas reflexiones infra.

de instrucción de 45 días, los cuales servirán para la realización de una serie de diligencias a efectos de que la fiscalía su informe final y el caso pase a la etapa de juicio oral.

V. Análisis del caso

Las líneas que siguen analizarán los aspectos más problemáticos de la imputación por delitos contra la Administración Pública contra los principales imputados del caso, es decir: Rómulo León, Alberto Quimper, Fortunato Canaán, Cesar Gutiérrez, Daniel Saba y el “comité”.

V.1 Superposición de tipos penales

La imputación al funcionario Alberto Quimper

1. Tal como se tuvo oportunidad de exponer, tanto la fiscalía como el juzgado penal especializado consideraron, en el caso del señor Alberto Quimper, imputarle los delitos de Patrocinio Ilegal (autor), Negociación Incompatible (cómplice primario), Tráfico de Influencias (autor) y Cohecho Pasivo Propio (autor). Desde nuestro punto de vista, el ilícito penal regulado en el art. 399 CP (negociación incompatible) es el que mejor subsume la situación imputada (de acuerdo con el caso concreto y el material probatorio recabado), quedando el delito de patrocinio ilegal (art. 385) como un delito residual en razón que su contenido de injusto parece estar contenido en el primero¹⁴. En efecto, el delito de patrocinio ilegal reprime el supuesto en el que el agente se valga en general de su posición privilegiada de funcionario público para patrocinar intereses particulares. En cambio, el art. 399 CP (negociación incompatible) tipifica el supuesto según el cual dicho funcionario público se interese en cualquier operación que se lleva a cargo dentro de la administración pública y en la que específicamente intervenga directa o indirectamente, en razón de su cargo. Dicho de otra forma, el supuesto del delito de “Negociación Incompatible” sanciona un hecho específico en contraste con el supuesto general del delito de “Patrocinio Ilegal”. No obstante ambos prohíben lo mismo: incumplir los deberes de garante que la administración pública carga sobre sus operadores.

No se precisa que el funcionario tenga el poder de decisión sobre el caso en el que se interese (no es éste el único supuesto que puede subsumirse en el alcance prohibitivo de la norma en cuestión - “Negociación Incompatible” -), sino que tenga algún nivel de injerencia (directa o indirecta - por acción u omisión) suficiente en la operación. Dicho de otra forma, la indirecta forma en la que un servidor público se interese por algún caso sólo tiene sentido en tanto aquél no tenga el poder directo, en razón de su cargo, para resolver o definir la operación que el Estado sostenga con algún particular.

Del caso que nos ocupa, y siendo que el interés que sancionan los tipos penales que protegen la administración pública debe expresarse con un grado mínimo de objetividad y razonabilidad, somos de la opinión que la imputación del delito de Negociación Incompatible comprende el verdadero desvalor de la conducta del Sr. Quimper, pues aquel en un contexto de contratación pública convocada por PERUPETRO y en razón de su cargo, vicepresidente de la referida entidad, gestionó los intereses (elaboración de informes legales) de uno de los postores en dicha convocatoria. En otras palabras, no es que el Sr. Quimper haya defraudado el deber general de

¹⁴ Aunque según nuestro punto de vista, los hechos del caso bien pudiesen ser analizados como la realización del delito de Colusión (ver infra).

imparcialidad de todo funcionario público (Patrocinio Ilegal), sino que defraudó la compatibilidad de sus funciones en un caso específico, uno que se dio dentro de la empresa estatal de la que él era Vicepresidente, donde tenía suficiente poder de injerencia como para quebrar la objetividad de la actividad estatal en un proceso de selección. Por lo tanto, en aplicación del principio de especialidad, el aparente concurso de normas se resuelve prescindiendo del delito de Patrocinio Ilegal.

La imputación al señor Rómulo León

2. Respecto del señor Rómulo León Alegría, se le imputa en calidad de instigador el delito de Cohecho Pasivo Propio (respecto del Sr. Quimper). Sin dejar de destacar la correcta tipificación de aquél delito (contra Quimper), consideramos que la conducta del Sr. León Alegría se subsumiría de forma más integral en el art. 397 del CP (cohecho activo), el mismo que sanciona el hecho de dar u ofrecer algún tipo de donativo o beneficio para un funcionario público, ya sea para que éste realice sus normales funciones o para que claudique de ellas. Del caso y tal cómo se presentan los hechos evidenciados por los audios y considerados por la fiscalía, el ex ministro de pesquería del primer gobierno aprista habría participado en el pago que la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. realizara a través de sus representantes a favor del Sr Quimper por las “gestiones” hechas al interior de PERUPETRO (“gestiones” que iban en contra de sus funciones).

De otro lado, debería descartarse la figura de la instigación por cuanto, y en esto hay acuerdo en doctrina¹⁵, si en la figura que regula el art. 24 CP es preciso determinar en el agente la resolución a la comisión de un delito, es porque de antemano aquel no tenía dicha resolución criminal. Es del caso, que se tiene registro del audio donde el Sr. Quimper menciona que él no puede trabajar con cualquiera (en tanto coordina con Sr. Rómulo León el cobro de sus “honorarios de éxito”), sino con alguien que sepa cuidarle las espaldas¹⁶ (se refiere al Sr. Ernesto Arias Schreiber - el gordo -), por ende, no sería la primera vez que el denunciado realizaba este tipo de “gestiones”, que tiene toda una estrategia u modus operandi para estos casos. Si así resultan ser las cosas, no podría realizarse en él la pretendida instigación sobre la comisión de delitos vía incumplimiento de sus deberes ante la administración pública. Con todo, el cohecho pasivo es un delito de encuentro, por tanto, es preciso sancionar “la otra cara de la moneda”, es decir, el desvalor penal de quien hace viable la comisión del primer delito.

Sobre la imputación contra el Sr. León Alegría como cómplice primario del delito de negociación incompatible y aceptando la posibilidad de participación en delitos especiales, somos de la opinión que aquella se sustenta correctamente en la actuación del Sr. León Alegría en los hechos materia del proceso penal, pues dada sus amplias influencias en la administración pública hizo posible reuniones y/o contactos que permitieron en los funcionarios públicos negociaciones ilícitas en razón de su cargo. Lo que en buena cuenta es lo que sancionan los títulos de participación referidos a la complicidad (art. 25 CP): hacer posible o ayudar en la comisión de delitos realizados por otra persona (autor principal).

¹⁵ Entre otros, JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (traducción), Segundo volumen, Barcelona: Bosch, pp. 957-962. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, Juan Córdoba Roda (traducción), Barcelona: Ediciones ARIEL, pp. 368-377. MIR PUIG, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría del delito. Tercera edición corregida y puesta al día. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), pp. 429-435. BACIGALUPO, Derecho Penal, Lima: ARA editores, pp. 493-496.

¹⁶ Página 41 del Auto Apertorio de Instrucción.

3. De acuerdo a lo antes expuesto, en relación con los representantes de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. Jostein Kar, Fortunato Canaán y Mario Díaz debería aplicárseles lo mencionado para el caso del Sr. Rómulo León Alegría respecto del delito de cohecho activo, pues, en puridad material de intervención, no importa tanto quién entregue o prometa la ventaja al funcionario, como sí quienes gestionan tal cohecho, así no estén físicamente ante el servidor público. Probablemente, de acuerdo a la actividad probatoria, de entre los mencionados sea el Sr. Canaán quien debería responder a título de autor y los demás como cómplices primarios. Como es el caso del Sr. Arias Schreiber quien no sólo se hizo nombrar apoderado de la empresa noruega, sino que puso a disposición su cuenta bancaria para hacer posible el pago al Sr. Quimper, en tanto ello, podría imputársele el delito de Cohecho Activo bajo del título de cómplice primario (que a efectos de pena abstracta no se distingue del autor). En la misma línea de los sujetos imputados, tanto el Ministerio Público como el Tercer Juzgado Penal Especial entienden que aquellos son cómplices primarios del delito de Negociación Incompatible. Desde nuestro punto de vista, y atendiendo a la actividad probatoria llevada a cabo durante el proceso, la conducta que se subsume en el delito de Cohecho Activo parece abarcar en su totalidad el desvalor del comportamiento de los representantes de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A., pues por mucho que contactaran al Sr. León Alegría, ellos no tuvieron participación material en las gestiones que llevaron a cabo los funcionarios públicos involucrados en el caso. Incluso la propia fiscalía menciona que el ex ministro aprista fue el “hombre orquesta”. Distinto es el caso respecto del delito de Tráfico de Influencias, donde, según cómo lo entendemos, la fiscalía y el juzgado realizan una correcta tipificación imputándoles tal delito a título de instigadores.

4. Respecto de los funcionarios públicos de PETROPERU y PERUPETRO Cesar Gutiérrez, Miguel Celi y Daniel Saba (respectivamente) se les imputa la comisión a título de cómplices primarios del delito de Negociación Incompatible y del delito de Cohecho Pasivo Propio. Sin embargo, por su calidad de servidores públicos y por el interés, probado a lo largo de la investigación fiscal, respecto del proceso de convocatoria y otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. parece ser que sus conductas se subsumen en el delito de Negociación Incompatible, pero a título de autoría. Dicho de otro modo, no es que contribuyeron a la realización del hecho típico a manos del “comité”, sino que en razón de los deberes propios de la administración pública, ellos estuvieron en plena capacidad de lesionar el bien jurídico sin que intermedie conducta alguna. Y es que en buena cuenta en los delitos especiales no importa tanto quién domine el hecho, como sí quién tiene determinado deber frente a la protección (en términos generales) de bienes jurídicos.

5. A los miembros del comité especial del Proceso de Selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008 convocado por PERUPETRO S.A para suscripción de un contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos se les imputa la realización del ilícito penal regulado en el art. 399 CP a título de autoría, por los fundamentos ya expuestos. De la redacción del propio tipo penal en mención se puede extraer la frase “en provecho propio o de tercero”, frase que legitima la aplicación de este delito en vez del de cohecho pasivo propio.

V.2 Tercero civilmente responsable

El fundamento utilizado para la incorporación de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. como tercero civilmente responsable en el proceso penal en comentario es el de la responsabilidad indirecta en los hechos. Cabe aclarar sobre este argumento, que la responsabilidad indirecta o directa de una persona jurídica es de inconclusa discusión en la doctrina. Sin embargo, sí nos es posible mencionar que siendo que el concepto de reparación civil es uno que deriva sólo del carácter ilícito de la conducta realizada, no así del carácter penal, bien puede ser que, en tanto estamos dentro de la responsabilidad civil donde no existe el principio de responsabilidad por el propio hecho, respondan por ella terceros que no participaron en la comisión del ilícito, pero esto no en virtud de una relación de responsabilidad (aquella que expresa la relación libertad - asunción de consecuencias), sino por una cuestión causal en la capacidad de reparar el daño. Dicho de otro modo, la persona jurídica responde por los daños ocasionados (monto de la reparación) en tanto supone el instrumento del cual el agente se valió para perpetrar el ilícito, no porque ella sea responsable de aquél. El patrimonio de la empresa responderá porque en él se han volcado los frutos de la actividad ilícita, no porque ella tenga algún tipo de participación, como tal, en la realización del ilícito (en este caso, penal).

V.3 La hipótesis del delito de colusión

A pesar de que en el auto de apertura de instrucción se utiliza el término “coludir” para referirse a las negociaciones llevadas a cabo por los imputados ni el juez ni el fiscal entienden que hay mérito para denunciar y abrir instrucción respecto del delito tipificado en el art. 384° CP (colusión desleal).

1. El delito de Colusión está tipificado en el art. 384 del CP y sanciona el supuesto de hecho según el cual determinado funcionario(s) público concerta, en razón de su cargo, con los interesados particulares en procesos de adquisición o contratación pública (o cualquier operación a cargo del Estado). De hecho se prevé que la concertación puede darse en cualquier etapa de la operación contractual, o de cualquier otra a cargo del Estado, en la que éste participe como tal. Es posible definir el bien jurídico específico que se protege en el art. 384 CP en los siguientes términos: la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que realice el Estado o en cualquier tipo de operaciones a cargo de éste¹⁷.

Los elementos del delito en mención, por lo menos las más importantes, son la existencia de un acuerdo colusorio y el contexto típico. Sobre el primer elemento nuestra jurisprudencia y doctrina entiende que la concertación de intereses tiende a ser clandestina o subrepticia y que además debe expresar una idoneidad objetiva de lesión al patrimonio del Estado. Así, no podemos hablar de un acuerdo colusorio cuando la capacidad de defraudar al Estado sea nula o inidónea.

Respecto del elemento contextual, la ley es clara en señalar que se trata de ámbitos en los que el Estado aparezca como parte contractual (y en general cuando el Estado participe en operación reglada de índole económica). Es preciso anotar, que la puesta en peligro del bien jurídico protegido puede darse en cualquier etapa de la operación contractual, siempre y cuando los hechos demuestren que el Estado ya era partícipe en la operación.

¹⁷

Sobre el perjuicio económico al patrimonio del Estado, sólo se exige la gestión defraudadora de los funcionarios públicos junto a la conducta del particular. Es decir, puede que la operación se haya cancelado o que los imputados devuelvan lo ilícitamente adjudicado, sin embargo, en tales supuestos la imputación de responsabilidad seguirá en pie, puesto que el daño patrimonial no es un elemento que funde la prohibición penal.

2. De acuerdo a los elementos de prueba considerados por el auto de apertura de instrucción existiría una relación colusoria entre la administración pública referida a la explotación y exploración de hidrocarburos y la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. Con la salvedad que aquel acuerdo se viabilizó o se llevó a cabo mediante una serie de interlocutores (todos ellos responsables del delito), los mismos que además habrían realizado otros ilícitos penales ya comentados; por tanto, aquellos tipos penales y el de colusión no son excluyentes: pueden concurrir en un mismo hecho típico¹⁸.

La figura sería la siguiente: a través de un tráfico de influencias reales el Sr. Rómulo León “acercó” los intereses particulares a las autoridades correspondientes. Para ello se valió de un funcionario público (Sr. Quimper) que hiciese las veces de contacto, pero esta vez ya dentro de la administración pública. Así es que se habría logrado concretar un acuerdo con las autoridades principales (Daniel Saba, Cesar Gutiérrez y Hernán Celi) las mismas que luego habrían hecho posible la ilícita entrega de la buena pro operando sobre los funcionarios competentes del caso concreto (“el comité”). Si así son las cosas, por un lado (el lado de la administración pública) serían co-autores del delito de colusión las cabezas de PERUPETRO y PETROPERU, así como los miembros del “comité”. Del otro lado (D.P.I), son responsables del delito de Colusión Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias Schreiber y los representantes de la empresa noruega. Puede que en la distribución de los títulos de intervención existan ciertos ajustes, como por ejemplo de complicidad primaria en el caso de Arias Schreiber Jostein Kar y Mario Díaz; y de coautoría entre Rómulo León, Alberto Quimper y Fortunato Canaán.

Con todo, parece ser que, en distintos momentos y con distintas acciones que se expresan a su vez en otros tipos penales, los principales involucrados en el caso que nos ocupa deban responder por lo tipificado en el art. 384 CP, no sólo por el elemento contextual (concurso público), sino también por la naturaleza de las conductas llevadas a cabo.

¹⁸ Valga aquí recordar que nuestro planteamiento de la existencia del delito de Colusión supliría la imputación del delito de negociación Incompatible, pues en dicho supuesto, somos de la opinión que ambos delitos no pudieran concurrir.